

ARBITRATION REVIEW

03

Jurisprudência
comentada de
2018



Ficha técnica

Título

PLMJ Arbitration Review
Revista PLMJ Arbitragem

Coordenação:

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera

Proprietário:

PLMJ Advogados, SP, RL

Morada:

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

Contacto:

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

ISSN:

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

Periodicidade:

Anual

Autores

Ana Coimbra Trigo

Associada PLMJ

António Pedro Pinto Monteiro

Associado sénior PLMJ

Carolina Inverno Branco

Estagiária PLMJ

Filipa Cansado Carvalho

Consultora PLMJ

Francisco da Cunha Matos

Associado PLMJ

Iñaki Carrera

Associado PLMJ

João Magalhães Ramalho

Advogado

José Miguel Júdice

Sócio fundador PLMJ

Maria Berta Jerónimo

Estagiária PLMJ

Mariana França Gouveia

Sócia PLMJ

Miguel Paquete

Associado PLMJ

Nuno Miguel Lourenço

Associado coordenador PLMJ

Pacôme Ziegler

Associado coordenador PLMJ

Rute Alves

Associada sénior PLMJ

Serena Cabrita Neto

Sócia PLMJ

Tiago Duarte

Sócio PLMJ

Índice

1	JOSÉ MIGUEL JÚDICE Um maravilhoso mundo novo?	P.11
2	PACÔME ZIEGLER La motivation de la sentence arbitrale internationale: une obligation consacrée mais vidée de son contenu Commentaire des arrêts nos. 16/11761, 16/16588 et 16/10379, rendus le 30 janvier 2018, 10 avril 2018 et 20 novembre 2018, respectivement, par la cour d'appel de Paris	P.15
3	MARIANA FRANÇA GOUVEIA IÑAKI CARRERA Choice of law in interim measures issued by emergency arbitrators Award on emergency measures, arbitration scc ea 2018/007, 5 february 2018	P.25
4	NUNO MIGUEL LOURENÇO Convenção de arbitragem: o princípio da competência-competência e a extensão da convenção de arbitragem a não signatários à luz do contrato a favor de terceiro Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de fevereiro de 2018	P.35
5	SERENA CABRITA NETO JOÃO MAGALHÃES RAMALHO MIGUEL PAQUETE Adjustment of deducted VAT in Property Transactions Comments on the Imofloresmira Judgment – Case C-672/16 of the Court of Justice of the European Union (Preliminary Ruling of the CAAD – Administrative Arbitration Centre)	P.41
6	IÑAKI CARRERA FRANCISCO DA CUNHA MATOS A arbitralidade numa empresa em crise: Convivência harmoniosa entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência nº 157.099 – rj (2018/0051390-6)	P.49
7	ANA COIMBRA TRIGO Arbitragem e Providências Cautelares no Delta do Rio das Pérolas Comentário ao Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau de 15 de março de 2018	P.63
8	TIAGO DUARTE Quem tem duas nacionalidades pode ficar sem nenhum BIT Dawood Rawat, Ltd v. the Republic of Mauritius 06/04/2018	P.81
9	ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO CAROLINA INVERNO BRANCO Uma decisão interlocutória (não) violadora do princípio da igualdade das partes Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Maio de 2018	P.91
10	FILIPA CANSADO CARVALHO Reflexões a propósito de uma decisão do tribunal federal suíço sobre iura novit arbiter Tribunal federal suíço, 9 de agosto de 2018	P.103
11	RUTE ALVES MARIA BERTA JERÓNIMO De Singapura a Portugal: caminho social e parassocial Questões e considerações preliminares	P.111

Prefácio

Pedro Metello de Nápoles

Este é o terceiro ano da Revista PLMJ Arbitragem, e podemos dizer que agora está a entrar em velocidade de cruzeiro, graças ao empenho do António Pedro Pinto Monteiro e do Iñaki Carrera.

No entanto, o mundo da arbitragem internacional passa por tempos conturbados e o reflexo disso já chegou a Portugal, seja através de tentativas de limitar o uso da arbitragem, ou pondo em causa o carácter final das decisões. O nosso país tem feito um caminho brilhante na arbitragem (em alguns casos até ambicioso demais), mas agora é preciso um esforço de todos para assegurar que isso não se perde.

O propósito desta Revista é o de contribuir para o desenvolvimento de uma cultura arbitral, não apenas promovendo a arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios, mas efetivamente divulgando e estimulando as boas práticas em matéria de arbitragem. Também desta forma a instituição da arbitragem poderá melhor resistir aos ataques externos de que de tempos a tempos tem vindo a ser vítima. É a afirmação de uma cultura arbitral desenvolvida, abrangente e consistente, que melhor poderá preservar a arbitragem. Esse esforço depende de todos nós.

Não posso deixar de fazer uma referência especial ao José Miguel Júdice, que no final deste ano deixa PLMJ para se dedicar a ser árbitro.

Nesta Revista o José Miguel incluiu um artigo sobre o maravilhoso mundo novo da arbitragem. Há anos que escuto o José Miguel a falar sobre o assunto e – sem surpresa para ninguém – sou um convertido convicto. No entanto, penso que posso dizer que graças a esse esforço do José Miguel, este mundo, se continua a ser maravilhoso, já não é novo.

E afinal, contrariando o adágio, parece que afinal se pode ser profeta na sua própria terra.

Obrigado José Miguel.

Introdução

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera

À semelhança dos números anteriores, e seguindo a matriz da Revista, o n.º 3 centra-se nos principais acórdãos de arbitragem do ano transato (2018). Nele se incluem, como habitual, comentários a acórdãos nacionais e internacionais, de tribunais estaduais e arbitrais, escritos em diversas línguas.

Este ano, porém, há duas novidades que importa, desde já, assinalar.

A primeira prende-se com o formato da Revista. Até aqui, a Revista tem seguido um formato eletrónico, sendo disponibilizada gratuitamente – aspecto este que se mantém, mas com uma diferença. Para além do formato eletrónico, a Revista associou-se à editora AAFDL e passa a conhecer também uma versão impressa, quer para o atual n.º 3, quer para os números anteriores (que são republicados).

A segunda novidade diz respeito ao nome e grafismo da Revista. Neste âmbito, a Revista acompanhou a mudança da imagem da PLMJ e assume um estatuto mais internacional, que se encontra refletido também no nome (com a terminologia inglesa “PLMJ Arbitration Review” a ganhar mais preponderância).

No que se refere ao conteúdo do n.º 3, começamos pelo texto filosófico de José Miguel Júdece, com vários conselhos práticos que devemos ter em conta e que nos ajudará a todos a tornar as arbitragens em Portugal mais eficientes.

Pacôme Ziegler comenta três acórdãos franceses do *Cour d’appel* de Paris relacionado com o dever de fundamentação das sentenças arbitrais, em que se analisa o referido dever e o controlo que faz a jurisdição estadual. Será que o controlo estadual, se for reduzido, esvazia a obrigação de fundamentar?

De seguida temos o comentário da Mariana França Gouveia e do Iñaki Carrera sobre questões de direito aplicável no âmbito do decretamento de medidas cautelares, em particular as referentes aos árbitros emergência. Como as questões que se levantam nas medidas cautelares não são 100% de mérito nem 100% processuais, existe uma zona cinzenta, que na esteira de George Bermann, denomina-se por *twilight issue*.

Nuno Miguel Lourenço analisa a clássica questão do princípio da *competência-competência* e da extensão de uma convenção de arbitragem a quem não a subscreveu no âmbito da figura do contrato a favor de terceiro, num caso interessante de um beneficiário de um contrato de seguro onde se inseriu uma cláusula compromissória.

Já Serena Cabrita Neto, João Magalhães Ramalho e Miguel Paquete comentaram uma sentença da Tribunal de Justiça da União Europeia relacionado com uma sentença arbitral do CAAD. Estão em causa matérias de IVA e de Direito da União Europeia que merecem um destaque adicional tendo em conta o impacto para o contribuinte, mostrando a importância da arbitragem em matérias tributáveis.

Iñaki Carrera e Francisco da Cunha Matos aproveitaram uma sentença sobre conflitos de jurisdição para tratar as questões de arbitragem societária e de insolvência, tentando conciliar as diversas jurisdições no âmbito dos litígios que podem surgir numa empresa em crise. O caso brasileiro em análise permite tirar conclusões e soluções para o ordenamento jurídico português, sugerindo alterações legislativas no art. 87.º do CIRE.

Não se podia deixar de comentar o importante Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau. Nesse sentido, Ana Coimbra Trigo analisa de forma rigorosa as questões que se levantam sobre o auxílio dos tribunais judiciais macaenses para auxiliar tribunais arbitrais com sede externa no âmbito das providências cautelares. Aproveita também para apresentar o recente acordo entre Hong Kong e a China Interior para o decretamento de providências cautelares em auxílio de tribunais arbitrais, e ainda a Nova Lei de Arbitragem de Macau.

Tiago Duarte comenta o Acórdão Dawood Rawat c. República das Maurícias centrando-se na questão da dupla-nacionalidade de um investidor. Será que um investidor, que tenha também a nacionalidade do país onde investe, deve ser protegido por um BIT? O risco da dupla nacionalidade para efeitos de investimento é brilhantemente colocada no título do próprio comentário: “*quem tem duas nacionalidades pode ficar sem nenhum BIT*”.

António Pedro Pinto Monteiro e Carolina Inverno Branco, por sua vez, analisam um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no qual está em causa uma decisão interlocutória de um tribunal arbitral que, aparentemente, terá violado alguns dos mais elementares princípios e fundamentais da arbitragem (com particular destaque para o princípio da igualdade das partes). Após uma análise detalhada, porém, conclui-se que a recorrente parte de uma conceção errada sobre os referidos princípios, assim se compreendendo que a apelação tenha sido julgada improcedente.

Filipa Cansado Carvalho trata da questão do *iura novit arbi-ter*. Estamos perante um problema que árbitros e advogados constantemente se deparam. Por um lado, os advogados em arbitragem têm receio de pouco alegar e deixar os árbitros de mãos atadas. Por outro lado, os árbitros que, muitas vezes, estão reféns do que foi alegado pelas partes, têm que proferir decisões justas e se as munições são poucas a sentença arbitral poderá conter decisões surpresa.

Rute Alves e Maria Berta Jerónimo comentam uma interessante decisão do *High Court* de Singapura, que trata da questão da fronteira entre a parassocialidade e a socialidade que tão relevante é para a arbitragem. Uma convenção de arbitragem num Acordo Parassocial estará limitada a questões desse mesmo acordo ou os tribunais arbitrais podem resolver litígios sobre a vida da sociedade? As autoras dão algumas luzes sobre como tentar resolver esta zona cinzenta.

Por fim, os coordenadores da Revista gostariam de agradecer: (i) à Dra. Stéphanie Sá Silva, pela honra de ter procedido à apresentação do n.º 3 da Revista, e ao Professor Doutor Diego P. Fernández Arroyo, pelo *keynote speech* proferido na referida apresentação, (ii) a todos os Autores pelos seus valiosos e excelentes contributos; (iii) à Dra. Paula Rodrigues Silva e à editora AAFDL, por toda a ajuda e apoio prestado na edição da Revista; e (iv) aos Drs. José Miguel Júdice e Pedro Metello de Nápoles, pelo incentivo dado à criação da Revista.

UM MARAVILHOSO MUNDO NOVO?

José Miguel Júdice

Sócio Fundador PLMJ Arbitragem
Árbitro Internacional

Foi-me pedido pelo António Pedro Pinto Monteiro e Iñaki Carrera, responsáveis pela Revista PLMJ Arbitragem, para escrever o meu último texto como membro da equipa.

Como se pode facilmente imaginar, poderia escolher muito diversos temas e sobre eles optar por vários ângulos de abordagem. Por isso hesitei muito antes de decidir focar-me numa curta reflexão sobre como vejo o futuro da advocacia arbitral (o que deve ser feito para que atinja níveis de excelência), agora que passarei a encará-la apenas da mesa em que se sentam os árbitros.

A opção por este tema resulta sobretudo de saber qual a intenção que presidiu ao momento genético da Revista e lhe define o ADN pois estive muito ativo quando em 2016 se começou a pensar nela: o objetivo é melhorar a qualidade da arbitragem em Portugal, paradoxalmente para alguns, reforçando a qualidade dos concorrentes menos experientes de PLMJ através dos textos abordados.

Para chegar às conclusões que vou elencar uso a minha experiência como advogado arbitral (que começou em 1978 numa arbitragem internacional relativa ao contrato de concessão da Estação de Lixo de Beirolos), e como árbitro (que começou no final dos anos 90 do século passado e sobretudo com a primeira arbitragem internacional a que presidi, em 1999, administrada pela CCI no Brasil e relativa a um acordo parassocial para uma operação de privatização entre um grupo norte-americano e outro brasileiro).

A questão a que respondo é em resumo a seguinte: quais são as regras orientadoras para otimização da qualidade e eficácia da *advocacy* no dealbar da segunda década do Século XXI?

São estas, em minha opinião:

1. **Formar uma equipa dedicada e especializada na advocacia arbitral.** Tal equipa pode e deve ter especialista(s) no direito material relevante, mas deve evitar o erro de pressupor que a litigância judicial e a arbitral pouco têm que as distinga e o erro em parte oposto de que em certo tipo de arbitragens (como é o caso paradigmático das denominadas arbitragens de direito público) a especialização no direito substantivo é o necessário e suficiente.
2. **Realizar uma detalhada e rigorosa *due diligence*.** Antes de sequer se poder definir a estratégia para o litígio arbitral, é essencial ter acesso a tudo o que exista em poder do cliente que possa ter relevo factual para o caso (mesmo ou sobretudo o que o Cliente não acha relevante). Essencial aqui é fazer uma *due diligence* factual aos arquivos (muitas vezes dispersos e/ou mal arrumados) com ênfase na fase pré-contratual (incluindo as sucessivas minutas do contrato) e na fase pós-contratual (incluindo tudo o que constitua

prova documental das interações entre as partes e suas equipas) e reuniões com todas as pessoas que tenham conhecimento direto dos factos de que saiam resumos idealmente gravados.

3. **Selecionar logo no início os peritos técnicos e financeiros** que se preveja serem necessários para a prova do caso do Cliente e/ou a contraprova quanto ao caso da outra parte. Um dos mais recorrentes erros na *advocacy* arbitral em Portugal é começar a trabalhar com os peritos numa fase tardia, quando não apenas a estratégia do caso está implementada, como também os próprios articulados finalizados (se as regras não exigirem que toda a prova deva ser apresentada com os articulados). Sem ter um forte conhecimento das questões técnicas, da indústria em questão e dos danos e sua quantificação, a *advocacy* só por acaso acerta no alvo.
4. **Selecionar bem o co-árbitro para o caso concreto.** A arbitragem e a litigância são *fact specific*, não apenas quanto a ser um erro pensar que o direito aplicável tem a solução sem que a matéria factual seja relevante (pode acontecer, ainda que seja mais provável que um camelo possa passar pelo buraco de uma agulha), mas sobretudo porque a escolha do co-árbitro deve ser feita em função do caso concreto (professor ou advogado, especialista ou experimentado, conhecedor da indústria ou da ciência, capaz de gerar consensos ou de resistir a eles, sábio ou trabalhador, nacional ou estrangeiro, etc). E, claro, não correr o risco que cada vez pode ser mais fatal de escolher alguém que lute como um advogado e por isso falhe como árbitro ou que seja incapaz de ser imparcial apesar de a isso ser obrigado por lei.
5. **Definir as características que deve ter o árbitro presidente.** É seguramente uma das questões mais relevantes e ela também é *fact specific*. Um adequado co-árbitro é meio caminho andado para uma boa escolha. Como o é conhecer os *players* do mercado relevante, as suas idiossincrasias e a forma como se orientam para a análise da prova, para o relevo que dão à vontade das partes e à sua prova, que experiência possuem, se dominam os idiomas relevantes (pelo menos o da lei aplicável e do contrato).
6. **Fazer uma *due diligence* para detetar fatores que possam colocar em questão o dever legal de independência dos árbitros.** O que se descubra pode ou não ser usado, mas deve ser conhecido desde o início. E no mercado internacional ainda mais.
7. **Preparar bem a luta pelas regras que serão aprovadas pelo Tribunal.** É sabido que sou um defensor cada vez mais forte da existência de depoimentos escritos, de que toda a prova deva ser produzida nos articulados a que se reporta, que haja uma fase

para requerer a produção de documentos em poder da parte contrária, que na audiência tudo se inicie pelo contrainterrogatório e que não haja uma fase de *direct* prévia. A nível nacional, no entanto, estas regras óbvias ainda suscitam resistências e muitas vezes há uma fase de negociação em que nem todas se consegue que sejam aplicadas, o que exige uma clara noção de quais são mais importantes para o caso que compete defender.

8. Preparar muito bem os depoimentos escritos das testemunhas. Isto é cada vez mais uma ciência e não apenas uma técnica e seguramente que não uma arte. Detalhar isso exigiria um longo artigo e, com pena o afirmo, em Portugal é ainda raro que surjam depoimentos ao nível do *benchmark* internacional. Algumas regras: (i) o depoimento deve ser feito com a ajuda do advogado, mas com palavras da testemunha, (ii) devem ser selecionados bem quais os factos a abordar e fazer-se um texto fechado que não permita que no contrainterrogatório se possa saltar para fora do que consta do depoimento, (iii) deve evitar-se que mais de uma testemunha aborde o mesmo facto, salvo em casos excepcionais, (iv) nenhuma das afirmações da testemunha deve poder revelar-se falsa ou contrariada por documentos.

9. Apresentar peças processuais que sejam capazes de impressionar favoravelmente o Tribunal. Também quanto a isto é impossível detalhar muito mais do que umas regras essenciais: (i) as peças são escritas para os árbitros e para mais ninguém, (ii) o litígio arbitral é entre duas histórias, uma delas que parecerá no final ser mais credível, provada e de acordo com a boa aplicação do direito aos factos, pelo que uma curta introdução deve centrar as questões, (iii) cada artigo da peça processual deve tratar apenas de um facto e com os meios de prova anexados e/ou referidos em nota, (iv), se possível os factos devem ser apresentados de forma cronológica dentro de capítulos e subcapítulos que tornem a leitura mais fácil, (v) devem evitar-se adjetivos e advérbios e digressões textuais enfáticas e retóricas que confundem e dispersam a atenção, (vi) o sentido de humor deve pontuar a peça, mas não a violência verbal, pois são os substantivos que podem ser provados, (vii) factos, direito, quantum é como regra a boa arrumação, (viii) deve existir um índice detalhado, (ix) as peças devem ser, sempre que possível, secas e curtas e, sobretudo, (x) não deve ser escrito nada falso ou que não possa ser provado.

10. Prever nas regras da arbitragem que existam alegações iniciais na audiência. Elas servem para focar o caso, antecipar a prova que vai surgir, usando um *power point* e (como aliás isso deve ocorrer nas peças processuais) elementos gráficos, fotografias, extratos de documentos ou de depoimentos.

11. Fazer bons interrogatórios em audiência. Também aqui se não pode ir além de algumas regras essenciais: (i) não fazer perguntas *leading* às testemunhas do seu lado, (ii) não fazer perguntas abertas às testemunhas da outra parte (o ideal é que sejam *leading* e que a resposta possa ser sempre “sim” ou “não”, (iii) deve usar-se a *cross examination* para colocar em destaque documentos úteis como regra e para isso e por razões de eficiência deve preparar-se um dossier para ser usado pela testemunha, (iv) deve tentar-se que no final a testemunha do outro lado, aos olhos do tribunal, surja como desonesta, não credível, não relevante, não tendo conhecimento direto dos factos sobre que depõe ou incompetente/confusa. Para tudo isso um guião para o cross é utilíssimo.

12. Fazer adequadas alegações finais. Deve evitar-se que surjam como uma repetição das peças processuais, mas sobretudo sejam a organização do que se passou em audiência em forma que fortaleça o caso que o advogado apresenta ou torne mais frágil o caso alheio. Essencial reproduzir ou realçar a prova, neste caso sobretudo a que resultou da audiência ou a que descredibilize as testemunhas opostas.

A utilização destas regras não garante sucesso, que por mais qualidade que tenham os advogados deve sobretudo da prova existente e da qualidade do Tribunal. O que esta as regras poder é *to level the playing field*, para que se não corra o risco de perder um caso que tudo tinha para ser ganho.

3 de novembro de 2019

LA MOTIVATION DE LA SENTENCE ARBITRALE INTERNATIONALE: UNE OBLIGATION CONSACRÉE MAIS VIDÉE DE SON CONTENU

COMMENTAIRE DES ARRÊTS NOS. 16/11761,
16/16588 ET 16/10379, RENDUS LE 30 JANVIER
2018, 10 AVRIL 2018 ET 20 NOVEMBRE 2018,
RESPECTIVEMENT, PAR LA COUR D'APPEL
DE PARIS

Pacôme Ziegler

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

« Motiver » consiste à « fournir des motifs, des justifications d'un acte, à le munir des motifs nécessaires »¹. Lorsque rapportée aux décisions de justice, y compris les sentences arbitrales, l'exigence de motivation représente ainsi une garantie contre l'arbitraire du juge ou de l'arbitre². Elle représente aussi une garantie contre l'erreur de jugement, dans la mesure où elle est « seule à même de faire apparaître les failles éventuelles de la construction intellectuelle qui a conduit à la décision. »³

Toutefois, le juge français de l'annulation peut-il annuler une sentence arbitrale pour absence de motivation alors qu'il n'est pas juge du fond de l'affaire, et, qu'ainsi, son pouvoir de sanctionner des « failles éventuelles de la construction intellectuelle qui a conduit à la [sentence] » est, à tout le moins, limité ?

Trois arrêts de la cour d'appel de Paris rendus en 2018 apportent un éclairage intéressant à cette question. Plus précisément, ces arrêts confirment que la motivation d'une sentence arbitrale rendue en matière internationale est une obligation qui relève de l'ordre public international, dont la méconnaissance constitue en outre une violation, par le tribunal, de la mission qui lui a été confiée. En d'autres termes, la cour d'appel confirme qu'une sentence arbitrale rendue en matière internationale dénuée de toute motivation est potentiellement annulable sur le fondement de deux des cinq fondements d'annulation de l'article 1520 du Code de procédure civile (Article 1520, alinéas 3 et 5 du Code de procédure civile). En outre, ces arrêts confirment que l'obligation de motivation participe du respect du principe de la contradiction. Ainsi, ces trois arrêts marquent la consécration de l'absence de motivation d'une sentence arbitrale rendue en matière internationale au rang de motif d'annulation (**Section 1**).

Cependant, il est loin d'être certain que ces arrêts rendent l'annulation pour absence de motivation plus aisée. En effet, le contrôle de la motivation effectué par les juridictions françaises reste très superficiel et limité, réduisant d'autant le domaine de l'annulation pour absence de motifs (**Section 2**).

1. La consécration de l'obligation de motiver en tant que principe fondamental de l'arbitrage international

Les arrêts ici commentés soulèvent la question de la place de l'obligation de motivation d'une sentence arbitrale au sein de la mission de l'arbitre (**section a.**), des règles d'ordre public international (**section b.**) et du principe du contradictoire (**section c.**).

a. Motiver une sentence arbitrale internationale fait nécessairement partie de la mission de l'arbitre

En matière d'arbitrage international, la position classique des juridictions françaises, d'ailleurs approuvée par la doctrine⁴, était que la motivation d'une sentence arbitrale ne faisait partie de la mission de l'arbitre que si le règlement d'arbitrage la prévoyait. Dans un arrêt du 22 novembre 1966, la Cour de cassation avait statué comme suit : « mais attendu que le défaut de motifs d'une sentence arbitrale étrangère n'est pas en lui-même contraire à l'ordre public français au sens du droit international privé; »⁵. De la même manière, dans un arrêt du 23 juin 2005 rendu en matière d'arbitrage international, la cour d'appel de Paris relevait qu'il « exist[ait] bien une obligation de motiver dans le règlement d'arbitrage CCI » avant d'écarter le grief d'annulation pour contradiction de motifs⁶. Cette jurisprudence avait poussé la doctrine à conclure que « le recours en nullité pour défaut de motivation d'une sentence ne peut être engagé sur le fondement de l'[ancien] article 1502, 3°, d'une part, parce qu'il ne relève pas à proprement parler de la mission de l'arbitre et, d'autre part, parce qu'il est contraire à l'universalisme vers lequel doit tendre le droit de l'arbitrage international. »⁷.

Par un arrêt du 28 mars 2017⁸, confirmé par deux arrêts du 30 janvier 2018⁹ et 20 novembre 2018¹⁰, tous trois rendus en matière d'arbitrage international, la cour d'appel de Paris a rompu avec la jurisprudence antérieure. Par des considérants similaires, la cour d'appel de Paris a jugé comme suit : « Considérant que l'exigence de motivation

1 M. Fabre-Magnan, 'L'obligation de motivation en droit des contrats', *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301, spéc. p. 306. Ouvrage cité par Hervé Lécuyer, 'L'abandon du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales : Note - Cour de cassation (1re Ch. civ.) 14 juin 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 16 novembre 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 28 juin 2001', *Rev. arb.* 2001.741.

2 A. Touffait et A. Tunc, 'Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation', *RTD civ.* 1974.487. Ouvrage cité par Hervé Lécuyer, 'L'abandon du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales : Note - Cour de cassation (1re Ch. civ.) 14 juin 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 16 novembre 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 28 juin 2001', *Rev. arb.* 2001.741.

3 J. Normand, 'Le domaine du principe de motivation', *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, LGDJ, 2000, p. 16. Ouvrage cité par Hervé Lécuyer, 'L'abandon du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales : Note - Cour de cassation (1re Ch. civ.) 14 juin 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 16 novembre 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 28 juin 2001', *Rev. arb.* 2001.741.

4 C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 872, cité par P. Giraud, 'Étonnements quant aux contours et au contrôle de la motivation des sentences arbitrales internationales', *Dalloz Actualités*, 11 janvier 2019 ; D. Martel, 'Le contrôle de la mission de l'arbitre', *RTD Com.* 2007, p. 1.

5 Cass. Civ. 1^{ère}, 22 novembre 1966, *bull. civ.* I no. 517.

6 Cour d'appel de Paris, 23 juin 2005, *British Motors c. Bentley Motors*, *Gazette du Palais* n° 295, du 22 octobre 2005, p. 44. Voir aussi, par exemple, Cour d'appel de Paris, 21 juin 1990, *Compagnie Honeywell Bull S.A. v. Computacion Bull de Venezuela C.A.*, *Rev. arb.* 1991.96.

7 D. Martel, 'Le contrôle de la mission de l'arbitre', *RTD Com.* 2007, p. 1.

8 Cour d'appel de Paris Pôle 01 ch. 01, *SASU Emile & Co. C. Rösl Metallwerk Waren Fabrik GmbH & Co. KG*, 28 mars 2017, n° 15/17742.

9 Cour d'appel de Paris, SARL Thalasso No. 1 c. Société Société de Transport et de Tourisme Al Jazira, Société de Tourisme et D. Telemaque, 30 janvier 2018, n° 16/11761.

10 Cour d'appel de Paris, Ministère des Finances d'Irak, Ministère de l'Industrie et des Minéraux d'Irak c. Société Instrubel NV, 20 novembre 2018, n° 16/10379.

des décisions de justice est un élément du droit à un procès équitable [...] peu important à cet égard que l'obligation de motiver la sentence figure dans le règlement d'arbitrage; »¹¹, ou encore : « Considérant que l'exigence de motivation des décisions de justice est un élément du droit à un procès équitable; qu'elle est nécessairement comprise dans la mission des arbitres, même si elle ne figure pas dans le règlement d'arbitrage auquel les parties se sont soumises; »¹².

Par le passé, la cour d'appel de Paris avait pu conclure à l'existence d'une présomption d'obligation de motivation, en l'absence d'obligation explicite dans le règlement d'arbitrage applicable¹³. Ce détournement n'est aujourd'hui plus nécessaire. Pas plus qu'il ne serait possible aux parties de décharger les arbitres de leur obligation de motiver sa sentence. En effet, les arrêts commentés ont confirmé que cette obligation relève de l'ordre public international.

b. L'obligation de motiver la sentence arbitrale internationale relève de l'ordre public international

Au titre de l'article 1506 du Code de procédure civile, qui renvoie à l'article 1482 du même code, la sentence arbitrale rendue en matière d'arbitrage international doit être motivée « à moins que les parties en soient convenues autrement ». De la même manière, l'article 8 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 (ladite « Convention de Genève ») prévoit que les parties peuvent décharger les arbitres de leur obligation de motiver leur sentence¹⁴.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 janvier 2018, tout comme l'arrêt de cette même cour du 28 mars 2017, s'inscrivent en faux de ces dispositions. En effet, la cour d'appel de Paris a jugé que « la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence dépourvue de motifs heurte de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international de procédure »¹⁵.

Cette jurisprudence apparaît donc problématique, car *contra legem*. Reste à savoir si elle sera confirmée par la Cour de cassation, ce dont on peut douter. Néanmoins, et jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce sur ce point, cette jurisprudence offre aux demandeurs à l'annulation un motif supplémentaire sur lequel fonder

leur demande. Cela ne leur sera utile que si les parties à l'arbitrage avaient explicitement ou implicitement permis aux arbitres de ne pas motiver leur sentence – une hypothèse d'école ou presque.

c. L'absence de motivation de la sentence arbitrale internationale, une violation du principe de la contradiction ?

Comme la relevé un auteur, la motivation des décisions de justice participe du respect du principe de la contradiction : « [T]oujours dans un même souci de contrôle du respect des droits de la défense, la motivation permet de s'assurer que le principe de la contradiction a été respecté et, notamment, que l'arbitre n'a pas statué sur un moyen qu'il a soulevé d'office sans inviter préalablement les parties à s'en expliquer. »¹⁶ Ainsi, la motivation permettrait de révéler une éventuelle violation du principe du contradictoire. Cela ne n'implique pas, en revanche, qu'une violation de l'obligation de motiver constitue, en tant que telle, une violation du principe de la contradiction.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 avril 2018¹⁷ – rendu en matière d'arbitrage interne – semble démontrer que l'absence de motivation ne saurait constituer, à elle seule, une violation du principe de la contradiction. En l'espèce, les demandeurs à l'annulation alléguaient que le tribunal arbitral avait violé le principe de la contradiction pour avoir « retenu que la créance d'ITMAO n'était pas contestée, alors qu'elle l'était tant dans son principe que dans son montant ».

La cour d'appel de Paris a (logiquement) écarté ce moyen, en statuant comme suit :

Considérant, en premier lieu, que le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres n'ait échappé à leur débat contradictoire ;

Considérant que les recourants ne font état d'aucun moyen, d'aucun fait, ni d'aucune pièce qui auraient fondé la décision du tribunal arbitral sans être soumis à la discussion des parties ;

11 Cour d'appel de Paris Pôle 01 ch. 01, SASU Emile & Co. C. Rösle Metallwerk Waren Fabrik GmbH & Co. KG, 28 mars 2017, n° 15/17742. Voir aussi Cour d'appel de Paris, SARL Thalasso No. 1 c. Société Société de Transport et de Tourisme Al Jazira, Société de Tourisme et D. Telemaque, 30 janvier 2018, n° 16/11761.

12 Cour d'appel de Paris, Ministère des Finances d'Irak, Ministère de l'Industrie et des Minéraux d'Irak c. Société Instrubel NV, 20 novembre 2018, n° 16/10379.

13 Cour d'appel de Paris, 16 juin 1988, Swiss Oil c. Petrogab et République du Gabon, Rev. arb. 1989.309, note C. Jarrosson (« Dès lors qu'il n'est pas établi que dans le silence du Règlement C.C.I., les parties ou les arbitres aient entendu se référer à une loi de procédure dispensant de l'obligation de motivation, une telle obligation s'imposait aux arbitres. ») (« On ne peut qu'approuver la préférence exprimée ici par la Cour à l'égard de la motivation des sentences et matérialisée par une interprétation du Règlement C.C.I. dans le sens d'une présomption d'obligation de motivation. »). Voir aussi Cour d'appel de Paris, 30 mars 1995, Rev. arb. 1996.131, obs. J. Pellerin.

14 Article 8 de la Convention de Genève dispose que « [l]es parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf: a) si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas l'être, ou b) si elles se sont soumises à une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent pas expressément avant la fin de l'audience, ou, s'il n'y a pas eu d'audience, avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivée. »

15 Cour d'appel de Paris Pôle 01 ch. 01, SASU Emile & Co. C. Rösle Metallwerk Waren Fabrik GmbH & Co. KG, 28 mars 2017, n° 15/17742. ; Cour d'appel de Paris, SARL Thalasso No. 1 c. Société Société de Transport et de Tourisme Al Jazira, Société de Tourisme et D. Telemaque, 30 janvier 2018, n° 16/11761.

16 J. Ortscheidt, 'Note - Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 25 mars 2004', Rev. arb. 2004.675.

17 Cour d'appel de Paris, Monsieur. D. J. et Madame C. E. c. Société Varfon S.A.S., 10 avril 2018, n° 16/16588.

En d'autres termes, l'obligation de motiver une sentence arbitrale permet au juge de l'annulation de s'assurer du respect par les arbitres du principe du contradictoire – entendu comme la possibilité donnée aux parties de « *faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire* ». Toutefois, une violation de cette obligation de motivation ne constitue pas une violation du principe du contradictoire. En effet, quoi que dise la sentence – *en aval* de la procédure arbitrale – cela ne peut avoir d'incidence sur ce qui s'est passé *en amont*, au cours de la procédure arbitrale.

C'est en ce sens que doivent être compris les considérants de principe des arrêts mentionnés ci-dessus des 28 mars 2017, 30 janvier 2018 et 20 novembre 2018, au travers desquels la cour d'appel de Paris a affirmé que « *l'exigence de motivation des décisions de justice est un élément du droit à un procès équitable* ». C'est probablement cette même idée qui sous-tend l'attendu de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 2000, à travers lequel cette dernière a mis fin au contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales, dans les termes suivants : « *Mais attendu qu'hors les cas, définis par l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile, de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international, le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle du juge de la régularité de la sentence* ». ¹⁸

En conclusion, l'absence de motivation de la sentence arbitrale ne constitue pas, en tant que telle, une violation du principe de la contradiction.

2. La peau de chagrin de l'annulation pour absence de motivation d'une sentence arbitrale

Nonobstant la consécration de l'obligation de motivation d'une sentence arbitrale internationale au rang de principe fondamental de l'arbitrage international, le juge français se montre peu enclin à sanctionner sa violation dans le cadre du contentieux de l'annulation. En effet, la jurisprudence actuelle ne permet pas d'annuler la sentence arbitrale internationale lorsque le tribunal arbitral s'est contredit (**section a.**), lorsqu'il en a dit trop peu ou a dit « n'importe quoi » (**section b.**), voire même quand il n'a rien dit du tout (**section c.**).

a. L'arbitre peut se contredire

Depuis l'arrêt *Rivers Fabre* de la Cour de cassation du 11 mai 1999 ¹⁹, les juridictions françaises se refusent à contrôler la contradiction de motifs, au motif que « *le grief tiré d'une contradiction de motifs de la sentence arbitrale constitue nécessairement une critique de la sentence au fond qui échappe au pouvoir du juge de l'annulation* ». ²⁰

L'auteur de cet article ne partage pas cette opinion. Le juge de l'annulation peut parfaitement juger de la contradiction de motifs sans pour autant juger le fond de l'affaire. En effet, il ne s'agit pas de juger de la correction de l'un ou l'autre des motifs en question, à savoir, de vérifier que le tribunal arbitral a « *correctement statué sur les prétentions respectives des parties en application de la règle de droit appropriée* ». ²¹ Il s'agit simplement de vérifier, à la lecture de la sentence arbitrale, que l'un et l'autre des motifs en question sont bien compatibles. Ce faisant, le juge de l'annulation demeure le juge de la sentence et non pas de l'affaire.

Par exemple, dans l'affaire *Rivers Fabre*, le demandeur à l'annulation prétendait que la décision arbitrale était contradictoire, « *en ce sens qu'elle affirmait qu'un événement constituait la condition suspensive d'une obligation, tout en constatant que cet événement s'était déjà réalisé* ». Si la sentence arbitrale concluait à la non-existence de ladite obligation jusqu'à la réalisation d'un événement futur et incertain, tout en concluant que l'événement en question s'était produit, elle était entachée d'une contradiction qui la rendait inintelligible. Ses motifs s'annulant réciproquement, elle aurait pu être annulée pour défaut de motifs (et donc au moins pour violation par l'arbitre de sa mission) sans que le juge de l'annulation n'ait pour autant rejugé le fond de l'affaire.

Cette position a été critiquée par plusieurs commentateurs. En particulier, le Professeur Gaillard a écrit que :

[Le contrôle de la cour d'appel] n'est destiné qu'à s'assurer que les arbitres ont répondu, bien ou mal, aux prétentions dont ils étaient saisis. Dès lors qu'ils existent, les motifs de la sentence permettent de s'assurer que cela a bien été le cas indépendamment de la qualité de ces motifs, qui, elle, relève du fond. Il est donc logique, dans ce contexte, que l'on réserve un sort différent à l'absence de motifs, qui demeure contrôlée, et à la contradiction de motifs qui, en ce qu'elle relève exclusivement du fond, ne l'est pas ²².

18 Cass. Civ. 1^{ère}, n° 98-12053, Bulletin 2000 I n°181 p. 117, 14 juin 2000.

19 Cass. Civ. 1^{ère}, 11 mai 1999 et Paris, 26 octobre 1999, Rev. arb., 1999.811, note E. Gaillard.

20 Voir par exemple, Cass. Civ. 2^{ème}, *La société Biscuiterie de la Baie du Mont Saint-Michel (la société BBMSM) v Keroler*, n° 00-14484, 26 décembre 2001. Voir encore Cour d'appel de Paris, 23 juin 2005, *British Motors c. Bentley Motors*, Gazette du Palais n° 295, du 22 octobre 2005, p. 44 (« *Le grief de dénégation par l'arbitre, pas plus que la contradiction de motifs, n'est recevable au titre de l'ordre public international* »).

21 Cour d'appel de Paris, 25 mars 2004, Rev. arb. 2005.671, note J. Ortscheidt.

22 Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999 et Paris, 26 octobre 1999, Rev. arb. 1999.811, note E. Gaillard.

Un autre auteur a écrit que « *[s]ubstantiellement, tandis que le défaut de motifs est un vice de forme, la contradiction de motifs est un vice de fond.* »²³ L'auteur de cet article ne partage pas ces opinions et se range plutôt à l'avis d'un autre commentateur (Jérôme Ortscheidt), pour qui « *la contradiction de motifs, si elle traduit peut-être une erreur de raisonnement sous-jacente, révèle au premier chef un vice de motivation tenant à l'inintelligibilité de la sentence. La sentence est hermétique parce que les raisons exprimées sont contradictoires. Ainsi, en refusant d'annuler une sentence affectée de motifs contradictoires, le juge de l'annulation s'abstient de sanctionner l'inintelligibilité de la motivation.* »²⁴

La décision du comité *ad hoc* dans l'affaire (CIRDI) *Amco v Indonésie*²⁵ montre qu'il est possible de sanctionner des motifs contradictoires sans juger de la pertinence des motifs en question. Dans cette affaire, le tribunal avait inclus un prêt dans le montant du capital investi par l'investisseur, alors même qu'il avait jugé que seuls les fonds propres faisaient partie du capital. La décision fut annulée pour contradiction et donc défaut de motifs.

b. L'arbitre peut dire peu ou prou, voire « n'importe quoi » ou presque

Les trois arrêts ci commentés réaffirment la position jurisprudentielle classique selon laquelle « *le contrôle du juge de l'exequatur [ou de l'annulation] ne saurait porter que sur l'existence et non sur la pertinence des motifs* ».²⁶ Des arrêts antérieurs précisait qu'aux yeux du juge de l'annulation (ou de l'exequatur), la motivation existe dans la mesure où « *les arbitres ont mis les parties en mesure de connaître les éléments de fait et de droit sur lesquels ils se sont déterminés.* »²⁷ D'autres arrêts affirment encore que la motivation n'existe que si la sentence arbitrale contient de « *véritables motifs* »²⁸.

Les véritables absences de motivation sont rares. Les sentences sont en effet de plus en plus longues et détaillées. Même le parent pauvre de l'arbitrage – la question du calcul des dommages et intérêts – fait désormais généralement l'objet d'un traitement exhaustif. Les arbitres n'hésitent

en effet plus à se plonger dans les modèles financiers des experts et à soupeser et corriger les postulats de calcul, pas plus qu'ils n'hésitent à expliquer leur choix d'un certain taux d'intérêt plutôt qu'un autre. En outre, dans les arbitrages soumis au règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (« CCI »), le Secrétariat et la Cour de la CCI veille à ce que l'arbitre donne ses raisons, voire parfois les raisons de ses raisons.

Ainsi, rares sont les arrêts portant sur des sentences affectées par une absence totale de motivation. L'arrêt *Société Cacharel v. Société Vestra Groupe* de la cour d'appel de Paris²⁹, rendue en matière d'arbitrage interne, est ainsi une exception. En l'espèce, la défenderesse à l'annulation avait présenté cinq postes de dommages et intérêts. Or, plusieurs éléments étaient contestés par la demanderesse à l'annulation. Malgré ces contestations, les arbitres avaient simplement décidé que « *c'est donc à la somme de 12 082 285 F – 5 616 245,84 F (v. ci-dessus page 13) qu'il convient de condamner la société Cacharel* », sans expliquer quelles étaient les bases du calcul retenu. La cour d'appel de Paris annula cette sentence (par application combinée des articles 1471 alinéa 2, 1480 et 1484-5° de l'ancien Code de procédure civile) pour absence de motivation. Elle statua comme suit :

*Considérant que la société Vestra avait, dans ses écritures, sollicité cinq indemnités différentes selon les éléments retenus dans le calcul; que la société Cacharel contestait la prise en compte d'une partie du délai de préavis, du chiffre d'affaires réalisé hors du territoire contractuel, l'exclusion du chiffre d'affaires du 'sportswear' pour le calcul du minimum garanti ainsi que le taux appliqué au calcul des redevances; Que la fixation de l'indemnité, qui implique ainsi la résolution de contestations ne portant pas seulement sur son mode de calcul, exige une motivation propre; qu'en l'absence d'une telle motivation, la sentence doit être annulée;*³⁰

Parfois, la motivation est extrêmement succincte. Dans une affaire portée devant la cour d'appel de Paris, le requérant – le cédant d'un lot d'actions – avait été condamné à payer au cessionnaire certaines sommes au

23 Hervé Lécuyer, 'L'abandon du contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales : Note - Cour de cassation (1re Ch. civ.) 14 juin 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 16 novembre 2000 ; Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 28 juin 2001', Rev. arb. 2001.741.

24 Cour d'appel de Paris, 25 mars 2004, Rev. arb. 2005.671, note J. Ortscheidt.

25 *Amco c. Indonésie*, Sentence, 20 novembre 1984, 1 ICSID Reports 474 ; *Amco c. Indonésie*, décision du comité *ad hoc*, 16 mai 1986, 1 ICSID Reports 536.

26 Cour d'appel de Paris, SARL *Thalasso No. 1 c. Société Société de Transport et de Tourisme Al Jazira, Société de Tourisme et D. Telemarque*, 30 janvier 2018, n° 16/11761 ; Cour d'appel de Paris, *Monsieur. D. J. et Madame C. E. c. Société Varfon S.A.S.*, 10 avril 2018, n° 16/16588 (« *Considérant, en second lieu que le contrôle des motifs de la sentence par le juge de l'annulation porte sur leur existence et non sur leur pertinence;* ») ; Cour d'appel de Paris, *Ministère des Finances d'Irak, Ministère de l'Industrie et des Minéraux d'Irak c. Société Instrubel NV*, 20 novembre 2018, n° 16/10379 (« *Considérant, toutefois, que le contrôle du juge de l'annulation ne porte que sur l'existence et non sur la pertinence des motifs de la sentence ;* »).

27 Cour d'appel de Paris, *APM Media c M. X, M. Acquaviva*, 8 septembre 2015, no. 14/18468, Gazette du Palais, 22 mars 2016, n° 260s8, p. 33 ; Cour d'appel de Paris Pôle 01 ch. 01, *SASU Emile & Co. C. Rösle Metallwerk Waren Fabrik GmbH & Co. KG*, 28 mars 2017, n° 15/17742 (« *Considérant qu'en l'espèce, ainsi qu'il a été dit, l'arbitre a énoncé les considérations de fait et de droit qui l'ont conduit à retenir à la charge de Rösle une obligation de moyen et non de résultat dans la défense de l'exclusivité d'Emile & Co;* »).

28 Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), *Compagnie Honeywell Bull S.A. v. Computacion Bull de Venezuela C.A.*, 21 juin 1990, Rev. arb. 1991.96 ; Cour d'appel de Paris, Ch. 1, *SA Biscuiterie de la Baie du Mont Saint Michel c. SA Keroler*, 8 février 2000, Rev. arb. 2001.932 ; Cour d'appel de Paris, *Jourdain c. S.N.C. Mazarine*, 23 mars 2000, *Gaz. Pal.*, 16-17 novembre 2001, p. 19 ; Cour d'appel de Paris (1 Ch. CSA *Toyota Services Afrique (TSA) v. SA Prometo*), 7 septembre 2000, Rev. arb. 2001.199.

29 *Société Cacharel v. société Vestra groupe*, Cour d'appel de Paris (1Ch. C.), 25 March 1993, Rev. arb. 1995.466.

30 *Société Cacharel v. société Vestra groupe*, Cour d'appel de Paris (1Ch. C.), 25 March 1993, Rev. arb. 1995.466.

titre d'une garantie de passif. Il demandait l'annulation de la sentence pour défaut de motivation. En particulier, le requérant critiquait le fait que, pour chacun des postes de garantie, le tribunal avait établi un tableau à trois colonnes, la première énumérant les demandes des parties, la deuxième, intitulée « décision », portant mention des montants retenus par les arbitres, et la troisième, appelée « référence », renvoyant aux paragraphes de la sentence expliquant les chiffres portés dans la deuxième.³¹ Concernant le poste de « créances irrécouvrables sur le personnel », le tribunal avait simplement porté la mention « accepté » dans la colonne « décision » dudit tableau, sans quelconque renvoi à d'autres paragraphes de la sentence.

La cour d'appel rejeta le moyen. Elle releva d'abord que le requérant et défendeur à l'arbitrage « a[vait] indiqué dans son mémoire en réponse que la somme réclamée au titre des créances irrécouvrables sur le personnel 'peut être prise en considération mais la société ISS Abilis doit être en mesure de rapporter aujourd'hui les récupérations effectuées sur le personnel demeuré dans l'entreprise' ». Elle en conclut « que les arbitres, en mentionnant 'accepté' face à la demande formée par la société ISS Abilis, ont repris à leur compte le principe de l'ajustement pour créances sur le personnel irrécouvrables accepté par le défendeur, et, ont, par suite, suffisamment motivé leur sentence. »³²

Il n'en demeure pas moins que la plupart des demandes d'annulation basées sur une prétendue absence de motivation sont, en fait, d'évidentes tentatives de révision au fond de la sentence. Deux des trois affaires ci commentées s'inscrivent dans cette catégorie.

Dans l'affaire n° 16/11761, le requérant (la société Thalasso, qui vendait des séjours touristiques en Tunisie) prétendait que l'arbitre unique n'avait pas motivé sa décision de rejeter son argument de force majeure, basé sur l'impact des troubles politiques de 2013 sur le marché touristique tunisien. La cour de Paris rejeta le moyen, après avoir relevé que « l'arbitre, dans les paragraphes 246 à 258 de la sentence expose en des termes tout-à-fait affirmatifs que Thalasso, qui se borne à invoquer des statistiques pour l'ensemble de la Tunisie, et concernant au surplus les seuls touristes français, ne fait pas la preuve qui lui incombe d'un fléchissement de l'activité à Djerba, alors que les sociétés hôtelières rapportent la preuve inverse de l'absence de baisse significative du nombre de nuitées dans les hôtels de cette station; »³³. Ainsi, la décision en cause était indéniablement motivée.

Dans l'affaire n° 16/10379, les recourantes et défenderesses à l'arbitrage (des sociétés irakiennes) prétendaient que le tribunal arbitral n'avait pas motivé sa décision retenant leur responsabilité. Elles alléguèrent que le tribunal avait simplement retenu que l'embargo décrété par les Nations-Unies contre l'Irak n'était pas un cas de force majeure, ce qui selon elles, ne résolvait pas la question du principe de leur responsabilité envers les défenderesses à l'arbitrage. La cour d'appel de Paris écarta ce moyen. Elle statua comme suit :

Considérant qu'en l'espèce, le tribunal arbitral a raisonné de la façon suivante :

- la Résolution 687 des Nations Unies a pour effet d'interdire aussi bien à l'Etat irakien qu'à toute personne établie en Irak d'invoquer la force majeure résultant de l'embargo, de sorte qu'il est superflu d'examiner la question de savoir si les parties irakiennes sont des entités distinctes de la République d'Irak (sentence partielle du 6 février 1996, traduction p. 20 à 26),

- l'embargo n'emporte ni nullité ni suspension mais caducité des contrats en cours (sentence partielle du 6 février 1996, traduction, p. 33 à 35),

- 'la caducité laisse ouverte la question de savoir si les parties sont libérées de leur responsabilité contractuelle, la question de leur indemnisation ne peut recevoir une réponse automatique. Il peut être répondu à cette question de manière classique : les parties qui demandent à être libérées de leur responsabilité contractuelle doivent, d'une manière ou d'une autre, démontrer une cause justificative, par exemple, la force majeure (...)', or il résulte de la sentence du 6 février 1996 que les parties irakiennes ne peuvent se prévaloir de la force majeure, elles sont donc tenues d'indemniser les préjudices résultant pour Instrubel de la caducité des contrats (sentence partielle du 15 janvier 1998, p. 10 à 13); »³⁴

Elle en conclut que « le tribunal arbitral, à travers les différentes sentences partielles rendues dans la même instance, a exposé les motifs pour lesquels il estimait que les parties irakiennes étaient responsables à l'égard de leur co-contractante des conséquences résultant pour celle-ci de l'impossibilité d'exécuter les contrats. »³⁵

Dans ces deux espèces, la sentence (ou, à tout le moins, l'ensemble des sentences partielles rendues dans l'affaire n° 16/10379) était motivée, l'arbitre ayant de fait donné les raisons pour lesquelles il avait rejeté les demandes

³¹ Cour d'appel de Paris, 25 mars 2004, Rev. arb. 2005.671, note J. Ortscheidt.

³² Cour d'appel de Paris, 25 mars 2004 : Rev. arb. 2005.671, note J. Ortscheidt.

³³ Cour d'appel de Paris, SARL Thalasso No. 1 c. Société Société de Transport et de Tourisme Al Jazira, Société de Tourisme et D. Telemaque, 30 janvier 2018, n° 16/11761.

³⁴ Cour d'appel de Paris, Ministère des Finances d'Irak, Ministère de l'Industrie et des Minéraux d'Irak c. Société Instrubel NV, 20 novembre 2018, n° 16/10379.

³⁵ Cour d'appel de Paris, Ministère des Finances d'Irak, Ministère de l'Industrie et des Minéraux d'Irak c. Société Instrubel NV, 20 novembre 2018, n° 16/10379.

ayant suscité le grief d'absence de motivation. En outre, ces raisons faisaient sens, c'est-à-dire qu'elles étaient adéquates aux moyens avancés. En d'autres termes, ces raisons étaient à même de conduire le tribunal arbitral à écarter les moyens avancés.

Mais qu'en serait-il si les raisons avancées par le tribunal ne faisaient pas sens, soit en elles-mêmes, soit au vu des prétentions des parties ? Une telle motivation équivaldrait-elle à une absence de motivation pouvant conduire à l'annulation ? Les arrêts exigeant l'existence de « *véritables motifs* »³⁶ pourraient le faire penser. En ce sens, un commentateur a écrit que « *[l]e motif formulé doit cependant être adéquat, en rapport avec l'objet du litige. Même si l'arbitre n'est pas tenu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation respective, lorsqu'il choisit de s'exprimer, il ne peut pas dire n'importe quoi pour justifier formellement sa décision.* »³⁷ Cependant, cette opinion ne reflète pas la jurisprudence des cours françaises, au vu de laquelle la réponse aux questions ci-dessus semble devoir être négative. En effet, pour les cours françaises, un tel contrôle relèverait du fond de l'affaire et serait donc hors limites pour le juge de l'annulation.

On l'a souligné ci-dessus, le contrôle du juge de l'annulation s'arrête à « *l'existence et non sur la pertinence des motifs* »³⁸. En outre, pour ce dernier, la motivation existe dans la mesure où « *les arbitres ont mis les parties en mesure de connaître les éléments de fait et de droit sur lesquels ils se sont déterminés.* »³⁹ Or, « *connaître* » n'est pas « *comprendre* ». En ce sens, la motivation existe même si elle est incompréhensible.

Dans la même veine, dans l'arrêt *British Motors c. Bentley Motors* mentionné ci-dessus, la cour d'appel de Paris a simplement constaté l'existence d'une motivation « *matérielle* » pour écarter le grief d'absence de motivation. En d'autres termes, la cour d'appel de Paris procède à une analyse quantitative et non pas qualitative des motifs de la sentence arbitrale. Des motifs étalés sur plusieurs pages de la sentence suffisent ainsi à écarter le grief d'absence de motivation, même s'ils sont intelligibles.

Cette ligne jurisprudentielle est justifiée. Démêler l'intelligible de l'intelligible implique de s'immiscer dans le raisonnement des arbitres. Ce faisant, le juge de l'annulation se fait le juge de l'affaire, ce qui, en règle générale, lui est interdit.

En revanche, on peut se demander si des motifs qui seraient intelligibles non pas en eux-mêmes, mais parce que sans rapport avec ce que les parties ont soutenu lors de l'arbitrage, ne seraient pas contrôlables par le juge de l'annulation. En effet, ce dernier pourrait exercer ce contrôle simplement en confrontant les motifs de la sentence aux prétentions des parties lors de l'arbitrage. Ce faisant, il resterait le juge de la sentence et pas de l'affaire. Il resterait donc dans les limites de ses prérogatives. Illustrons.

Dans l'affaire rapportée ci-dessus où les arbitres s'étaient contentés de porter la mention « *accepté* » dans un tableau listant les postes réclamés au titre d'une garantie de passif, la cour d'appel de Paris avait considéré que cette mention constituait une motivation suffisante, dans la mesure où le requérant et défendeur à l'arbitrage « *a[vait] indiqué dans son mémoire en réponse que la somme réclamée au titre des créances irrécouvrables sur le personnel 'peut être prise en considération mais la société ISS Abilis doit être en mesure de rapporter aujourd'hui les récupérations effectuées sur le personnel demeuré dans l'entreprise'* ».

Or, ceci ne serait acceptable que si la demanderesse (la société ISS Abilis) avait en effet « *rappor[t]é aujourd'hui les récupérations effectuées sur le personnel dans l'entreprise* », ce dont l'arrêt d'appel ne permet pas de juger. Si cet élément n'avait pas été prouvé, alors la sentence serait affectée d'un manque de motivation que le juge de l'annulation serait à même d'apprécier sans pour autant rejuger le fond de l'affaire.

De la même manière, dans l'affaire n° 16/16588, les recourants et défendeurs à l'arbitrage faisaient grief aux arbitres d'avoir retenu que la créance du demandeur à l'arbitrage (la société ITMAO) n'était pas contestée, alors que, selon eux, elle l'était tant dans son principe que dans son montant. Ils en concluaient que les arbitres n'avaient pas motivé leur décision leur ordonnant de payer cette créance.

La cour d'appel rappela que le tribunal avait sur ce point statué comme suit :

La SAS [ITMAO] a fourni au tribunal arbitral le détail de l'évolution de la créance commerciale qu'elle détient sur la SAS VARFON qui est passée de 5.833.986,30 euros dans le mémoire originel à 6.868.502,36 euros in fine. Le tribunal arbitral constate que ce montant en tant

36 Cour d'appel de Paris (1^{ch.} suppl.), *Compagnie Honeywell Bull S.A. v. Computacion Bull de Venezuela C.A.*, 21 juin 1990, Rev. arb. 1991.96 ; Cour d'appel de Paris, Ch. 1, *SA Biscuiterie de la Baie du Mont Saint Michel c. SA Keroler*, 8 février 2000, Rev. arb. 2001.932 ; Cour d'appel de Paris, *Jourdain c. S.N.C. Mazarine*, 23 mars 2000, *Gaz. Pal.*, 16-17 novembre 2001, p. 19 ; Cour d'appel de Paris (1^{ch.} CSA *Toyota Services Afrique (TSA) v. SA Prometo*), 7 septembre 2000, Rev. arb. 2001.199.

37 Cour d'appel Paris, 25 mars 2004 : Rev. arb. 2005.671, note J. Ortscheidt.

38 Cour d'appel de Paris, *SARL Thalasso No. 1 c. Société Société de Transport et de Tourisme Al Jazira, Société de Tourisme et D. Telemaque*, 30 janvier 2018, n° 16/11761 ; Cour d'appel de Paris, *Monsieur. D. J. et Madame C. E. c. Société Varfon S.A.S.*, 10 avril 2018, n° 16/16588 (« *Considérant, en second lieu que le contrôle des motifs de la sentence par le juge de l'annulation porte sur leur existence et non sur leur pertinence* ; ») ; Cour d'appel de Paris, *Ministère des Finances d'Irak, Ministère de l'Industrie et des Minéraux d'Irak c. Société Instrubel NV*, 20 novembre 2018, n° 16/10379 (« *Considérant, toutefois, que le contrôle du juge de l'annulation ne porte que sur l'existence et non sur la pertinence des motifs de la sentence* ; »).

39 Cour d'appel de Paris, *APM Media c. M. X, M. Acquaviva*, 8 septembre 2015, no. 14/18468, *Gazette du Palais*, 22 mars 2016, n° 260s8, p. 33 (soulignement ajouté) ; Cour d'appel de Paris Pôle 01 ch. 01, *SASU Emile & Co. C. Rösle Metallwerk Waren Fabrik GmbH & Co. KG*, 28 mars 2017, n° 15/17742 (« *Considérant qu'en l'espèce, ainsi qu'il a été dit, l'arbitre a énoncé les considérations de fait et de droit qui l'ont conduit à retenir à la charge de Rösle une obligation de moyen et non de résultat dans la défense de l'exclusivité d'Emile & Co* ; »).

*que tel n'est pas contesté par les défendeurs, que ces derniers n'indiquent pas que les marchandises qui font l'objet de cette créance étaient impropres à la vente, et qu'il convient donc de présumer qu'elles ont été normalement revendues aux clients du point de vente. Le rejet du paiement de cette somme par les défendeurs se fonde sur le comportement abusif d'ITMAO, argument que le tribunal arbitral examinera ci-après et qui, en tout état de cause, ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts*⁴⁰.

La cour d'appel en conclut qu'« il résulte des énonciations précitées de la sentence que la condamnation au paiement du solde de factures n'est pas dénuée de motivation; que la critique des recourants, qui porte sur l'adéquation de ces motifs aux moyens qu'ils avaient développés, invite la cour à une révision au fond de la sentence qui ne lui est pas permise; ».

Or, si, au contraire de ce prétendit le tribunal arbitral, le montant de la créance avait bien été contesté par les défendeurs dans leurs mémoires ou plaidoiries lors de l'arbitrage, les motifs énoncés par le tribunal arbitral seraient ainsi totalement déconnectés des prétentions des défendeurs à l'arbitrage. La motivation serait extrinsèquement inintelligible, et donc inexistante. Là encore, la cour d'appel serait en mesure d'exercer ce contrôle sans rejurer le fond de l'affaire.

Toujours est-il que cette position n'est vraisemblablement pas celle de la jurisprudence actuelle. Actuellement, force est de constater que, pour les cours françaises, les arbitres peuvent dire « n'importe quoi » ou presque.

c. Mieux vaut-il ne rien dire que mal dire ?

Enfin, il est également constant que les arbitres peuvent omettre de statuer sur un chef de demande et ignorer certains arguments des parties sans encourir l'annulation.

i. L'*infra petita* n'est pas un motif d'annulation

L'*infra petita* doit s'entendre de l'hypothèse dans laquelle « la ou les demandes présentées comportaient plusieurs chefs et, [...] en son dispositif, la décision rendue n'a, en aucune façon, rien jugé sur l'un deux. »⁴¹ Un *infra petita* constituerait ainsi, en principe, une violation par l'arbitre des termes de sa mission, et donc un motif d'annulation. Or, il est constant que, pour les juridictions françaises,

« l'omission par l'arbitre de statuer sur un chef de demande peut être réparée par l'arbitre, et ne constitue pas un cas d'ouverture du recours en annulation; »⁴².

La plupart des arrêts relatifs à cette question ont été rendus au visa de l'article 1485 du Code de procédure civile (l'ancien article 1475), qui dispose que « à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées. » Cette disposition est applicable à l'arbitrage international, sauf accord contraire des parties, de par l'article 1506 du Code de procédure civile.

Certains arrêts avaient statué que « l'*infra petita* ne constitue pas une cause d'annulation de la sentence mais une omission de statuer qui peut toujours être réparée »⁴³, sans faire mention de la loi de procédure applicable. Ces arrêts avaient amené la doctrine à évoquer l'émergence d'une nouvelle règle matérielle de l'arbitrage international⁴⁴, applicable quel que soit le droit gouvernant la procédure arbitrale. Un arrêt du 27 février 2018 de la cour d'appel de Paris semble écarter cette hypothèse, puisqu'il fait explicitement référence à l'article 1485 du Code de procédure civile, dans les termes suivants : « L'omission de statuer n'est pas un cas d'ouverture du recours en annulation, la partie qui s'en prévaut ayant, en vertu de l'article 1485 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506, la faculté de ressaisir les arbitres. »⁴⁵

Il est permis d'en conclure que si la partie recourante laisse passer le délai prévu par le Code de procédure civile pour demander au tribunal arbitral de compléter sa sentence (trois mois à compter de la notification de celle-ci), elle sera réputée avoir renoncé à son droit de demander l'annulation pour cause d'*infra petita* / non-respect par l'arbitre des termes de sa mission.

ii. Le tribunal arbitral peut ne pas répondre aux arguments, même clés, des parties

Il est également constant que, pour les cours françaises, le tribunal arbitral « n'[est] pas tenu de donner une réponse détaillée à chaque argument des parties »⁴⁶ qu'il « n'[a] pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, avait motivé sa sentence »⁴⁷, ou encore « que le grief tiré du défaut de réponse à des chefs de

40 Cour d'appel de Paris, *Monsieur. D. J. et Madame C. E. c. Société Varfon S.A.S.*, 10 avril 2018, n° 16/16588 (soulignement ajouté).

41 A. Perdiau, « La rectification des jugements civils », JCP, 1995 I 3886. Cité par X. Nyssen et S. Nataf, « L'*infra petita* dans les sentences rendues en matière d'arbitrage international », Rev. arb. 2010.783.

42 Cass. Civ. 2^{ème}, *Société Sysca v. société Secta Autosur*, 7 janvier 1999, Rev. arb. 1999.272.

43 Cour d'appel de Paris, 23 juin 2005, *British Motors et Riviera Motors c/ Bentley Motors*, en somm. in Rev. arb., 2005.798; Voir aussi Cour d'appel de Paris, 12 mars 2009, *Prince Moulay Hisham Abadia et autre c/ société Consolidated Contractors Group SAL Holding Company et autre*, en somm. in Rev. arb., 2009.432.

44 Xavier Nyssen et Samantha Nataf, « L'*infra petita* dans les sentences rendues en matière d'arbitrage international », Rev. arb. 2010.783.

45 Cour d'appel de Paris, *Société Riseria Prodotti del Sole v. SAS Scamark*, 27 février 2018, Rev. arb. 2018.299.

46 Cour d'appel de Paris Pôle 01 ch. 01, *SASU Emile & Co. C. Rösl Metallwerk Waren Fabrik GmbH & Co. KG*, 28 mars 2017, n° 15/17742.

47 Cass. Civ. 1^{ère}, 1 décembre 2010, n° 09-16.736.

conclusions n'entre dans aucun des cas d'ouverture du recours en annulation »⁴⁸.

Cette solution doit être approuvée, en règle générale. Les mémoires d'arbitrage étant de plus en plus long, et contenant parfois des moyens difficilement compréhensibles, ce serait compliquer excessivement la tâche des arbitres que de les obliger à répondre à tous les arguments ou moyens soulevés par les parties. Cependant, les arbitres devraient être tenus de répondre à tous les arguments clés des parties, c'est-à-dire, ceux susceptibles d'influer sur l'issue du litige. A l'heure actuelle, les juridictions françaises ne l'exigent pas.

Par exemple, dans une affaire jugée en 2002, le recourant à l'annulation (M. X) avait cédé une société à une société tierce (la Société Trophy). Cette dernière avait ensuite commencé une procédure arbitrale pour dol par réticence causé par un défaut d'information, et obtenu gain de cause. Cependant, le tribunal arbitral ne s'était pas prononcé sur l'argument du recourant selon lequel la société Trophy avait nécessairement connaissance des vices invoqués car son représentant n'était autre que le directeur de la société cédée.

A l'annulation, le recourant invoquait un « *défait de réponse à un chef péremptoire des conclusions d'une partie est assimilable à un défaut de motifs* » et demandait l'annulation de la sentence pour non-respect de sa mission par l'arbitre. La Cour de cassation écarta le moyen dans les termes suivants : « *Mais attendu qu'ayant retenu exactement que le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle de la cour d'appel, mais que les arbitres avaient motivé leur décision au regard des points litigieux soulevés par les parties, l'arrêt retient à bon droit que le grief tiré du défaut de réponse à des chefs de conclusions n'entre dans aucun des cas d'ouverture du recours en annulation* ; »⁴⁹.

Cet argument du recourant était clé, car il aurait pu écarter le dol par réticence. Pourtant, il n'avait fait l'objet d'aucune détermination *explicite* du tribunal arbitral. Le recourant, probablement conscient de l'impossibilité d'annuler pour défaut de réponse à un chef de conclusions, s'était placé sur le terrain de l'absence de motifs. Ni la cour d'appel de Paris, ni la Cour de cassation ne le suivirent sur ce point. Pour la cour d'appel de Paris, « *les arbitres avaient motivé leur décision au regard des points litigieux soulevés par les parties* », ce qui revient à dire que ceux-ci avaient *implicitement* rejeté l'argument du recourant, et que ceci suffisait à rejeter le grief de non-respect de sa mission par l'arbitre.

Cette solution semble excessive. Les parties sont en droit de connaître les motifs pour lesquels leurs arguments clés sont rejetés ou acceptés par le tribunal arbitral. Le domaine de l'implicite doit nécessairement être limité, sauf à vider de son sens l'obligation de motivation des sentences arbitrales. En outre, en cas d'omission de statuer sur de tels moyens, il serait inutile de se tourner vers le tribunal arbitral pour obtenir une décision complémentaire. En effet, aucun tribunal arbitral ne changerait le sens de sa sentence après que celle-ci soit émise, même s'il s'avérait que l'omission était bien une omission et pas une décision implicite. Le juge de l'annulation devrait donc pouvoir s'assurer que les arbitres se sont effectivement prononcés sur tous les arguments clés des parties. Ce faisant, il demeurerait le juge de la sentence et non pas celui de l'affaire.

Les arrêts ici commentés consacrent l'importance de la motivation des sentences arbitrales. Dans le cadre du contentieux de l'annulation, cependant, l'obligation de motivation n'aura que peu de portée pratique. En effet, les arrêts ci commentés ne remettent pas en cause la jurisprudence antérieure, qui ne sanctionne pas l'éventuelle inintelligibilité des motifs et laisse toute latitude aux arbitres de ne pas se prononcer sur certains arguments ou moyens des parties. Seule l'absence totale de motivation conduirait à l'annulation. Celle-ci, toutefois, est (de plus en plus) rare, car les arbitres ont généralement bien intégré cette exigence de motivation et les institutions arbitrales telles la CCI veillent à ce que cette exigence soit satisfaite.

En somme, le risque de voir des arbitres dirent « n'importe quoi » ou de ne rien dire du tout dans leurs sentences est très réduit, non pas grâce au contrôle en aval du juge de l'annulation français, mais en amont, de par la sélection d'arbitres sérieux et compétents et par la procédure de révision de certaines institutions arbitrales.

48 Cass. Civ. 2e 31 Janvier 2002, *Société Financière Trophy c. Mr. X*, n° 00-15.564.

49 Cass. Civ. 2e 31 Janvier 2002, *Société Financière Trophy c. Mr. X*, n° 00-15.564.

CHOICE OF LAW IN INTERIM MEASURES ISSUED BY EMERGENCY ARBITRATORS

AWARD ON EMERGENCY
MEASURES, ARBITRATION SCC
EA 2018/007, 5 FEBRUARY 2018 ¹

Mariana França Gouveia

PhD in Law (FDUNL)
Partner PLMJ Arbitration
Dean Nova School of Law

Iñaki Carrera

Master's in Law (FDUCP)
Associate PLMJ Arbitration

¹ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9756.pdf>

Emergency Arbitration, Stockholm Chamber of Commerce

Case no. Arbitration SCC EA 2018/007

Claimant: Mohammed Munshi

Respondent: The State of Mongolia

Seat of Arbitration: Stockholm

Emergency Arbitrator: Bernardo M. Cremades

Summary:

The Claimant, whose nationality is English and Australian, is a shareholder in Gobi Coal & Energy Ltd., a coking coal explorer and operator with operations in Mongolia, in which he served as chairman until his arrest in September 2017 in Mongolia.²

Gobi Coal, established with the purpose of exploring coal-mining opportunities in Mongolia, extended loans in the amount of \$10 million to a Mongolia-based company, Baz Group, in particular to Jargalsaikhan Baz, the CEO of Baz Group. At the same time, Chuluunbaatar Baz (the brother of Jargalsaikhan Baz) purchased a number of shares in Gobi Coal and related companies.³

Following these loans, Jargalsaikhan Baz made several initial repayments. However, due to his default, Gobi Coal sent letters demanding the outstanding payment. Thereafter, Chuluunbaatar Baz invited the Claimant and the Claimant's partner to a dinner in Mongolia. The invitation was accepted and they both travelled to Mongolia in March 2015.⁴

Upon arriving at the airport, the Claimant was met by Chuluunbaatar Baz and two police officers who arrested him and brought him to a detention centre, for interrogation, under the pretext that all funds for Mongolia mining should be spent in the country. The Claimant was soon released but prohibited from leaving Mongolia until a payment was made to Chuluunbaatar Baz or, in the alternative, the assets of Gobi Coal were transferred to Chuluunbaatar Baz.⁵ After the payment, the Claimant would be released and allowed to leave the country.⁶

The Claimant remained in Mongolia for 2 years without being formally charged with any crime. In July 2017, he was convicted of committing the crime of defrauding as the source of one's income for life, on the basis that he made statements about how well Gobi Coal would perform in order to cause Chuluunbaatar Baz to purchase shares in Gobi Coal. He was sentenced to 11 years in prison.⁷ This crime was enacted in 2015 but did not enter into force until July 2017. Therefore, the Claimant contends that his conviction under this new law is a plain violation of the international law principle of *nullum crimen sine lege*.⁸

The Claimant intends to argue in the arbitration that Mongolia has damaged the share value of Gobi Coal since March 2015, due to measures taken by Mongolia against Gobi Coal's operations, including the freezing of its assets and suspension of its licences. The Claimant intends to present causes of action which include breach of the fair and equitable provisions of the Energy Charter Treaty ("ECT"), illegal expropriation, and denial of justice.⁹

The Claimant was detained at Detention Centre 461, later moved to Prison 409, a strict security prison and deprived of sufficient medical care, clothing, bedding, food, quality water, heating, lighting, ventilation, and sanitary facilities, and as a result of these conditions, the Claimant's health deteriorated.¹⁰ Moreover, Prison 409 imposes strict visitation rules and the Claimant has been allowed one "short" visit every 90 days and one lengthy visit every 120 days. Furthermore, he may only receive one parcel every 60 days and can make only one phone call every 60 days, with a duration of no longer than 5 minutes. Prison 409's strict visitation rules have meant that it has not been possible for Claimant's lawyers to consult with him with respect to his claims against Mongolia.¹¹

Since the Claimant's detention in DC 461 in July 2017, his access to international counsel has been limited and it has been more restricted since he was moved to Prison 409. For this reason, the ability of both international and local counsel to communicate with the Claimant has been seriously affected.¹²

To put an end to this situation, on 19 January 2018, Mr Mohammed (the Claimant), filed an application for the appointment of an emergency arbitrator and for the Tribunal to issue a decision ordering his release from detention and allowing him to leave Mongolia until the

² Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 13.

³ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 14.

⁴ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 15.

⁵ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 16.

⁶ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 17.

⁷ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 19.

⁸ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 19.

⁹ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 20.

¹⁰ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 23.

¹¹ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, §§ 21-22.

¹² Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 26.

Tribunal reaches a decision concerning this issue. In the alternative, the Claimant requested that Mongolia be ordered to release him from any detention facility, even if he stays in the country and that he be allowed to travel to Singapore to receive medical treatment.¹³

The Emergency Arbitrator decided that:

Regarding jurisdiction, the Claimant asserts that he is an Investor under Article 1(7) of the Energy Charter Treaty. The Claimant states that Mongolia has consented to proceed with the arbitration in accordance with the Stockholm Chamber of Commerce Rules ("SCC Rules") and in accordance with Article 26¹⁴ of the ECT, since Mongolia is a member of the ECT it is applicable in Mongolia. The Board has therefore already decided that the Emergency Arbitrator does not lack jurisdiction and the Emergency Arbitrator, based on the submissions of the Claimant, decides that he has *prima facie* established jurisdiction such that it is proper to decide on the emergency measures now being requested.¹⁵

Regarding the standards, the Emergency Arbitrator determined the interim relief in accordance with the traditional requirements for its granting in international law. These requirements are:¹⁶

- **Irreparable harm:** the Emergency Arbitrator accepted that the imminent serious risk to the health and life of the Claimant could constitute irreparable harm.
- **Necessity:** the Emergency Arbitrator reasoned – in line with what the tribunal decided in the case of *Libananco Holding Co. Ltd. v. Turkey*¹⁷ in ordering Turkey not to intercept communications between legal counsel for the claimant and representatives for the claimant – that it is a fundamental principle for a Claimant to be able to pursue their case without interferences.

In conclusion, the Emergency Arbitrator decided that the circumstances the Claimant was in at the time threatened the future arbitration. Consequently, the Emergency Arbitrator considered that it was necessary for the Claimant to have access to both Mongolian and international counsel. Furthermore, he also stated that the facts of the case amount to a breach of access to justice and international law.

Regarding the Claimant's request to leave Mongolia in order to advance his claim, the Emergency Arbitrator denied it, since that would be granting the Claimant part of the final relief that he was seeking, which was to leave Mongolia. The Emergency Arbitrator proceeded by affirming that the Claimant's release would go beyond what is strictly necessary to allow the Claimant to advance his claims against Mongolia.

- **Urgency:** The Emergency Arbitrator decided that the Claimant's right to communicate with local and international counsel was urgent, because the access to counsel was being infringed upon and there was no indication that the Claimant's situation would be resolved or that Mongolia would ease the rules.
- **Proportionality:** the Emergency Arbitrator took the view that it would not be proportional, based on the evidence, to order Mongolia to relinquish its control over a person that has been tried and convicted of committing a crime under Mongolian law.

There is no basis in international law for an award on interim measures ordering a State to release a person from prison in order to carry out an international arbitration. Additionally, the Emergency Arbitrator was not convinced bringing an arbitration claim was enough to interfere with a sovereign State's powers. Therefore, the Emergency Arbitrator believes that recourse to diplomatic means would be more appropriate.

In the aftermath, the Emergency Arbitrator decided to award the Claimant interim measures allowing him to have access to local and international counsel to pursue his claims and ordering that his communications with them must not be subject to interference by Mongolia. However, the Emergency Arbitrator did not consider it appropriate to order Mongolia to release the Claimant from detention.¹⁸

¹³ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 34.

¹⁴ Relevant part: "Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.
[...]"

In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph (2)(c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to...an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce."

¹⁵ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, §§28-33.

¹⁶ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, §§ 35-58.

¹⁷ *Libananco Holding Co. Ltd. v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, preliminary decision, 23 June 2008.

¹⁸ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, § 58.

Case Note

1. Introduction

The decision at issue raises several interesting topics, the most prominent regarding human rights. Nevertheless, that is not the reason for our interest in the case. In fact, this review will focus on only one aspect of the emergency arbitrator proceedings: the issues of the choice of law to apply in interim measures.

Emergency arbitrator proceedings are a pre-arbitral procedure to obtain an interim measure in order to preserve the factual/legal situation, to safeguard rights, to maintain or restore the status quo; to preserve evidence, or to facilitate the enforcement of a future award, etc.¹⁹ Their purpose is to provide the parties with measures that cannot wait until the constitution of an arbitral tribunal.

The award under analysis involves an investment dispute between an investor and the State of Mongolia in accordance with the ECT. For this reason, we will approach our analysis from two different perspectives: commercial arbitration and investment arbitration.

It is also important to stress that the number of emergency arbitrators' decisions in investment disputes is increasing. However, there is an ongoing debate regarding the suitability of this mechanism in these disputes: some argue that emergency arbitrator proceedings are not tailored to investment cases, while others hold the opposite view.²⁰ Although the discussion is very interesting, our commentary will not address it and will only focus on the issue of the law applicable to specific legal issues regarding interim relief. The purpose is to establish which law the emergency arbitrator must apply in order to determine, (i) if he or she has jurisdiction and (ii) which standards are applicable to granting interim measures.

If interim measures were a merits issue, they would, by default, be governed by the law that the parties chose for the resolution of the disputes in commercial arbitration or by the law applicable in investment arbitration.²¹ If they were procedural issues, they would typically be governed

by the parties' arbitration agreement, or by the *lex arbitri*, or the institutional rules that the parties adopted.

However, preliminary relief is neither purely substantive nor purely procedural, and tribunals and counsel find themselves in something of a "grey zone" when establishing them. That is why Professor George Bermann included this topic in the list of what he calls "twilight issues", that is, non-merit issues that are normally raised in arbitral proceedings "for which tribunals and counsel find little or no guidance in either the arbitration agreement, the institutional rules, or the *lex arbitri*."²²

Some doctrine, especially Gary Born, Julian Lew, Ali Yeşilirmak and Christopher Boog, distinguish between the law governing the tribunal's power to grant provisional measures and the law governing the standards applicable to granting provisional measures.²³

Our analysis of the law applicable to interim measures will follow this distinction.

First, we will address the applicable law to determine whether the arbitral tribunal has the power to grant interim measures, sometimes addressed as a question of jurisdiction²⁴ (**Section 2**).

Second, we will address the law governing the standards or requirements of interim measures. In this specific case, the doubts are many as doctrine and case law advance a variety of different criteria (**Section 3**).

Finally, considering this perfunctory analysis, we will draw some conclusions (**Section 4**).

2. How Tribunals determine whether they have power to grant interim measures

The law applicable to jurisdiction to grant interim measures may vary depending on whether the case is one of commercial arbitration or investment arbitration.

19 Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration §1.1 comment q. (Tentative Draft No. 2 2012). See also, Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2014, p. 2427; A. F. M. Maniruzzaman, *Interim Measures of Protection in International Investment Arbitration: Challenge to State Sovereignty?*, pp. 5-6, available in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2472505.

20 Kyongwha Chung, *Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes*, 2016, available in <http://hnmcp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2012/02/Kyongwha-Chung-Winner.pdf>

21 See Christoph Schreuer, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, in McGill Journal of Dispute Resolution, 2014 available in https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/0101001_Schreuer_Jurisdiction-and-Applicable-Law-in-Investment-Treaty-Arbitration.pdf

22 See <https://www.qmul.ac.uk/law/events/items/twilight-issues-in-international-arbitration.html>

23 Gary Born, *International Commercial...*, pp. 2457 – 2458; Julian D. M. Lew, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, pp. 26-28; Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2005, Vol. 12., pp. 170-187; and Christopher Boog, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in Franco Ferrari/Stefan Kröll (eds), *Conflict of Laws in International Arbitration*, 2011, p. 411.

24 Christopher Boog, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in Franco Ferrari/Stefan Kröll (eds), *Conflict of Laws in International Arbitration*, 2011, p. 411.

Regarding commercial arbitration, the applicable law to determine jurisdiction is commonly considered to be the law of the seat.²⁵ While there is no major discussion on this rule, authors disagree on how to assign jurisdiction when there is a discrepancy between the law of the seat and the law of the arbitration agreement.

Petrochilos states that, where the law of the arbitral seat forbids arbitrators from ordering provisional measures, arbitrators will ordinarily not do so.²⁶ This is the case of Argentina, China, Italy and Thailand.²⁷

In Gary Born's view, even though the law of the arbitral seat governs the arbitrators' authority to order provisional measures, the will of the parties should prevail if divergent. In other words, if the parties agreed that in case of dispute the arbitral tribunal would be empowered to order interim measures, that provision should be enforced even if the *lex arbitrii* had a different rule. If the opposite solution were accepted, Born states, the law of the arbitral seat would be in breach of the New York Convention when it provides that Contracting States are obliged to recognise international arbitration agreements.²⁸

The Author concludes that *"this is an instance of the specific prevailing over the general, supported by the obvious practical desirability of conferring the power to order provisional measures on the arbitral tribunal"*.²⁹

In our view, the position advanced by Gary Born is the one that most respects the general purpose of the New York Convention, that is, to promote arbitration and to endorse the will of the parties when choosing arbitration as the method to solve their disputes.³⁰

In sum, it is the law of the arbitral seat that determines whether the arbitral tribunal is empowered to grant interim measures. However, if the parties provided such powers in the arbitration agreement, this agreement prevails over the law of the arbitral seat, in accordance with Article V(1)(d) of the New York Convention.

Regarding investment arbitration, jurisdiction is based on the treaty from which a State offers its consent to arbitrate.³¹

Several tribunals have decided that issues regarding jurisdiction should be resolved by the legal instrument that contains the consent to arbitrate and by general international law.³²

In our view, the same is applicable to jurisdiction regarding the law applicable to the authority of an emergency arbitrator to grant interim relief in investment dispute arbitrations.

In the case under analysis, the Claimant is a national of United Kingdom and of Australia, both Member States of the ECT, as Mongolia also is. Therefore, the claimant is an investor pursuant to Article 1(7) of the ECT.³³

Moreover, Mongolia has consented to arbitration under the rules of the Stockholm Chamber of Commerce in accordance with Article 26 of the ECT.³⁴ The investor is then entitled to submit the arbitration to SCC Rules (Article 26(4)(c) of the ECT).

Even though the ECT does not refer to emergency arbitrator proceedings, the SCC Rules provide for it without any exception.³⁵ In fact, Article 1.1. of Appendix II of the SCC Rules states: *"A party may apply for the appointment of an Emergency Arbitrator until the case has been referred to an Arbitral Tribunal pursuant to Article 22 of the Arbitration Rules."*

Under Article 4(2) of Appendix II to the SCC Rules: *"An Emergency Arbitrator shall not be appointed if the SCC manifestly lacks jurisdiction of the dispute."*

The Board of the SCC decided that the Emergency Arbitrator does not manifestly lack jurisdiction over the dispute and, therefore, has *prima facie* established jurisdiction.

25 Gary Born, *International Commercial...*, p. 2458, saying that national court authority and commentary hold the same position.

26 G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, p. 209.

27 Gary Born, *International Commercial...*, p. 2459.

28 Gary Born, *International Commercial...*, pp. 2457 - 2459.

29 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2014, pp. 2459 - 2560.

30 Gary Born, *International Commercial...*, pp. 2459 - 2560; Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court, IN ICC, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, pp. 45 and 58; Julian D. M. Lew, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, §23, p. 25. ; IX YB Comm. Arb. 439 (Swiss Federal Tribunal) (1984): *"The [preference] that the New York Convention gives to the will of the parties enables the parties either to set up their own rules of procedure or to choose already existing private rules of procedure or to choose the rules of procedure of a State. It further results from the capacity to freely agree to other rules of procedure, that, by virtue of the agreement of the parties, even the mandatory agree to other rules of procedure, that, by virtue of the agreement of the parties, even the mandatory rules of procedure of a State also can be declared inapplicable and they can be substituted with the parties' own rules"*; Judgment of 30.09.1999, XXXI Y.B. Comm.- Arb.: *"Pursuant to Article V (1) (d) of the New York Convention, arbitral proceedings are governed primarily by the agreement of the parties"*

31 Christoph Schreuer, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, in McGill Journal of Dispute Resolution, Vol. 1:1, 2014, p. 2, available in https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/0101001_Schreuer_Jurisdiction-and-Applicable-Law-in-Investment-Treaty-Arbitration.pdf

32 Christoph Schreuer, *Jurisdiction and Applicable Law...*, p. 2-4 and all decisions cited in p. 3, fn. 1. See Award of Daimler Financial Services v. Argentina, ICC Case No. ARB/05/01, §50.

33 Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, p. 7.

34 Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, p. 8.

35 Unlike ICC Rules, SCC Rules do not exclude emergency arbitration from investment treaty disputes.

According to the proceedings, the Arbitral Tribunal is empowered to grant interim measures.³⁶

From the analysis of the award, we have concluded that the emergency arbitrator established a hierarchy of applicable legal sources. Firstly, the arbitrator applied the rule of the Investment Treaty and after the institutional rules.

In sum, the Emergency Arbitrator found that he had power to grant interim measures in accordance with the ECT and the SCC Rules.

3. Law Governing the Requirements to Grant Interim Measures

The Emergency Arbitrator decided to apply the requirements to grant interim relief derived from international law (irreparable harm; necessity; urgency and proportionality).³⁷ He did not discuss whether the international standards were the correct source of law but rather assumed that the issue was not controversial. Nevertheless, that assumption is not correct.

In fact, there are five different choices for the law governing the granting of provisional measures:

- The *lex arbitri*;
- The national civil procedure rules;
- Institutional rules;
- The law governing the parties' underlying contract or relationship;
- International standards.

We will analyse each one of these options in sequence in order to establish which is/are the most suitable to govern the issue we are debating.

The first option is to apply the *lex arbitri* to determine the standards to grant an interim measure.³⁸ The *lex arbitri* is usually the law of the place of the arbitration. If that law establishes the requirements for granting interim measures, and we consider it is the correct source, then those rules are applicable ones.

There are examples of cases where application of *lex arbitri* has been the preferred method.³⁹

In its 2006 amendment, the UNCITRAL Model Law detailed the applicable standards in a clear attempt to create greater security in this matter. Pursuant to Article 17-A of the UNCITRAL Model Law, the party requesting an interim measure must show the tribunal that:

- (a) *Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and*
- (b) *There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.*⁴⁰

The Portuguese Arbitration Law is one of the many statutory frameworks that provides for detailed requirements to grant interim measures.⁴¹

But most statutory laws still do not provide for the applicable standards, and merely recognise the arbitral tribunal's power to grant provisional measures without establishing specific requirements.⁴² Some authors of doctrine view this gap in a positive way and not the contrary. In fact, Gary Born considers that "*there is little reason to conclude that the law of the arbitral seat provides the substantive standards for an arbitral tribunal's decision whether to grant provisional measures*".⁴³

He concludes that this absence should be construed as an acknowledgement that the law of the arbitral seat is not the natural source to provide for the requirements. Consequently, lawyers must search for other legal sources to provide such standards.⁴⁴

In our view, Gary Born is not entirely correct. On the one hand, there are already plenty arbitration laws that provide for specific standards and those are clear enough to resolve the issue. The criteria established by those national regulations should be applicable in arbitrations seated in those

³⁶ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, p. 8.

³⁷ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, p. 10.

³⁸ See Campbell McLachlan, *Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework*, in Albert Jan Van den Berg (ed.), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Volume 14, 2009, pp. 95-145.

³⁹ Final Award (1996), ICC case 8786.

⁴⁰ Article 17 A of the UNCITRAL Model Law.

⁴¹ Australia Arbitration Act; Bahrain Arbitration Law, No. 9/2015; Alternative Dispute Resolution Act of Bhutan 2013; British Columbia International Commercial Arbitration Act; *Hong Kong* Arbitration Ordinance; Costa Rica Arbitration Act; International Arbitration Act 2017, Fiji; Law of Georgia on Arbitration; Irish (Ireland) Arbitration Act 2010; Arbitration Act of Jamaica; Arbitration Act of Lithuania; Maldives Arbitration Law; Mauritius Arbitration Act; Montenegro's Law on Arbitration; New Zealand's Arbitration Act; Arbitration Act of South Korea; Arbitration Act of Rwanda; International Arbitration Act of South Africa; British Virgin Islands Arbitration Act

⁴² Gary Born, Gary Born, *International Commercial...*, p. 2464.

⁴³ Gary Born, Gary Born, *International Commercial...*, p. 2464.

⁴⁴ Gary Born, Gary Born, *International Commercial...*, p. 2464.

jurisdictions. On the other hand, there seems to be a trend towards the adoption of the Model Law criteria on national arbitration laws. And we believe that this definition is positive considering the security of arbitration proceedings throughout the world and hence the expectation of the parties.

The case is different when the *lex arbitri* does not establish criteria to determine interim measures. In that situation we agree with Gary Born, when he contends that in the absence of specific criteria to decide the granting of an interim measure, the arbitral tribunal should resort to other sources of law. We will now analyse what the most suitable sources are when the *lex arbitri* is silent.

Regarding the national civil procedure rules, there are some cases where arbitral tribunals have resorted to them to determine the standards to grant an interim measure.⁴⁵

In an arbitration under the SCC rules, the arbitrator considered that if there are no standards in Swedish Arbitration Act or in the applicable institutional rules, he should use the criteria established in Swedish procedural law, i.e. the law of the seat of the arbitration.⁴⁶

This choice of law is strongly criticised by the arbitral community. Doctrine and case law do not consider national procedural rules to be suitable to govern the requirements to grant provisional measures (or any procedural feature of the proceedings). Not only is there an enormous difference between the way arbitral tribunals and state courts exercise their powers, but also, and more importantly, it goes against the harmonisation goal of international arbitration. It nurtures uncertainty and diminishes arbitration as a safe means to resolve disputes.⁴⁷

Regarding the institutional rules, the fact is that almost all of them do not provide for standards to grant interim relief, and the same happens in emergency arbitration regulations. The problem has been addressed by the ICC Task-force on Emergency Arbitrators, which concluded that in the absence of prescriptive norms applicable to emergency arbitrators, most emergency arbitrators have applied substantive criteria developed by arbitral tribunals. We will address those criteria at the end of this section as they are international standards.

The conclusion, hence, is that institutional rules do not provide guidance for the issue in debate and, accordingly, parties and tribunals must look for other sources to determine the applicable standards.

In relation to the law governing the parties' underlying contract or relationship, there are examples of cases where the law of the merits has been considered when determining interim measures issues.⁴⁸

But, it is doubtful, to say the least, to assume that the agreement of the parties regarding the law applicable to the merits may be used to establish their intentions regarding provisional measures.⁴⁹

Moreover, if we consider that the issues regarding the standards for granting interim relief are procedural matters, then it does not make any sense to apply the law applicable to merits. The most reliable assumption should be that the parties intended to apply the *lex arbitri* and not the law applicable to the merits.

Last, *international standards* have been considered as the most suitable source for guidance on the issue under discussion. In the view of several authors⁵⁰ and in case law⁵¹, international

45 See NAI Case no. 1694, American Producer v German Construction Co. XXIII YBCA 97 (1998), the tribunal referred to the provisions dealing with court-ordered interim relief when deciding on the conditions under which the interim relief should be granted. ICC Case no. 7544, 11(1) ICC Bulletin 58 (2000) and José António Fichtner/André Luis Monteiro, *Tutela Provisória na Arbitragem e Novo Código de Processo Civil: Tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental*, in 20 Anos da lei de Arbitragem, Gen Atlas, 2017, p. 474: "Por um lado, é correto dizer que o procedimento descrito no estatuto processual civil estatal não se aplica, obrigatória e automaticamente, salvo escolha expressa pelas partes contratantes, à arbitragem. Não obstante, por outro lado, parece impossível negar que existe uma interação entre o sistema arbitral e o sistema processual da sede da arbitragem, o que se mostra evidente, especialmente por conta da disciplina espartana presente da própria lei de arbitragem. Talvez um dos pontos em que esta interação seja mais perceptível seja no trato das medidas urgentes na arbitragem"

46 SCC Case No. 96/2011: "Neither the Swedish Arbitration Act, nor the Rules, contain any provisions as to which criteria the arbitrators should apply when considering whether a request for interim measures should be granted or not. In situations of this kind, where clear principles for the determination of procedural questions are lacking, the arbitrators can sometimes find guidance in the principles contained in Swedish procedural law" in Sigvard Jarvin/Annette Magnusson (Ed.), *SCC Arbitral Awards, 1999-2003*, Jurisnet, 2006, p. 546.

47 Gary Born, *International Commercial ...*, p. 2464.

48 Interim Award (1998), ICC Cases 8879.

49 Gary Born, *International Commercial ...*, p. 2465.

50 Gary Born, *International Commercial ...*, p. 2466; Moritz Keller/Carsten Wendler, *Is there a Common Approach to Provisional Measures? – An Overview of ICSID Case Law*, in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al (eds), *SchiedsVZ / German Arbitration Journal*, Volume 9, Issue 4, 2011, pp. 184 and following; Fernández González de Cossío, *Interim Measures in Arbitration: Towards a Better Injury Standard*, in Albert Jan Van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18, 2015, pp. 260-277; Julian D. M. Lew, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, p. 27: "On the other hand, the second approach – i.e. determining the issue of whether to grant relief without reference to any national law – would appear to be more common. This is an area where, increasingly it would appear, an international arbitration practice has emerged. In numerous awards the arbitrators have resorted directly to the facts to decide whether or not to grant the relief sought. There has been little discussion as to whether they have authority to grant the measures other than by reference to the ICC Rules".

51 Final Award (1994), ICC Case 7589; Final Award (1994), ICC Case 7210; Partial Award (1995), Case 8113; Interim Award (1997), ICC Case 8894; Decision in Geneva Chamber of Commerce of 25 September 1997, 19 ASA Bull. 745: "The question whether the arbitrator has such authority and if so at what conditions he may make such an order depends therefore from more general considerations. In this respect, the Tribunal does not consider as binding the opinions expressed by the majority of Swiss legal writers, since they deal mainly with municipal, i.e. Concordat arbitration and are clearly impressed by the disappearance of security for costs from the State Courts. But international arbitration is not restricted to the shores of Swiss lakes. There are precedents in international arbitration which actually ordered security for costs"

standards should govern interim relief. International standards are principles and rules consistently applied by arbitral tribunals in international arbitrations seated all around the globe.⁵²

Common standards are then construed from the thorough analysis of many arbitral decisions. This method has a twofold consequence: on the one hand, it is consistent and reliable at any given time; on the other hand, it is subject to constant amendment since the sources (the awards) can change every day.

According to the information gathered until now,⁵³ arbitral tribunals have established the following criteria as being relevant to granting interim measures: *fumus bonus iuris*;⁵⁴ urgency;⁵⁵ irreparable or substantial harm.⁵⁶

Just to give an example, an ICC decision determined that *fumus boni iuris* is a general rule in international arbitration and defined it as “a probability that his [the claimant’s] claims, regarding the question(s) as to the merits of the case, will be successful”.⁵⁷

A different decision from an ICC arbitral tribunal referred to another “ICC precedent”, which applied six tests to determine whether an interim measure *should be granted*. According to the quoted award:

“The arbitrators should ascertain whether: (i) immediate and irreparable harm should be urgently avoided; (ii) the status quo ante should be maintained; (iii) granting the measure would prejudice the merits of the case; (iv) what is the balance of the negative effects on either party (the balance of inconvenience test); (v) whether the party seeking the measure already requested – and was granted or denied – the same measure from a court; and (vi) whether a final award on the merits is soon to be rendered.”⁵⁸

Another example comes from our experience as arbitration practitioners. Recently, we were involved as counsel in an ICC emergency arbitrator proceedings that comprised an Angolan and a Chinese party. The arbitrator appointed was from Chile and the seat of the arbitration was Angola. The Angolan arbitration law does not provide for substantive criteria to grant provisional measures and, without much

discussion, the arbitrator applied international standards to determine those requirements.

An analysis of the first 50 ICC emergency arbitrations shows that:

- a. In 34 cases, the emergency arbitrators explicitly applied the substantive requirements in accordance with standards distilled from international arbitration practice, rather than by reference to any specific domestic law;
- b. In 11 cases, the emergency arbitrator at least considered the impact of certain provisions of the *lex arbitri* and/or the *lex contractus* in determining the application. One emergency arbitrator explicitly held that an emergency arbitrator decision must comply with applicable or mandatory domestic law;
- c. In three cases, the decision to grant the measure was guided by principles of domestic law, but the emergency arbitrators ultimately found that, in the absence of any guidance in domestic law, international standards would apply
- d. In five cases, the emergency arbitrator considered the *lex arbitri* only for admissibility of the emergency arbitrator application and referred to standards established in international arbitration for the substantive assessment of the request.

In sum, the ICC emergency arbitrators have shown a preference for avoiding the application of domestic law and for resorting to “the practice generally followed by international arbitrators”, “common principles of law”, and/or “international sources” instead. This position is supported by commentators who suggest that an approach based on international practice is more likely to be in accordance with the expectations of the parties and to result in uniform and predictable results.

In the case under analysis, the Emergency Arbitrator applied international standards to conclude that the requirements of an interim measure were irreparable harm; necessity; urgency; and proportionality.⁵⁹

⁵² Gary Born, *International Commercial ...*, p. 2465.

⁵³ Julian D. M. Lew, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, p. 27. See also Eric A. Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court, in Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, 1993, pp. 59-62.

⁵⁴ Emergency Arbitration No. EA (2014/053): TSKINVEST LLC ve. Moldova, § 62; SCC Arbitration EA (2016/095): KOMPOZIT LLC v. Moldova, §§72-76; Partial Award (1995), Case 8113; NAI case 2212, 28 July 1999, XXVI YBCA 198 (2001), 204 et seq.; Iran-US Claims Tribunal, Behring International, Inc v Iranian Air Force, 8 Iran-US CTR 44; Interim Award (1993), ICC case 6632 (unpublished), cited by Ali Yeesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2005, Vol. 12, pp. 183-184..

⁵⁵ Emergency Arbitration No. EA (2014/053): TSKINVEST LLC ve. Moldova, § 63; SCC Arbitration EA (2016/095): KOMPOZIT LLC v. Moldova, §§67-71; Partial Award (1995), Case 8113; Interim Award (1997), ICC Case 8894; Interlocutory Award (2000), ICC Case 10596;

⁵⁶ Emergency Arbitration No. EA (2014/053): TSKINVEST LLC ve. Moldova, § 65; SCC Arbitration EA (2016/095): KOMPOZIT LLC v. Moldova, §§77-89; Partial Award (1995), Case 8113; Interim Award (1997), ICC Case 8894.

⁵⁷ Interim Award (2001), ICC Case 10973.

⁵⁸ Interim Award (2012), ICC Case 17191.

⁵⁹ Award on Emergency Measures, Arbitration SCC EA 2018/007, §§ 41 and following. See also Emergency Arbitration No. EA (2014/053): TSKINVEST LLC ve. Moldova, § 632 et seq.; SCC Arbitration EA (2016/095): KOMPOZIT LLC v. Moldova, §§57 et seq.; Emergency Arbitration EA 2016/082: EVROBAL LLC c. Moldova, §§31 et seq..

It is not the purpose of this commentary to assess what the specific criteria to determine the granting of interim measures are, but rather to ascertain the law that should be applied to that issue. We will then not comment on the specific requirement, but only draw the conclusion that such criteria exist in international arbitration and may be used by arbitral tribunals.

The question now is to discuss whether these international standards are a suitable source to define the granting of the measures. In our opinion they are.

The international sources are consistent with the parties' reasonable expectations, since they ensure that a single, uniform standard will be applied to requests for provisional measures in an arbitration, regardless of what the seat of arbitration may be. International standards applied by international tribunals will be tailored to international arbitral procedures, rather than to the procedures of a national court system.

This approach also reduces the importance of choice-of-law questions and encourages uniform results, both of which are important objectives of the arbitral proceedings.⁶⁰

4. Conclusion

Having reviewed the essential topics and positions regarding the law applicable to interim measures, we believe there are some relevant conclusions to be drawn.

In the case under analysis, the Emergency Arbitrator decided he had jurisdiction to grant the interim measure in accordance with the Treaty containing the parties' consent to jurisdiction. Concerning the standards to grant interim measures, the Emergency Arbitrator applied international standards without raising doubts on its suitability to rule the issue.

In our view, the emergency arbitrator took the correct decisions.

In fact, there is some consensus that in investment disputes the authority to grant interim measures derives from the Treaty where the parties' consent to arbitrate is provided; whereas in commercial arbitration, the *lex arbitri* is the appropriate one to apply to matters involving jurisdiction.

Concerning the standards to grant interim measures, regardless of whether it is a commercial arbitration or an investment dispute, we consider that when the *lex arbitri* or institutional rules regulate such standards, they should be applied. If these legal sources are silent, international standards should be applied, since they are consistent with the parties' reasonable expectations. They ensure that a single, uniform standard will be applied to requests for provisional measures in an arbitration.

Hence and once again, the decision of the emergency arbitrator to resort to international standards was correct and may be considered another contribution to certainty in international arbitration.

⁶⁰ Gary Born, *International Commercial...*, p. 2465.

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA- COMPETÊNCIA E A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM A NÃO SIGNATÁRIOS À LUZ DO CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO

**ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA,
DE 22 DE FEVEREIRO DE 2018**

Nuno Miguel Lourenço

Associado Coordenador PLMJ
Pós-graduação em Arbitragem (FDUL)
Membro da Coordenação Científica
da Academia de Processo Civil da FDUNL

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 22 de fevereiro de 2018

Relator: Carla Mendes

Processo N.º 22574/16.4T8LSB.L1-8¹

Sumário:

O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu, deduzido até ao momento em que este apresentar o seu articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que manifestamente, a convenção de arbitragem seja nula, ou se tenha tornado ineficaz ou inexecutável.

Resumo:

Não obstante a factualidade constante do Acórdão sob apreciação seja muito ligeira, é possível sumariar a principal factualidade de relevo do seguinte modo: a Sociedade Ré “Z”, na qualidade de Seguradora, celebrou com as Sociedades “B” e “B Group”, na qualidade de Tomadoras do Seguro, um contrato de seguro de responsabilidade civil de administradores, cobrindo os riscos e danos decorrentes da responsabilidade civil profissional resultante de atos e omissões praticados pelos respetivos segurados (administradores) no exercício do objeto social das sociedades Tomadoras de Seguro. Por sua vez, terão também sido celebrados contratos (apólices de excesso) com as Sociedades, também Rés e Seguradoras, “HCC”, “X Ltd.”, “B Ltd.”, “B2 Ltd.”, “A AG”, “L21” e “A SE”.

Em cada um dos contratos de seguro celebrados (ou seja, na apólice principal e nas apólices de excesso) as partes convencionaram uma convenção de arbitragem com o seguinte teor: “Os Segurados e os Seguradores submeterão qualquer litígio decorrente de, ou relacionado com esta Apólice, a um procedimento de arbitragem vinculativo conforme descrito nesta Secção (doravante, “Procedimento RAL”). A sede do Procedimento RAL será em Londres, no Reino Unido. O idioma da Arbitragem será o Inglês ou o Português. Quer o Segurador, quer a Seguradora poderão iniciar o processo de Procedimento RAL através de comunicação escrita através de comunicação à outra parte. Excepto se outra coisa for convencionada entre as partes, tal arbitragem vinculativa será regida pelas regras de arbitragem ARIAS. Os árbitros terão o poder de ordenar a cumulação de Arbitragens entre apólices primárias e apólices de excesso. Nessa arbitragem os Segurados em conjunto e os Seguradores escolherão cada um deles um árbitro independente, escolhendo tais dois árbitros um terceiro árbitro independente. A decisão por maioria destes três árbitros será final e vinculativa para os Segurados e Seguradores. As partes do processo de

Procedimento RAL partilharão igualmente os honorários e as despesas do terceiro árbitro bem como outras despesas comuns do processo de Procedimento RAL, suportando porém cada uma das partes os honorários e despesas do árbitro por si indicado. (...)”.

O Autor “JR” era administrador das Sociedades Tomadoras do Seguro “B” e “B Group”, portanto, Beneficiário das apólices de seguro principal e de excesso.

Na sequência da denúncia do contrato de seguro por parte da Seguradora “Z”, o Autor “JR” instaurou uma ação contra a Seguradora “Z”, e as Seguradoras das apólices de excesso “HCC”, “X Ltd.”, “B Ltd.”, “B2 Ltd.”, “A AG”, “L21” e “A SE”, peticionando (i) a condenação dos Réus “Z”, “HCC”, “X Ltd.”, “B Ltd.”, “B2 Ltd.”, “A AG”, “L21” e “A SE” a reconhecerem a vigência do contrato de seguro celebrado entre o Autor “JR” e a Ré “Z” e a vigência dos contratos complementares celebrados entre a Ré “Z” e as Rés “HCC”, “X Ltd.”, “B Ltd.”, “B2 Ltd.”, “A AG”, “L21” e “A SE”, deste modo concluindo pela invalidade e ilegalidade da denúncia operada pela Ré “Z”; (ii) mais peticionando a condenação da Ré “Z” a pagar ao Autor “JR” uma indemnização correspondente a EUR 155.000, acrescida de juros de mora à taxa de juro aplicável.

Em sede de Contestação, e para além de outras exceções que terão sido alegadas e que não são mencionadas no aresto em mérito, as Rés arguíram a exceção de incompetência material dos tribunais judiciais, por preterição do tribunal arbitral.

Pronunciando-se sobre a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, o Autor “JR” sustentou (i) que as convenções de arbitragem se reportam a litígios entre as Seguradoras e as Sociedades Tomadoras do Seguro, não sendo o Autor parte de tais contratos e, como tal, não se encontrando vinculado ao ali convencionado; e (ii) que entendimento diverso implicaria que os direitos de defesa do Autor “JR” se teriam por coartado, face à insuficiência económica do Autor.

O Tribunal de 1.ª instância julgo procedente a exceção dilatória suscitada pelos Réus, pelo que declarou a incompetência absoluta do Tribunal e absolveu as Rés da instância.

Inconformado com a decisão proferida, o Autor recorreu da decisão de absolvição das Rés, pugnando, fundamentalmente, (i) pela inexistência de fundamento legal para atribuir competência prioritária ao Tribunal Arbitral em detrimento dos Tribunais Judiciais, (ii) pela não aplicação da convenção de arbitragem ao Autor “JR”, concluindo pela sua aplicação apenas aos litígios ocorridos entre as Seguradoras Rés e as Tomadoras do Seguro; (iii) pela desproporcionalidade, para o Autor “JR”, da imposição de recurso a arbitragem para a defesa dos seus direitos.

1 <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/94278f612e934eca8025827b00460b57?OpenDocument&Highlight=0,arbitragem>

Tomando posição sobre o recurso interposto pelo Autor “JR”, o Tribunal da Relação de Lisboa julgou o recurso interposto improcedente, mantendo a decisão proferida

pelo Tribunal de 1.^a Instância, alicerçando a sua decisão fundamentalmente na validade da convenção de arbitragem e no princípio da *competência-competência*.

Anotação

a. Introdução

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de fevereiro de 2018, versa, apenas, sobre o vulgarmente designado princípio da *competência-competência* (*kompetenz-kompetenz*), concluindo (como no capítulo anterior se sumariou) no sentido de competir ao tribunal arbitral aferir da sua própria competência para julgar um litígio emergente de uma convenção de arbitragem cuja validade não seja contestada.

Sem prejuízo da apreciação, que seguidamente se fará, quanto à virtualidade da aplicação do princípio da *competência-competência* à situação fáctica objeto do aresto sindicado, procederemos igualmente à aferição de um outro problema que, numa leitura atenta, não passa despercebido: o da aplicação da convenção de arbitragem a quem não a subscreve.

b. O Princípio da *competência-competência*

O acento tónico, consagrado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no princípio da *competência-competência*, precipitou a conclusão do Tribunal no sentido de julgar verificada a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral.

Ao abrigo do n.º 1 do artigo 5.º da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), “o tribunal estadual no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável”;

Aditando o n.º 1 do artigo 18.º da LAV que “o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção”.

Pronunciando-se, precisamente, sobre a competência do tribunal arbitral emergente do atual artigo 18.º, n.º 1 da LAV², Manuel Pereira Barrocas³ salienta que “o árbitro tem o poder de interpretar a convenção de arbitragem para determinar a sua extensão e limites, concluindo, quer pela sua competência, quer pela sua incompetência. Esse poder do árbitro de determinar o seu poder está consagrado no artigo 21.º, número 1 da LAV e é vulgarmente designado de princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz* (...))”.

O mesmo autor⁴ adita, como efeito negativo da convenção de arbitragem, que os tribunais judiciais estão excluídos de “julgar os litígios abrangidos pela convenção por força e como efeito” da mencionada convenção de arbitragem, pelo que sendo o tribunal judicial confrontado com uma ação judicial emergente de uma convenção de arbitragem, “deverá declarar-se incompetente”.

Porém, conforme consta do vertido no n.º 1 do artigo 5.º da LAV, sendo a exceção de preterição atempadamente formulada junto do tribunal judicial (à luz do que consta do n.º 4 do artigo 18.º da LAV e do artigo 578.º do Código de Processo Civil⁵), este tribunal apenas pode declinar a sua competência para a apreciação do objeto do litígio emergente da convenção de arbitragem caso a mencionada convenção de arbitragem não seja “manifestamente” nula, ineficaz ou exequível.

c. O princípio da *competência-competência* aplicado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; em especial a aplicação da convenção a não signatários

Na esteira do sumário acima elencado quanto ao princípio da *competência-competência*, o Tribunal da Relação do Porto concluiu que, por se não suscitar qualquer nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade manifesta da convenção de arbitragem objeto do litígio entre as partes, nada obstava

² Ainda que fazendo menção ao artigo 21.º, n.º 1, da anterior Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, que dispunha que “o tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção”.

³ In Manual de Arbitragem, 2010, Almedina, pp. 166-167.

⁴ Manuel Pereira Barrocas, in Manual de Arbitragem, 2010, Almedina, p. 168.

⁵ Razão pela qual Manuel Pereira Barrocas, in Manual de Arbitragem, 2010, Almedina, p. 168, refere que “o regime emergente do princípio da competência-competência não está, assim, na nossa lei totalmente assegurado, pois mesmo que o juiz tenha tido conhecimento da convenção de arbitragem, se a parte demandada não invocar aquela exceção, o juiz não pode tomar conhecimento oficiosa dela”.

a que o tribunal judicial de 1.^a instância declinasse a sua competência, por preterição do tribunal arbitral.

Nas palavras do aresto em mérito, tomando posição sobre o n.º 1 do artigo 18.º da LAV, “*daqui decorre que cabe aos tribunais arbitrais pronunciar-se sobre a sua própria competência, apreciando os pressupostos que a condicionam, validade, eficácia e aplicabilidade ao litígio da convenção de arbitragem, cabendo aos tribunais judiciais rejeitar a excepção dilatória (preterição de tribunal arbitral) deduzida por uma das partes, determinando o prosseguimento do processo perante a jurisdição estadual, quando seja manifesto e incontroverso que a convenção invocada é nula ou ineficaz ou que o litígio, de forma ostensiva, se não situa no respectivo âmbito de aplicação, ou seja, quando, mediante juízo perfunctório, for patente, manifesta e insusceptível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da convenção e arbitragem invocada*”.

Recorde-se, porém, que o Autor “JR” sustentou ser o beneficiário – ou seja, a “*pessoa singular ou coletiva a favor de quem reverte a prestação da seguradora decorrente do contrato de seguro*”⁶ – do contrato de seguro de responsabilidade civil de administradores celebrado entre a Sociedade Ré “Z”, na qualidade de Seguradora, e as Sociedades “B” e “B Group”, na qualidade de Tomadoras do Seguro;

Dali extraindo ser um terceiro (enquanto não signatário) na relação material convencionada entre a Seguradora e as Tomadoras do Seguro, como tal não lhe podendo ser oponível a convenção de arbitragem constante do contrato de seguro do qual o Autor “JR” não foi, sequer, parte contratante.

À alegação assim apresentada pelo Autor “JR” – que poderia consubstanciar um óbice à aplicação do princípio da *competência-competência* –, o Tribunal da Relação de Lisboa referiu apenas que:

“A presente acção tem por objecto o pagamento de quantias dispendidas pelo autor em processos judiciais/ contra-ordenacionais, relativos a custos de despesas cobertos pelas apólices.

Daqui se extrai, atenta a causa de pedir e o pedido, que o objecto da acção prende-se com uma disputa/ divergência relativa à interpretação, execução ou cumprimento de obrigações emergentes de contratos de seguro constantes dos autos.

(...)

O art. 48 LCS, sob a epígrafe de seguro por conta de outrem, o tomador de seguro actua por conta do segurado, determinado ou indeterminado, os interesses de um reflectem-se nos interesses do outro, o segurado é considerado como titular dos direitos emergentes do contrato (e não o tomador), como também o tomador,

mesmo na posse da apólice, não os pode exercer sem o consentimento daquele, sendo oponíveis ao segurado os meios de defesa resultantes do contrato de seguro.

O autor tem a posição de segurado, sendo certo que, por um lado, enquanto administrador e membro dos conselhos de administração das tomadoras do seguro, organizava, geria, vinculava e representava essas sociedades, tendo intervindo nos contratos celebrados porquanto os celebrou, em nome das tomadoras e, por outro, o segurado não é um simples terceiro, não é beneficiário, o segurado está vinculado ao contrato, sujeito a ónus e obrigações, pode intervir na celebração do mesmo”.

E, a final, concluiu que a convenção de arbitragem era aplicável ao Autor “JR”, julgando procedente a excepção de preterição de tribunal arbitral invocada pelas Rés.

Pergunta-se, pois, se é aceitável a conclusão alcançada pelo Tribunal quando determina a aplicação da convenção de arbitragem ao Autor “JR”, que a não assinou na qualidade de beneficiário.

Como a este propósito bem salientaram Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão⁷, estamos perante “*(...) a questão de saber se um indivíduo, sociedade ou Estado, que não seja parte formal da convenção de arbitragem, poderá e em que termos intervir no processo arbitral como autor ou réu.*

Como primeiro argumento – e para além de salientar que o Regime Jurídico do Contrato de Seguro (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril) permite o recurso aos tribunais arbitrais – o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa salientou, tendo por referência o artigo 48.º do mencionado Regime Jurídico, que as Sociedades Tomadoras do Seguro (representadas pelo Autor “JR”) atuaram por conta do Autor “JR” na celebração do contrato de seguro, sendo oponíveis ao Autor “JR” (naquela qualidade de segurado e titular dos direitos emergentes do contrato) os meios de defesa emergentes do contrato de seguro.

Como segundo – e, aparentemente, principal – argumento, concluiu o Tribunal que o Autor “JR” assinou a referida convenção na qualidade de administrador das sociedades Tomadoras do Seguro, sendo a convenção de arbitragem a si extensível e aplicável.

Invertendo a ordem de apreciação dos fundamentos analisados pelo Tribunal e quanto ao **segundo argumento**, dir-se-á que o Tribunal, mesmo sem o dizer de forma clara, concluiu pela aplicação da convenção da arbitragem ao Autor “JR” com base no instituto da desconsideração da personalidade jurídica, fundamentalmente imputando ao Autor “JR” as consequências jurídicas de as Sociedades

⁶ José Vasques, in *Contrato de Seguro*, 1999, Coimbra Editora, p. 98.

⁷ “A extensão da convenção de arbitragem a não signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2013, p. 119.

Tomadoras do Seguro (pelo primeiro representadas) terem assinado o contrato de seguro.

Com base naquela desconsideração, o Tribunal evitou a discussão em torno da problemática da aplicação da convenção de arbitragem a não signatários, pois *confundiu* a pessoa coletiva com a pessoa singular.

Relativamente ao **primeiro argumento** avançado – e ainda que igualmente o não tenha mencionado de forma expressa – o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que, de qualquer forma, a convenção de arbitragem seria aplicável ao Autor “JR” porquanto o mesmo é um terceiro beneficiário do contrato de seguro.

Como também aqui apontam Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão⁸, uma das figuras clássicas de contratos em que um terceiro surge como beneficiário de direitos contratuais é a do contrato a favor de terceiro, regulado no artigo 443.º e seguintes do Código Civil.

No Acórdão em mérito, porém, o Tribunal concluiu de forma clara pelo afastamento da figura do contrato a favor de terceiro. Contudo, tendo em vista um ligeiro aprofundamento quanto à *ratio* do primeiro argumento invocado pelo Tribunal, justificam-se algumas considerações a propósito daquela figura.

De acordo com visão (mais restritiva) apontada por João de Matos Antunes Varela⁹, no contrato a favor de terceiro, após a adesão ao contrato, o terceiro “*não se torna contraente, mas apenas titular definitivo do direito que o contrato lhe conferiu*”. No mesmo sentido parece apontar Mário Júlio de Almeida Costa¹⁰, que refere que “*(...) o beneficiário, visto que não é contraente, tem apenas o direito à prestação prometida. Todos os outros direitos e obrigações resultantes do contrato não o afetam, mas dizem unicamente respeito ao promissário e ao promitente*”.

Caso o Tribunal da Relação de Lisboa houvesse aproximado o contrato de seguro – quanto ao Autor “JR” – à figura do contrato a favor de terceiro, por força da interpretação encetada por João de Matos Antunes Varela e Mário Júlio de Almeida Costa quanto ao direito adquirido pelo terceiro naquele figurino, alcançaria a conclusão de que a convenção de arbitragem não era extensível ao Autor “JR”.

Num polo menos restritivo encontramos Carlos Ferreira de Almeida¹¹, que entende que “*a cláusula compromissória que, sem distinção das pessoas a quem se aplica, esteja*

inserida em contrato a favor de terceiro vale também para o terceiro, tenha este aderido ou não ao contrato, uma vez que, em ambas as hipóteses, ele assume uma posição jurídica delineada com os precisos contornos da estipulação contratual”.

Está bom de ver que, caso o Tribunal da Relação de Lisboa houvesse aproximado o contrato de seguro – quanto ao Autor “JR” – à figura do contrato a favor de terceiro, adotando a posição de Carlos Ferreira de Almeida, a mera circunstância de o Autor “JR” constar como beneficiário do contrato de seguro seria suficiente para alcançar a conclusão quanto à extensão da convenção de arbitragem àquela parte processual.

De acordo com a posição intermédia, defendida por Mariana França Gouveia¹² e Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão¹³, “*o terceiro fica vinculado à promessa caso adira à promessa, devendo adotar-se o critério da adesão ou da recusa da promessa para, em face do obstáculo da eficácia relativa dos contratos, determinar se aquele se encontra ou não vinculado à referida convenção*”.

A adoção, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, desta posição intermédia, poderia não conduzir a uma conclusão unânime quanto à extensão da convenção de arbitragem ao Autor “JR”.

Se se admitisse que o facto de o Autor “JR” conhecer a convenção de arbitragem e pretender fazer valer os seus direitos (enquanto terceiro beneficiário) com base no contrato de seguro configuraria uma efetiva adesão daquele ao contrato, admitir-se-ia a conclusão quanto à extensão da convenção de arbitragem à mencionada parte processual.

Entendimento divergente – no sentido de aquele conhecimento quanto à convenção de arbitragem e a pretensão de fazer valer direitos com base no contrato de seguro não configurarem uma adesão – possibilitaria ao Tribunal da Relação de Lisboa considerar que a convenção de arbitragem não era extensível ao Autor “JR”.

O Tribunal da Relação de Lisboa, não obstante avançar vários argumentos para concluir pela aplicação da convenção de arbitragem ao Autor “JR”, concluiu que o Autor assinou (ainda que na qualidade de representante das Tomadoras do Seguro) o contrato de seguro, parecendo bastar a sua decisão com tal circunstância e afastando a aproximação do contrato de seguro à figura do contrato a favor de terceiro para alicerçar a sua posição.

8 “A extensão da convenção de arbitragem a não signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2013, pp. 127 e ss..

9 *In Das Obrigações em geral*, volume I, 10.ª edição, Almedina, 2000, p. 421.

10 *In Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, 2013, p. 353.

11 “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2008, p. 94.

12 “A extensão da convenção de arbitragem a não signatários”, in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2013, p. 128.

13 *In Curso de resolução alternativa de litígios*, 2.ª edição, Almedina, 2012, p. 133.

ADJUSTMENT OF DEDUCTED VAT IN PROPERTY TRANSACTIONS

COMMENTS ON THE IMOFLORESMIRA
JUDGMENT – CASE C-672/16 OF THE
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN
UNION (PRELIMINARY RULING
OF THE CAAD – ADMINISTRATIVE
ARBITRATION CENTRE)¹

Serena Cabrita Neto

Sócia coordenadora da área
de Fiscal de Lisboa da PLMJ

João Magalhães Ramalho

Advogado

Miguel Paquete

Associado na área de Imobiliário,
Urbanismo e Turismo da PLMJ

¹ This article was originally published in Portuguese in the work "Cadernos de IVA 2018", coordination by Sérgio Vasques, Editora Almedina, Lisbon, November 2018, but the international interest in the case led to a need to publish it in English, which the authors now do in this work.

Contents:

1. Introductory Note,
2. The Reasons for the Dispute,
3. Issues of the Request for a Preliminary Ruling,
 - 3.1. The Unoccupied Property and the Adjustment Duty,
 - 3.2. Description of the Right to Deduct VAT,
 - 3.3. The Right to the Deduction and the Adjustment Duty: Two Sides of the Same Coin,
 - 3.4. The Remaining Issues of the Request for a Preliminary Ruling,
4. Final considerations: What is the Future for the VAT System?

1. Introductory Note

The judgment that the European Court of Justice ("ECJ") delivered in the Imofloresmira² case came against the background of a request for a preliminary ruling by the Portuguese Tax Arbitration Tribunal (Administrative Arbitration Centre - "CAAD"). The object of this request was the interpretation of articles 137, 167, 168, 184, 185 and 187 of Directive 2006/112/EC of the Council of 28 November 2006 on the common system of value added tax ("VAT Directive").

The appeal was presented in the context of the initial request for an arbitral decision brought by Imofloresmira - Investimentos Imobiliários S.A. ("Imofloresmira") to the CAAD³ in a dispute between that company and the Portuguese Tax and Customs Authority (*Autoridade Tributária e Aduaneira*) regarding the adjustment of VAT deductions relating to events taking place during the period between 2011 and 2014.

Specifically, the ECJ concluded that:

"articles 167, 168, 184, 185 and 187 of the Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax must be interpreted to the effect that they preclude national legislation which provides for the adjustment of the value added tax initially deducted on the ground that a property, for which the right to opt for taxation was exercised, is regarded as no longer being used by the taxable person for the purposes of its own taxed transactions, where that property has remained unoccupied for more than two years, even though it is established that the taxable person has sought to rent it during that period."

As a result of the Imofloresmira judgment and in the context of the request for a preliminary ruling made to the ECJ, the CAAD issued a decision on 14 April holding that the adjustments of VAT by the Portuguese Tax

Authority in that case were clearly unlawful due to the absence of legal support and the fact that the position of the Portuguese Tax Authority was contrary to EU law. The adjustments in question were made on the grounds of the obligation to adjust VAT based on article 26(1) of the VAT Code and on article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption in Property Transactions. These rules were approved in an annex to Decree-Law no. 21/2007 of 29 January ("Arrangement for Waiving the VAT Exemption") in the versions in force at the date of the events in question (years of 2011 to 2014).

The aim of this article is to analyse the questions raised by the CAAD when it made the request for a preliminary ruling, while also focusing on the importance of assessing the practical impact that the ECJ decision may have in relation to the tax rules for property transactions.

2. The Reasons for the Dispute

Imofloresmira has as its object of undertaking buying, selling, letting and managing immovable property. At the time of the events in question, it was the owner of two urban properties subject to the horizontal property regime and intended to be used for offices, commerce and public parking.

As it had recovered the VAT paid in buying these properties, Imofloresmira was potentially subject to VAT tax adjustment rules. For that purpose, it had allocated all the units that comprised the two properties to the pursuit of activities subject to and not exempt from VAT.

In this context, and in relation to the spaces leased for offices and commerce, all the tenants Imofloresmira had found over the years had always been taxable persons that were subject to and not exempt from VAT. As such, prior to concluding each lease agreement, Imofloresmira, waived the VAT exemption under article 12(4) and (6) of the VAT Code and under the Arrangement for Waiving the VAT Exemption.

Despite the properties in question being actively and continuously promoted by Imofloresmira, the real estate market was experiencing a serious downturn. This meant that some units remained unoccupied, in some cases for more than 12 months, and in other cases, for a continuous period exceeding 2 years.

Faced with these difficulties, Imofloresmira informed the Portuguese Tax Authority that, in view of market conditions, some units remained vacant but, nevertheless, there was no need to make any adjustment of the tax deducted, because those units were still being promoted

² ECJ judgment C-672/16, 28.2.2018.

³ CAAD, Case no. 268/2016-T, 19.4.2018.

commercially. Therefore, they were still being used for an activity subject to VAT.

In response, the Portuguese Tax Authority triggered tax inspections which resulted in the assessment of additional payments of VAT, interest and fines. The Portuguese Tax Authority based this assessment on the argument that Imofloresmira should have made adjustments, annually in some cases and definitively in others, of the VAT deducted with the acquisition of the properties.

The Portuguese Tax Authority held that, regardless of the reasons that led to the properties being vacant, the merely objective circumstance of them being unoccupied for a certain period of time should interrupt the allocation of the property to the purposes of the company. This would then require the taxable person to adjust the tax deducted, even if it could be proved that the company always intended to continue to engage in a VAT taxed and non-exempt activity.

Thus, the case revolved around establishing the extent to which the interpretation sustained by the Portuguese Tax Authority was legal under the Portuguese rules in force and the law of the European Union, specifically:

Whether, in view of the provisions of the VAT Directive, this case could be framed as one of a property “*not used for the purposes of the company*” and/or “*not used to carry out taxed transactions*”, under the terms and for the purposes of article 26(1) of the VAT Code and article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption, whenever, (i) despite a certain property remaining unoccupied, it was the intention of its owner to rent it subject to VAT, and (ii) the owner was in a position to demonstrate that it has made and continues to make every effort to promote its renting or use, with a waiver of the VAT exemption, or subject to VAT (in the case of “office centre” contracts), respectively.

Whether the obligation to fully adjust the VAT deducted in the case of non-use of the property for a period exceeding two years, provided for in article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption, was or was not compatible with the EU rules and principles, in particular those set out in the VAT Directive, whenever it is the owner’s intention to lease it subject to VAT in the future;

Whether the combination of article 2(2)(c) with article 10(1)(b), both of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption, complied with EU law, in particular the provisions of the VAT Directive, to the extent that their combined effect would make it impossible for a VAT taxable person to be able to waive the VAT

exemption in the future when entering into new lease agreements in respect of the same property, after the occurrence of a full VAT adjustment.

The practical relevance of the definitive VAT adjustment being mandatory after a property has been unoccupied for two years has lost some of its impact in the meantime because the period has been successively extended, first to 3 years, and later to 5, consecutive years. Nonetheless, there is no doubt that the question of defining the cases in which taxpayers are obliged to make annual adjustments is still very relevant and of the utmost importance.

3. Issues of the Request for a Preliminary Ruling

3.1. The Unoccupied Property and the Adjustment Duty

The subprime crisis⁴ had various repercussions on a global scale that led to a serious downturn in the real estate market in the years that followed. Although players in the real estate market had continued to actively promote the leasing of their properties with VAT, the truth is that the fall in demand and the excess in supply inevitably led to many properties remaining vacant for extended periods of time.

Faced with the high rate of unoccupied properties and the potential financial effects associated with it, from 2008 and 2009, there was a growing discussion about whether or not taxable persons were obliged to adjust the input VAT deducted in situations in which the property remained vacant for more than one year or for more than two consecutive years.

As already happened up to the date of the events in question, the decision on the adjustment obligation should be read, in a harmonised way, considering, on the one hand, the rules laid down in articles 24 and 26 of the VAT Code, and on the other hand, the special arrangements applicable to real estate transactions, which are set out article 10(1)(b) and (2) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption.

Under article 26(1) of the VAT Code, “*the non-use for company purposes of immovable property in relation to which there was deduction of the tax (...) gives rise to the annual payment of 1/20 of the deduction made (...)*”.

In turn, article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption provides that taxable persons who use immovable property in relation to which there was a right to deduct all or part of the tax were obliged to make a onetime full adjustment of the deductions applied,

⁴ On the subprime crisis and its effects see, among others, Jan Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law - Financial Products, Financial Services and Financial Regulation*, Volume 3, 6th edition, Hart Publishing, 2016.

considering that the property is allocated to a non-taxed activity, when: *"Even if it is not allocated to purposes unrelated to the activity carried on by the taxable person, the immovable property is not effectively used for the company's purposes for a period exceeding two consecutive years"*.

In turn, article 10(3) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption provided that, *"The provisions in point b) of no. 1 do not affect the obligation to carry out the annual adjustments provided for in article 25(1) of the VAT Code* ⁵ *[current article 26] until the expiry of the period of two years referred to in that point"*.

In the meantime, with the entry into force of Law no. 66-B/2012 of 31 December, the wording of article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption was changed. It now provided for the definitive adjustment of the tax when the property in question has been unoccupied for more than 3 consecutive years.

Faced with the numerous doubts reported, and perhaps the difficulty already felt at that time by the Portuguese Tax Authority in imposing an obligation on taxpayers to adjust VAT on the basis of mere non-use of properties, the legislature sought to close this loophole by means of a new amendment to the wording of article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption.

Thus, as a result of the entry into force of Law no. 83-C/2013 of 31 December, the wording of article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption was changed to determine that *"Even if it is not allocated to purposes unrelated to the activity carried on by the taxable person, the property is not effectively used in carrying out taxed transactions for a period exceeding five consecutive years"*.

Clearly, and because of this second amendment, the rule ceased to focus on the mere objective circumstance of non-occupation continuing for a certain period of time. It was changed to focus on the requirement for a cause-and-effect relationship between the use of the asset and engaging in taxed transactions.

Despite this change, it is very curious that the legislature was also sensitive to the injustice of the rules. It made a substantial change to the period associated with the definitive adjustment obligation from more than three years of consecutive non-use to more than five years.

Without prejudice to the above legislative developments, in essence, the fundamental issue was and still is: to what point does it make sense to accept, in the light of the VAT rules and guiding principles, that the obligation to adjust the tax is imposed blindly on all taxable persons, with no

care being taken to assess whether the vacant properties are still being promoted commercially on the market?

We should remember that the aim of the adjustment mechanism is to encourage the taxable person to continue with the business activity that gave rise to the right to deduction of tax. As a genuine anti-abuse provision, this counteracts the reallocation of properties to unrelated or exempt uses, avoiding the abusive recovery of VAT.

Explained in other words, article 26(1) of the VAT Code and article 10(1)(b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption both seek, each in their own way, to address the same situation. That situation is the one in which the property ceases to be used for a business activity, event though it may remain associated with the general interest of the taxable person.

For this reason, and as we will endeavour to elaborate on below, apart from the obvious cases of abuse or fraud, it seems clear that, to interpret the rules in question, one must draw a dividing line between the purely passive situations - in which the taxable person has done or is doing nothing to make a profit from the asset - and those others in which, despite being unoccupied, the taxable person continues to actively promote it with a view to engaging in a commercial activity subject and not exempt from tax.

It is undeniable that the commercial promotion of properties with a view to leasing them out with VAT is a preparatory or prior stage to the taxable commercial activity carried on by the taxable person. It cannot ontologically be dissociated from the latter.

Thus, the mere fact the property is vacant can never, in itself, constitute a situation of *"non-use for the purposes of the company"* and/or *"effective non-use in carrying out taxed transactions"*.

Otherwise, the ability to fully recover the tax would truly become a game of chance or luck. In this game, owners lucky enough to keep their tenants, or to find new tenants before the end of two years, would never have to adjust and pay the tax. This would contrast with taxable persons who, under the same conditions, had done everything they could to rent out their properties, but still could not rent them out during that period. These taxable persons would be faced with the misfortune of having to adjust and pay the tax deducted. They would also be unable to deduct future VAT inputs allocated to the units or buildings in question.

In our opinion, to accept a different understanding would open the door, as to the tax framework for identical investment activities, to unjustified differences in treatment

⁵ Until the amendment introduced by Law no. 66-B/2012 of 31 December, this rule referred to article 25(1) of the VAT Code, in the meantime renumbered to article 26 by Decree-Law no. 102/2008 of 20 June.

between companies that have already carried out taxable transactions and others seeking, through investments, to begin, or to continue to engage in, activities that will be a source of taxable transactions. In the same way, arbitrary differences would be established between these latter companies, insofar as the definitive acceptance of deductions would depend on the question of whether or not these investments led to taxed transactions⁶.

In this context, the **first question** addressed to the ECJ sought to ascertain whether the situations mentioned - in which the properties are unoccupied for more than two consecutive years, for reasons unrelated to the will of the owner - must, from a tax perspective, be equivalent to situations in which the properties are no longer to be used for the purposes of taxed transactions of the taxable person itself, even though the properties continue to be subject to proven marketing with the intention of renting them out subject to VAT.

3.2. Description of the Right to Deduct VAT

Faced with the first question set out above, as it had held previously, the ECJ recalled that, according to the logic of the system established by the VAT Directive, input taxes on the goods or services used by a taxable person for the purposes of its own taxed transactions may be deducted. According to the ECJ, this ability to deduct tax is inextricably linked to the charging of output taxes. For this very reason, when the goods or services acquired by a taxable person are used for the purposes of exempt transactions, or not included in the scope of application of the VAT, the output tax may not be charged and the input tax may not be deducted⁷.

Thus, the recognition of the right of deduction of tax requires that the taxable person be engaged in a given economic activity, regardless of the purpose or results of that activity⁸. According to this requirement, no person can be classed as a taxable person without engaging in an economic activity. And when they are not classed as such, we do not have a transfer of goods or provision of services that is relevant for VAT purposes.

However, it is important to emphasise that, in the field of VAT, the concept of economic activity should be defined in universal terms in order to ensure the neutrality and

equality of tax. However, this notion may not be taken so far as to endanger the certainty of taxpayers, or to lead to the taxation of situations clearly beyond the contributory capacity the tax is intended to have.

Precisely for this reason, the ECJ has been making efforts to define what should (or should not) have economic content capable of falling within the wide-ranging concept of economic activity for the purposes of the VAT Directive⁹.

As a result of these efforts, the ECJ has held that the concept in question is not necessarily a single act but may also consist of a series of consecutive acts¹⁰. Besides this, preparatory activities should also be considered as economic activities within the meaning of the current VAT Directive: any person who performs preparatory acts should be considered a taxable person, with the right to deduct input tax being preserved even in these cases.

The same considerations that apply to preparatory expenses are applicable to the expenditure incurred by a taxable person after transfer or termination of a particular economic activity. This is provided there is a direct and immediate relationship between a specific input transaction and one or more output transactions with a right of deduction. In these situations, it must also be recognised that the taxable person has the right to the deduction¹¹.

In other words, and as a result of the wording of article 168 of the VAT Directive, for the purposes of access to the right to deduction, it is necessary that, at the same time, the interested person is a "taxable person" as defined in this Directive, and that the input goods and services acquired by it are used for the purposes of the transactions subject to VAT¹².

In this context, and under article 167 of the VAT Directive, if the two requirements mentioned above are met, the right to deduction becomes effective from the moment the deductible tax becomes chargeable¹³.

For the reasons explained, and as stressed by the ECJ, from the moment the Portuguese Tax Authority accepts, based on the data supplied by a company, that it has the status of a taxable person, this status can no longer, in principle, be subsequently withdrawn with retroactive effect due to the occurrence or non-occurrence of certain events¹⁴.

⁶ *Inzo* judgment C-110/94, 29.02.1996, no. 22.

⁷ Paragraph 30 of this judgment, and the *Uudenkaupungin kaupunki* judgment, C-184/04, 30.3.2006, no. 24.

⁸ See the judgments in *Armbrrecht*, C-291/92, 4.10.1995; *EDM*, C-77/01, 29.4.2004; *Optigen Ltd* (C-354/03, *Fulcrum Electronics Ltd*, C-355/03 and *Bond House Systems Ltd*, C-484/03, the three joined cases, dated 12.1.2006; *I/S Fini H*, C-32/03, 3.3.2005, no.19, and *Klub*, C-153/11, 22.3.2012, no. 36.

⁹ The VAT Directive defines the concept of economic activity in article 9(1)(2) as "Any activity of producers, traders or persons supplying services (...). The exploitation of tangible or intangible property for the purposes of obtaining income therefrom on a continuing basis shall in particular be regarded as an economic activity."

¹⁰ In particular, the judgments in *Rompelman*, C-268/83, 14.2.1985, no. 22, *Van Tiem*, C-186/89, 4.12.1990, *IIK-Kraftfahrzeuge-Factoring*, C-305/01, 26.6.2003, *I/O Fini H*, cit., no. 21, and *Optigen Ltd*, C-354/03, *Fulcrum Electronics Ltd*, C-355/03, *Bond House Systems Ltd*, C-484/03, joined, cit.

¹¹ In the same vein, the *I/S Fini H* judgment cited above, no. 29.

¹² *Centralan Property* judgment, C63/04, de 15.12.2005, n.º 52.

¹³ Judgments in *Lennartz*, C97/90., 11.7.1991, no. 8, and *Uudenkaupungin kaupunki*, C-184/04, cit., no. 38.

¹⁴ Paragraph 36 of this judgment.

This position indeed seems to be the only one that is in line with the general principles of VAT, and mainly with the *principle of legal certainty*. This principle means that the rights and obligations of taxable persons cannot depend on facts, circumstances or events that occur after the Portuguese Tax Authority confirms the status of a taxable person.

In addition, and as already mentioned above, to allow a different interpretation would be a flagrant violation of the *principle of neutrality* regarding the tax burden borne by the taxable person. This is because, in the tax treatment of identical investment activities, it would be capable of creating unjustified differences between companies with the same profile engaging in the same activity¹⁵.

3.3. The Right to Deduction and the Adjustment Obligation: Two Sides of the Same Coin

Even though the ECJ has already made it clear on several occasions that “*The adjustment mechanism provided for in Directive 2006/112 is an integral part of the VAT deduction scheme established by that directive*”¹⁶, we must begin by analysing each of these situations separately, to then address the relationship between both.

Regarding the right to deduct¹⁷, the ECJ recalls that the exercise of this right provided for in articles 167 to 172 of the VAT Directive, besides being an integral part of the VAT mechanism, may not, in principle, be limited, as results from the current case law on this matter. In general terms, the system of deductions provided for in the VAT Directive makes it possible to ensure the true neutrality of the tax burden. It seeks to entirely relieve the entrepreneur of the burden of VAT due or paid in the context of their economic activities, regardless of the purposes or results achieved, provided those activities are subject to VAT.¹⁸

As we pointed out above, it is the acquisition of goods or services by a taxable person acting as such that determines the application of the VAT rules and, therefore, the deduction mechanism.

The use to which the goods or services are put, or for which they are intended, only determines the amount of the initial deduction to which the taxable person has a right, and the scope of the possible adjustments in the subsequent periods. However, it does not affect, in itself, the emergence of the right to the deduction.

It is precisely based on what we have just explained that the right to deduct continues to exist, in principle, even if, subsequently, due to circumstances outside its control, the taxable person does not make use of the goods and services that gave rise to the deduction in the context of taxed transactions.

We would say, in summary, that in order to ensure harmonisation and tax neutrality, the general principles of VAT are concerned more with seeking to ensure that the conditions are met to ensure that a taxable person acts as a connection between two taxable persons who carry out taxed transactions, and less with the economic success of the business initiatives undertaken by that same taxable person.

Naturally, those general principles, and the mechanics behind them, can only work if the Member States cannot unilaterally introduce restrictions on the right to the tax deduction. As António Beja Neves and Afonso Arnold state¹⁹ in analysing the *Uudenkaupungin kaupunki* judgment, Member States may not, by means of national rules, limit the period in which the deductions can be made to a period shorter than the one provided by the VAT Directive.

Any such a limitation - if it were to exist - would always be subject to the *principle of proportionality*: it must not go beyond what is necessary to achieve its specific objective, and it must not clash with the rules and principles of the Directive. The exception is applicable only in cases of fraud²⁰.

It is precisely this issue, that is, the extent to which Member States may or may not limit the right to deduct VAT, that is the crux of the dispute that gave rise to the Imofloresmira judgment.

The adjustment mechanism is provided for, among other rules, in article 26(1) of the VAT Code, and article 10(1) (b) of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption. One of its aims is to fight against abuses in the exercise of the right to the deduction or to its preservation and, therefore, it is an admissible derogation from the principle of the right to deduction of VAT. However, this mechanism should be subject to restrictive interpretation. If not, it will clash with *the principle of neutrality*.

Therefore, it will not be acceptable, in circumstances such as those described, to uphold an obligation to make the adjustments of the tax based on the argument that a “change occurs in the factors used to determine the

¹⁵ *Inzo* judgment, *cit.*, no. 22.

¹⁶ Judgments in *Gran Via Moinești*, C-257/11, 29.11.2012 and *TETS HASKOVO AD*, C-234/11, 18.10.2012, no. 30.

¹⁷ Margarida Reis, *O Direito à Dedução no Imposto sobre o Valor Acrescentado – Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, published in *Revista Julgar*, no. 15, Coimbra Editora, September - December 2011.

¹⁸ Paragraph 38 of this judgment.

¹⁹ António Beja Neves, Afonso Arnaldo, *O sector imobiliário e o IVA, Perspectivas de uma relação conturbada*, published in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Year I, 2, Almedina, 2008, page 119.

²⁰ *I/S Fini H* judgment, *cit.*, nos. 33 and 52.

amount to be deducted” within the meaning of article 185(1) of the VAT Directive.

As the ECJ indicates, this understanding does not merit acceptance here.

In fact, if it is true that the need to adjust the tax deducted may result from circumstances beyond the control of taxable persons²¹, it is no less true that this provision should not call into question the fundamental principles underlying the system established by the VAT Directive, in particular, the *principle of neutrality*.

In this context, to take the view that it is sufficient, to demonstrate the existence of “changes” within the meaning of article 185 of the VAT Directive, for a property to remain empty, due to circumstances beyond the control of its owner, even where it is established that the owner still intends to use it for a taxed activity and takes the necessary steps for this purpose, would be tantamount to restricting the right of deduction through the provisions applicable to adjustments.

In addition, the ECJ held that, although article 137(2) of the VAT Directive gives the Member States a wide discretionary power to determine the exercise of the right of option and even withdraw it, the Member States may not use that power to infringe articles 167 and 168 of that Directive by revoking a right of deduction that has already been acquired.

Indeed, a limitation on the right to the deduction, after exercising the right of option for taxation of the operations (in this case, by waiving the exemption from VAT on the lease), would not respect the “reach” of the right of option that Member States may restrict under article 137(2) of the VAT Directive, but rather the consequences of exercising this right.

For this reason, and removing abusive or fraudulent situations from the equation, the ECJ held that it was unacceptable to use the adjustment mechanism to seek to restrict the right of deduction of tax which has already been consolidated.

3.4. The Remaining Issues of the Request for a Preliminary Ruling

A separate and even more specific issue is the question of whether, if the tax adjustment described above does take place, it should be made only once for the whole of the unexpired period. That is precisely the **second question** raised by the CAAD in the request for a preliminary ruling addressed to the ECJ.

The ECJ held that there was no need to address this second question because of the clear illegality under European Union Law of the interpretation put forward by the Portuguese Tax Authority.

Without wishing to go back over the ground already covered here, we think it is important to look specifically at the Portuguese legal system to understand that the results of the solution proposed by the Portuguese Tax Authority would always lead to unfair and clearly discriminatory situations.

First, we must emphasise that the imposition of an obligation of definitive adjustment of the tax only in cases of leasing of commercial properties in which the taxable person has renounced the VAT exemption, would constitute unacceptable discrimination when compared with other taxable persons.

Think, for example, about all the situations in which, because of the ups and downs of the market, or the need to carry out large-scale works or make major technical repairs, the use of certain properties is temporarily suspended.

In any of these cases, it seems inconceivable that the taxable person should be obliged to adjust in annual or definitive terms the VAT deducted in the construction or acquisition of the properties in question. However, such situations are as much or more likely than the fluctuations of market suffered by property developers.

In addition, and as a second point, it is important to note that once the definitive adjustment of VAT has been made, taxable persons are prevented from waiving the VAT exemption again on renting properties previously rented out with VAT that have been unoccupied in the meantime for more than two years (currently five years)²². Even when this renting occurs during the adjustment period of 20 (twenty) years²³.

In other words, if the Portuguese Tax Authority’s theory had prevailed, by virtue of the definitive adjustment of the tax, the taxable person would later be prevented from adjusting any tax in its favour, if it were concluded that the deduction initially made was, after all, less than the deduction to which the taxable person was entitled. In practice, this would lead to a reduction of the period during which the amount of deductions can be made.

Furthermore, and as the third and last point, on being prevented from again waiving the exemption from VAT on the renting of a property previously rented with VAT that has been vacant for more than two years in the meantime, taxable persons would also cease to be able to deduct the VAT paid on all the expenses relating to these properties,

²¹ *Noord Leusden and Holin Groep* judgment, C487/01 and C7/02, 29.4.2004, no. 55.

²² Except in cases of major works of transformation or renovation, article 2(2)(b) Rules on Waiver of the VAT Exemption.

²³ See article 2(2)(c) and article 10(2)(b), both of the Arrangement for Waiving the VAT Exemption.

including all those expenses relating to their management, maintenance, or commercial promotion.

In other words, even when they had engaged in their activity continuously, the taxable persons would be arbitrarily excluded from the right to deduct tax in respect of expenditure relating to the maintenance or promotion of the properties that are the basis of their activity. Therefore, their ability to have access to or to remain in the market in identical conditions of competition would be limited.

Lastly, as to the **third and final question**, the CAAD sought to determine whether, if it were impossible for a VAT taxable person to be able to waive the VAT exemption when entering into new renting agreements after a one-time full VAT adjustment has been made, that fact would compromise the deduction rules as set out in articles 137, 167, 168 and 184 of the VAT Directive.

As with the second question, the ECJ did not address the third question because of the express conclusion on the analysis of the first question, as extensively described and explained above.

4. Final Considerations: What is the Future for the VAT System?

There is now no doubt that the recent decision of the ECJ, upheld in the meantime by the CAAD, will have a significant impact in the near future. If the Portuguese Tax Authority does not review its interpretation of the rules, there may be an increase in the number of interpretive disagreements about when the adjustment mechanism should be triggered. This is first and foremost because, faced with the above court ruling, fundamental rules of the system of VAT adjustment in property transactions have been called into question because they do not comply with EU law. Moreover, it is believed that, in view of the Imofloresmira judgment and the subsequent CAAD decision, taxable persons who, in the recent past, have made adjustments in identical circumstances may begin injunctive proceedings that lead to the revision of the VAT assessments in question.

It is undeniable that an improper VAT adjustment in the property sector, especially in the period of crisis, caused considerable repercussions in the economic activity of taxable persons. Besides the losses suffered from having vacant rental properties, and the obligation to make a brutal "onetime" repayment to the State of the VAT deducted as a result of the adjustment imposed, the taxable persons were prevented from deducting the remainder of the VAT incurred in the construction or acquisition

(for the unexpired adjustment period), and from deducting the VAT paid on the management, maintenance and promotion of the properties.

Interestingly, and perhaps because it is conscious of the seriousness of the consequences that have arisen from this administrative position, in the preliminary ruling process, the Portuguese Government asked for the effects of the judgment in question be limited in time. Among the various arguments it put forward, the Portuguese Government argued that the loss of the tax already adjusted or already collected in the meantime amounts to considerable sums and creates an intolerable budgetary imbalance.

However, the ECJ did not accept those arguments and it immediately rejected the application for a time limit on effects of the decision. It is apparent from the case law of this Court that there would only be a temporal limitation on the effects of the judgment if there were objective and significant uncertainty as to the scope of EU law, because this is a strictly exceptional measure which, in this case, the ECJ concluded was not applicable. The Court argued that there was no objective and important uncertainty as to the scope of the right to the deduction and its role in the context of the system established by the VAT Directive.²⁴

As a result, from now on, we expect first that companies operating in the property market will be able to seek to recover the VAT they have paid back unduly, provided they are still in time to request the reimbursement in accordance with the law. Second, a possibility will open up for those companies to renounce the VAT exemption for the future, whenever that option was excluded by the repayment obligation. All this means more certainty in property transactions. Moreover, taxable persons will no longer have to fear the curse of adjustments whenever they have properties that are unoccupied for the relevant period when the situation is due to factors outside their control.

We believe that, to the extent that the rules in question are maintained in the legal order, this court decision represents a turning point in the VAT adjustment system in the context of the VAT applicable to property transactions. The decision is also likely to impact not only the understanding of the tax authorities, but also impact Portuguese case law on this matter.

October 2019.

²⁴ *Imofloresmira* judgment, no. 61 and *Paper Consult* judgment, C-10L/16, 19.10.2017, no. 68.

A ARBITRABILIDADE NUMA EMPRESA EM CRISE: CONVIVÊNCIA HARMONIOSA ENTRE A JURISDIÇÃO ARBITRAL E A JURISDIÇÃO ESTATAL

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Nº 157.099 – RJ (2018/0051390-6)**

IÑAKI CARRERA

Mestre em Direito (FDUCP)
Associado PLMJ Arbitragem

FRANCISCO DA CUNHA MATOS

Doutorando em Ciências
Jurídico-Empresariais (FDUC)
Mestre em Direito (FDUC)
Associado PLMJ Reestruturação
e Contencioso Financeiro

Superior Tribunal de Justiça,

Processo n.º: RJ (2018/0051390-6)¹

Relator: Ministro Marco Buzzi

R.P/Acórdão: Ministra Nancy Andrighi

Ementa:

Conflito positivo de competência. Juízo arbitral e juízo da recuperação judicial. Discussão acerca da legalidade de disposições integrantes do plano de soerguimento. Aumento de capital. Assembleia de acionistas. Não realização. Cláusula compromissória prevista no estatuto social. Questões societárias. Competência do juízo arbitral.

1. A existência de provimentos jurisdicionais conflitantes entre si autoriza o conhecimento do conflito positivo de competência.

2. O juiz está autorizado a realizar controle de legalidade de disposições que integram o plano de soerguimento, muito embora não possa adentrar em questões concernentes à viabilidade econômica da recuperanda.

Precedentes.

3. As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta. Precedentes.

4. Em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória – princípio da kompetenz-kompetenz. Precedentes.

5. A instauração da arbitragem, no particular, foi decorrência direta de previsão estatutária que obriga a adoção dessa via para a solução de litígios societários.

6. Ainda que a jurisprudência do STJ venha entendendo, consistentemente, que a competência para decidir acerca do destino do acervo patrimonial de sociedades em recuperação judicial é do juízo do soerguimento, a presente hipótese versa sobre situação diversa.

7. A questão submetida ao juízo arbitral diz respeito à análise da higidez da formação da vontade da devedora quanto a disposições expressas no plano de soerguimento. As deliberações da assembleia de credores – apesar de sua soberania – estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral. Precedente.

8. O art. 50, caput, da Lei 11.101/05, ao elencar os meios de recuperação judicial passíveis de integrar o plano de soerguimento, dispõe expressamente que tais meios devem observar a legislação pertinente a cada caso. Seu inciso II é ainda mais enfático ao prever que, em operações societárias, devem ser “respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente”. E, no particular, o objetivo da instauração do procedimento arbitral é justamente garantir o direito dos acionistas de deliberar em assembleia geral sobre questões que, supostamente, competem privativamente a eles, mas que passaram a integrar o plano de recuperação judicial sem sua anuência.

Conflito conhecido. Declarada a competência do juízo arbitral

Resumo:

No âmbito de um processo de recuperação de uma empresa aprova-se um plano de recuperação que foi homologado por um Juiz. Neste plano decide-se pela conversão de certas dívidas em ações da sociedade recuperanda por meio de um aumento de capital.

Um acionista minoritário intenta um procedimento arbitral de forma a impedir a adoção das medidas previstas no plano com base na Convenção de Arbitragem presente no estatuto da empresa em recuperação.

Existe, pois, uma questão de conflito de competência, cuja resolução se apresenta mediante as seguintes duas posições antagônicas: a do Ministro Marco Buzzi e a da Ministra Nancy Andrighi.

Por um lado, MARCO BUZZI defende que a competência para apreciar a questão suscitada é do tribunal no qual tramita a recuperação judicial pois estão em causa questões sobre interesses e bens da empresa recuperanda.

Portanto, cabe ao juiz, e não ao árbitro, verificar sobre a legalidade das disposições do plano de recuperação de forma a alcançar o objetivo de recuperar a empresa.

Conclui, por isso, que a sentença arbitral preliminar que decidiu sobre a suspensão da cláusula do plano de recuperação sobre o aumento de capital se imiscuiu na competência do juiz do processo de recuperação judicial.

Por outro lado, NANCY ANDRIGHI considerou que, não obstante estar de acordo com o pressuposto de que cabe ao juiz a competência/dever de garantir a legalidade do plano de recuperação, no caso em concreto, a suposta ilegalidade em causa prende-se com matéria cuja apreciação foi delegada à jurisdição arbitral, pelos próprios estatutos sociais da sociedade em recuperação.

1 Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/556451174/conflito-de-competencia-cc-157099-rj-2018-0051390-6/decisao-monocratica-556451184?ref=juris-tabs>.

Não há, por isso, motivos para afastar a competência do tribunal arbitral para decidir a questão, pois esta tem como objeto a verificação da licitude da manifestação de vontade da sociedade recuperanda no que diz respeito a um aumento do seu capital social.

A Ministra Nancy Andraghi concluiu que as competências judicial e arbitral se harmonizam:

"Assim, por hipótese, caso o tribunal arbitral decida que determinados acionistas foram impedidos indevidamente de deliberar acerca de operações societárias constantes

do plano de soerguimento, caberá ao juízo da recuperação adotar as medidas para alcançar esse fim, o que poderá resultar na alteração do plano mediante acréscimo de um aditivo, com a alteração de cláusulas específicas, ou em simples ratificação do conteúdo aprovado".

Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro declarar "competente o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem de São Paulo-SP para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposição da Lei das S/A ou dos estatuto social da recuperanda, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andraghi".

ANOTAÇÃO

1. Introdução

O acórdão em apreço tem como horizonte decisório a harmonização de competência jurisdicional entre a arbitragem societária e a arbitragem falimentar (ou insolvencial, na terminologia europeia). Em particular, existindo uma cláusula compromissória nos estatutos de uma sociedade e havendo sido decidido um aumento de capital em conversão de créditos em participações num plano de recuperação, cumpre apreciar quem terá competência para resolver um litígio sobre o aumento de capital, o tribunal arbitral ou o tribunal competente para temas relacionados com a recuperação da insolvente?

Esta questão acolhida pelo acórdão em análise permite abordar uma plêiade de questões muito relevantes sobre a arbitragem numa empresa em crise.

Conforme refere Catarina Serra²: "O tema 'arbitragem e insolvência', entendido em sentido amplo, suscita, pelo menos, cinco grandes questões: a arbitrabilidade ou inarbitrabilidade dos litígios relacionados com a insolvência; os efeitos da declaração de insolvência sobre as convenções de arbitragem e os processos arbitrais pendentes; os efeitos da abertura do processo especial de revitalização (PER) – e, já agora, do processo especial para acordo de pagamento (PEAP) – sobre as convenções de arbitragem e os processos arbitrais pendentes; a inclusão de cláusula arbitral no plano de recuperação; e, por fim, as consequências da insuficiência económica de alguma das partes na arbitragem".

No presente comentário, iremos analisar de forma prévia a questão da arbitrabilidade das matérias societárias (**Capítulo 2**).

Em segundo lugar, tendo em conta o princípio da universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar e que o insolvente é afastado da disponibilidade dos seus bens, torna-se obrigatório analisar:

- Os efeitos da insolvência sobre a cláusula compromissória celebrada antes e depois do decretamento da insolvência (**Capítulo 3**);
- A arbitrabilidade das matérias respeitantes à crise de uma empresa (**Capítulo 4**).

Em terceiro lugar, tendo em conta os efeitos da insolvência no processo arbitral, mantendo-se vigente a cláusula compromissória presente nos estatutos de uma sociedade em recuperação, levanta-se a questão de saber se um litígio relacionado com a conversão de um crédito em participações da sociedade por via de aumento de capital nos termos estabelecidos num plano de recuperação deve ser dirimido por um tribunal arbitral ou pelo tribunal falimentar (ou por um tribunal de comércio, na perspetiva nacional) (**Capítulo 5**).

Por último, apresentamos as nossas considerações finais (**Capítulo 6**).

2. A arbitrabilidade dos litígios relacionados com o direito societário

Nos primórdios dos Códigos Comerciais português e brasileiro, os litígios societários eram obrigatoriamente resolvidos

² Catarina Serra, *Arbitragem e insolvência, os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (Direito português e internacional)*, in Revista de Direito Comercial, 2017, pp. 612-613.

por árbitros³, mas devido a posteriores alterações legislativas, a arbitragem societária caiu no “esquecimento”.

No entanto a arbitragem tem-se afirmado como um mecanismo relevante na resolução de litígios societários. Com efeito, trata-se de um meio alternativo de resolução de litígios célere, flexível e especializado que, inclusivamente, promove o descongestionamento dos tribunais⁴.

Neste capítulo não nos iremos centrar em aspetos muito específicos sobre o regime da arbitragem societária, apenas iremos abordar a temática da aferição de quais as questões societárias que são passíveis de serem submetidas à arbitragem, tanto no ordenamento jurídico brasileiro (**Capítulo 3.1**) como no ordenamento jurídico português (**Capítulo 3.2**).

2.1. No direito brasileiro

Desde 2001 que existe um regime específico para a arbitragem societária no Brasil, com a introdução na Lei sobre sociedades por ações de um novo art. 109.º, cujo n.º 3 passou a ter a seguinte redação: “O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

Em 2015, incluiu-se o art. 136.º-A na Lei das Sociedades por Ações estabelecendo que: “A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurando ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45”.

Conforme se depreende dos preceitos mencionados, no ordenamento jurídico brasileiro, a lei apenas resolve a questão da arbitralidade objetiva e da arbitralidade subjetiva. As demais questões ficam em aberto para serem apreciadas e interpretadas pela doutrina e jurisprudência.

Quanto às matérias que podem ser arbitráveis no âmbito do direito societário, a doutrina tem um entendimento amplo⁵, com a limitação de que estas matérias têm que incidir sobre a socialidade⁶.

Assim, podem ser apreciadas por meio da arbitragem as seguintes questões societárias:

- (i) As relacionadas com o voto⁷;
- (ii) As relacionadas com a constituição da sociedade⁸;
- (iii) As relacionadas com a impugnação das deliberações sociais⁹;
- (iv) As relacionadas com as ações de responsabilidade civil contra os administradores¹⁰;
- (v) As relacionadas com o direito de exclusão do sócio¹¹;
- (vi) As relacionadas com a dissolução da sociedade¹².

No que diz respeito às ações contra os administradores, quer tenha este um vínculo estatutário ou contratual com a sociedade, desde que seja uma questão relacionada com a socialidade, poderá ser demandado com base na cláusula compromissória inserida nos estatutos¹³.

2.2. No direito português

Com a alteração do critério de arbitralidade para o critério de patrimonialidade do direito, nada obsta a que em Portugal existam arbitragens sobre conflitos societários, apesar de não se encontrar consagrada qualquer permissão específica¹⁴.

É certo que, no direito nacional, a inexistência de normas específicas sobre arbitragem societária pode ser considerado como geradora de incerteza¹⁵, contudo, existem duas formas de reduzir esta incerteza: (i) inserção nos estatutos de uma cláusula compromissória estatutária completa; (ii) uma remissão para a proposta de Regime

3 Art. 749.º do Código de Comércio de 1833 português: “Toda a contestação entre socios relativa a sociedade, e as suas dependências, seja qual for a sua natureza, será sempre julgada privativamente por árbitros commerciaes. É prohibido estipular o contrario”; art. 249.º do Código de Comércio brasileiro: “Todas as questões sociaes que se suscitarem entre socios durante a existencia da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”.

4 Pedro Raposo/Patrícia Valente, *Proteção dos sócios minoritários nas arbitragens societárias*, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2019, pp. 977-979.

5 Diego Franzoni, *Notas sobre a Arbitralidade dos Litígios Societários no Direito Brasileiro*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. X-2017, Almedina, p. 11.

6 Diego Franzoni, *Notas sobre a Arbitralidade...*, pp. 11-12.

7 Veja-se maior desenvolvimento em Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, Quartier Latin, 2012, pp. 192-197.

8 Veja-se maior desenvolvimento em Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 197-204.

9 Veja-se maior desenvolvimento em Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 204-218.

10 Veja-se maior desenvolvimento em Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 218-221.

11 Veja-se maior desenvolvimento em Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 221-222.

12 Veja-se maior desenvolvimento em Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 222-227.

13 Diego Franzoni, *Notas sobre a Arbitralidade...*, p. 14.

14 Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. X-2017, Almedina, 2018, pp. 48-49 e 61; e António Pedro Pinto Monteiro/Joana Macedo, *Some First Steps on the Difficult Road to a Coherent Class or Collective Arbitration Agreement regime in Europe? Portugal's Upcoming Shareholder Dispute Regime*, in X Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Edição Almedina, 2017, pp. 92-93.

15 Rui Pereira Dias, *Cláusulas Compromissórias estatutárias e princípio maioritário*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. X-2017, Almedina, 2018, p. 74, e Pedro Maia, *Arbitragem Societária...*, pp. 67-68.

Jurídico da Arbitragem Societária criado pela Associação Portuguesa de Arbitragem ¹⁶.

Este estudo tem incorporado soluções que resolvem os problemas levantados pela doutrina em Portugal no que toca às diversas questões que podem ser sujeitas à arbitragem.

A própria cláusula compromissória-modelo criada por Sampaio Caramelo ¹⁷ é bastante completa e apresenta solução para muitos dos problemas que possam surgir no quotidiano da prática forense.

Tanto o Regime elaborado pela APA ¹⁸ como a cláusula compromissória-modelo de Sampaio Caramelo apresentam soluções que respeitam os diversos princípios em causa, em concreto, o princípio constitucional do Estado de direito e de acesso à justiça.

Assim, passando o obstáculo de lacuna legislativa, vejamos em concreto que questões de direito societário podem ser dirimidas em sede arbitral.

Em concreto ¹⁹:

- a) Os litígios entre uma sociedade e os seus sócios relacionados com a validade, interpretação ou execução do contrato de sociedade;
- b) Os litígios que envolvam uma sociedade, os seus sócios e/ou os seus órgãos de administração, inclusive relacionado com ação de responsabilidade civil;
- c) Impugnação pelos sócios ou por titulares de órgão social de uma deliberação de qualquer órgão de uma Sociedade, incluindo a arguição da respetiva invalidade ou ineficácia;
- d) Ações reativas ao exercício de direitos sociais previstos no Título XV, Capítulo XIV do Código de Processo Civil;
- e) Da sociedade contra um sócio, por exemplo, ações de exclusão de sócio ou de amortizações de participação social.

Para Rui Pereira Dias, é necessário fazer uma distinção entre o litígio societário que se situa na esfera social ou

aquele litígio que se encontra na esfera individual do sócio. Esta questão é relevante, pois verificando-se esta última, e o sócio tiver votado contra a inserção de uma cláusula compromissória societária, pode estar em causa a legitimidade processual ²⁰.

Relativamente às ações de responsabilidade civil contra os administradores, a doutrina portuguesa tem entendido que os administradores se encontram vinculados à cláusula compromissória, mesmo que o administrador não tenha a ela aderido expressamente. E esta vinculação perdura depois da cessação do vínculo com a sociedade, desde que os factos se reportem ao período de exercício do cargo ²¹.

3. Efeitos da declaração de insolvência / plano de recuperação na convenção de arbitragem

3.1. No direito brasileiro

Desde logo, quanto à eficácia da convenção arbitral no âmbito do processo de insolvência, o direito brasileiro caracteriza-se pela inexistência de disposição expressa, não havendo unanimidade sobre os efeitos que o decretamento da insolvência tem sobre a cláusula compromissória.

Segundo o art. 103.º da Lei 11.101/2005, quando a insolvência é decretada, o falido (o insolvente, na terminologia do direito português) perde o direito de administrar os seus bens, o que levaria à conclusão que essa indisponibilidade impede o recurso à arbitragem ²².

No entanto, importa destacar dois tipos de situações: (i) a convenção de arbitragem celebrada antes da declaração da insolvência de uma das partes signatárias e (ii) a convenção de arbitragem celebrada depois da declaração da insolvência.

No primeiro caso, pode considerar-se que a arbitragem prossegue com o administrador judicial em representação do insolvente ²³.

A este propósito, e com base no art. 6.º da Lei 11.101/2005, Donald Armelin entende que a declaração de insolvência não impede o cumprimento da convenção de arbitragem

¹⁶ Em sentido próximo ao defendido, ver Pedro Raposo e Patrícia Valente, *Proteção dos sócios minoritários...*, p. 988, acrescentando, porém, a necessidade da sociedade assumir todas as custas relativas ao processo arbitral, sempre que estivessem em causa acionistas minoritários ou membros dos órgãos sociais que não tivessem votado favoravelmente ou expressamente aceitado a alteração estatutária em causa. Sobre o Regime Jurídico, este está disponível disponível em: <https://a.storyblok.com/f/46533/x/644d9d61e0/discussao-anteprojeto-diploma-legislativo-regras-arb-materia-societaria.pdf>

¹⁷ António Sampaio Caramelo, *Arbitragem de litígios societários*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano IX, 2011, pp. 62-64.

¹⁸ Ver Pedro Maia, *Arbitragem Societária...*, p. 69: "O Estudo procurou acolher um regime especial da arbitragem societária que cumprisse diversos objectivos: (i) dotar a arbitragem societária de um regime jurídico seguro, evitando que a arbitragem seja, ela própria, uma fonte de conflito entre as partes; (ii) assegurar que, não obstante as suas especificidades, a arbitragem societária cumpra integralmente com os princípios constitucionais de um estado de direito..."

¹⁹ Pedro Maia, *Arbitragem Societária...*, p. 43.

²⁰ Rui Pereira Dias, *Cláusulas Compromissórias estatutárias...*, p. 94. Em sentido que nos parece próximo, Pedro Maia, *Arbitragem Societária...*, pp. 54-55.

²¹ Pedro Maia, *Arbitragem Societária...*, pp. 60-62; António Sampaio Caramelo, *Arbitragem de litígios societários*, p. 15; Manuel Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, 2013, pp. 110 e ss.

²² Veja-se Napoleão Casado Filho, *A falência e seus efeitos em arbitragens multiconectadas*, in Doutrinas Essenciais, Arbitragem e Mediação, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, Volume IV, 2014, pp.441-442.

²³ Napoleão Casado Filho, *A falência...*, p. 442.

celebrada, prosseguindo o processo arbitral já instaurado ou podendo ser intentada nova ação arbitral, sendo o insolvente representado pelo administrador judicial. O autor acrescenta que este entendimento apenas é válido no caso de ações de quantias ilíquidas, uma vez que, não o sendo, o crédito deverá ser objeto de habilitação e que alterações supervenientes relativas às partes não afastam a eficácia da convenção, havendo apenas a necessidade de suprir a capacidade de parte ou substituí-la na relação processual²⁴.

Como diz Napoleão Casado, o objetivo do art. 6.º mencionado é “o prosseguimento tranquilo do juízo falimentar com os títulos que já possuem exigibilidade e liquidez, deixando os direitos que ainda não foram liquidados para outros juízos”²⁵.

Veja-se, mais recentemente, os enunciados da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios e da II Jornada de Direito Comercial:

- N.º 6: “O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende”²⁶;
- N.º 75: “Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6.º, § 1.º, da Lei n. 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.”²⁷.

Além do art. 6.º, o enunciado das Jornadas de Direito Comercial baseia-se no facto do art. 117.º da Lei 11.101/2005, que permite ao administrador judicial cumprir ou não os contratos bilaterais, não ser de aplicação pois a cláusula compromissória é autónoma do contrato pelo que “o administrador judicial não pode recusar cumprimento a ela nem precisa de autorização do comitê (ou do juiz) para dar início a procedimento arbitral dela decorrente”²⁸.

Na situação em que a convenção é celebrada após a insolvência, entende Napoleão Casado Filho que terá de ser

analisada a arbitralidade subjetiva. Para ser celebrar uma cláusula compromissória, o Administrador da insolvência necessitaria de uma autorização da massa²⁹.

Donaldo Armelin entende que, na pendência do processo falimentar, o direito brasileiro não permite que se celebre validamente convenção de arbitragem face à “perda pelo executado da disponibilidade de seus bens”, os quais acrescenta serem tais litígios de exclusiva competência dos tribunais estaduais³⁰.

Defensor de uma posição favorável à validade da celebração da convenção arbitral, mesmo após a declaração da insolvência, Carlos Alberto Carmona ensina que o administrador judicial poderá celebrar convenção de arbitragem se for expressamente autorizado pelo tribunal, encontrando-se assim legitimado a dispor do direito de ação da massa insolvente³¹. Neste sentido, também José Emílio Nunes Pinto refere que a «Lei de Recuperação de Empresas expressamente autoriza o administrador judicial, na falência a “transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento” desde que autorizado judicialmente, após ouvidos o comitê de credores e o devedor»³².

Paulo Toledo relembra que quem não pode celebrar a convenção é o falido e que deve ser aplicado ao caso, por extensão, a regra do art. 22.º, n.º 3 da Lei 11.101/2005 que permite ao Administrador, desde que autorizado judicialmente, a transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e a praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações³³.

Por outro lado, quanto à eficácia da convenção arbitral no âmbito do processo de recuperação judicial, verifica-se que a regra geral, como *supra* referido, é a suspensão das ações e execuções, com exceção das demandas por quantias ilíquidas até que a obrigação se torne líquida.

3.2. No direito português

Por seu turno, no direito nacional, relativamente à eficácia da convenção arbitral no âmbito do processo de insolvência e do processo de recuperação judicial (Processo Especial de Revitalização), determina o artigo 87.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas português (“CIRE”) que “1- Fica suspensa a eficácia das convenções

24 Donaldo Armelin, *Arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial*, in *Revista de Arbitragem e Mediação* 13/16-29, São Paulo, RT, 2007, pp. 16-17.

25 Napoleão Casado Filho, *A falência...*, p. 443.

26 Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669

27 <https://www.conjur.com.br/dl/enunciados-ii-jornada-direito-comercial.pdf>

28 <https://www.conjur.com.br/dl/enunciados-ii-jornada-direito-comercial.pdf>

29 Napoleão Casado Filho, *A falência...*, p. 445.

30 Donaldo Armelin, *Arbitragem...*, pp. 18-19.

31 A massa falida pode “valer-se da arbitragem, eis que têm capacidade de ser parte e de estar em juízo, nada impedindo que disponham de seus direitos” (Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 2.º Ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 55).

32 José Emílio Nunes Pinto, *A arbitragem na recuperação das empresas*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, 2005, p. 523.

33 Paulo Sales de Toledo, *Arbitragem e Insolvência*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, 2009, p. 522.

arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis; 2- Os processos pendentes à data da declaração de insolvência prosseguirão os seus termos, sem prejuízo, se for o caso, do disposto no n.º 3 do artigo 85.º e no n.º 3 do artigo 128.º.

A suspensão da eficácia da convenção de arbitragem “autoriza” qualquer uma das partes (a parte insolvente ou a parte não insolvente) a recorrer aos tribunais judiciais para fazer valer os seus direitos sem que a contraparte possa invocar a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral (artigo 494.º, j) do CPC).

Com efeito, só são afetadas, nos termos legais, as convenções de arbitragem que respeitem a litígios suscetíveis de influenciar o valor da massa, o que nem sempre sucederá, como são exemplos as situações em que esteja em causa a apreciação de prevalência de um contrato de arrendamento intransmissível³⁴.

O n.º 2 do mencionado artigo consubstancia uma norma de direito transitório. Estando pendente, à data da declaração de insolvência, um processo arbitral, o mesmo não poderá ser apenso ao processo de insolvência (o que decorre da circunstância de o n.º 2 do citado artigo não remeter para o n.º 1 nem para o n.º 2 do artigo 85.º do CIRE, bem comoda especialidade que a jurisdição arbitral encerra). Sem prejuízo do prosseguimento da instância arbitral, a parte insolvente será substituída pelo administrador da insolvência e o demandante não insolvente deverá reclamar o seu crédito no processo de insolvência (que poderá ser uma reclamação de crédito subordinada à condição suspensiva de vencimento na instância arbitral)³⁵.

Todavia, Catarina Serra entende que este preceito não é aplicável ao Processo Especial de Revitalização por analogia, pelo que a abertura deste processo não tem impacto na convenção de arbitragem³⁶.

4. A arbitrabilidade dos litígios relacionados com a insolvência

4.1. No direito brasileiro

O Acórdão sob comentário, além de convocar as referidas questões sobre a arbitrabilidade dos litígios emergentes das relações de direito societário suscita, igualmente, a reflexão sobre as tensões verificadas entre a arbitragem e a jurisdição estadual (nomeadamente, os tribunais concursais brasileiros) quanto à competência para apreciação dos litígios emergentes do processo de insolvência e / ou de recuperação judicial.

O artigo 1.º da Lei de Arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996, na redação atualizada pela 13.129 de 26 de maio de 2015) dispõe sobre a questão da arbitrabilidade – tanto subjetiva³⁷ quanto objetiva³⁸ – dispondo que pessoas capazes de contratar poderão utilizar a arbitragem para dirimir controvérsias relativas a *direitos patrimoniais disponíveis*³⁹.

O citado artigo determina, assim, como critérios para apreciação de litígios pela jurisdição arbitral: a patrimonialidade e a disponibilidade dos direitos controvertidos. Que os direitos discutidos em sede de direito insolvencial são patrimoniais não levanta dúvidas, uma vez que os direitos creditícios são, naturalmente, patrimoniais⁴⁰.

Em face dos aventados critérios e à luz do direito brasileiro, importa aferir da possibilidade de compatibilizar a situação de crise económico-financeira de uma sociedade comercial (insolvente ou em recuperação judicial) com a submissão dos litígios em que aquela for parte à jurisdição arbitral.

Em termos gerais, a Lei de Recuperação de Empresas brasileira (Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, na redação atualizada pela Lei Complementar n.º 147 de 7 de agosto de 2014) estabelece como aplicável à insolvência e à recuperação judicial a suspensão do “curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor” (artigo 6.º da referida Lei). Conforme ensina Paulo Sales de Toledo, a enunciada regra geral não tem caráter absoluto, pois terá de ser interpretada em conjunto com o art.6.º, n.º1, concluindo o autor que “Terão prosseguimento, por expressa previsão legal as ações que demandarem quantia ilíquida”⁴¹.

34 Luís Carvalho Fernandes/João Labareda, *Código da Insolvência e da recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª Edição, Lisboa, Quid Júris, 2015, p. 433.

35 A este propósito refere António Sampaio Caramelo que “Na Suíça e em Portugal (artigo 85.º, n.º 3 do CIRE), os processos arbitrais em curso só se suspendem por curto período, para que o devedor insolvente passe a ser neles representado pelo administrador da insolvência (o que sucede também em França e Itália). Na Alemanha, porém, o tribunal arbitral deverá (em obediência ao princípio fundamental de due process aplicável no processo arbitral) proporcionar ao administrador da insolvência tempo suficiente para estudar o processo e preparar a defesa, o que pode implicar uma suspensão do processo arbitral em causa por tempo considerável” (António Sampaio Caramelo, *Crítérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*, in IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 40-42).

36 Neste sentido Catarina Serra, *Arbitragem e insolvência...*, pp. 614-615.

37 “A arbitrabilidade subjetiva refere-se aos aspetos da capacidade para poder submeter-se à arbitragem” (Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência económica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116).

38 Para Pedro Batista Martins, “[d]ireitos patrimoniais disponíveis são aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular” (Pedro Batista Martins, *Apointamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 03).

39 Neste sentido, Giovana Benetti, *Arbitragem e empresas em crise: o problema da arbitrabilidade objetiva*, RJBL, Ano 5, n.º 1, 2019, p. 888.

40 Ronaldo Vasconcelos, César Augusto Martins Caruaíba, Thais D'Angelo da Silva Hanesaka, *Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal*, in João Bosco Lee and Flavia Mange, *Revista Brasileira de Arbitragem CBAr & IO*; Kluwer Law International 2019, Volume XVI Issue 61.

41 Paulo Sales de Toledo, *Arbitragem...*, pp. 507-533.

Acentuando a natureza relativa da regra de suspensão, o artigo 76.º da Lei 11.101/2005 dispõe que “o juízo de falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. Assim, esta disposição legal consagra a unidade e indivisibilidade do juízo falimentar.

Por referência aos aludidos fundamentos, Paulo Sales de Toledo considera que a ação arbitral deve prosseguir, por ter uma natureza não executória, mesmo quando o devedor venha a requerer pedido de recuperação judicial ou de decretamento da insolvência⁴². Não se aplica a regra geral de suspensão dos processos (artigo 6.º da Lei da Recuperação de Empresas brasileira), mas sim a exceção consagrada no artigo 6.º, n.º 1 da mesma lei. Consequentemente, apenas o cumprimento da sentença arbitral será competência do juízo cível, pois a competência do árbitro esgota-se com a prolação da sentença, não dispondo a jurisdição arbitral de poderes executivos, que são monopólio do Estado, nos termos do disposto no artigo 425.º-N, IV, do Código de Processo Civil brasileiro⁴³.

Também Donald Armelino observa que “a suspensão dos processos de conhecimento em que se discutem o an e o quantum debeatur dos credores soa excessiva...”⁴⁴. Conclui-se, assim, que o processo arbitral deve ter sequência até que se saiba qual é o crédito contra o devedor.

Assim, poder-se-ia defender que o juízo concursal é competente para a apreciação de todas as ações disciplinadas na lei falimentar, sendo inarbitráveis os litígios daí decorrentes.

Não obstante parecerem antagônicos os fins a prosseguir pelos institutos da recuperação judicial, da insolvência e da arbitragem, pois enquanto nesta se visa solucionar os conflitos emergentes entre as partes signatárias da convenção arbitral, naquelas se imbrica o interesse coletivo, segundo o objetivo de preservação da empresa e da maximização do valor dos seus ativos, é possível conciliar os interesses em presença.

Compreendida a possibilidade de as empresas em crise (insolventes ou em recuperação judicial) participarem em processos arbitrais urge referir que, quanto à arbitabilidade das questões insolvenciais, o direito brasileiro reflete que não basta haver um rol taxativo de matérias suscetíveis de apreciação pela jurisdição arbitral⁴⁵, pois o mais eficiente é a determinação de critérios que, aplicados casuisticamente, fornecerão a solução para eventuais conflitos de competência.

No advento da prolação do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro em apreço, importa salientar a decisão proferida no caso *Interclínicas*⁴⁶.

Como relata Giovana Benetti⁴⁷, a sociedade *Interclínicas* encontrava-se no âmbito de um processo de liquidação extrajudicial e instaurou uma ação com pedido de cobrança, cumulada com uma indenização por danos materiais contra a *Saúde ABC*, visando a cobrança de valores decorrentes de sua carteira de clientes. O instrumento fora celebrado pelas partes antes da declaração da liquidação extrajudicial de *Interclínicas*.

Após a prolação de decisão na ação de cobrança, *Saúde ABC* deu início a processo arbitral com base em cláusula compromissória prevista no contrato celebrado entre as partes. Submetido o litígio ao Tribunal Arbitral, a *Interclínicas* pôs em causa a jurisdição do tribunal, suscitando a ausência de arbitabilidade objetiva e subjetiva.

Na sentença proferida pelo Tribunal Arbitral, foi decidido que “o objeto da controvérsia submetida à arbitragem tem por escopo (i) a revisão e a redução do preço de aquisição da carteira de clientes da *Interclínicas*, (ii) declaração de quitação do preço total e (iii) a imputação de indenizações”. Consequentemente, “o objeto da demanda (...) é de natureza patrimonial disponível, sendo (...) passível de submissão à arbitragem, nos termos do art. 1.º Lei 9.307/96”.

Decidiu-se no caso *Interclínicas* que “a análise da arbitragem da matéria deve seguir a regra geral, focando, portanto, nos requisitos previstos pelo art. 1.º da Lei

42 Paulo Sales de Toledo, *Arbitragem*..., pp. 507-533

43 Considera Pedro Batista Martins que a arbitragem é “instituto que visa solucionar disputa de cunho ilíquido ou controvertido. Não se presta, ou ao mesmo tempo não se deveria prestar, a solucionar questões passíveis de execução forçada” (Pedro Batista Martins, *O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (2.ª parte)*, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, RT, 2000, p. 338).

44 Donald Armelino, *Arbitragem*..., p.20

45 Em sentido contrário, no direito norte-americano, procedeu-se à enunciação exemplificativa, “U.S. Code, § 157 (b) (2): “(A) matters concerning the administration of the estate; (B) allowance or disallowance of claims against the estate or exemptions from prop-erty of the estate, and estimation of claims or interests for the purposes of confirming a plan under chapter 11, 12, or 13 of title 11 but not the liquidation or estimation of contingent or unliquidated personal injury tort or wrongful death claims against the estate for purposes of distribution in a case under title 11; (C) counterclaims by the estate against persons filing claims against the estate; (D) orders in respect to obtaining credit; (E) orders to turn over property of the estate; (F) proceedings to determine, avoid, or recover preferences; (G) motions to terminate, annul, or modify the auto-matic stay; (H) proceedings to determine, avoid, or recover fraudulent conveyances; (I) determinations as to the dischargeability of particular debts; (J) objections to dis-charges; (K) determinations of the validity, extent, or priority of liens; (L) confirma-tions of plans; (M) orders approving the use or lease of property, including the use of cash collateral; (N) orders approving the sale of property other than property resulting from claims brought by the estate against persons who have not filed claims against the estate; (O) other proceedings affecting the liquidation of the assets of the estate or the adjustment of the debtor-creditor or the equity security holder relationship, except personal injury tort or wrongful death claims; and (P) recognition of foreign proceed-ings and other matters under chapter 15 of title 11” Giovana Benetti, *Arbitragem e empresas em crise*..., p. 910.

46 Decisão Monocrática n.º MC 14295/SP, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro (Relatora Min. Nancy Andrighi).

47 Giovana Benetti, *Arbitragem e empresas em crise*..., 890.

*Brasileira de Arbitragem – a patrimonialidade e a disponibilidade do direito*⁴⁸.

Pelo exposto, a realidade jurisprudencial e doutrinal brasileira demonstram que o estado de crise económico-financeira de uma sociedade não obsta só de *per si* à sua participação numa demanda arbitral, sendo a natureza jurídico-material objeto de apreciação que determinará a competência do tribunal.

Sobre a possibilidade de instaurar novos procedimentos arbitrais, depois de homologada a recuperação judicial, as soluções diferem, conforme se trate de cláusula compromissória constante do plano de recuperação ou de compromisso arbitral posteriormente firmado.

Na primeira hipótese, Emílio Nunes Pinto salienta que o caráter concursal e judicial da recuperação, dificulta a aceitação da ideia de previsão da arbitragem no plano apresentado aos credores. Refere este Autor que a cláusula compromissória inserida no plano vincularia os credores que votaram em sentido contrário. Assim, *“somente as disposições contidas no art. 53.º da Lei 11.101/2005 obrigam os que tiverem objetado a sua aprovação”*⁴⁹.

Denotando a fragilidade do argumento invocado, verifica-se que um dos pilares da recuperação judicial é a sujeição a esse regime de todos os credores do devedor comum, com as exceções legais. Por esta razão, a universalidade dos credores é convocada a participar no processo de recuperação e o plano deve ser aprovado por eles. Pressupõe-se, ainda, um tratamento igualitário dos credores (respeitadas, é claro, as diferenças próprias da natureza dos créditos).

No que respeita à possibilidade de se celebrar convenção de arbitragem durante a tramitação da recuperação judicial releva, igualmente, se o crédito seja ou não sujeito aos efeitos da recuperação. No primeiro caso, a questão não poderá ser subtraída da apreciação do juiz concursal competente, não cabendo, portanto, o recurso à via arbitral. No segundo caso, seguindo de perto a lição de Paulo Sales de Toledo *“não se tratando de crédito sujeito ao plano de recuperação, nada impede a propositura da ação, tanto por via judicial quanto arbitral. A peculiaridade do status da devedora, no entanto, recomenda cautela, uma vez que a decisão a ser proferida poderá repercutir na recuperação judicial, podendo até levá-la ao insucesso”*⁵⁰.

Tal como referido relativamente à insolvência, também relativamente ao processo de recuperação judicial, Emílio Nunes Pinto considera que *“embora eminentemente judicial a recuperação haverá sempre espaço para que as partes utilizem a arbitragem para assegurar a implementação do Plano de Recuperação, onde a especialização dos árbitros desempenhará um papel sumariamente relevante, sem mencionar a maior celeridade com que possam obter os resultados pretendidos”*⁵¹.

4.2. No Direito Português

Diferentemente do verificado no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) estabeleceu como critério de arbitrabilidade objetiva⁵²: a patrimonialidade e a transacionalidade das pretensões.

Consagrou-se expressamente no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 da LAV que: *“1- Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros; 2- É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido”*.

De acordo com o critério da patrimonialidade (de influência suíça), *“são arbitráveis todos os litígios em que esteja em causa um direito que tenha subjacente um interesse suscetível de avaliação pecuniária”*⁵³.

A transacionalidade (de influência alemã) *“postula a presença de situações jurídicas (“interesses”) não-patrimoniais, cujos litígios possam ser superados por acordo entre as partes. Tal o caso de litígios relativos a pretensões morais ou, até, a questões decorrentes de divórcio ou separação de bens”*⁵⁴.

De assinalar que a LAV apresenta uma fórmula mais ampla do critério da arbitrabilidade relativamente à Lei sua antecedente (Lei n.º 31/86) que, no artigo 1.º, n.º 1 conferia arbitrabilidade a *“qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis”*. Tratava-se de uma redação insatisfatória, na medida em que existem direitos indisponíveis que são arbitráveis como, por exemplo, os direitos do credor que

48 Giovana Benetti, *Arbitragem e empresas em crise...*, p. 891.

49 José Emílio Nunes Pinto, *A arbitragem na recuperação das empresas*, p. 324.

50 Paulo Sales de Toledo, *Arbitragem...*, p. 525.

51 José Emílio Nunes Pinto, *A arbitragem na recuperação das empresas*, p. 323. Salientando o caráter inovador da referida posição veja-se Joaquim Paiva Muniz/Ana Teresa Palhares Basílio, *Arbitration Law of Brasil: Practice and Procedure*, New York, Júris Publishing, Inc., 2006, p. 28.

52 Compreendida como aquela que *“retrata as características próprias da matéria em discussão e que habilitam à sua discussão por árbitros. Estão em causa litígios relativos a interesses patrimoniais e a interesses transacionáveis”* (António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 94).

53 Joana Galvão Teles, *A Arbitrabilidade dos Litígios em Sede de Invocação de Exceção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário*, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 63-64.

54 António Menezes Cordeiro, *Tratado...*, p. 94.

não podem antecipadamente ser renunciados (art. 809.º do Código Civil português), mas podem ser objeto de decisão por árbitros.

Na vigência da Lei n.º 31/86, referia Joana Galvão Teles que “Começando pela área da insolvência, tem-se entendido que esta se encontra exclusivamente atribuída ao tribunal judicial, sendo, assim, inarbitrável nos termos do artigo 1.º, n.º 1, 1.ª parte da LAV (juntamente com outras matérias como, por exemplo, o crime). Apesar de ser um processo especialmente atribuído à jurisdição do Estado, têm surgido vozes a questionar se será assim ou se, pelo contrário, poderão destacar-se incidentes em que se poderá recorrer à arbitragem”⁵⁵.

No âmbito da nova LAV, constata-se, com Catarina Serra⁵⁶, que a inarbitralidade da insolvência não significa inarbitralidade de todas as questões em apreciação no processo de insolvência. De facto, há muito litígios que são centrais para a realização dos fins do processo de insolvência (*core issues* ou *core claims*⁵⁷), como o litígio principal, relacionado com a verificação e a declaração da insolvência e os relacionados com a resolução / impugnação dos atos prejudiciais à massa, outros há que não o são (*non-core issues* ou *non-core claims*), como a verificação de certo crédito ou do direito à separação de certo bem da massa insolvente e, portanto, podem ser objeto de arbitragem. Isto não obstante escapar necessariamente aos poderes do tribunal arbitral a execução das respetivas sentenças.

5. Conflito positivo de competência entre o tribunal arbitral e o tribunal falimentar

Centrando-nos no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro de 10.10.2018 destacamos a sua pertinência no seio da jurisprudência brasileira, não tanto por envolver o maior pedido de recuperação judicial efetuado no Brasil (Grupo Oi), mas, sobretudo, pela sua atualidade e inovação relativamente à harmoniosa convivência entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral.

A questão que deu origem ao presente litígio foi a introdução no plano de recuperação judicial (“plano de soerguimento”) de uma disposição que consagrou a realização

de um aumento de capital da sociedade recuperanda (mediante capitalização de créditos quirográficos, com emissão de ações ordinárias e bónus de subscrição), no montante de doze mil milhões de reais.

Com o objetivo de dar efetividade a tal medida, foi convocada pela Oi uma reunião extraordinária do seu Conselho de Administração, a ser realizada em 05.03.2018.

Sucedendo que a acionista minoritária Bratel (detentora de 23% do capital social da sociedade recuperanda) interpôs recurso da decisão de homologação do plano de recuperação judicial, alegando que a previsão do aumento de capital da sociedade deve ser submetida à consideração do Conselho de Administração. O recurso foi recusado pela jurisdição estatal.

Pretendendo dar cumprimento ao plano aprovado e judicialmente homologado, o Conselho de Administração da sociedade recuperanda convocou reunião da assembleia geral para deliberação das operações necessárias ao aumento de capital da Oi.

Contudo, a Bratel instaurou procedimento arbitral, na Câmara de Arbitragem de Mercado, com o propósito de “impedir a adoção de medidas previstas no PRJ do Grupo Oi”. Nesta sequência, o tribunal arbitral julgou-se competente para apreciar o litígio, por força do disposto no artigo 68.º dos Estatutos da Oi⁵⁸, tendo decidido “suspender os efeitos das deliberações adotadas em reunião extraordinária do Conselho de Administração da Oi”.

Como reação, a Oi instaurou uma providência cautelar para “imediate suspensão da decisão proferida no âmbito da CAM n.º 104/08” que suspendeu os efeitos das deliberações do Conselho de Administração da sociedade recuperanda, tendo a Bratel recorrido para o Superior Tribunal de Justiça brasileiro que, consequentemente, prolatou o Acórdão sob comentário.

Deste modo, o presente aresto decide sobre um conflito positivo de jurisdição, na medida em que tanto a jurisdição arbitral como a jurisdição estadual se consideraram competentes para apreciar o litígio.

⁵⁵ Joana Galvão Teles, *A Arbitralidade...*, pp. 66.

⁵⁶ “Arbitragem e insolvência. Os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (Direitos português e internacional)” consultado em www.revistadedireitocomercial.com.

⁵⁷ Na definição de Vesna Lazic, os pedidos da generalidade dos credores da insolvência são *core issues* típicos. Não se trata estarem relacionados com a insolvência mas de serem determinantes para a insolvência e de só se resolverem através do processo de insolvência (Vesna Lazic, *Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors*, in *European Journal of Company Law*, n.º 3, 1999, p. 20, consultado em www.ejcl.org/33/abs33-2.html). Segundo Jonathan Sutcliffe e James Rogers, a distinção entre *core* e *non-core issues* (ou *core* ou *non-core proceedings / claims*) decorreria de uma decisão do *United States Supreme Court*, que conduziu a alterações legislativas em matéria de competência dos tribunais especializados de insolvência. A decisão em causa é a *Northern Pipeline Construction Co v Marathon Pipeline Co* 458 U.S. 50 (1982) (Jonathan Sutcliffe/James Rogers *Effect of Party Insolvency Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times*, p. 282, consultada em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/458/50.html>).

⁵⁸ Refere o artigo 68.º dos Estatutos da Oi que “A Companhia, seus acionistas, administradores e os membros do Conselho Fiscal, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 1, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 1 de Governança Corporativa”.

Ora, na decisão em apreço, emergiram entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça duas posições antagônicas: (i) a de Marco Buzzi e a de (ii) Nancy Andrichi.

Marco Buzzi defende que a competência para apreciar a questão suscitada é do tribunal no qual tramita a recuperação judicial, pois estão em causa questões sobre interesses e bens da empresa recuperanda.

A referida tese fundamenta-se, por um lado, na ideia de que o juízo de recuperação judicial é o mais próximo da realidade fáctica e jurídica das empresas com dificuldades financeiras, tendo por isso maiores e melhores condições de assimilar, aquilatar e definir eventuais medidas judiciais proferidas em juízos diversos.

Por outro lado, considera que a deliberação arbitral se imiscuiu na competência do juízo de recuperação judicial, na medida em que suspendeu cláusulas do plano judicial homologado pelo tribunal competente. Salaria que não decidiu quanto à natureza e conteúdo das cláusulas do plano de recuperação judicial homologado, mas tão somente reconhecendo que o juízo onde tramita a recuperação judicial, por ter à disposição todos os elementos que traduzem, com maior precisão, as dificuldades enfrentadas pela recuperanda, deve ser aquele a decidir acerca da execução do plano de recuperação.

Em oposição à referida posição, a Ministra Nancy Andrichi defendeu que, não obstante estar de acordo com o pressuposto de que cabe ao juiz a competência/dever de garantir a legalidade do plano de recuperação, no caso em concreto, a suposta ilegalidade em causa se prende com matéria cuja apreciação foi delegada à jurisdição arbitral, pelos próprios estatutos sociais da sociedade em recuperação.

Esta posição funda-se, em primeiro lugar, na particularidade fáctica de que a suposta ilegalidade do *plano de soerguimento* diz respeito a matéria delegada pelo próprio estatuto social da recuperanda à apreciação do juízo arbitral (por força da cláusula compromissória inserida no artigo 68.º dos Estatutos da Oi).

Em segundo lugar, destaca-se que a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível a sua convivência harmoniosa, exigindo-se para tanto que sejam respeitadas as suas esferas de competência que atentam natureza absoluta.

Em terceiro lugar, a decisão aqui comentada não versa sobre a prática de atos contenciosos com ativos da sociedade recuperanda, sendo a questão subjacente relacionada com a invalidade da formação da vontade da devedora quanto às disposições nela expressas, podendo – ficando provadas – macular as deliberações da assembleia de credores.

Finalmente, em quarto lugar, conclui-se que “a obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impedir ao juízo que promova um controle quanto à ilicitude das providências decididas em assembleia”.

Em suma, constata-se da análise deste importante aresto que o direito brasileiro reconhece a convivência harmoniosa entre a arbitragem e a insolvência ou recuperação judicial, sendo passíveis de submissão à arbitragem os litígios que:

- (i) versem sobre direitos patrimoniais disponíveis;
- (ii) envolvam questões pontuais atinentes ao estado de crise; e
- (iii) cuja matéria não seja inserida dentre as quais a Lei de Falência e Recuperação ressalva como de competência do juízo da insolvência.

Ademais, por referência aos pedidos formulados, o poder dos árbitros estaria circunscrito à definição de um crédito, desenvolvendo-se a eventual fase de execução (com a consequente execução de bens) no juízo insolvência.

E nessa linha tem apontado a jurisprudência brasileira, destacando, para o bom andamento do sistema, a importância de se observarem as atribuições específicas da jurisdição arbitral e da estatal.

Não há, assim, motivos para afastar o juízo arbitral da apreciação da questão a ele submetida, pois esta prende-se com a verificação da licitude da manifestação de vontade da devedora quanto à prossecução do aumento de capital⁵⁹.

6. Considerações finais

Uma vez percorridos os regimes legais brasileiro e português sobre a arbitralidade dos litígios societários e insolvenciais, o efeito da insolvência sobre a cláusula

59 Alertando para a ausência de voto do acionista na assembleia de credores, refere a declaração de voto da Ministra Maria Isabel Gallotti que “*Observo que, na assembleia dos credores, os acionistas não têm direito a voto. Por outro lado, na assembleia de acionistas os sócios participam da formação da própria vontade da sociedade na proporção do capital social de que cada um deles é titular. As questões societárias, que dizem respeito ao próprio âmago da sociedade anônima, devem ser dirimidas em assembleia de acionistas e, havendo divergência, incide a cláusula compromissória. Como destacou o eminente Relator, neste caso não se discute sobre a validade e existência dessa cláusula. Assim, essas questões societárias são do âmbito arbitral por cláusula estabelecida entre as partes*”.

compromissória, e a descrição do acórdão do STJ, faremos um exercício analítico das vantagens⁶⁰ que o sistema jurídico português pode absorver da análise realizada.

Em primeiro lugar, o art. 87.º do CIRE resolveria a questão dos efeitos da insolvência sobre a cláusula compromissória nos estatutos ao suspender os efeitos da mesma sempre e quando houvesse influência no valor da massa.

E no caso em apreço, a convalidação dos créditos em participações repercute-se nos bens da massa insolvente o que implicaria a suspensão da convenção presente nos estatutos sociais.

Em segundo lugar, verifica-se que praticamente todos os sistemas jurídicos vedam a intervenção dos árbitros nas “questões nucleares” dos regimes da falência ou insolvência, incluindo o decretamento da insolvência, que tem como efeitos imediatos a suspensão das execuções em curso contra o insolvente (ou até, em numerosas ordens jurídicas, de todas as ações judiciais de natureza patrimonial em que aquele seja réu ou autor), a retirada da administração da massa insolvente ao devedor e a sua entrega a um administrador nomeado pelo tribunal a quem é conferida a missão de maximizar o valor líquido dessa massa, com o poder de, em função desse objetivo, recusar o cumprimento do negócios anteriormente celebrados pelo princípio da igualdade dos credores pertencentes a cada classe.

É também largamente predominante, no direito comparado, a reserva aos tribunais estaduais das ações revogatórias de atos prejudiciais à massa insolvente, praticados durante o chamado “período suspeito” assim como das decisões sobre a graduação dos créditos a satisfazer, por se tratar de matérias intimamente ligadas às referidas questões nucleares do regime da insolvência.

No entanto, vigorando em Portugal uma LAV cujos critério de arbitralidade de litígios – patrimonialidade e transacionalidade dos interesses – são mais amplos dos que os verificados na Lei da Arbitragem brasileira, tem a jurisprudência nacional a oportunidade de interpretar de forma mais eficiente a lei.

Contudo, isto ignifica apenas que estes litígios podem ser sujeitos à arbitragem e não que o são necessariamente, nunca sendo afetado o poder (fundamental) de requerer a declaração de insolvência, por via judicial.

Em terceiro lugar, as jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmoniosa, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta.

Sobretudo no que concerne à recuperação judicial (PER), embora se reconheça o seu caráter eminentemente judicial, haverá espaço para que as partes utilizem a arbitragem para assegurar a implementação do Plano de Revitalização, onde a especialização dos árbitros desempenhará um papel sumariamente relevante, sem mencionar a maior celeridade com que possam obter os resultados pretendidos.

Como bem decidiu o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro de 10.10.2018, diferenciada é a situação dos litígios de direito material cujo desfecho condiciona apenas a procedência do crédito reclamado para um ou mais credores do insolvente (crédito esse que será pago *pro rata*, de acordo com as possibilidades da massa insolvente), ou que digam respeito à eventual separação da massa insolvente de bens que se conclua não pertencerem àquela. Tais litígios são generalizadamente entendidos como arbitráveis.

A semelhança do ordenamento jurídico brasileiro, também em Portugal, a justificação da vasta zona de coincidência que neles se deteta, nesta matéria, explica-se pela *supra* mencionada necessidade de tutelar o interesse do universo de credores comuns do insolvente, o que constitui justificação bastante para as derrogações que neste domínio se fazem ao princípio da arbitralidade das questões de natureza patrimonial.

Assim, tendo a Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa consagrado um critério geral de arbitralidade mais amplo que a Lei da Arbitragem brasileira – patrimonialidade e transacionalidade do direito – “*nada impede, antes nos parece aconselhável que os regimes legislativos, em atenção a específicas e ponderosas razões de política legislativa, vedem a sujeição de determinadas matérias à arbitragem, não obstante terem natureza patrimonial, e igualmente que leis especiais permitam que a este meio de resolução de litígios sejam submetidas controvérsias respeitantes a pretensões de natureza não-patrimonial (não obstante, ter alguma dificuldade em encontrar exemplos adequados à materialização desta última possibilidade), se existirem bons motivos para tanto*”⁶¹.

⁶⁰ Segundo o exemplo do direito do Perú, “*La mayor virtud de permitir que las partes contraten ex ante sobre la autoridad que resolverá la insolvencia, así como las reglas que serán aplicables en tal escenario, será que ello brindará a quienes presten dinero la posibilidad de predecir con mayor claridad el riesgo de su credito en la insolvencia. En efecto, quien preste dinero podrá saber, por ejemplo, si la autoridad que resolverá el conflicto le brinda mayores garantías de celeridad, autonomía y tecnicismo. Quien preste dinero podrá además establecer las reglas del proceso y las reglas de pago que le garanticen un proceso célere y efectivo para la tarea de proteger el crédito*” (Huáscar Ezcurra Rivero, *Privaticemos la insolvencia*, in *Ius et Veritas*, n.º 24, 2002, p. 206).

⁶¹ António Sampaio Caramelo, “A disponibilidade do direito como critério de arbitralidade do litígio – reflexões de jure condendo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, 2006, consultado em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-caramelo-a-disponibilidade-do-direito-como-criterio-de-arbitralidade-do-litigio/> pp. 1264-1265.

No que concerne especificamente à arbitabilidade das questões insolvenciais, sugerimos a introdução de uma norma de conflitos no CIRE português que identifique as matérias suscetíveis de apreciação em sede arbitral, de modo a potenciar a convivência harmoniosa entre a arbitragem e a insolvência e a recuperação judicial das sociedades.

No que concerne especificamente às questões de matérias societárias, aconselhamos que no art. 87.º do CIRE se preveja que a cláusula compromissória inserida nos Estatutos também se suspenda se os litígios emergentes se repercutam no valor da massa insolvente.

Com motivo de comentar a decisão do STJ brasileiro referente a um conflito de competências entre o tribunal arbitral e um tribunal falimentar relacionado com um litígio societário decorrente de uma cláusula inserida no plano de recuperação, fizemos uma análise da arbitabilidade societária em Portugal e no Brasil e percorremos as questões relacionadas com a arbitragem e a insolvência.

Do exposto resulta que a arbitragem, assente na autonomia da vontade, com as suas enumeradas vantagens, pode ser útil para resolver litígios societários e falimentares/insolvenciais, contudo, as leis brasileiras e portuguesas de insolvência tendem a perpetuar a exclusividade da competência nos tribunais de comércio e falimentares, num fenómeno que a jurisprudência americana caracteriza como “*conflict of near polar extremes*”⁶².

O Acórdão em análise reflete a maior flexibilidade com que os tribunais judiciais encaram o princípio da universalidade do juízo falimentar.

Assim, sustentando as propostas de alteração normativa que aqui sugerimos, consideramos ser necessária a harmonização das competências entre as jurisdições arbitral e estadual, de modo a potenciar as vantagens de cada uma delas, servindo os propósitos de recuperação das empresas em crise e/ou a maximização da satisfação dos seus credores das insolventes.

62 Mencionado por Simon Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives*, Vol. 31, Kluwer Law International, 2014, p. 1.

ARBITRAGEM E PROVIDÊNCIAS CAUTELARES NO DELTA DO RIO DAS PÉROLAS

**COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU
DE 15 DE MARÇO DE 2018**

Ana Coimbra Trigo

LL.M. em Direito Europeu e Internacional Law
(China – E.U. School of Law, Univ. Hamburg)
Associada PLMJ Arbitragem

Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau

Processo n.º 139/2018 (autos de recurso civil)
15 de março de 2018

Juízes: Tong Hio Fong (relator), Lai Kin Hong (Primeiro Juiz-Adjunto), Fong Man Chong (Segundo Juiz-Adjunto)

Sumário:

“Se os tribunais da RAEM não são competentes para julgar a acção principal, antes é o tribunal arbitral de Hong Kong o único com jurisdição sobre a causa principal, na falta de convenções internacionais aplicáveis em Macau ou de acordos no domínio da cooperação judiciária, aqueles não são competentes para julgar procedimentos cautelares dependentes daquela mesma acção.”

Resumo do Caso

Factos subjacentes e decisões dos tribunais de Macau

As **partes** neste processo são A (Macau) Limitada, recorrente no caso em análise (doravante “Recorrente”), e B Electronica (Macau) Lda. (doravante “Recorrida”). A Recorrente pertencia a um grupo de construção civil da Região Especial Administrativa de Hong Kong (doravante “Hong Kong” ou “RAEHK”), realizando projetos para operadores de jogo.

Estas empresas celebraram um contrato de subempreitada que previa uma cláusula de resolução de litígios por via da qual estas concordavam submeter litígios relativos a tal contrato a mediação conduzida sob as regras do Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong (conhecido em língua inglesa pela sigla “HKIAC”), e que falhando tal mediação, tais litígios seriam dirimidos por árbitro único com sede em Hong Kong e segundo a lei de arbitragem de Hong Kong (que é a *Cap. 609 Arbitration Ordinance*, doravante “*Hong Kong Arbitration Ordinance*”).

Tendo surgido um litígio que não ficou resolvido via mediação, a Recorrida iniciou **arbitragem** em Hong Kong contra a Recorrente em 16 de outubro de 2017, alegando incumprimento contratual e deduzindo um pedido de indemnização.

Na pendência dessa acção arbitral, a Recorrida deduziu também procedimento cautelar junto do Tribunal Judicial de Base da Região Especial Administrativa de Macau (doravante “Macau” ou “RAEM”) contra a Recorrente, pedindo que se decretasse o arresto dos eventuais créditos que aquela tivesse contra C Contractors (Asia) Limited e D Resorts (Macau), S.A.

O **Tribunal Judicial de Base da RAEM** (doravante “TJB”) julgou procedente a providência cautelar tendo consequentemente decretado o **arresto dos saldos bancários e créditos** conforme listados no requerimento da Recorrida.

Mais especificamente, este tribunal: i) julgou competentes os Tribunais de Macau para o conhecimento e decretação da providência cautelar de arresto; ii) conheceu da probabilidade da existência do crédito ao abrigo da lei de Macau; iii) pugnou pela existência de receio justificado de perda da garantia patrimonial; iv) julgou improcedente a invocada caducidade da providência cautelar; e, v) determinou que ficassem os autos a aguardar eventual processo especial de revisão e confirmação de decisão de árbitros do exterior.

Após este decretamento, e de acordo com o art. 330.º, n.º 5 do Código de Processo Civil de Macau (doravante “CPC”) ¹, foi a Recorrente então notificada para deduzir oposição, o que fez, alegando que não tinha ficado demonstrada qualquer intenção de que fosse dissipar o seu património, atenta a situação financeira e operacional corrente da empresa.

O tribunal, julgando improcedente a oposição, e realizando as diligências necessárias, decidiu manter a providência cautelar anteriormente decretada.

A Recorrente, inconformada, interpôs **recurso** ordinário para o **Tribunal de Segunda Instância** (doravante “TSI”).

A **Recorrente** alegou que o TJB tinha incorrido em erro de julgamento e violação de lei em relação aos cinco pontos decisórios, anteriormente referidos. Especificamente no que toca:

- i) à competência dos tribunais de Macau à luz dos arts. 18.º, 328.º, n.ºs 1, 2, 3 e 6, e 414.º do CPC ²,

1 Art. 330.º, n.º 5 do CPC, “Quando o requerido não for ouvido e a providência vier a ser decretada, só após a sua realização é notificado da decisão que a ordenou, aplicando-se à notificação o preceituado quanto à citação.”

2 Art. 18.º do CPC: “Os procedimentos cautelares e as diligências antecipadas de produção de prova podem ser requeridos nos tribunais de Macau, quando a acção respectiva possa aqui ser proposta ou aqui esteja pendente.”; art. 328.º, n.º 1, 2, 3 e 6 do CPC: “1. O procedimento cautelar é sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de acção declarativa ou executiva. 2. O procedimento cautelar é instaurado no tribunal em que possa ser proposta a acção respectiva ou no tribunal onde esta corre, consoante seja requerido antes ou depois da proposição da acção. 3. Requerido antes da proposição da acção, é o procedimento apensado aos autos desta, logo que a acção seja instaurada; e se a acção for proposta ou vier a correr noutro tribunal, para aí é remetido o apenso, ficando o juiz da acção com exclusiva competência para os termos subsequentes à remessa. (...) 6. Nos casos em que, nos termos de convenções internacionais aplicáveis em Macau ou de acordos no domínio da cooperação judiciária, o procedimento cautelar seja dependência de uma causa que já foi ou deva ser intentada em tribunal do exterior de Macau, o requerente deve fazer prova da pendência da causa principal, através de certidão passada pelo respectivo tribunal.”; art. 414.º do CPC: “O tribunal deve conhecer oficiosamente de todas as excepções dilatórias, salvo da violação de pacto privativo de jurisdição e da preterição do tribunal arbitral voluntário.”

- ii) à probabilidade da existência do crédito à luz dos arts. 341.º e 22.º do Código Civil de Macau (doravante “CC”)³,
- iii) ao receio de perda da garantia patrimonial à luz dos arts. 351.º e 326.º, n.º 1 (aplicável *ex vi* art. 337.º) do CPC⁴, e ainda
- iv) à caducidade da providência à luz dos arts. n.º 6 do art. 328.º, bem como no art. 334.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do CPC⁵.

A Recorrente alegou, sobre os pontos i) e iv), que, dado o procedimento cautelar carecer de autonomia, por estar dependente de causa principal que tenha por fundamento o direito acautelado – causa principal que no caso em concreto seria a ação arbitral a decorrer em Hong Kong –, nunca poderiam os tribunais judiciais de Macau considerar-se competentes para julgar a providência cautelar requerida.

A Recorrente reiterou que o tribunal competente para conhecer a causa principal seria o tribunal arbitral de Hong Kong, sendo a lei processual aplicável a lei de arbitragem de Hong Kong, e a lei material também a de Hong Kong. Argumentou que caso a Recorrida tentasse iniciar uma ação principal junto dos tribunais da RAEM, estes não se considerariam competentes à luz dos arts. 412.º, n.º 2 e 413.º, al. a) do CPC⁶ por dever proceder a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, e, sendo a Recorrente absolvida da instância, qualquer procedimento cautelar contra ela decretada caducaria ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do art. 334.º do CPC.

Tal só não seria assim caso existisse uma ação principal a correr junto do Tribunal de Segunda Instância de Macau com o pedido de confirmação de sentença arbitral estrangeira, para tornar vinculativo em Macau o reconhecimento do direito (anteriormente declarado pelo competente árbitro de Hong Kong) que a Recorrida quer acautelar através do arresto.

Ora, dado que o art. 18.º do CPC, que afere da competência internacional dos tribunais de Macau em matéria de procedimentos cautelares e diligências antecipadas, atribui competência aos tribunais de Macau quando a ação respectiva possa aí ser proposta – uma possibilidade a aferir não em abstrato, mas em concreto, no entendimento da Recorrente – ou aí esteja pendente⁷ – o que no caso concreto não aconteceu, nem poderia acontecer por tal ação na prática não poder seguir os seus trâmites até ao final –, mal andou o TJB, que adotou o entendimento contrário.

Só assim não seria, caso existisse convenção internacional ou acordo de cooperação judiciária que admitisse que a providência fosse decretada em Macau e que a ação principal de que aquela depende tivesse sido ou devesse ser intentada em jurisdição exterior a Macau – exceção prevista no art. 328.º, n.º 6 do CPC.

Sobre os pontos ii) e iii), alegou a Recorrente que a prova da probabilidade de existência do crédito e da sua verificação deveriam ter sido feitas à luz do direito de Hong Kong. A Recorrente reforçou o argumento de que, apesar da intensidade do litígio e do repúdio do crédito que efetuou no processo, tal não justificaria qualquer justo receio de perda de garantia patrimonial, até porque a contraparte teria de provar não a possibilidade, mas a efetiva intenção de a Recorrente dissipar património.

Assim, a Recorrente requereu que a sentença fosse revogada e substituída por outra decisão que julgasse incompetentes os tribunais de Macau e a absolvesse da instância, ou subsidiariamente, reconhecendo que a Recorrida não fez prova dos requisitos para decretamento do arresto requerido, o revogasse, ou ainda, supletivamente, decidisse pela caducidade do arresto decretado e ordenasse o seu levantamento e a extinção do procedimento.

3 Art. 341.º do CC: “1. Àquele que invocar direito consuetudinário ou direito exterior ao território de Macau compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento. 2. O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário ou no direito exterior ao território de Macau e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição. 3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum de Macau.”; art. 22.º do CC: “1. A lei exterior a Macau declarada aplicável é interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas. 2. Na impossibilidade de averiguar o conteúdo dessa lei, recorrer-se-á à lei que for subsidiariamente competente, devendo adoptar-se igual procedimento sempre que não for possível determinar os elementos de facto ou de direito de que dependa a designação da lei aplicável.”.

4 Art. 351.º do CPC: “1. O credor que tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do devedor. 2. O arresto consiste numa apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora, em tudo quanto não contrariar o preceituado nesta secção.”; art. 326.º, n.º 1 do CPC: “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhuma das providências reguladas no capítulo subsequente, a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”.

5 Art. 328.º, n.º 6: “Nos casos em que, nos termos de convenções internacionais aplicáveis em Macau ou de acordos no domínio da cooperação judiciária, o procedimento cautelar seja dependência de uma causa que já foi ou deva ser intentada em tribunal do exterior de Macau, o requerente deve fazer prova da pendência da causa principal, através de certidão passada pelo respectivo tribunal.”; art. 334.º, n.º 1 e 2 do CPC: “1. A providência cautelar caduca: a) Se o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias, a contar da data em que lhe tiver sido notificada a decisão que a tenha ordenado, sem prejuízo do disposto no n.º 2; b) Se, proposta a ação, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente; c) Se a ação vier a ser julgada improcedente, por decisão transitada em julgado; d) Se o réu for absolvido da instância e o requerente não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da proposição da anterior; e) Se o direito que o requerente pretende acautelar se tiver extinguido. 2. Se o requerido não tiver sido ouvido antes do decretamento da providência, o prazo para a proposição da ação de que aquela depende é de 10 dias a contar da notificação ao requerente de que foi efectuada ao requerido a notificação prevista no n.º 5 do artigo 330.º”.

6 Art. 412.º, n.º 2 do CPC: “As exceções dilatórias obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar, consoante os casos, à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal.”; art. 413.º, al. a) do CPC: “São dilatórias, entre outras, as exceções seguintes: a) A incompetência do tribunal (...)”.

7 Art. 18.º do CPC: “Os procedimentos cautelares e as diligências antecipadas de produção de prova podem ser requeridos nos tribunais de Macau, quando a ação respectiva possa aqui ser proposta ou aqui esteja pendente.”.

A **Recorrida** respondeu, requerendo que o arresto se mantivesse.

Para tal alegou que deu cumprimento ao princípio *kompetenz-kompetenz*, o princípio da autonomia privada (art. 399.º, n.º 1 do CC)⁸, e, por conseguinte, à cláusula compromissória que deu origem à convenção de arbitragem existente entre as partes, ao intentar a ação principal junto do tribunal arbitral voluntário em Hong Kong.

Adiantou ainda a Recorrida, em relação aos pontos i) e iv), que foi em Macau que deu entrada do pedido cautelar de arresto dado ser aí que se localiza a sede social da Recorrente, e ser aí que esta possui contas bancárias, sendo, portanto, o local da garantia patrimonial objeto de providência cautelar conservatória. Este seria o foro competente para o efeito, à luz das regras relevantes macaenses – em especial o art. 24.º do Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de junho (doravante “Lei de Arbitragem Voluntária Interna”), art. 9.º do Decreto-Lei n.º 55/98/M, de 23 de novembro (doravante “Lei de Arbitragem Voluntária Externa”), e arts. 15.º, al. a) e 16.º, al. a) do CPC⁹.

A Recorrida pugnou por uma interpretação restritiva dos arts. 18.º e 328.º, n.º 6 do CPC, invocados pela Recorrente, no sentido de que os tribunais judiciais de Macau também seriam competentes para decretar providências cautelares apesar de os tribunais competentes para a questão principal serem os tribunais arbitrais de Hong Kong – havendo assim competência concorrente entre uns e outros.

E alegou que, dado ter efetivamente sido proposta ação principal junto do tribunal arbitral de Hong Kong, a providência cautelar não caducaria, à luz do art. 334.º, n.º 2 do CPC.

Referiu que se assim não se entendesse, apenas uma interpretação ab-rogante dos mencionados artigos poderia

garantir a tutela jurisdicional efetiva dos direitos de crédito da Recorrida, garantida por via do art. 36.º, n.º 1 da Lei Básica de Macau, e ainda arts. 1.º, n.ºs 1 e 2, 326.º, n.º 1 e 327.º, n.º 1 do CPC¹⁰, atenta a clara contradição valorativa entre uma interpretação literal daqueles artigos e a teologia imanente a estes. Dado que o legislador não previu a situação, atípica, como a dos autos, a Recorrida pugnou por esta interpretação ab-rogante das disposições legais mencionadas, alegando que só por via de uma interpretação sistemática e respeitante do direito fundamental de tutela jurisdicional efetiva, se evitaria o esvaziamento da mencionada tutela fundamental.

A Recorrida defendeu ainda o seu comportamento processual, dizendo que agiu por forma a evitar a verificação da exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral voluntário (arts. 413.º e 414.º do CPC) e para evitar também a ocorrência de *anti-suit injunctions*, em voga nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxónica, como é o de Hong Kong, contra as alegações da Recorrente de que apenas estaria a fazer para promover ineficiências e dissipação de recursos judiciais.

Sobre os pontos ii) e iii), a Recorrida apenas referiu que não tinha a Recorrente alegado qualquer solução jurídica à luz da lei de Hong Kong que contrariasse a existência da probabilidade séria do seu crédito. A Recorrida referiu ainda que, à luz das regras de conflitos de leis de Macau, concretamente o art. 40.º do CC¹¹, sempre seria a lei de Macau a aplicável ao contrato (e, portanto, à verificação do crédito da Recorrida), dado que todos os elementos do contrato em análise eram relativos a este território.

Sobre a prova indiciária, *prima facie*, dos requisitos para o decretamento do arresto, a Recorrida remeteu para a decisão anterior, salientando vários elementos que fundamentaram o seu plausível e racional receio de perda de garantia patrimonial – negando a necessidade de certeza

8 Art. 399.º do CC: “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.”

9 Art. 24.º da Lei de Arbitragem Voluntária Interna: “1. Não é incompatível com a convenção de arbitragem a dedução de procedimento cautelar no tribunal judicial, antes ou depois de constituído o tribunal arbitral, não implicando tal dedução em caso algum renúncia à arbitragem. 2. O requerente do procedimento cautelar deve desencadear as diligências para constituição do tribunal arbitral no prazo previsto na lei de processo civil para proposição de ação judicial de que o procedimento deva ser dependente. 3. Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de qualquer das partes, ordenar que estas acatem medidas provisórias ou conservatórias que considere adequadas em relação ao objecto do litígio ou exigir a qualquer delas que, em conexão com tais medidas, preste uma garantia adequada. 4. No caso de não ser acatada a decisão do tribunal prevista no número anterior, o tribunal arbitral pode solicitar ao Tribunal de Competência Genérica que ordene a sua execução.”; art. 9.º da Lei de Arbitragem Voluntária Externa: “Não é incompatível com uma convenção de arbitragem a solicitação de medidas provisórias ou conservatórias feita por uma das partes a um tribunal, antes ou durante o processo arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelo tribunal.”; art. 15.º, al. a) do CPC: “Os tribunais de Macau são competentes quando se verifique alguma das seguintes circunstâncias: a) Ter sido praticado em Macau o facto que serve de causa de pedir na ação ou algum dos factos que a integram”, e art. 16.º, al. a) do PC: “Sem prejuízo da competência que resulte do disposto no artigo anterior, os tribunais de Macau são competentes para apreciar: a) As ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações, a indemnização pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso, ou a resolução do contrato por falta de cumprimento, quando a obrigação devesse ser cumprida em Macau ou o réu aqui tenha domicílio”.

10 Art. 36.º, n.º 1 da Lei Básica de Macau: “Aos residentes de Macau é assegurado o acesso ao Direito, aos tribunais, à assistência por advogado na defesa dos seus legítimos direitos e interesses, bem como à obtenção de reparações por via judicial.”; art. 1.º, n.º 1 e 2 do CPC: “1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2. A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como as providências necessárias para acautelar o efeito útil da ação.”; art. 326.º, n.º 1 do CPC: “1. Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhuma das providências reguladas no capítulo subsequente, a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado. 2. O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em ação constitutiva, já proposta ou a propor.”; art. 327.º, n.º 1 do CPC: “Os procedimentos cautelares revestem sempre carácter urgente, precedendo os respectivos actos qualquer outro serviço judicial não urgente”.

11 Art. 40.º CC: “1. As obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista. 2. A designação ou referência das partes só pode, todavia, recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito de conflitos.”

inequívoca alegada pela Recorrente –, como a intensidade do litígio, o repúdio do crédito da recorrida, a possibilidade de encerramento da actividade comercial da Recorrente, com a inerente redução (drástica) das receitas provenientes dessa actividade comercial e a dissipação apressada dos bens patrimoniais da Recorrente.

Os Juízes do **TSI da RAEM decidiram** conceder provimento ao recurso, isto é, **absolver a Recorrente da instância cautelar**.

A análise deste tribunal centrou-se na interpretação do art. 18.º do CPC de Macau, que dispõe que *“Os procedimentos cautelares e as diligências antecipadas de produção de prova podem ser requeridos nos tribunais de Macau, quando a acção respectiva possa aqui ser proposta ou aqui esteja pendente”*.

Entendendo que este artigo visa regular a **competência internacional dos tribunais de Macau** perante outras jurisdições, o tribunal discordou no entendimento da decisão recorrida de que, *“uma vez que a excepção de preterição do tribunal arbitral só pode ser suscitada pelo réu na acção principal e não pode ser conhecida oficiosamente, os tribunais de Macau, em termos abstractos, são competentes para julgar o presente procedimento cautelar porque aqui pode ser intentada a respectiva acção principal de que aquele procedimento é dependente”*¹².

Isto porque, no entendimento do TSI, por um lado, mais cedo ou mais tarde a Recorrente seria absolvida da instância, caducando em consequência a providência cautelar decretada, seja pela não proposição da acção principal ou por invocação pela ré / requerida no procedimento arbitral da

excepção de preterição do tribunal arbitral. Por outro lado, o TSI concluiu que não parece ter sido intenção do legislador admitir procedimentos cautelares se os tribunais de Macau não são efetivamente competentes para conhecer a acção principal de que tais procedimentos sejam dependentes, pois que tal esbarraria com o princípio da economia processual, estando-se perante atos inúteis por se antever desde logo, e com base no exposto no ponto anterior, a caducidade de uma providência requerida.

O TSI diferenciou ainda a escolha da RAEM como sede arbitral, da escolha de uma sede externa, no que toca ao recurso à tutela cautelar. Assim, explicou o TSI que, quando as partes acordam atribuir jurisdição a um tribunal arbitral em Macau, prevê a Lei de Arbitragem Voluntária Interna, no seu art. 24.º, n.º 1, que *“Não é incompatível com a convenção de arbitragem a dedução de procedimento cautelar no tribunal judicial, antes ou depois de constituído o tribunal arbitral, não implicando tal dedução em caso algum renúncia à arbitragem”*. No entanto, o TSI referiu que **caso as partes acordem por arbitragem com sede fora de Macau**, à luz do art. 328.º, n.º 6 CPC, sendo o tribunal competente para julgar a acção principal um tribunal do exterior de Macau, **então o tribunal de Macau só tem competência para julgar procedimentos cautelares, se existirem convenções internacionais ou acordos no domínio da cooperação judiciária que regulem tal questão**.

Ora no caso concreto, como observou o TSI, o Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre Macau e Hong Kong, único acordo celebrado entre as duas regiões em matéria de arbitragem, não seria aplicável no caso concreto.

Anotação

Panorama da arbitragem na República Popular da China e nas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau

Urge, perante os últimos desenvolvimentos no delta do Rio das Pérolas, avançar uma breve contextualização do panorama arbitral da região.

A **República Popular da China** (doravante “RPC” ou “China”) conta com uma longa e estabelecida tradição arbitral¹³.

A lei chinesa de arbitragem data de 1994¹⁴ e foi alterada mais recentemente em 2009. Esta lei estabelece um regime dualista, distinguindo três tipos de arbitragem, conforme a natureza do litígio. Por um lado, arbitragem doméstica,

12 Cf. Acórdão comentado, p. 36.

13 Cf. Ana Coimbra Trigo, “Recent Developments in Arbitration in China – Interim Measures, How to Achieve Proper Relief”, in *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 20, 2016, pp. 74-75.

14 Lei de arbitragem, Ordem [1994] n.º 31 do Presidente da República Popular da China.

quando um litígio tem todos os elementos em conexão com a China, podendo esta apenas ser administrada por uma instituição arbitral chinesa¹⁵.

Por outro lado, a arbitragem com elementos estrangeiros ("foreign-related"), será aquela que tem lugar quando o procedimento é administrado por uma instituição arbitral na China, mas tem um elemento estrangeiro¹⁶. Aos litígios que envolvam Macau, Hong Kong e Taiwan é aplicável o mesmo regime¹⁷.

Por último, a arbitragem estrangeira, relativa a um litígio que envolva interesses estrangeiros, seja arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional administrada por uma instituição com sede fora da China¹⁸. Este último regime permite maior autonomia organizativa às partes, regras mais flexíveis em relação à escolha de árbitros ou requerimentos de providências cautelares, e um regime específico de revisão judicial de sentenças arbitrais, de acordo com os arts. 66.º a 73.º da lei chinesa de arbitragem¹⁹. São já conhecidos esforços no sentido de se prever para breve uma revisão da mesma²⁰.

Releva igualmente que o Supremo Tribunal Popular publica interpretações judiciais (sob a forma de respostas ou notificações) sobre a lei de arbitragem chinesa, agindo como um "de facto regulator", que clarificam aspetos práticos ou preenchem lacunas relevantes²¹.

As estatísticas mostram que, em 2018, mais de 540.000 casos foram administrados por 254 instituições arbitrais na China, uma subida de 127% comparado com 2017. Destes, mais de 3.600 casos tinham algum elemento estrangeiro.

Estas disputas assumiram um valor conjunto de RMB 700 mil milhões (cerca de 100 mil milhões de USD)²².

A instituição mais antiga chinesa é a Comissão de Arbitragem para a Economia e Comércio Internacional da China (CIETAC), que conta hoje também com representação em Viena e Vancouver. Esta instituição administrou em 2018 2.962 casos, destes 522 contavam com um elemento estrangeiro, e deste número mais reduzido, 73 casos contaram com partes de 23 países da iniciativa "Uma faixa, uma rota", que introduziremos brevemente de seguida. Outras instituições chinesas são, por exemplo, a Comissão de Arbitragem de Pequim (BAC, que inclusive reviu as suas regras em 2019), Comissão de Arbitragem Internacional de Shanghai (SHIAC), Comissão de Arbitragem de Shenzhen (SCIA, com representação em Los Angeles), Comissão de Arbitragem de Guangzhou, Comissão de Arbitragem de Hangzhou, e a Comissão de Arbitragem de Wuhan.

Hong Kong tem igualmente grande tradição e experiência como sede arbitral, sendo apelidada de "leading dispute resolution hub in the Asia-Pacific"²³.

A *Arbitration Ordinance* (Cap 609) entrou em vigor em 1 de junho de 2011, baseada na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, (doravante "Lei Modelo" e "UNCITRAL") de 2006, com adaptações, tendo a mais recente alteração tido lugar em 2018, com a introdução de disposições sobre financiamento de litígios por terceiros ("third-party funding")²⁴. Este regime substituiu a lei anteriormente em vigor, que também estabelecia um regime dualista, distinguindo regras para arbitragem doméstica e regras para arbitragem internacional (Cap 341).

15 Song Lu, "National Report for China", in *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1, 204 (Jan Paulsson e Lise Bosman, eds.), 1984, Suplemento n.º 80, julho de 2014, nota 196, Capítulo I, e ainda Capítulos II e IV.

16 Cf. Song Lu, "National Report for China", cit., nota 196, Capítulo I. Esta diferenciação não resulta expressamente da lei, mas de opiniões do Supremo Tribunal Popular da RPC, a mais recente sendo a *Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the PRC*, de 30 de janeiro de 2015, que, no seu art. 522.º, estabeleceu que se está perante um elemento estrangeiro quando uma das partes do contrato ou ambas são pessoas coletivas estrangeiras, uma das partes do contrato ou ambas têm residência habitual fora da China, o objeto do contrato localiza-se num país estrangeiro, ou o acto que dá origem, modifica ou extingue direitos e obrigações ao abrigo do contrato tem lugar num país estrangeiro, ou outras circunstâncias que existam e que podem constituir um elemento estrangeiro. Ver ainda sobre este tema, Cao Lijun e Lu Leilei, "To Be or Not to Be: The Practical Implications of Choosing Foreign Arbitration for Purely Domestic Contracts", *Kluwer Arbitration Blog*, 6 de março de 2015; Gu Weixia, "Arbitration in China – Chapter 3", *International Commercial Arbitration in Asia*, JurisNet, LLC 77, 2013, p. 91.

17 Cf. *Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the PRC*, de 30 de janeiro de 2015, art. 551.º.

18 Vejam-se os arts. 65.º a 73.º da lei de arbitragem chinesa. Cf. também Song Lu, "National Report for China", cit. nota 177, p. 37; Wang Wenying, "Distinct Features of Arbitration in China", in *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, Issue 1, Kluwer Law International, 2006, nota 179, p. 58, alegando que reconhecer arbitragem *ad hoc* estrangeira (mas não doméstica) é prática contraditória dos tribunais chineses. Sobre as questões que podem surgir em relação à definição de sentenças "estrangeiras", ver Gan Luxi e Yang Shudong, "Issues in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in China", in *Asian International Arbitration Journal* (Michael Pryles e Philip Chan, eds.), SIAC e Kluwer Law International, Vol. 13, Issue 1, 2017, pp. 75-96.

19 Cf. Ana Coimbra Trigo, "Recent Developments...", cit., pp. 78-79.

20 Mesmo com as alterações implementadas na lei de processo civil chinesa em 2012, que reduziram o poder discricionário dos tribunais poderem rever o mérito das sentenças arbitrais domésticas, a doutrina defende que a lei de arbitragem chinesa ainda está longe dos padrões internacionais ao não permitir a execução, baseada somente em fundamentos processuais. Veja-se o art. 34.º, n.º 2 da Lei Modelo UNCITRAL e ainda Helena Chen, "The impact of the 2012 amendments to the Civil Procedural Law to the People's Republic of China on the arbitration regime in China" *International Arbitration Law Review*, Vol. 15, Issue , 2012, p. 247.

21 Gu Weixia, "Chapter 3 – Arbitration in China", in *International Commercial Arbitration in Asia* (Shahla Ali and Thomas Ginsburg, eds.), 3.ª ed., p. 82. Sobre organização judicial chinesa, cf. Kun Fan, *Arbitration in China – A Legal and Cultural Analysis*, Hart Publishing, 2013, p. 10.

22 Conforme reportado pelo *China Justice Observer* em 25 de abril de 2019, "8 Minutes to Get a Complete Picture of Chinese Arbitration in 2018" Disponível em: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/8-minutes-to-get-a-complete-picture-of-chinese-arbitration-in-2018>.

23 Madhav Kumar, "The Role of Hong Kong as a Dispute Resolution Hub in the Greater Bay Area", *Kluwer Arbitration Blog*, 29 de abril de 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/29/the-role-of-hong-kong-as-a-dispute-resolutionhub-in-the-greater-bay-area/>.

24 O Departamento de Justiça de Hong Kong publicou o seu Código de Prática para Financiamento por Terceiros (*Code of Practice for Third Party Funding, Arbitration Ordinance Cap. 609, part 10A*) em dezembro de 2018, tendo entrado em vigor em 1 de fevereiro de 2019. Este Código providencia um regime detalhado sobre o objeto e obrigações de financiadores de litígios arbitrais. A *Arbitration Ordinance* está disponível aqui: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609?pmc=0&m=0&pm=1&xpid=ID_1498191921145_001.

A instituição local mais amplamente conhecida é o Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong (HKIAC), cujo regulamento de arbitragem foi revisto em 2018, sendo que já desde 2013 as regras previam, por exemplo, a figura do árbitro de emergência²⁵. Em 2017 esta instituição contou com 532 novos casos, com partes oriundas de 39 jurisdições distintas, sendo 72,3% daqueles casos arbitragens internacionais. Os valores em jogo totalizaram 39,3 mil milhões HKD (cerca de 5 mil milhões USD), e a lei aplicável escolhida pelas partes na maior parte dos casos era o direito de Hong Kong, o direito inglês, e o direito chinês²⁶. Hong Kong conta também com uma delegação da CCI para a Ásia-Pacífico e ainda com uma delegação da CIETAC. Hong Kong é tida como uma boa sede arbitral para disputas de construção, de direito marítimo, de serviços financeiros, de direito da propriedade intelectual e ainda de investimento, entre outras²⁷.

A par da moderna lei de arbitragem e da existente *expertise* institucional, a facilitada execução de sentenças arbitrais de Hong Kong no estrangeiro, a pertença à família de direito anglo-saxónico, a possibilidade de funcionamento bilingue chinês-inglês e o respetivo corpo judicial independente vem favorecendo Hong Kong como sede arbitral líder na região.

Em **Macau**, a arbitragem tem ultimamente sido promovida, com o intuito de esta região administrativa especial chinesa poder vir a acolher disputas entre a China e os países de língua portuguesa²⁸. Tal poderá ser ainda potenciado por várias iniciativas recentes.

Primeiro, a iniciativa **"Uma faixa, uma rota"**, anunciada pela China em 2013, é baseada na vontade institucional de promover o desenvolvimento económico e consequentemente sociocultural das várias jurisdições envolvidas, criando ligações terrestres e marítimas que facilitem o contacto e a circulação de pessoas, capitais, bens e serviços. Desde então cerca de 70 países integraram esta iniciativa, e muitas outras já se manifestaram no sentido de vir a integrar. Portugal celebrou com a China um memorando de entendimento para a cooperação nesta iniciativa (não tendo a ela aderido formalmente)²⁹. A China prevê um investimento de cerca de 900 mil milhões de USD em projetos de infraestruturas transnacionais ao abrigo desta iniciativa, esperando-se que tal inclua no futuro também projetos relativos a serviços de logística e tecnologia³⁰.

Sendo certo que o contencioso judicial e a mediação são também consideradas alternativas viáveis para receber os litígios contratuais que advenham de conflitos emergentes das relações transnacionais estabelecidas ao abrigo desta iniciativa, na luta de sedes arbitrais por tais litígios, há quem defenda que Macau está especialmente bem posicionado para receber os respetivos litígios arbitrais. As razões apontadas para ponderar escolher Macau como sede arbitral para estas disputas são, por exemplo:

- 1) Ser uma jurisdição da família de direito civil, característica que partilha com a maioria das jurisdições integrantes da iniciativa "Uma faixa, uma rota";
- 2) Adotar a Lei Modelo sobre a arbitragem comercial internacional, aprovada pela UNCITRAL de qualidade reconhecida e aceite internacionalmente, para arbitragens externas e ao abrigo do regime anterior, como veremos;
- 3) Ser parte da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que exploraremos de seguida, o que garante que as sentenças aí emitidas serão mais facilmente reconhecidas e executadas nos outros Estados signatários desta convenção que sejam participantes desta iniciativa;
- 4) Ter valências linguísticas privilegiadas, seja em relação às capacidades linguísticas dos árbitros, seja em relação ao apoio institucional, humano, técnico e logístico, que pode acontecer em chinês, português e inglês;
- 5) Ter outras valências relevantes, sendo um espaço multicultural e recetivo de iniciativas internacionais, beneficiar de infraestruturas de transporte e hoteleiras de excelência, prever um regime fiscal interessante para árbitros que exerçam funções em Macau e aí não estejam domiciliados³¹.

Segundo, a **Grande Baía Cantão – Hong Kong – Macau** é uma iniciativa colaborativa entre estes territórios do delta do Rio das Pérolas, no sentido de transformar a região numa zona metropolitana com foco na inovação, avanço tecnológico e desenvolvimento económico³². Nesta região de 55.910 quilómetros quadrados, onde para além da RAEM e RAEHK se integram os municípios de Guangzhou, Shenzhen,

25 Cf. Regulamento de Arbitragem de 2013, em especial a alteração introduzida no art. 23.º, em consequência da prévia alteração na *Arbitration Ordinance* em 2013.

26 Cf. estatísticas oficiais do relatório anual da HKIAC, disponíveis em: https://www.hkiac.org/sites/default/files/annual_report/2017%20HKIAC%20Annual%20Report%203469-5010-8172%20v.1.pdf

27 Madhav Kumar, "The Role of Hong Kong...", cit.

28 Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration between China and the Portuguese-Speaking World*, Kluwer Law International, 2014, p. 46, explica que esta ideia foi primeiramente pensada em 2010 pelo Forum Macau, e desde então promovida pela China.

29 Cf. "Com 17 acordos, Portugal e China dão "passos concretos na relação"", Público, 5 de dezembro de 2018, disponível em: <https://www.publico.pt/2018/12/05/economia/noticia/assinatura-17-acordos-sao-passos-concretos-relacao-china-portugal-1853603>.

30 José Miguel Figueiredo, "O Possível Papel da RAEM na Resolução de Litígios no Contexto da Iniciativa «Uma Faixa, Uma Rota» – Potencial E Desafios", in *Administração*, n.º 117, vol. XXX, 2017, 3.º, pp. 162-163.

31 José Miguel Figueiredo, "O Possível Papel da RAEM...", cit., pp. 170-179.

32 Madhav Kumar, "The Role of Hong Kong...", cit.

Zhuhai, Foshan, Huizhou, Dongguan, Zhongshan, Jiangmen e Zhaoqing, encontram-se cerca de 71,16 milhões de pessoas³³.

O desenvolvimento desta Grande Baía é tido como estratégico numa política focada na inovação e abertura para o exterior, promovida pela PRC, tendo igualmente o objetivo de promover uma mais profunda cooperação e desenvolvimento económico regional. Macau tomará um papel importante no que toca a entretenimento (jogo), conferências e turismo, Hong Kong como *hub* financeiro e de serviços, e Cantão em relação a empresas de high-tech e internet aí sediadas³⁴.

Se é certo que estas pujantes iniciativas se têm desenvolvido nos últimos anos, a verdade é que Macau conta com um regime de arbitragem já deste os anos 60 do século passado, com a aplicação por extensão do quarto volume do Código de Processo Civil português a Macau³⁵.

Depois de este regime cair em 1986, nos anos 90, Macau implementou um regime de arbitragem dualista. Este regime previa por um lado, um regime para a arbitragem interna, isto é “*que se desenvolve no território da RAEM, no respeito da legislação aqui em vigor*”³⁶. Este regime estava vertido na Lei de Arbitragem Voluntária Interna³⁷. Por outro lado, e para a arbitragem externa no âmbito comercial, vigorava a Lei de Arbitragem Voluntária Externa³⁸.

Este diploma consagrava a adopção *ipsis verbis* da Lei Modelo da UNCITRAL de 21 de junho de 1985, e adoptada pelas Nações Unidas (doravante “ONU”) pela resolução da Assembleia Geral n.º 40/72. Apenas foram introduzidas alterações no n.º 1 do art. 7.º e no n.º 1 do art. 36.º da Lei Modelo, com o intuito de uniformizar o objecto da arbitragem e os fundamentos de recusa de execução das decisões arbitrais³⁹.

Ora, atento o pano de fundo histórico, as críticas apontadas ao regime dualista da arbitragem e as duas iniciativas já referidas, deu-se a revisão e aperfeiçoamento do regime arbitral de Macau no sentido da uniformização dos dois regimes⁴⁰, tendo uma nova lei de arbitragem em Macau – **Lei n.º 19/2019** – sido aprovada em 17 de outubro de 2019, assinada em 23 do mesmo mês, e publicada a 5 de novembro de 2019 (entrando em vigor 180 dias a partir desta data) (doravante “**Nova Lei da Arbitragem**”) ⁴¹. Este regime, que entendemos ser uma terceira iniciativa em prol da eleição de Macau como sede arbitral, prevê institutos tão inovadores como o árbitro de emergência ou o árbitro-conciliador, e regras específicas para litígios de direito administrativo.⁴²

No entanto, neste contexto, a **inexperiência** das instituições da RAEM tem sido apontada com uma das fragilidades deste território⁴³. De facto, as estatísticas disponíveis demonstram que os centros têm recebido um número muito reduzido de casos, sendo a experiência dos tribunais judiciais sobre temas de arbitragem também reduzida⁴⁴.

De momento, e ao que foi possível apurar, existem em Macau 5 instituições arbitrais: o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, o Centro de Arbitragem do Centro de Comércio Mundial (WTC) de Macau, o Centro de Arbitragens Voluntárias da Associação dos Advogados de Macau, o Centro de Arbitragem de Conflitos em Seguros e Fundos Privados de Pensões e o Centro de Arbitragem de Administração Predial⁴⁵. O papel dos **centros de arbitragem** não deve ser ignorado⁴⁶ pelo que urge munir as instituições arbitrais macaenses dos recursos humanos e técnicos para bem administrar processos arbitrais, bem como garantir a criação e aplicação funcional dos respectivos regulamentos de arbitragem ou de outras regras de arbitragem que as partes queiram escolher (mormente

33 Cfr. página informativa, disponível aqui: <https://www.dsec.gov.mo/BayArea/Home.aspx/default.aspx?lang=pt-PT>.

34 Peter Chan, “Dispute Resolution Under the Belt and Road Initiative: Constructing an Effective Mediation Regime in the Guangdong-Hong Kong-Macau Bay Area”, in, *Asian Dispute Review* (Romesh Weeramantry e John Choong, eds.), HKIAC, 2018, Vol. 20, Issue 3, pp. 125-130.

35 Para mais desenvolvimentos, cf. Lai Kin Kuok, “Contributos para a revisão do regime jurídico da arbitragem de Macau”, *Administração*, n.º 95, vol. XXV, 2012-1.º, p. 200-201, que explica que Macau gozou de um regime regulador da arbitragem por extensão do Título IV do Código de Processo Civil Português de 1962, revogado posteriormente, e depois de um regime nos termos da Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, vertido na Lei n.º 112/91, de 29 de agosto, antes do regime recentemente revogado.

36 Cândida Pires, “Síntese Histórica e Situação Actual da Arbitragem e do Reconhecimento de Decisões do Exterior na RAEM. Panorama do Singular e Paradigmático. Papel da Região como sólida ponte entre a China e os Países Lusófonos”, in *Administração*, n.º 92, vol. XXIV, 2011-2.º, p. 486.

37 Para uma análise histórica e cronológica deste documento legislativo e da arbitragem em Macau, cf. Cândida Pires, “Síntese Histórica...”, cit., pp. 482 e ss.

38 Este diploma é considerado *lex specialis* em relação ao Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de junho – Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., p. 204. Mais especificamente, arbitragem externa seria aquela em que, nos termos desta lei: (i) “*As partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da celebração da mesma convenção, o seu estabelecimento em Estados ou Territórios diferentes*” (al. a) do n.º 4 do art. 1.º), (ii) quando ou “*o lugar da arbitragem, se este estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta*” ou “*qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação contratual ou o lugar com o qual o objecto do litígio se ache mais estreitamente conexo*” se situem fora do Estado ou Território no qual as partes têm o seu estabelecimento (al. b) do n.º 4 do art. 1.º), e (iii) quando “*as partes tiverem convencionado expressamente que o objecto da convenção de arbitragem tem conexões com mais de um Estado ou Território*” (al. c) do n.º 4 do art. 1.º).

39 Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., p. 201, nota 4.

40 Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., p. 208.

41 Disponível em: <https://images.io.gov.mo/bo/i/2019/44/lei-19-2019.pdf>.

42 Para uma análise sumária, cf. Fátima Dermawan, “Macau’s new arbitration law – a new chapter for arbitration in Macau?”, *Lisbon Arbitration by Moraes Leitão*, 15 de novembro de 2019, disponível em: <https://lisbonarbitration.mlgts.pt/articles/macaus-new-arbitration-law-a-new-chapter-for-arbitration-in-macau/92/>

43 José Miguel Figueiredo, “O Possível Papel da RAEM...”, cit., p. 180.

44 Lai Kin Kuok refere que o acolhimento pelo Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, do Conselho de Consumidores em 2001, de 18 casos; e a decisão pelos tribunais judiciais em 2006 apenas de 16 ações de revisão e confirmação de decisões proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau – Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., p. 205.

45 Cf. Nota justificativa da proposta na nova lei da arbitragem, emitida pelo Gabinete do Chefe do Executivo em julho de 2017, p. 1. Sobre o funcionamento e os regulamentos destes centros, cf. Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., p. 201-203.

46 Conforme decorre dos resultados da 8.ª edição do questionário conduzido no final de 2017 pelas White & Case e Queen Mary University of London, que revelam a preferência da esmagadora maioria dos inquiridos pela arbitragem internacional como meio de resolução de litígios transfronteiriços. Cf. ainda Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., p. 203, salientando o papel dos regulamentos arbitrais das instituições como decisivos para eficiente gestão do processo arbitral.

em processos de natureza civil e comercial). A apontada barreira não é, portanto, insuperável.

O mesmo se pode dizer em relação à **formação** e preparação dos magistrados judiciais locais, pois a intervenção auxiliadora dos tribunais judiciais, quando requerida no processo arbitral é vista como essencial para a qualificação de uma sede como “amiga da arbitragem”, seja em momentos muito concretos durante o processo arbitral (como a designação de árbitros ou recolha de provas), seja posteriormente (por exemplo em sede de anulação ou execução da sentença arbitral)⁴⁷. Em relação a este desafio, têm sido desenvolvidas no território várias iniciativas no sentido de munir advogados e juristas de conhecimentos importantes sobre o processo arbitral.

Outra questão que se pode colocar é a de uma eventual falta de **imparcialidade** nos litígios sedeados na RAEM que envolvam o estado chinês⁴⁸. Em relação a este ponto, esta preocupação revela-se infundada: Macau possui um elevado grau de autonomia em relação aos seus poderes executivo, legislativo e judicial, apesar de ser uma região administrativa especial da China, desde logo vertidos no art. 2.º da Lei Básica⁴⁹, sendo que, no mais, a sentença arbitral é produto dos árbitros envolvidos e escolhidos pelas partes, que têm plena autonomia nesse aspeto, podendo as partes inclusive escolher árbitros não locais para arbitrar os seus conflitos⁵⁰.

Assim, espera-se que Macau possa de futuro vir a acolher disputas arbitrais de forma mais profissional e eficiente, sejam domésticas sejam internacionais.

É neste contexto que urge apresentar, a propósito do acórdão ora comentado, o panorama em vigor relativo à circulação de sentenças arbitrais e de providências cautelares entre a China e as Regiões Administrativas Especiais de Macau e Hong Kong.

b. Circulação de sentenças arbitrais entre a República Popular da China e as Regiões Administrativas Especiais de Macau e Hong Kong

Não há dúvida de que, no contexto interno macaense, as decisões proferidas por tribunal arbitral são exequíveis nos

mesmos termos em que o são os despachos e quaisquer outras decisões ou actos de autoridade judicial que condenem no cumprimento de uma obrigação (art. 679.º CPC⁵¹).

No contexto do **reconhecimento e execução de sentenças externas**, urge conciliar algumas disposições legislativas macaenses.

Prevê o **CPC** de Macau, no seu art. 1199.º, n.º 1 que “*Salvo disposição em contrário de convenção internacional aplicável em Macau, de acordo no domínio da cooperação judiciária ou de lei especial, as decisões sobre direitos privados, proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau, só têm aqui eficácia depois de estarem revistas e confirmadas.*”. No mesmo sentido, estabelece o art. 680.º do CPC macaense, ao dispor que sentenças arbitrais proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau só podem servir de base a execução depois de revistas e confirmadas em Macau.

O intuito é atribuir a estas decisões determinados efeitos em Macau, nomeadamente o efeito de autoridade de caso julgado e força executiva⁵². A doutrina entende que a expressão “*árbitros do exterior de Macau*”, não se prende com a plurilocalização da relação material em litígio, o lugar de funcionamento do tribunal arbitral ou a proveniência dos árbitros, mas sim da sede respetiva⁵³. Esse processo de reconhecimento e execução vem regulado na Lei de Arbitragem Voluntária Externa, e agora na Nova Lei de Arbitragem⁵⁴.

No entanto, este art. 1199.º do CPC é de aplicação supletiva, como resulta da sua letra. Importa considerar, portanto, os acordos vigentes no domínio da cooperação judiciária que definem os termos do reconhecimento recíproco de decisões proferidas na RAEM noutros territórios, e vice-versa, e que prevalecem sobre o estabelecido naquele art. 1199.º CPC.

Neste âmbito, salientamos, por um lado, a **Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras**, de 10 de Junho de 1958 (doravante “Convenção de Nova Iorque”), de que a China é parte⁵⁵.

47 Também já reconhecido em Macau, cf. Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., pp. 208-209.

48 José Miguel Figueiredo, “O Possível Papel da RAEM...”, cit., p. 181.

49 Art. 2.º da Lei Básica de Macau: “A Assembleia Popular Nacional da República Popular da China autoriza a Região Administrativa Especial de Macau a exercer um alto grau de autonomia e a gozar de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições desta Lei”. Cf. Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., pp. 24-27.

50 Cf. art. 11.º, n.º 1 da Lei de Arbitragem Voluntária Externa, e ainda art. 22.º, n.º 3 da Nova Lei de Arbitragem.

51 Art. 679.º do CPC: “1. São equiparados às sentenças condenatórias, sob o ponto de vista da força executiva, os despachos e quaisquer outras decisões ou actos de autoridade judicial que condenem no cumprimento de uma obrigação. 2. As decisões proferidas por tribunal arbitral são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões referidas no número anterior.”. Cf. ainda art. 68.º, n.º 2 da Nova Lei da Arbitragem: “A decisão arbitral tem a mesma força executiva que as sentenças do Tribunal Judicial de Base.”, e art. 35.º, n.º 2 da Lei de Arbitragem Voluntária Interna: “A decisão arbitral tem a mesma força executiva que as sentenças do Tribunal de Competência Genérica.”.

52 Cândida Pires, “Síntese Histórica...”, cit., p. 485.

53 Cândida Pires, “Síntese Histórica...”, cit., pp. 487-489.

54 Mais concretamente cf. arts. 35.º e 36.º da Lei de Arbitragem Voluntária Externa, e arts. 70.º a 73.º da Nova Lei da Arbitragem, ambas refletindo a Lei Modelo UNCITRAL.

55 A China depositou o seu instrumento de adesão na ONU em 22 de janeiro de 1987, com efeitos a partir de 22 de abril desse ano.

Este texto foi celebrado para a facilitação do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais a nível mundial, pois prevê apenas sete fundamentos que permite obstruir este efeito. Em geral, os tribunais chineses têm reconhecido e executado sentenças arbitrais estrangeiras de forma consistente ao abrigo desta Convenção de Nova Iorque, conforme amplamente comentado⁵⁶. Os dados mais recentes demonstram que em 2016 apenas 63 sentenças (com origem em processos arbitrais domésticos, com elementos estrangeiros, ou estrangeiros) não foram reconhecidos e executados na PRC⁵⁷.

No entanto, a China formulou uma declaração quando aderiu à Convenção de Nova Iorque, tendo feito uma reserva de reciprocidade, por via da qual a China apenas aplicará a convenção a sentenças de outros Estados contratantes, e uma reserva comercial, por via da qual a China apenas aplicará a convenção a litígios resultantes de relações jurídicas contratuais e não contratuais consideradas comerciais de acordo com a lei nacional chinesa⁵⁸.

É necessário neste momento prestar um importante esclarecimento: a RPC abarca quatro sistemas jurídicos, que são a China Interior, a RAEM, a RAEHK e Taiwan. No que aqui releva, destacamos que a RAEM e a RAEHK são parte inalienável do território chinês, fazendo parte daquele estado, que tem responsabilidade quanto às relações internacionais daquelas regiões⁵⁹.

Assim, a aplicação da convenção a Macau teve lugar primeiramente por via da respetiva extensão de aplicação pelo Decreto n.º 188/99 do Presidente da República Portuguesa, de 22 de outubro, tendo o governo português notificado a ONU da aplicação da convenção ao território de Macau em 12 de novembro desse ano, com efeitos a 10 de fevereiro de 2000⁶⁰. Se depois da transição de soberania em 20 de dezembro de 1999 pode haver dúvidas sobre a aplicação da convenção a Macau,

estas dissiparam-se com a notificação em 19 de julho de 2005 que a China entregou na ONU, em que indicava que esta Convenção se aplicaria também a Macau, sujeito à declaração mencionada, conforme o Aviso do Chefe do Executivo n.º 3/2007, com efeitos a 20 de outubro de 2005⁶¹. O mesmo se passou em relação a Hong Kong: a PRC estendeu a aplicação territorial da Convenção de Nova Iorque a Hong Kong, sujeita à declaração mencionada, mas logo em 1 de julho de 1997.

Assim, no território de um estado contratante, a Convenção de Nova Iorque é mobilizada pelos tribunais locais para o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral cuja sede se localize no território de outro Estado signatário da convenção.

Ora, a Convenção de Nova Iorque, prevê ainda no seu art. VII.1 que *"As disposições da presente Convenção não prejudicam a validade dos acordos multilaterais ou bilaterais celebrados pelos Estados Contratantes em matéria de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais, nem prejudicam o direito de invocar a sentença arbitral que qualquer das Partes interessadas possa ter nos termos da lei ou dos tratados do país em que for invocada."*

Assim, ao executar uma sentença arbitral estrangeira em Macau, será necessário olhar para a Convenção de Nova Iorque, outros acordos multilaterais ou bilaterais existentes, e ainda para o regime arbitral macaense, pois aquela só será aplicável (verificadas as condições necessárias, nomeadamente as que resultam das reservas comercial e de reciprocidade) caso não existam nesses outros acordos ou no direito macaense regimes mais favoráveis.

No mais, a lei macaense poderá, no que a convenção não ditar ou se expressamente se referir à lei local, complementar o regime local de reconhecimento e execução

56 Cf. "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, p. 4; Tao Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2012, pp. 223-229. Para um guia passo a passo sobre a execução de sentenças arbitrais na China, cf. Wei Sun e Melanie Willems, *Chapter 19, Enforcement of Arbitral Awards*, in *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015, pp. 293-332.

57 Para dados em 2012, onde em 17 sentenças, apenas uma não foi reconhecida e executada, cf. Lianbin Song, Liming Peng, Stuart Dutson, e 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.

58 Tao Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, cit., p. 14; 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. Em relação à reserva comercial, o art. 2.º da Circular do Supremo Tribunal Popular sobre a Implementação da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de que a China é Parte, de 2 de dezembro de 1986, providencia orientação e alguns exemplos, incluindo neste conceito relações jurídicas como a compra e venda de bens, arrendamento de imóveis, contratação de projetos, "processing", cessão tecnológica, consórcio, operações comerciais conjuntas, exploração e desenvolvimento de recursos naturais, seguros, crédito, prestação de trabalho, transporte marítimo, civil, aéreo, ferroviário e rodoviário de passageiros e mercadorias, responsabilidade por produtos defeituosos, poluição ambiental e litígios sobre propriedade.

59 O que decorre do art. 1.º da Lei Básica de Macau e da Lei Básica de Hong Kong.

60 Portugal depositou o instrumento de ratificação da Convenção de Nova Iorque em 18 de outubro de 1994, tendo esta entrado em vigor em Portugal em 16 de janeiro de 1995, tendo feito a declaração para aplicar a reserva da reciprocidade. A mencionada extensão tem lugar ao abrigo do art. X.1 da Convenção de Nova Iorque. Para uma análise cuidada, cf. Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., pp. 89-90.

61 Isto ao abrigo do art. 138.º da Lei Básica de Macau: "A aplicação à Região Administrativa Especial de Macau dos acordos internacionais em que a República Popular da China é parte, é decidida pelo Governo Popular Central, conforme as circunstâncias e segundo as necessidades da Região Administrativa Especial de Macau e após ouvir o parecer do Governo da Região Administrativa Especial de Macau. Os acordos internacionais em que a República Popular da China não é parte, mas que são aplicados em Macau, podem continuar a vigorar. O Governo Popular Central autoriza ou apoia, conforme as circunstâncias e segundo as necessidades, o Governo da Região Administrativa Especial de Macau a fazer arranjos apropriados à aplicação na Região Administrativa Especial de Macau de outros acordos internacionais com ela relacionados."

(arts. 35.º e 36.º da Lei de Arbitragem Voluntária Externa, e arts. 70.º a 73.º da Nova Lei da Arbitragem) ⁶².

Neste sentido, importa considerar três acordos inter-regionais relevantes no delta do Rio das Pérolas, que, por via desta exceção da *"most-favourable provision"*, se poderão aplicar nestes casos.

- 1) **Acordo Sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre o Interior da China e a RAEM**, feito em Pequim a 30 de outubro de 2007, vigente a partir de 1 de janeiro de 2008 e publicado pelo Aviso do Chefe do Executivo n.º 22/2007

Este acordo é relativo especificamente às matérias da confirmação e execução das decisões arbitrais em matéria civil e comercial proferidas em Macau pelas instituições de arbitragem e pelos árbitros da RAEM, em conformidade com a legislação de arbitragem da RAEM, nos tribunais chineses, bem como às decisões arbitrais proferidas na China pelas instituições de arbitragem domésticas, de acordo com a respetiva lei de arbitragem, em Macau (art. 1.º). Já desde 2006 vigora um acordo semelhante, mas relativo a decisões judiciais, mais concretamente o Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Judiciais em Matéria Civil e Comercial entre o Interior da China e a RAEM, com data de 28 de fevereiro de 2006.

Este acordo compreende 16 artigos que regulam a competência dos tribunais (art. 2.º), a possibilidade de executar a sentença em ambos os territórios até ao limite do valor devido determinado na decisão arbitral (art. 3.º), os documentos a apresentar (art. 4.º), o conteúdo do pedido de confirmação e execução (art. 5.º), o prazo para a ação relevante (art. 6.º), os fundamentos de indeferimento do pedido de confirmação e execução (art. 7.º), custas processuais (art. 8.º), a possibilidade de suspender a execução caso esteja a correr processo de anulação da mesma sentença (art. 9.º), o dever do tribunal de confirmação e execução apreciar com brevidade o pedido (art. 10.º), a aplicação deste acordo no tempo (art. 13.º), e a resolução de problemas que surjam no decorrer da execução do acordo, ou a sua alteração, por via de consultas entre o Supremo Tribunal Popular da RPC e a RAEM (art. 15.º)

Este acordo não prevê um regime de confirmação e execução de decisões automático, mas sim um elenco fechado de fundamentos que impedem tal confirmação e execução. Estes são: a incapacidade de uma das partes da convenção arbitral ou invalidade da mesma; a falta de notificação do demandado para nomear árbitro ou responder no processo; a decisão arbitral não corresponder ao litígio submetido a arbitragem, não estar incluído no âmbito da convenção arbitral ou conter decisão que extravasa o âmbito das questões submetidas a arbitragem

pelas partes em litígio; a constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não observar o acordado pelas partes, ou na ausência de tal acordo, a lei da sede arbitral; a decisão arbitral não se ter tornado ainda obrigatória para as partes; o objeto do litígio não ser arbitrável à luz da lei do lugar de confirmação e execução; e ofensa aos princípios fundamentais do Direito ou aos interesses públicos da sociedade do Interior da China ou aos princípios fundamentais do Direito ou a ordem pública da RAEM (art. 7.º).

Desse elenco não faz parte uma revisão de mérito, não podendo os tribunais de um território recusar reconhecimento de uma sentença de outro território com fundamento de que esta viola o seu direito, com uma pequena exceção, que é o último fundamento mencionado. Conforme refere Lai Kin Kuok *"quer na doutrina, quer na prática judicial, é do conhecimento comum que a revisão das decisões arbitrais pelo Tribunal de Segunda Instância é apenas uma 'revisão formal'. Na confirmação formal, não interessa o direito substantivo do local de arbitragem; ela limita-se a apreciar se a decisão arbitral foi tomada em cumprimento do seu direito adjetivo. No entanto, as questões de direito substantivo serão tidas em conta para efeitos da ofensa da ordem pública."* ⁶³

Prevê ainda este texto que, caso a parte contra quem é feito tal requerimento tenha o seu domicílio, residência ou propriedade em ambos os territórios, então o credor pode apresentar o seu requerimento num território ou em ambos. Mas, neste caso, o tribunal do local da arbitragem deverá primeiro executar o pagamento devido, podendo o outro tribunal executar apenas na medida do crédito ainda não pago. Em qualquer caso, os bens executados por ambos os tribunais não poderão exceder o montante equivalente a pagar prescrito pela sentença arbitral (art. 3.º).

Por outro lado, prevê ainda caso um processo de confirmação e execução esteja a decorrer num território, promovido pela parte vencedora, enquanto que noutro território a parte perdedora tenha iniciado um processo de anulação, então, e na condição de a parte executada prestar caução e caso o requeira, a execução deve ser suspensa até que o outro tribunal decida pela anulação ou não da sentença arbitral (art. 9.º).

Este regime dispõe ainda que os tribunais do local onde é requerida a confirmação e execução possam emitir providências cautelares, conforme prevê o art. 11.º: *"O tribunal pode, mediante requerimento do interessado, adoptar medidas cautelares contra os bens do requerido, nos termos da lei aplicável ao lugar onde o tribunal se encontra, antes ou depois de admitir o pedido de confirmação e execução da decisão arbitral"*.

⁶² Cf. explicação sobre estes pontos de Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., pp. 93-94.

⁶³ Lai Kin Kuok, "Contributos...", cit., p. 220.

Até 1999, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais de Macau na China e vice-versa era efetuado ao abrigo das regras e princípios processuais locais, no caso de Macau as regras previstas no CPC (e na Lei de Arbitragem Voluntária Externa) e no caso da China as regras vertidas no Código de Processo Civil da RPC. Depois de 1999, o regime legal aplicável a esta revisão e execução recíproca não era claro. Por um lado, as sentenças arbitrais proferidas em Macau a ser executadas na PRC, e vice-versa, já não se podiam considerar “estrangeiras” para efeitos da revisão e execução à luz da lei de processo chinesa⁶⁴. Por outro, havia dúvidas se Macau poderia ser considerado um “estado contratante” da Convenção de Nova Iorque, mesmo a partir de 2005⁶⁵.

O acordo em análise passou a aplicar-se então desde 1 de janeiro de 2008, data da sua entrada em vigor.

Este veio preencher uma lacuna importante para a circulação de sentenças arbitrais entre Macau e a China, permitindo a respetiva confirmação e execução mútuas ao abrigo de um regime uniforme, verificadas as condições e processo aí estipulados. Apesar de na prática, ter até agora sido pouco mobilizado, pois abunda o cumprimento voluntário das sentenças ou com a execução preferencial de sentenças no próprio território chinês⁶⁶, antevê-se que possa para futuro ser importante.

2) Acordo Sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre o Interior da China e a RAEHK, feito em Pequim a 21 de junho de 1997, vigente a partir de 1 de julho de 1997

Com base nos dados já analisados, a arbitragem sediada em Hong Kong que envolva partes chinesas é bastante comum, e vice-versa. Assim, o presente acordo tem sido amplamente testado na prática, havendo uma taxa elevada de sentenças arbitrais reconhecidas e executadas sob a seu regime.

Este acordo é relativo especificamente às matérias da confirmação e execução das decisões arbitrais em matéria civil e comercial proferidas em Hong Kong, em conformidade com a legislação de arbitragem da RAEHK nos tribunais chineses, bem como confirmação e execução de decisões arbitrais proferidas na China pelas instituições de arbitragem domésticas, de acordo com a respetiva lei de arbitragem, desta feita em Hong Kong.

Este acordo compreende 11 artigos que regulam a competência dos tribunais (art. 2.º), os documentos a apresentar (art. 3.º), o conteúdo do pedido de confirmação e execução (art. 4.º), o prazo para a ação relevante (art. 5.º), a aplicação das regras de execução em vigor no local de execução (art. 6.º), os fundamentos de indeferimento do pedido de confirmação e execução (art. 7.º), as custas processuais (art. 8.º), a aplicação deste acordo no tempo (art. 9.º e 10.º) e a resolução de problemas que surjam no decorrer da execução do acordo, ou a sua alteração, por via de consultas entre o Supremo Tribunal Popular da RPC e o governo da RAEHK (art. 11.º).

Esta estrutura, bem como as condições e processo de confirmação e execução inspiraram o Acordo concluído entre Macau e a China, ambos, por sua vez, inspirados na Convenção de Nova Iorque. Assim, os fundamentos de não confirmação e execução vertidos neste acordo são semelhantes aos já mencionados, sendo que o último, é se tal confirmação e execução ofender os interesses públicos do Interior da China ou a ordem pública da RAEHK (art. 7.º).

Também neste contexto, e à luz da cooperação judiciária necessária e reforçada para relações entre regiões de um mesmo país, que se deseja ainda mais compreensiva e eficiente quando comparada a cooperação internacional, defende-se uma interpretação da exceção de ordem pública limitada, excluindo a revisão da sentença arbitral, especificamente de questões substantivas (como questões de facto ou de aplicação do direito)⁶⁷.

No entanto, este acordo não faz menção a providências cautelares.

Outra peculiaridade a mencionar é a de que, à luz do direito arbitral chinês, e como já vimos, uma decisão será estrangeira se proferida por uma instituição arbitral com sede fora da China. Ora, em comparação com o Acordo China-Macau, a redação deste acordo China-Hong Kong não exigiu que do lado de Hong Kong as sentenças arbitrais fossem emitidas por instituições ou árbitros de Hong Kong, mas apenas exigiu que estas fossem emitidas em conformidade com a lei local (art. 1.º). Assim, pode surgir a dúvida se decisões arbitrais com sede em Hong Kong, mas administradas por uma instituição chinesa – por exemplo CIETAC – são consideradas sentenças de Hong Kong ou da China. Quanto a este ponto, houve em 2016 uma decisão judicial chinesa que considerou que uma sentença arbitral CIETAC proferida numa arbitragem com sede Hong Kong

64 Pedro Valente Silva, “Estudo comparativo dos regimes da arbitragem comercial externa de Macau e da República Popular da China”, in *Perspectivas do Direito*, 127-129 (1999).

65 Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., p. 99, defende que a Convenção de Nova Iorque, mesmo depois de se considerar aplicável em Macau em 2005, ainda assim não poderia ser mobilizada para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais de Macau na China Interior, e vice-versa. Com entendimento distinto – cf. Lin Yifei, “Chapter 10: Interregional Recognition and Enforcement of Chinese Arbitral Awards”, in *Judicial Review of Arbitration: Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2018, p. 257.

66 Lin Yifei, “Chapter 10...”, cit., pp. 241-272.

67 Lin Yifei, “Chapter 10...”, cit., p. 247.

seria qualificada como de Hong Kong⁶⁸. Esta solução vai ao encontro da solução dada à questão de saber como qualificar uma arbitragem com sede em Hong Kong, mas administrada por uma instituição arbitral com sede fora de Hong Kong – por exemplo, a CCI –, pois neste caso, e de acordo com uma interpretação do Supremo Tribunal Popular (n.º 415/2009), considera-se esta sentença arbitral como de Hong Kong, devendo aplicar-se portanto na China este acordo China-Hong Kong, e não a Convenção de Nova Iorque, aquando da respetiva execução⁶⁹.

Antes deste acordo, e até 1997, as sentenças chinesas eram executadas em Hong Kong e vice-versa ao abrigo da Convenção de Nova Iorque, aplicável por extensão do Reino Unido em 1997, que se tornou parte daquela em 1975. Depois de 1997, se é certo que Hong Kong continuou a ver aplicada a Convenção de Nova Iorque, os tribunais de ambos os territórios chegaram a conclusões distintas sobre se esta convenção podia ser aplicada a sentenças chinesas a executar em Hong Kong e vice-versa, com base na qualificação destas como sentenças “domésticas” ou “estrangeiras”, resultando numa incerteza prejudicial para o foro arbitral⁷⁰, ultrapassada com a conclusão do acordo em análise.

3) **Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre a RAEM e a RAEHK**, feito em Macau em 7 de janeiro de 2013, publicado pelo Aviso do Chefe do Executivo n.º 2/2013

Este acordo prevê o regime e formalismos aplicáveis à confirmação e execução de sentenças arbitrais emitidas numa região, de acordo com a legislação dessa região, na outra.

Este acordo compreende 13 artigos que regulam a competência dos tribunais (art. 2.º), a possibilidade de executar a sentença em ambos os territórios até ao limite do valor devido determinado na decisão arbitral (art. 3.º), os documentos a apresentar (art. 4.º), o conteúdo do pedido de confirmação e execução (art. 5.º), o prazo para a ação relevante (art. 6.º), os fundamentos de indeferimento do pedido de confirmação e execução (art. 7.º), os custos (art. 8.º), a suspensão da execução caso esteja a correr processo de anulação da mesma sentença (art. 9.º), o dever do tribunal de confirmação e execução apreciar com brevidade o pedido (art. 10.º), a aplicação deste acordo no tempo (art. 11.º), e a resolução de problemas que surjam no

decorrer da execução do acordo, ou a sua alteração, por via de consultas dos governos destas duas regiões (art. 12.º).

Os fundamentos de não confirmação e execução vertidos neste acordo são semelhantes aos vertidos nos acordos já mencionados, sendo que o último, é se a tal confirmação e execução ofender a ordem pública destas regiões (art. 7.º).

Este acordo também não faz menção a providências cautelares.

Não se conhecem antecedentes deste acordo Macau-Hong Kong, e tem-se entendido que o reconhecimento e execução recíprocas de decisões arbitrais não se aplicaria a Convenção de Nova Iorque⁷¹, pelo que se depreende que vigorariam as condições vertidas nas respetivas leis domésticas de arbitragem.

Os acordos acima descritos visam agilizar os processos necessários para garantir a real execução de sentenças arbitrais e efetivo acesso ao direito às partes que recorrem à arbitragem. Aliás, a tendência atual global vai nesse sentido, não só no que toca às sentenças arbitrais, mas também na promoção de regimes de reconhecimento e execução de sentenças judiciais a nível global. Veja-se neste sentido, quer a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras, adotada em 2 de julho de 1958, quer em relação ao reconhecimento e execução de acordos de mediação, com a Convenção de Singapura de 2019 sobre Acordos Internacionais resultantes de Mediação, adotada em 7 de agosto de 2019⁷².

c. **Circulação de providências cautelares entre a China, RAEHK e a RAEM**

As providências cautelares, sendo igualmente decisões que emanam de juízes ou árbitros, distinguem-se de sentenças ou acórdãos, pela respetiva não **definitividade** e concomitante pretensão de auxílio da definitividade daquelas sentenças ou acórdãos⁷³. Quanto a este ponto, o poder para decretar providências cautelares em geral pode caber, dependendo do estabelecido nas diferentes jurisdições, apenas e em exclusivo aos tribunais judiciais ou de forma concorrente a tribunais judiciais e a árbitros.

Vários são os argumentos para permitir defender que deve ser o árbitro, enquanto “juiz natural” da causa arbitral, a

68 Em 13 de dezembro de 2016, o Tribunal Intermédio Popular de Nanjing, na província de Jiangsu emitiu uma decisão de executar uma sentença arbitral n.º 0003 de 2015 da CIETAC Hong Kong, qualificando-a como uma sentença feita em Hong Kong, de acordo com os arts. 1.º, a 3.º deste acordo – Lin Yifei, “Chapter 10...”, cit., p. 253.

69 Lin Yifei, “Chapter 10...”, cit., pp. 250-251, sobre a decisão.

70 Cf. Lin Yifei, “Chapter 10...”, cit., pp. 244-246, e Pedro Valente Silva, “Estudo comparativo...”, cit., nota 31. Fernando Dias Simões defende que a Convenção de Nova Iorque não seria aqui aplicável, por Hong Kong não poder ser considerado um “estado contratante” daquela convenção – Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., p. 99, nota 456.

71 Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., p. 99, nota 456.

72 Cf. “Um novo tratado multilateral para promover o acesso à justiça no comércio internacional”, João Ribeiro-Bidaoui e Ana Coimbra Trigo, *Plataforma*, 28 de setembro de 2019.

73 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 12, Kluwer Law International, 2005, p. 5. Ver a definição do art. 17.º, n.º 2 da Lei Modelo UNCITRAL. Para uma análise histórica de providências cautelares, ver Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., pp. 19-46, e Armindo Ribeiro Mendes, “As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano II, 2009, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, pp. 58-66.

decretar medidas cautelares, por exemplo, o respeito pela vontade das partes e pela alocação do risco que estas pretenderam fazer, pela centralidade e neutralidade do foro arbitral, os poderes dos árbitros para decidirem *a final* incluírem poderes para decidir provisoriamente, a continuidade da função dos árbitros (por conhecerem o caso e poderem indeferir pedidos de medidas cautelares abusivas) e a respetiva *expertise*, a celeridade e adequação dessa decisão arbitral, a garantia de confidencialidade e potencial decretamento de medidas não tipificadas, e o efeito menos disruptivo que providências cautelares possam ter na relação comercial das partes⁷⁴.

No entanto, logo outros argumentos que fazem ressaltar as limitações dos árbitros neste âmbito se podem também elencar: o facto de os árbitros só poderem emitir tais medidas uma vez o próprio tribunal constituído (e não antes) e não poderem emitir medidas contra partes terceiras à arbitragem, não terem poder de *imperium* para executar tais medidas diretamente junto dos respetivos destinatários, carecendo da cooperação de um tribunal judicial, seja da sede, seja estrangeiro, para o efeito e as limitações impostas por leis nacionais de arbitragem quanto a este aspeto⁷⁵.

Neste sentido, países como a Itália e Tailândia⁷⁶ conferem **poderes exclusivos aos tribunais judiciais** para o decretamento de providências cautelares. A **China** adopta esta posição, prevendo os arts. 28.º, 46.º e 68.º da lei de arbitragem chinesa que as partes podem apresentar junto das instituições (ou comissões) arbitrais chinesas o requerimento para o decretamento das medidas cautelares, apresentando estas depois tal requerimento junto do tribunal local competente, sem se pronunciar, de acordo com as regras processuais aplicáveis⁷⁷.

Apesar de simplificar o regime, esta alocação de poderes é criticada pela doutrina arbitral, no sentido de ir contra os objetivos do processo arbitral em si⁷⁸.

No entanto, a abordagem mais frequente consiste em atribuir **poderes concorrentes** a tribunais judiciais e arbitrais para decretar medidas cautelares seja na sede, seja noutros territórios, dando às partes a escolher a que foro recorrer, garantindo ao mesmo tempo o acesso aos tribunais judiciais para garantir a respetiva eficiente execução. Este é o caso da Lei Modelo da UNCITRAL, e também Portugal, **Hong Kong** e **Macau**, por exemplo⁷⁹.

É frequentemente referido que as partes em arbitragem comercial tendem a cumprir com medidas cautelares decretadas nesse âmbito, com vista a evitar antagonizar os árbitros, e por forma a manter uma posição positiva e de credibilidade junto do tribunal arbitral⁸⁰. Se é certo que os árbitros não têm poder executório, podem sempre recorrer a outros mecanismos para promover o cumprimento daquelas medidas, como impor sanções, determinar inferências negativas em caso de não produção de prova, ou até responsabilidade por danos e encargos incorridos em consequência⁸¹.

No entanto, quando não é assim, torna-se necessário recorrer à máquina executiva dos tribunais judiciais. Pode dar-se o caso de ser necessária a cooperação de um tribunal judicial de um país onde as partes têm bens ou onde determinadas condutas tiveram lugar. Algumas jurisdições permitem também expressamente a **execução de providências cautelares emitidas noutra jurisdição**, em apoio de processos arbitrais. Exemplos relevantes são Portugal, Macau e Hong Kong⁸².

74 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., pp. 49 e ss., Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2.ª ed., Kluwer Law International, 2014, p. 2433; José Miguel Júdice, "As Providências Cautelares e a Arbitragem: em Que Estamos?", in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. VII Issue 28, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2010, p. 121; Luis Enrique Graham, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime)", in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International (Van den Berg, ed.), 2009, pp. 562-565; Nigel Blackaby, Constantinos Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2009, Oxford University Press, p. 450; Christopher Boog, "Swiss Rules of International Arbitration – Time to Introduce an Emergency Arbitrator Procedure?", in *ASA Bulletin*, Volume 28 Issue 3, Kluwer Law International, 2010, p. 462; Manuel Pereira Barrocas, "Algumas notas sobre medidas cautelares no direito comparado da arbitragem", in *ROA*, ano 71.s, vol. II, Lisboa, abril-junho 2011, p. 493.

75 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., pp. 66, 69, 70, 80; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2446, 2457 nota 12, 2519; Redfern, *International Arbitration*, cit., p. 445-446.

76 Cf. secção 818 do Código de Processo Civil italiano; e secção 16 da lei de arbitragem tailandesa.

77 Art. 28.º: "A party may apply for property preservation if it may become impossible or difficult for the party to implement the award due to an act of the other party or other causes. If a party applies for property preservation, the arbitration commission shall submit the party's application to the people's court in accordance with the relevant provisions of the Civil Procedure Law. If an application for property preservation has been wrongfully made, the applicant shall compensate the person against whom the application has been made for any loss incurred from property preservation."; art. 46.º: "Under circumstances where the evidence may be destroyed or lost or difficult to obtain at a later time, a party may apply for preservation of the evidence. If a party applies for preservation of the evidence, the arbitration commission shall submit his application to the local people's court in the place where the evidence is located."; art. 68.º: "If a party to a foreign-related arbitration applies for preservation of evidence, the foreign-related arbitration commission shall submit his application to the intermediate people's court at the place where the evidence is located." (tradução inglesa encontrada na *Compendium of Chinese Commercial Arbitration Laws*, International Council for Commercial Arbitration, 2019). Cf. Ana Coimbra Trigo, "Recent Developments...", cit., pp. 84-86.

78 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 2432-2433.

79 Art. 17.º da Lei Modelo UNCITRAL; arts. 7.º e 20.º da lei de arbitragem voluntária portuguesa; secção 35 da *Hong Kong Arbitration Ordinance*; art. 24.º da Lei de Arbitragem Voluntária Interna de Macau, arts. 9.º e 17.º da Lei de Arbitragem Voluntária Externa de Macau e ainda art. 15.º da Nova Lei de Arbitragem de Macau.

80 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., p. 243.

81 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2447-2448; Graham, cit., pp. 565-566; Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., p. 243.

82 Art. 27.º da lei de arbitragem voluntária portuguesa; art. 44.º da Nova Lei de Arbitragem de Macau; e secção 61 da *Hong Kong Arbitration Ordinance*; todos com redação semelhante ao art. 17.º H da Lei Modelo.

No caso chinês, já vimos que os tribunais judiciais chineses têm poderes exclusivos para decretar e executar providências cautelares em arbitragens domésticas e com elementos estrangeiros. A doutrina descreve uma tendência do judiciário para a não execução de providências cautelares decretadas por tribunais arbitrais estrangeiros⁸³, incluindo daquelas providências inexistentes na jurisdição chinesa⁸⁴.

A Convenção de Nova Iorque nada diz sobre a respetiva aplicação a medidas cautelares, mas tem-se entendido que esta não será aplicável, pois esta convenção exige que em causa estejam decisões finais⁸⁵. Assim, e não havendo acordos para a execução de medidas cautelares, à semelhança dos existentes acordos de mútua assistência para confirmação e execução de sentenças arbitrais, as partes de uma arbitragem que necessitem de auxílio para executar as providências cautelares decretadas a seu favor, sempre veriam tal auxílio dependente das regras vigentes em cada país onde tentassem executar tais medidas, o que influiria necessariamente numa eficiente condução do processo arbitral. Por exemplo, agora em Macau, a Nova Lei de Arbitragem remete, na secção da execução de medidas provisórias, para a parte do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, no que toca ao respetivo trâmite, prevendo (como Macau) fundamentos de oposição a tal execução em parte semelhantes aos que permitem obstar à execução de sentenças, e noutra parte adaptados à realidade das medidas cautelares⁸⁶. A *Hong Kong Arbitration Ordinance* não prevê qualquer limitação ao reconhecimento e execução de providências cautelares proferidas no estrangeiro em auxílio de arbitragens sediadas também no estrangeiro.

d. Decretamento de providências cautelares em local externo à sede arbitral e em suporte da arbitragem

Outra questão, relevante para o caso, é o decretamento por tribunais judiciais de providências cautelares em apoio a tribunais arbitrais com sede noutra jurisdição.

Não há regulamentação a nível internacional sobre o tema. A Lei Modelo da UNCITRAL parece não proibir tais poderes, mas também não os autoriza expressamente⁸⁷. A doutrina propõe inclusive a criação de uma convenção semelhante à Convenção de Nova Iorque que determine que tribunais judiciais devem ter a competência para decretar providências cautelares em apoio à arbitragem⁸⁸.

Seja como for, as partes podem determinar na respetiva cláusula arbitral a que jurisdições podem recorrer para auxílio cautelar, podendo, no entanto, assim limitar-se involuntariamente a um só foro⁸⁹. É a lei doméstica que determina, em cada caso, se determinado tribunal nacional é competente ou não para auxiliar determinado tribunal arbitral com o decretamento de providências cautelares. No entanto, a **legislação doméstica** normalmente dispõe sobre o auxílio no respetivo território dos tribunais judiciais a tribunais arbitrais cuja sede se encontre nessa mesma jurisdição, e não noutras.

A necessidade de recorrer a jurisdições que não a sede arbitral pode, por um lado, explicar-se dado o facto de a sede arbitral estar amiúde desligada dos interesses das partes ou do litígio, enquanto lugar neutro (perante as partes e o litígio) e ser geograficamente conveniente⁹⁰. Por outro lado, pode dar-se o caso de os bens a arrolar ou o património a arrestar se localizarem fora da sede arbitral, sendo essencial o auxílio do poder executório dos tribunais dessas jurisdições, atento o efeito territorial deste tipo de medidas cautelares⁹¹. Pode ainda dar-se o caso de determinado meio de prova se localizar além-fronteiras, fora do território da sede arbitral⁹². Tudo isto influirá, como se percebe, na conveniência e eficiência do processo arbitral em si, mas mais relevantemente, na proteção dos direitos das partes na arbitragem⁹³.

No entanto, a doutrina alerta para os riscos de um exercício destes poderes de forma discricionária, dado o tribunal judicial que decreta uma providência cautelar em auxílio de uma arbitragem sediada noutra jurisdição poder dessa

83 Cf. o caso *Hemofarm DD et al. C. Yongning Pharmaceutical* (2009), SPC, [2008] (Shandong HPC), 2 de junho de 2008. Neste caso, um consórcio e uma das empresas consorciadas (chinesa) concluíram um contrato de arrendamento, e tendo surgido um litígio, a empresa chinesa requereu junto dos tribunais chineses uma medida para preservação do património. No processo cautelar entendeu-se que o contrato de arrendamento não caberia no conceito de litígios arbitráveis de acordo com a lei chinesa, tendo o requerimento sido deferido. Posteriormente a este procedimento, e a outras ações entretanto intentadas, a outra parte do consórcio, de nacionalidade sérvia, intentou uma ação arbitral junto da CCI, tendo o tribunal arbitral concluído que a medida cautelar de preservação de propriedade sido decretada sem fundamento legal e que constituía uma violação contratual da parte chinesa, tendo emitido decidido na sentença a favor da parte sérvia. Em sede de reconhecimento e execução desta sentença na China, o Supremo Tribunal Popular, adotando o mesmo entendimento do tribunal chinês anterior, não deu provimento ao pedido de reconhecimento e execução com fundamento de que o tribunal arbitral tinha excedido os seus poderes e que a sentença violava a ordem pública.

84 Marianne Roth, "Interim Measures", in *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2012, pp. 425, 428

85 Cf. Dunmore Michael, "Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum", in *Asian International Arbitration Journal*, Volume 8 Issue 2, Kluwer Law International, 2012.

86 Arts. 27.º, 28.º e 56.º da lei de arbitragem voluntária portuguesa; arts. 44.º, n.º 5 e 72.º da Nova Lei de Arbitragem de Macau.

87 O art. 1.º, n.º 2 exclui o art. 9.º das normas da Lei Modelo que aplicam somente quando a sede arbitral está em território nacional. O art. 5.º da Lei Modelo não fala diretamente deste ponto.

88 Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Michael Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 614.

89 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 2424-2563.

90 Pedro Guilhardi, "Jurisdiction of National Courts for Interim Reliefs in Aid of Foreign Arbitral Proceedings: a Proposed Solution under the New York Convention", in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume IX Issue 36, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2012, at pp. 59-62; Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 12, Kluwer Law International, 2005, pp. 47-112, § 3-33.

91 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 2424-2563.

92 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., pp. 47-112, § 3-32.

93 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., pp. 47-112, § 3-33.

forma correr o risco de interferir com o processo arbitral a decorrer, ou interferir na função supervisora (limitada) dos tribunais judiciais da sede⁹⁴.

Se é certo que a maioria das leis nacionais não se pronunciam sobre este ponto, algumas jurisdições entendem que tal auxílio é permitido, como é o caso de Inglaterra, Singapura e Países Baixos⁹⁵.

Noutras jurisdições, os casos mais conhecidos e citados a este respeito são o caso *Channel Tunnel Group Ltd c. Balfour Beatty Constr. Ltd.*⁹⁶, no Reino Unido, e o caso *Borden, Inc. c. Meiji Milk Products Co.*⁹⁷, nos Estados Unidos. Nestes, os tribunais judiciais em causa, apesar de reconhecerem que tinham autoridade para decretar os pedidos cautelares em análise, não o fizeram, com o intuito de não interferir no processo arbitral. No primeiro caso o tribunal considerou que os pedidos cautelares eram semelhantes aos pedidos principais, podendo o decretamento da medida cautelar requerida influir na posição das partes no processo arbitral – este entendimento foi mais recentemente confirmado no caso *Mobil Cerro Negro Ltd c. Petroleos de Venezuela SA*, onde o tribunal entendeu não ser de intervir dada a falta de elementos de conexão da jurisdição inglesa com a arbitragem⁹⁸. Hoje a secção 2(3) (b) da lei de arbitragem inglesa consagra que, apesar de os tribunais terem o poder para decretar providências cautelares em auxílio de uma arbitragem estrangeira, podem optar por não o fazer se tal se mostrar desadequado⁹⁹. No segundo caso o tribunal aplicou a doutrina do *forum non conveniens*¹⁰⁰. Gary Born sugere que se considere ainda se os tribunais arbitrais competentes e já constituídos têm ou não poderes para emitir as medidas cautelares

concretamente requeridas¹⁰¹; Ali Yesilirmak, sugere que, com base nos acórdãos citados, se olhe para a validade da cláusula arbitral e se é adequado e conveniente que o tribunal estrangeiro decrete a providência¹⁰².

Em Portugal, tem-se entendido que, apesar de a lei não proibir, tal auxílio é possível¹⁰³. No que toca às jurisdições em análise, adiantamos que a **China** não permite que tribunais judiciais decretem providências cautelares em auxílio de tribunais arbitrais estrangeiros, com a exceção que veremos.

Já **Hong Kong** tem tido uma abordagem distinta. Em 1995, no caso *Lady Muriel c. Transorient Shipping Ltd*¹⁰⁴, o tribunal de segunda instância de Hong Kong entendeu que tinha poderes inerentes para decretar medidas cautelares em auxílio de uma arbitragem com sede em Londres, à luz da Lei Modelo UNCITRAL em vigor naquele território, e dada a presença de património em Hong Kong da empresa requerida. No entanto, à semelhança do caso inglês *Channel Tunnel*, já mencionado, o tribunal acabou por negar tal medida no caso concreto.

Decisões em sentidos diferentes foram surgindo posteriormente. Em 2009, a secção 2GC (1a) da *Hong Kong Arbitration Ordinance* passou a prever que um tribunal de Hong Kong podia “*grant an interim injunction or other interim relief in relation to arbitration proceedings that have been or are to be commenced in a place outside Hong Kong but only if the arbitration proceedings are capable of giving rise to an arbitral award which may be enforced in Hong Kong under this ordinance or any other ordinance*”. Este entendimento foi confirmado no caso

94 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 2424-2563.

95 Secção 2(3)(b) da lei de arbitragem de Inglaterra e País de Gales; art. 12(A) da lei de arbitragem internacional de Singapura e ainda art. 1074(2) da lei de arbitragem dos Países Baixos. Gary Born elenca ainda decisões judiciais de tribunais na Suíça, Nova Zelândia e Rússia – Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit. pp. 2424-2563, nota 709; Ali Yesilirmak refere ainda Bélgica, Canada, Finlândia, França, Itália, Coreia do Sul, Holanda, Noruega, África do Sul, Suécia e Turquia – Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., pp. 47-112, nota 143.

96 *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Constr. Ltd* [1993] AC 334 (House of Lords), citando: “*the court has power to grant interlocutory relief based on a cause of action recognised by English law against a defendant duly served where such relief is ancillary to a final order whether to be granted by the English court or by some other court or arbitral body*”; “*Although the respondents have been validly served (i.e., there is jurisdiction in the court) and there is an alleged invasion of the appellants’ contractual rights (i.e., there is a cause of action in English law), since the final relief (if any) will be granted by the arbitrators and not by the English court, the English court, it is said, has no power to grant the interlocutory injunction*”. Sobre o caso mais relevante antecedente a este – Siskina e outros c. Distos Compania Naviera S.A. [1979] AC 210 (HL) – cf. Pedro Guilhardi, “Jurisdiction on National Courts...”, cit., pp. 63-64.

97 *Borden, Inc. v. Meiji Milk Prods. Co.*, 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990).

98 *Mobil Cerro Negro Ltd c. Petroleos de Venezuela SA* [2008] EWHC 532 (Comm). Neste caso o juiz anulou uma “*freezing injunction*” decretada em apoio de uma arbitragem com sede em Nova Iorque. O tribunal entendeu que, na ausência de elementos de conexão com aquela jurisdição (como residência ou património no território), o tribunal inglês não deveria intervir; mais, entendeu que não ficou demonstrado que seria justo e conveniente o decretamento da providência, nem que havia urgência no pedido.

99 Cf. secção 2(3)(b): “2. *Scope of application of provisions [...] (3) The powers conferred by the following Sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined – [...] (b) section 44 (courts power exercisable in support of arbitral proceeding) but the court may refuse to exercise any such power if, in the opinion of the court, the fact that the seat of arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so.*” Sobre este ponto, cf. Pedro Guilhardi, “Jurisdiction on National Courts...”, cit., pp. 67-68.

100 Sobre este ponto, cf. Pedro Guilhardi, “Jurisdiction on National Courts...”, cit., pp. 71-76.

101 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 2424-2563.

102 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures...*, cit., pp. 47-112, § 3-34.

103 Neste sentido, cf. José-Miguel Júdece, “As Providências Cautelares e a Arbitragem: Em Que Estamos?”, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Livraria Almedina, 2011, vol III, pp. 657-679, também disponível em https://www.josemigueljudece-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/As_Providencias_Cautelares_e_a_Arbitragem_Em_que_estamos.pdf: “A única especificidade das providências cautelares requeridas a tribunais portugueses, por dependência ou em relação a arbitragens em que a sede não seja em Portugal, será a maior complexidade factual da informação a comunicar ao tribunal no requerimento inicial e os cuidados a tomar para lhe demonstrar que a cominação prevista no artigo 383.º, n.º 5, do CPC, está satisfeita pela existência de um processo em curso ou que, posteriormente à decisão cautelar, teve início tempestivo o processo principal.”

104 *Lady Muriel c. Transorient Shipping Ltd*, [1995] HKCA 615 (H.K. Ct. App.)

Prema Birkdale Horticulture (Macau) Ltd v. Venetian Orient Ltd, pelo tribunal de primeira instância de Hong Kong ¹⁰⁵.

Hoje, as secções 2(5) e 45(2) da *Hong Kong Arbitration Ordinance* são claras no sentido de expressamente permitir que os tribunais de Hong Kong possam decretar tais medidas cautelares ¹⁰⁶.

Em **Macau**, o regime arbitral anterior não incluía nenhuma disposição específica sobre este ponto, isto é, sobre saber se tribunais judiciais podem decretar providências em auxílio de tribunais arbitrais estrangeiros. Já a Nova Lei de Arbitragem prevê no seu art. 15.º, n.º 4, que “O tribunal tem competência para decretar uma providência cautelar relativa a um processo arbitral, independentemente de o lugar da arbitragem ser a RAEM.”

A mais recente inovação neste ponto é o **Acordo de Cooperação Mútua dos Tribunais da Interior da China e a RAEHK sobre Providências Cautelares Decretadas Judicialmente em suporte de Processos Arbitrais** (“Arrangement Concerning Mutual Assistance in Court-ordered Interim Measures in Aid of Arbitral Proceedings by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region” ¹⁰⁷). Este acordo foi assinado em 2 de abril de 2019, entre o Supremo Tribunal Popular e a Governo de Hong Kong, e entrou em vigor em 1 de outubro de 2019.

Este acordo permite que partes em arbitragens a decorrer em determinadas instituições arbitrais de Hong Kong possam pedir o decretamento de medidas cautelares junto dos tribunais chineses, e que partes em arbitragens com sede no interior da China possam recorrer aos tribunais de Hong Kong com o mesmo intuito (cf. arts. 2.º, 3.º e 6.º do Acordo) ¹⁰⁸.

Este acordo compreende apenas 13 artigos que regulam a definição de providência cautelar (art. 1.º), a definição de processos arbitrais a decorrer em Hong Kong (art. 2.º), os tribunais e a lei de processo a correr nos respetivos tribunais judiciais (art.º 3 e 6.º), os documentos e conteúdo dos requerimentos a apresentar (art.º 4.º a 7.º), o dever do tribunal apreciar com brevidade o pedido e a possibilidade de este pedir ao requerente que preste caução (art. 8.º), escolha de lei para compensação de partes requeridas que tenham sofrido danos (art. 9.º), os encargos processuais (art. 10.º), a resolução de problemas que surjam no decorrer da

execução do acordo, ou a sua alteração, por via de consultas entre o Supremo Tribunal Popular e o governo da RAEHK (art. 12.º), e a aplicação deste acordo no tempo (art. 13.º).

No caso da China as medidas cautelares disponíveis são medidas para preservar propriedade, preservar prova ou conduzir tal preservação ¹⁰⁹, e no caso de Hong Kong, um conjunto muito mais amplo de medidas, à luz das respetivas regras domésticas. A lista inclui “*injunction and other interim measure for the purpose of maintaining or restoring the status quo pending determination of the dispute; taking action that would prevent, or refraining from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral proceedings; preserving assets; or preserving evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute*” (art. 1.º).

Historicamente, e como decorre do exposto, os tribunais de Hong Kong já podiam decretar providências cautelares em auxílio de arbitragens a decorrer em instituições arbitrais chinesas, mas o reverso não era possível. Assim, partes que tivessem como prioridade a possibilidade de recorrer a medidas cautelares no território da China teriam que necessariamente sediar os respetivos processos arbitrais na RPC.

Os *stakeholders* da arbitragem vêm com bons olhos este acordo e esperam que este possa ter um impacto positivo na escolha de Hong Kong como sede arbitral, em especial quanto a litígios relativos a partes ou interesses chineses ¹¹⁰. A Autora sabe que foram já apresentados junto da HKIAC seis pedidos ao abrigo deste acordo, tendo o primeiro pedido sido deferido pelo Tribunal Marítimo de Shanghai logo em 8 de outubro de 2019.

Não existe ainda nenhum acordo semelhante para China e Macau.

e. Observações finais

À luz do que ficou já dito importa tecer alguns (breves) comentários sobre o caso em análise, e sobre o futuro da arbitragem e providências cautelares no delta do Rio das Pérolas

Dos quatro pontos levantados pela Recorrente, – da competência dos tribunais de Macau à luz do CPC para decretar o arresto requerido, da probabilidade da existência do crédito

¹⁰⁵ *Prema Birkdale Horticulture (Macau) Ltd c. Venetian Orient Ltd*, [2009] HKCFI 657, §§ 5-6.

¹⁰⁶ Secção 2(5): “If the place of arbitration is outside Hong Kong, only this Part, sections 20 and 21, Part 3A, sections 45, 60 and 61, Part 10 and sections 103A, 103B, 103C, 103D, 103G and 103H apply to the arbitration.”; secção 45(2): “On the application of any party, the Court may, in relation to any arbitral proceedings which have been or are to be commenced in or outside Hong Kong, grant an interim measure”.

¹⁰⁷ Disponível em: https://www.doj.gov.hk/pdf/2019/arbitration_interim_e.pdf

¹⁰⁸ O Acordo especifica que estão abrangidos processos arbitrais de Hong Kong por instituições aí sediadas, instituições internacionais de que a China seja membro e com representação em Hong Kong, e de outras instituições que aí tenham representação e satisfaçam determinados requisitos legais (art. 2.º).

¹⁰⁹ Correspondendo ao que a lei de arbitragem permite nos seus arts. 28.º, 46.º e 68.º.

¹¹⁰ Para uma análise mais detalhada, cf. Wei Sun, “Arrangement Concerning Mutual Assistance in Court-ordered Interim Measures: Interpretations from a Mainland China Perspective – Part I”, Kluwer Arbitration Blog, 24 de julho de 2019, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/24/arrangement-concerning-mutual-assistance-in-court-ordered-interim-measures-interpretations-from-a-mainland-china-perspective-part-i/>; e Wei Sun, “Arrangement Concerning Mutual Assistance in Court-ordered Interim Measures: Interpretations from a Mainland China Perspective – Part II”, Kluwer Arbitration Blog, July 24 2019, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/24/arrangement-concerning-mutual-assistance-in-court-ordered-interim-measures-interpretations-from-a-mainland-china-perspective-part-ii/>.

e do receito de perda de garantia patrimonial à luz do CC e CPC (e respetivo direito aplicável), e da caducidade da providência cautelar em análise –, interessa-nos atentar na parte do acórdão focada na questão da competência internacional dos tribunais judiciais macaenses para auxiliar tribunais arbitrais com sede externa.

Quanto a este ponto, o TJB considerou que estava dotado de competência para decretar a providência cautelar de arresto, determinando que ficassem os autos a aguardar eventual processo especial de revisão e confirmação de decisão de árbitros do exterior, à luz do existente Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre a RAEM e a RAEHK.

Parece-nos que tal competência pode decorrer das regras gerais de processo civil macaenses, pois que o Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre a RAEM e a RAEHK não prevê expressamente essa possibilidade (como faz o acordo equivalente entre China e Macau).

No entanto, o ângulo de análise do TSI foi distinto: não se podendo considerar, à luz das disposições do CPC relevantes, que o tribunal de Macau seria competente para a ação declarativa principal (e não já a ação de confirmação e execução), por esta estar a correr no tribunal arbitral de Hong Kong, então, e na falta de um qualquer acordo internacional que o permitisse, não poderiam os tribunais de Macau decretar qualquer providência cautelar em seu auxílio.

Não é possível comparar esta decisão com outras, dada a escassa jurisprudência macaense sobre este tema. Também se viu que esta opção político-legislativa varia, atenta a ponderação de poderes e riscos que diferentes jurisdições vão a cada momento fixando.

Esta questão parece estar para o futuro ultrapassada. Por um lado, a Nova Lei de Arbitragem passa agora a prever no art. 15.º, n.º 4, que um tribunal pode decretar providências cautelares em auxílio de um tribunal arbitral independentemente de a sua sede ser na RAEM (ou não). Por outro lado, esta é precisamente a questão que o Acordo de Cooperação Mútua dos Tribunais da Interior da China e a RAEHK sobre Providências Cautelares Decretadas Judicialmente em Apoio de Processos Arbitrais veio atender. Uma equivalente solução entre China e RAEM seria bem-vinda, por forma a obstar a interpretações que limitem as partes no exercício dos seus direitos.

Interessante é também perceber como decidiria o tribunal, caso ainda não tivesse sido proposta ação arbitral. A doutrina

coloca a questão comparando a propositura de uma ação judicial, totalmente na esfera da parte demandante, com a constituição do tribunal arbitral, que dependerá sempre em alguma medida, do acordo das partes (defendendo que neste caso, não se deverá aplicar o art. 334.º do CPC ao procedimento arbitral, veja-se Lai Kin Kuok¹¹¹).

Ora, perante o atual enquadramento arbitral do Rio das Pérolas e as novas iniciativas que visam promover a resolução alternativa de litígios na região, será interessante observar como se desenvolverá a cooperação entre tribunais judiciais e arbitrais na RAEM. Em acréscimo, urge ver como se poderá incrementar a cooperação judiciária entre Macau e os Países de expressão portuguesa na resolução de disputas comerciais.

Como se sabe, a Convenção de Nova Iorque conta com 161 estado signatários, entre eles, como vimos Macau e a China, e na esfera lusófona, Angola (desde 2017), Brasil (desde 2002), Cabo Verde (desde 2018), Moçambique (desde 1998), Portugal (desde 1994), e São Tomé e Príncipe (desde 2012).

No mais, a RAEM e a República Portuguesa são também partes de um “Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária”, feito em Lisboa aos 17 de janeiro de 2001 e mandado publicar por Aviso do Chefe do Executivo, n.º 10/2001, de 2 de fevereiro, que, todavia, não abrange a matéria do reconhecimento recíproco de decisões judiciais. No entanto, urge ir mais longe e promover a “celebração de acordos bilaterais, no domínio da cooperação judiciária (...) entre a RAEM e cada um dos Países de Língua Portuguesa, que incluam, entre outras matérias, a do reconhecimento e execução recíprocos de decisões arbitrais proferidas em cada um deles — evidentemente, com a salvaguarda da reserva de jurisdição que possa estar prevista nos respectivos ordenamentos, e bem assim do respeito pela ordem pública interna de cada País ou Região.”¹¹²

Esta cooperação judiciária é um dos passos a dar no sentido de promover Macau como sede arbitral, tendo os restantes já sido estudados e propostos: é necessário promover as regras, boas práticas e boas instalações para as instituições arbitrais locais atraírem arbitragens internacionais, promover a formação dos agentes jurídicos envolvidos (juristas, advogados e magistrados), fomentar o conhecimento sobre os sistemas jurídicos chinês e lusófonos, e ainda estabelecer a cultura da arbitragem em Macau¹¹³. O poder da língua comum é aqui ressaltado como um instrumento económico de utilidade para promover o comércio e o investimento¹¹⁴. Resta ver como se dará cumprimento a este desígnio.

111 Lai Kin Kuok, “Contributos...”, cit., p. 213.

112 Cândida Pires, “Síntese Histórica...”, cit., p. 498.

113 Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., 2014, p. 115.

114 Fernando Dias Simões, *Commercial Arbitration...*, cit., 2014, pp. 12-13.

QUEM TEM DUAS NACIONALIDADES PODE FICAR SEM NENHUM BIT

DAWOOD RAWAT, LTD V.
THE REPUBLIC OF MAURITIUS
06/04/2018

Tiago Duarte

Sócio PLMJ

Doutor em Direito

*Professor na Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa*

Acórdão Dawood Rawat

V. República das MAURÍCIAS

Processo n.º: PCA case n.º 2016-20

Árbitros: Lucy Reed (Presidente), Jean-Christoph Honlet (co-árbitro) e Vaughan Lowe (co-árbitro)

ANOTAÇÃO

1. Introdução

O litígio que motiva a presente decisão arbitral prende-se com uma alegada violação, por parte da República das Maurícias, do conteúdo do *Bilateral Investment Treaty* (BIT) celebrado entre França e as Maurícias em 22 de março de 1973. A alegada violação do BIT reportava-se à prática de um conjunto de actos, imputáveis às autoridades das Maurícias, relativos ao grupo de empresas detidas pelo Senhor Dawood Ajum Rawat, conjuntamente conhecidas como *British American Investment Co* e das quais fazia parte a *Bramer Banking Corporation Ltd*. Não obstante as Maurícias não tenham contestado a maioria das alegações efectuadas pelo *Claimant* na referida arbitragem, consideraram que as mesmas não tinham violado o BIT entre França e as Maurícias, já que se traduziram em medidas necessárias no contexto de investigações em curso relativas a alegados “*Ponzi-like schemes orchestrated by him [Senhor Rawat] and/or his family members, involving money laundering and fraud*”¹.

O presente caso assume uma particular importância, seja pelo que o Tribunal decidiu, seja pelo que deixou por decidir:

- (i) Em primeiro lugar, por ser a primeira arbitragem fora do contexto do ICSID (neste caso tratou-se de uma arbitragem *ad hoc*, seguindo as regras UNCITRAL e administrada pelo *Permanent Court of Arbitration*) em que o tribunal considerou não ter jurisdição *ratione personae* para decidir o litígio, tendo em conta a dupla nacionalidade do *Claimant*, isto depois de, em anterior arbitragem, um outro tribunal arbitral (também *ad hoc*) ter considerado ter jurisdição sobre um outro caso, também relativo a uma situação em que o *Claimant* tinha dupla nacionalidade².
- (ii) Em segundo lugar, por o tribunal ter deixado em aberto a questão de saber qual a data relevante para se apurar a

nacionalidade de um investidor, bem como a questão de saber se uma *MFN clause* pode ser usada para importar um regime de resolução de litígios previsto noutro BIT.

- (iii) Em terceiro lugar, por mostrar que, sobretudo nas questões de jurisdição, tudo se decide nos detalhes e que as questões de nacionalidade continuam a ser muito relevantes para os Tribunais, não se podendo afirmar, em abstrato, que nas arbitragens *ad hoc* é aceitável que os investidores tenham dupla nacionalidade, enquanto nas arbitragens do ICSID não é.

2. Os factos

Os factos relevantes para o presente litígio relacionam-se com os investimentos do Senhor Rawat, nacional das Maurícias desde o seu nascimento em *Port Louis* (Maurícias), em 1944. No seguimento do seu casamento com uma cidadã francesa, o Senhor Rawat solicitou a nacionalidade francesa, que adquiriu em 22 de Dezembro de 1998, tendo, inclusivamente, em 2014, sido condecorado com a “*Légion d’Honneur*” pela República Francesa.

Os investimentos do Senhor Rawat (*Claimant*) nas Maurícias iniciaram-se no final dos anos 80, tendo crescido rapidamente, sendo que, segundo consta da decisão arbitral, “*between 2008 and 2015, BAICM [British American Insurance Company Mauritius] was composed of more than 50 companies operating in the economic sectors of financial services, transportation, construction and property development, tourism and leisure, healthcare, and information and communication technology*”³.

Segundo o *Claimant*, as acções imputáveis às Maurícias, que afectaram negativamente os seus investimentos, em violação do BIT celebrado entre França e as Maurícias,

¹ Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 2.

² Garcia Armas v. Venezuela, Decisão sobre a jurisdição, 15 de Dezembro de 2014.

³ Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 54.

iniciaram-se em 15 de Dezembro de 2014, com o levantamento de quantias muito avultadas da *State Insurance Company of Mauritius*, que estavam depositadas no *Bramer Bank* (propriedade do Senhor Rawat), passando pela revogação da licença bancária do referido banco e pela transferência dos seus activos, por um valor inferior ao valor de mercado, para uma empresa pública das Maurícias, e culminando com a nomeação, por parte do Estado, de administradores de insolvência para todas as empresas do grupo BAICM.

Tal como se pode ler na sentença, “*according to the submissions before the Tribunal, Rawat is facing a Warrant to Apprehend in Mauritius for money laundering, conspiracy to defraud, and misuse of company assets. Rawat who remains outside Mauritius in France, has not been convicted of any of these crimes*”⁴. Segundo o *Claimant*, “*the loss by Dawood Rawat of his investment in BAICM is only attributable to the actions of the Republic of Mauritius. All of the Republic of Mauritius’s actions, taken either individually or as a whole, constitute conduct that are discriminatory, arbitrary, unfair and inequitable, and adopted with the purpose of destroying and misappropriating Claimant’s investment and, therefore, constitutes a breach of the France-Mauritius BIT*”⁵.

Ainda Segundo o *Claimant*, “*the above-mentioned actions constitute violations by the Republic of Mauritius of its international obligations under Article 2 and Article 3 of the France-Mauritius BIT. Article 2 of the France-Mauritius BIT provides inter alia for an obligation to grant fair and equitable treatment. Article 3 of the France-Mauritius BIT provides that: The investments made on the territory of one of the contracting States by the nationals, companies or other legal persons of the other State can only be subject to expropriation for a purpose which is in the public interest. Furthermore, measures of expropriation, nationalization, direct or indirect deprivation, that would be taken towards these investments, shall be neither discriminatory nor taken in breach of a specific commitment. They shall be accompanied by the payment of fair compensation which amount shall be equal to the value of the assets expropriated, nationalized or otherwise deprived, at the day of the expropriation, nationalization or deprivation. The amount and terms of payment of the compensation shall be determined by agreement prior to the date of transfer of ownership*”⁶.

3. A jurisdição do tribunal *ratione personae* e *ratione voluntatis*

Para que um tribunal arbitral tenha jurisdição para decidir o litígio submetido pelo Demandante, será necessário verificar se se encontram preenchidos todos os requisitos necessários.

Assim, é vulgar, na jurisprudência relativa a arbitragens de investimentos, que os tribunais analisem previamente a sua competência *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione voluntatis* e *ratione temporis*, desta forma verificando, respetivamente, (i) se as partes estão abrangidas, atendendo à sua nacionalidade, pelo *Bilateral Investment Treaty* invocado pelo Demandante, (ii) se se está perante um verdadeiro investimento, à luz do *BIT* aplicável, (iii) se ambas as partes deram o seu consentimento para que o litígio seja dirimido por recurso à arbitragem 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 das Maurícias apresentou uma objecção relativa à nacionalidade do investidor, pois que, no seu entender, o BIT celebrado entre a França e as Maurícias não se aplicava a investidores franceses que fossem também nacionais das Maurícias, pelo que o tribunal não teria jurisdição *ratione personae*, na medida em que o Senhor Rawat não podia ser considerado um investidor estrangeiro face às Maurícias, pelo facto de também ter essa nacionalidade.

Para além disso, as Maurícias levantaram também uma objecção relacionada com a falta de consentimento por parte das Maurícias para que o investidor pudesse iniciar uma arbitragem directamente contra este Estado (*Investor-State Arbitration*) com base em alegadas violações dos direitos previstos no BIT celebrado entre a França e as Maurícias. Com efeito, ao contrário do que é usual, o BIT entre a França e as Maurícias não contém uma cláusula em que ambos os Estados signatários do BIT deem o seu consentimento antecipado para que os investidores – nacionais do outro Estado – possam iniciar uma arbitragem contra o *host State*, no caso de entenderem que este Estado violou os direitos assegurados aos investidores no referido BIT.

Ora, segundo as Maurícias, na falta de uma cláusula contendo a possibilidade de *investor-state arbitration*, o tribunal arbitral não teria jurisdição *ratione voluntatis*, por faltar o consentimento das Maurícias para que o litígio com o investidor fosse dirimido por recurso a um tribunal arbitral.

Com efeito, em matéria de arbitragem, o que o art. 9.º do BIT prevê é apenas que, “*agreements relating to investments to be made in the territory of one of the Contracting States by nationals, companies or other legal persons of the other Contracting State, must include a clause providing that their disputes relating to these investments shall be submitted, in the event that an amicable agreement cannot be reached within a short period of time, to the International Centre for the Settlement of Investment*

⁴ Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 58.

⁵ Claimant’s Statement of Claim, 9 de Novembro de 2015.

⁶ Claimant’s Statement of Claim, 9 de Novembro de 2015.

Disputes, with a view to their settlement by arbitration, in accordance with the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States."

Ora, a arbitragem iniciada pelo Senhor Rawat não era uma arbitragem contratual, baseada numa cláusula arbitral inserida no contrato, mas antes uma arbitragem baseada no alegado consentimento para a arbitragem dado pela França, no BIT celebrado com a Finlândia, consentimento esse que o investidor queria importar para o BIT celebrado entre a França e as Maurícias, por meio do recurso à *MFN clause* contida no BIT entre a França e as Maurícias.

(i) Jurisdição *Ratione Personae*

A questão relativa à possibilidade de investidores com dupla nacionalidade poderem demandar o Estado de uma das suas nacionalidades tem sido uma *vexata quaestio* relativamente a arbitragens internacionais de protecção de investimentos fora do contexto do ICSID⁷.

Com efeito, enquanto no art. 25.º da Convenção de Washington⁸ fica claro que não é possível a um investidor com a nacionalidade do *host State* demandar esse Estado, mesmo que tenha também outra nacionalidade, já diferentemente, nas arbitragens *ad hoc*, em que a Convenção de Washington não é aplicável, valem apenas as regras previstas no BIT celebrado entre os Estados ou, para alguns autores, também as regras de direito internacional público geral⁹.

Relativamente a esta temática, o primeiro caso em que um tribunal arbitral considerou ter jurisdição sobre uma *claim* apresentada por investidores com dupla nacionalidade, seja do *home State*, seja do *host State*, foi no caso *Garcia Armas v. Venezuela*, num caso em que os investidores tinham nacionalidade espanhola e venezuelana¹⁰. Nesse acórdão, o tribunal entendeu que o facto de o BIT em análise não excluir expressamente os cidadãos com dupla nacionalidade, ao contrário de outros BIT celebrados pela Venezuela, em que essa exclusão constava expressamente do BIT, contribuía para concluir pela possibilidade

de cidadãos com dupla nacionalidade (incluindo a nacionalidade do *host State*) poderem iniciar uma arbitragem contra o *host State* por violação do BIT.

No caso aqui em apreço, não obstante o tribunal tenha decidido começar a sua análise pela verificação da jurisdição *ratione personae*, não deixou de referir que, "*we consider the question of Rawat's status as a dual French-Mauritian national fundamentally to raise an issue of consent to jurisdiction as well, as prioritized by Mauritius*"¹¹. Com efeito, o tribunal, depois de considerar que o consentimento das partes é um elemento fundacional na determinação da jurisdição do tribunal, acabou por concluir que, "*all objections to jurisdiction, be they of a ratione personae, ratione materiae or ratione temporis nature, are for this reason sub-types of ratione voluntatis objections*"¹².

O tribunal começou, então, a sua análise no sentido de apurar se o BIT entre a França e as Maurícias se aplicaria aos investimentos do Senhor Rawat, tendo em conta a dupla nacionalidade deste. No que respeita à nacionalidade, o tribunal bastou-se com a conclusão de que "*Rawat is a French national, and was a french national long before this dispute arose and he commenced arbitration*"¹³. O tribunal deixou, assim, por decidir a questão de saber qual a data em que um investidor tem de provar ser nacional do *Home State*¹⁴. Este ponto tem revelado alguma dose de incerteza, já que, enquanto o art. 25.º da Convenção de Washington esclarece quais as datas relevantes em relação às quais o investidor deve provar a sua nacionalidade, nas arbitragens *ad hoc* não existe uma identificação dessas datas, tudo dependendo do acordo das partes firmado no BIT que, normalmente, também não fornece essa informação de modo claro e inequívoco.

No caso *Garcia Armas v. Venezuela*, por exemplo, o Tribunal arbitral entendeu que a data relevante para considerar se um investidor tinha a nacionalidade do *home State* (mesmo que tivesse também a nacionalidade do *host State*) era a data em que o litígio surgiu, bem como a data em que o investidor inicia a arbitragem e aceita a oferta de arbitragem do *host State*, contida no BIT, sendo irrelevante (para a maioria do tribunal) a data em que o investimento fora realizado.

7 Javier Garcia Olmedo, Claims by Dual Nationals under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States? Journal of International Dispute Settlement, 2017, vol. 8, pág. 695 e segs.

8 Nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 25.º da Convenção de Washington pode ler-se que é excluído da definição de nacional de outro Estado Contratante "qualquer pessoa que, em qualquer das datas referidas, tivesse igualmente a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo".

9 Javier Garcia Olmedo, Claims by Dual Nationals under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States? Journal of International Dispute Settlement, 2017, vol. 8, pág. 695 e segs. Sobre os antecedentes da norma incluída no art. 25.º da Convenção de Washington, que exclui a possibilidade de investidores também com a nacionalidade do *host State* (juntamente com a nacionalidade de outro Estado) iniciarem uma arbitragem contra esse mesmo *host State*, Christoph Schreuer, The ICSID Convention, a Commentary, 2009, pág. 271 e segs.

10 Seguindo esta jurisprudência, veja-se, também, posteriormente o caso *Bahgat v. Egipto*, Decisão sobre a Jurisdição de 30 de Novembro de 2017. Note-se, no entanto, que ambas as decisões mereceram votos de vencido por parte de um dos membros de cada um dos tribunais arbitrais. No caso *Garcia Armas v. Venezuela*, decisão sobre a jurisdição, de 15 de Dezembro de 2014, o tribunal referiu (parágrafo 192 e 193) que "resulta obvio que, por voluntad de las Partes, las disposiciones del Reglamento CNUDMI son las únicas aplicables a esta controversia. También lo es que en ellas no existe ninguna restricción para que una parte que tenga simultáneamente la nacionalidad de ambos Estados (del inversor y del receptor), invoque la protección del APPRI [BIT] contra alguno de esos Estados. El Tribunal considera necesario enfatizar que la exclusión de los dobles nacionales establecida en el artículo 25(2) del Convenio CIADI [ICSID] no es aplicable a este procedimiento".

11 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 156.

12 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 158.

13 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 165.

14 Segundo o Tribunal (parágrafo 165, nota de rodapé 148) "the tribunal need not resolve the Parties' dispute as to whether Rawat also had to be a French national before he made the relevant investments in Mauritius, in light of our dismissal of his claims on other grounds".

Assim, na decisão arbitral pode ler-se que, “*la mayoría del Tribunal no considera relevante, para los efectos de la presente Decisión sobre Jurisdicción, inquirir cual era la nacionalidad de los Demandantes en las fechas en las que efectuaron sus inversiones en Venezuela, por cuanto esas fechas no constituyen un factor determinante para decidir sobre la aplicación del APPRI [BIT]. Efectivamente, los momentos relevantes para poder invocar la protección del APPRI son: (a) la fecha en la que ocurrió la alegada violación [do Tratado]; (b) la fecha en la cual se inicia el procedimiento arbitral*”¹⁵.

Esta decisão mereceu um voto de vencido, precisamente quanto a esta parte, na medida em que um dos membros do Tribunal entendeu que, nos termos do BIT, para se ser elegível como investidor protegido pelo BIT seria necessário ter a nacionalidade do *home State* também no momento em que se realiza o investimento. Esta posição veio, de resto, a ser sufragada pela *Cour d'Appel* de Paris, que anulou a decisão arbitral com esse fundamento¹⁶. O Tribunal de Paris entendeu que era relevante saber, não apenas quem é que detinha um investimento na data do litígio, mas também quem é que tinha realizado o próprio investimento. Ora, quem tinha realizado o investimento na Venezuela tinha sido um nacional da Venezuela (que não possuía, nessa data, ainda a nacionalidade Espanhola), pelo que não tinha realizado um investimento protegido pelo BIT celebrado entre Espanha e Venezuela, já que, nessa data, o investidor era (apenas) um investidor nacional do *home State*¹⁷.

Importa ainda referir, a este propósito, o caso *Cem Cenzig Uzan v. Turquia*, em que o investidor tinha apenas a nacionalidade turca quando decidiu investir na Turquia, tendo, apenas posteriormente, adquirido o estatuto de residência permanente em França, iniciando, algum tempo depois, uma arbitragem contra a Turquia, ao abrigo desse estatuto de residente num estado-membro do *ECT – European Charter Treaty* (que estende a possibilidade de recurso à arbitragem a investidores que tenham residência permanente num dos Estados-Membros, como é o caso de França).

O tribunal arbitral considerou que a mudança superveniente de residência, só por si, não tornava internacional um investimento que, quando foi realizado, era estritamente

nacional, salvo se estivessem em causa investimentos também supervenientes, ou seja, realizados quando o investidor já tinha residência permanente em França, o que não era o caso. Em consequência, o tribunal considerou não ter competência *ratione personae* para decidir o litígio, por entender que o investidor (na data em que realizou o investimento) não se encontrava protegido pela cláusula arbitral contida no ECT, por não ser nacional, nem residente permanente, em qualquer um dos Estados parte no ECT¹⁸.

Regressando ao caso aqui em análise, o tribunal arbitral, depois de assumir que o Senhor Rawat tinha dupla nacionalidade (sem inquirir desde quando é que essa situação existia), deparou-se com a questão de saber se o BIT protegia, ou não, os casos em que o investidor tem a nacionalidade do *home State*, mas também do *host State*. O tribunal começou logo por afastar a aplicabilidade do conceito de “*dominant and effective nationality*”, próprio do Direito Internacional Público, mas que à data da decisão do caso aqui em análise não tinha ainda sido considerado relevante no domínio das arbitragens de investimentos, baseadas em tratados internacionais, que têm vindo a ser considerados *lex specialis*, salvo naturalmente quando são os próprios BIT a fazer referência a esse conceito¹⁹.

Com efeito, numa sentença recente, relativa ao caso *Balantines v. República Dominicana*, o tribunal arbitral considerou não ter jurisdição para decidir um litígio, tendo em conta a dupla nacionalidade do senhor Balantines, com base no facto de a nacionalidade dominante e efectiva do investidor ser a mesma do *host State*. Acontece que, nesse caso, era o próprio tratado de protecção de investimentos (*in casu* o CAFTA-DR, que é um tratado multilateral de livre comércio e protecção de investimentos entre alguns Estados da América) que previa que, em casos de investidores com dupla nacionalidade, se deveria tomar em consideração apenas e só a nacionalidade dominante e efectiva do investidor²⁰.

Assim, nos termos do art. 10.28 do DR – CAFTA, podia ler-se que “*a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality*”, o que levou o tribunal a analisar qual a nacionalidade efectiva dos investidores, nos momentos relevantes (data da alegada

15 *Garcia Armas v. Venezuela*, decisão sobre a jurisdição, de 15 de dezembro de 2014, parágrafo 214.

16 Decisão da *Cour d'Appel* de Paris de 25 de Abril de 2017. Note-se que enquanto as decisões arbitrais emitidas no âmbito do ICSID não estão sujeitas a anulação pelos tribunais estaduais, mas apenas pela intervenção de um ad hoc committee formado no âmbito da própria Convenção de Washington e com base em fundamentos muito limitados, já as decisões arbitrais ad hoc, como era o caso da decisão do caso *Garcia Armas v. Venezuela*, podem ser anuladas pelo tribunal da sede do Tribunal arbitral.

17 Numa nova mudança de posição, esta decisão da *Cour d'Appel* veio a ser anulada pela *Cour de Cassation*, através de decisão de 13 de Fevereiro de 2019, que devolveu o assunto à *Cour d'Appel*, com o argumento de que este não poderia ter anulado apenas parcialmente a sentença arbitral com esse fundamento, antes devendo ter ocorrido uma anulação total da decisão arbitral por estar em causa a (falta de) jurisdição do tribunal arbitral.

18 *Cem Cenzig Uzan v. Turquia*, sentença sobre objecções preliminares, 20 de Abril de 2016, parágrafo 145 e segs.

19 Sobre esta questão, veja-se a posição do tribunal do caso *Cem Cenzig Uzan v. Turquia*, sentença sobre objecções preliminares, 20 de Abril de 2016, parágrafo 141 onde o tribunal – citando com concordância a posição do tribunal do caso *Garcia Armas v. Venezuela* – refere o seguinte: “*The Tribunal further accepts the Claimant’s argument that it is not necessary to turn to customary international law in determining the meaning of “Investor” in Article 1(7)(a)(i) and whether an Investor can sue a Contracting Party of which they are a national. The Tribunal considers the ECT to be a lex specialis. The Tribunal takes note of the decision of Serafin Garcia Armas and Karina Garcia v. Venezuela*”.

20 *Michael Balantine and Lisa Balantine v. República Dominicana*, sentença de 3 de setembro de 2019.

violação do investimento e data do início da arbitragem) e a concluir que após a realização do investimento na República Dominicana era esta a sua nacionalidade efectiva²¹.

Este aparente consenso jurisprudencial quanto à não aplicação do conceito de nacionalidade dominante e efectiva no caso de situações de dupla nacionalidade em arbitragens de investimentos foi rompido pelo recente caso *Heemsen v. Venezuela*, em que o Tribunal recusou ter jurisdição *ratione personae* também por considerar que a nacionalidade dominante e efectiva dos *Claimants* era a nacionalidade do *Host State*, apesar de os mesmos terem dupla nacionalidade²².

Diferentemente, no caso do Senhor Rawat v. Maurícias, e na falta de referência no BIT ao conceito de nacionalidade efectiva e dominante, o tribunal desconsiderou esse conceito, tendo baseado a sua análise no facto de saber se o BIT protegia ou não os investimentos de investidores com dupla nacionalidade, quando uma das nacionalidades fosse a do *host State*.

Segundo o tribunal, “*the question of whether an individual (or legal entity) is a national or “ressortissant” of a state is a question of municipal law. Whether that nationality, once demonstrated, has legal effects on the international plane – the plane of investment treaties – is a question of international law*”²³.

Assim, depois de concluir que, em face da *municipal law*²⁴, o senhor Rawat tinha (também) a nacionalidade francesa, o tribunal começou por concordar com o investidor, no sentido de que o BIT não excluía explicitamente os cidadãos com dupla nacionalidade de invocarem a protecção do referido BIT, não competindo ao tribunal acrescentar ou incluir restrições às cláusulas previstas no BIT, que não tivessem sido incluídas pelas partes contratantes.

Ainda assim, o tribunal entendeu que a interpretação de um tratado internacional, como é o BIT, teria de ser efectuada de acordo com as regras previstas no art. 31(1) da Convenção de Viena, que exige que a interpretação das normas seja feita integrando essas mesmas normas

no seu “contexto”. O tribunal chamou assim à colação o art. 9.º do BIT que, segundo o tribunal, “*directs all French and Mauritian “ressortissants” who enter into investment contracts with the other state to arbitrate disputes with the host state under the ICSID Convention*”²⁵.

Ora, como já se viu, nos termos do art. 25.º n.º 2 da Convenção de Washington, é considerado como sendo um “*national of another Contracting State*” qualquer pessoa, singular ou colectiva, sendo que esse conceito “*does not include any person who (...) also had the nationality of the Contracting State party to the dispute*”.

Segundo o tribunal, de acordo com o BIT, uma vez que os investidores franceses que invistam nas Maurícias devem celebrar contratos de investimentos que contenham cláusulas de arbitragem do ICSID e o ICSID não permite arbitragens envolvendo investidores com dupla nacionalidade, isso significaria, segundo o tribunal, que o conceito de investidor previsto no BIT – lido no seu contexto – não abrangeria os investidores com dupla nacionalidade.

É que, para o tribunal, caso contrário, haveria uma contradição no BIT, pois este estava a impor a determinados investidores (também àqueles com dupla nacionalidade) que incluíssem nos contratos de investimento uma cláusula do ICSID que, depois, em caso de litígio, estes não poderiam utilizar, precisamente por causa dessa dupla nacionalidade. Em suma, o tribunal entendeu que, “*by incorporating a mandatory reference to the ICSID Convention in the notion of “ressortissant” through Article 9 of the BIT, France and Mauritius have implicitly, but necessarily, excluded French-Mauritian dual nationals from the scope of application of the BIT*”²⁶.

Em aditamento desta conclusão, o tribunal considerou que, se no contexto do art. 9.º do BIT, o termo *ressortissant* devia ser interpretado como excluindo os investidores com dupla nacionalidade, já que estes não poderiam incluir nos contratos uma cláusula arbitral do ICSID, então essa interpretação do conceito de *ressortissant* teria de valer para todas as cláusulas do BIT, em que essa palavra fosse usada, o que, em consequência, levaria à exclusão

21 Michael Balantine and Lisa Balantine v. República Dominicana, sentença de 3 de setembro de 2019, parágrafo 597 e segs.

22 Enrique Heemsen e Jorge Hemmsen v. Venezuela, Laudo de Jurisdicción, 29 de Outubro de 2019. Segundo o Tribunal (parágrafo 433) “aplicando por analogia el derecho internacional contemporáneo de la protección diplomática al arbitraje de inversiones, se tendría que considerar que solo podrá reclamar el doble nacional que sea más extranjero que nacional, esto es, el inversor cuya nacionalidad dominante y efectiva no es la del Estado en contra del cual reclama”. Com efeito, ao contrário do que havia sido afirmado por tribunais anteriores, com seja no caso Rawat ou Garcia Armas, o tribunal, neste caso, considerou (parágrafo 440) que “el tribunal es de la opinión que, en materia de inversiones internacionales, en caso de silencio del Tratado [BIT], la aplicación de los principios generales del derecho internacional conduce a la aplicación del principio de la nacionalidad dominante y efectiva”.

23 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 168.

24 Sobre esta matéria, de modo detalhado, pronunciaram-se Tiago Duarte e Pedro Maia, como Legal Experts, nas duas arbitragens do ICSID Tenaris & Talta v. Venezuela (arb/12/23 e arb/11/26). Sobre o tema, considerando que, “it is for an ICSID tribunal to determine the nationality of a claimant for the purposes of any jurisdictional challenge, applying the law of the State concerned and subject to any qualification that, in exceptional circumstances, international law may require”, Anthony Sinclair, ICSID’s Nationality Requirements, ICSID Review, vol. 23, 2008, pág. 117. Divergindo da posição assumida pelos dois tribunais dos casos Tenaris & Talta v. Venezuela, veja-se o caso Orascom v. Argélia, sentença de 31 de Maio de 2017, parágrafo 287 e segs. O tribunal considerou que a determinação do critério de definição de investidor devia ser feito por recurso ao BIT e ao direito internacional e não à legislação interna do Estado. Para o efeito não considerou sequer que a definição de nacional (de um ponto de vista do direito interno) pudesse ser considerada como um outer limit para a definição de investidor, por não poder ser considerado investidor de um Estado (de acordo com o BIT) quem não fosse considerado nacional desse Estado (de acordo com a legislação interna desse estado).

25 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 174.

26 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 179.

dos investidores com dupla nacionalidade da protecção de todo o BIT. O tribunal confirmou este seu entendimento por recurso ao princípio geral do *effet utile*, considerando que obrigar os investidores (incluindo aqueles com dupla nacionalidade) a incluírem cláusulas arbitrais do ICSID que, depois, não seriam aplicáveis, em virtude dessa dupla nacionalidade, seria “*meaningless*”²⁷.

Do nosso ponto de vista a posição do tribunal merece algumas reservas, podendo ser considerada excessiva. Com efeito, não nos parece que a mera obrigação de os investidores celebrarem contratos com o *host State* e aí incluírem uma cláusula arbitral do ICSID possa, por si só, ser um elemento decisivo para interpretar o conceito de investidor previsto no BIT.

Com efeito, é dificilmente aceitável que uma cláusula do BIT (que determina a celebração de contratos entre o Estado e o investidor, com inclusão de uma cláusula arbitral do ICSID), que foi naturalmente desenhada para dar uma protecção extra ao investidor, obrigando o Estado a aceitar o recurso à arbitragem, possa ser usada contra o próprio investidor, sobretudo na eventualidade de o investidor poder recorrer à arbitragem fora do contexto do ICSID, como era a intenção do *Claimant*²⁸.

Na verdade, só se o tribunal tivesse decidido (mas não decidiu) que o investidor não poderia recorrer a *investor-state arbitration* fora do universo do ICSID, porque a *MFN clause* não estava disponível para importar uma cláusula de *dispute settlement* existente no BIT entre as Maurícias e a Finlândia é que poderia ter decidido que, sendo o recurso à arbitragem (contratual) do ICSID o único modo de resolução de litígios previsto no BIT e não sendo permitida a arbitragem do ICSID a cidadãos com dupla nacionalidade, então o conceito de investidor não poderia incluir os duplos nacionais, por uma questão de coerência e de efeito útil.

Mas a verdade é que se se aceitasse a *MFN clause* – algo que o tribunal não chegou a decidir – sempre se poderia dizer que o conceito de investidor poderia permitir o recurso a *investor-state arbitration* também para duplos nacionais, que estariam apenas limitados a não iniciar arbitragens (contratuais) do ICSID, podendo (devendo) optar por arbitragens *ad hoc*, como, de resto, o investidor fez.

(ii) Jurisdição *Ratione Voluntatis*

Tendo decidido que os cidadãos com dupla nacionalidade, no caso em que uma das nacionalidades era a do *host State*,

como era o caso do Senhor Rawat, não eram considerados investidores, à luz do BIT entre a França e as Maurícias, o tribunal entendeu não ser necessário apurar se tinha ou não jurisdição *ratione voluntatis* para dirimir o litígio.

Recorde-se que o BIT em apreço não continha uma cláusula em que os Estados dessem expressamente o seu consentimento para que os investidores que tivessem investido no *host State* pudessem iniciar uma arbitragem contra esse Estado, em caso de litígio relacionado com o alegado não cumprimento por parte do *host State* dos direitos previstos no BIT²⁹.

Com efeito, era precisamente pelo facto de o BIT não prever uma “*Investor-State arbitration clause*” que previa, como alternativa, a obrigação de os Estados celebrarem contratos com os investidores do outro Estado, aí incluindo cláusulas arbitrais (arbitragem do ICSID), assim permitindo aos investidores iniciar uma arbitragem contra o *host State*, em caso de alegada violação do contrato celebrado.

Naturalmente que uma solução (cláusula arbitral contratual) não é alternativa da outra (cláusula arbitral inserida no BIT), já que, no caso da primeira solução, apenas violações contratuais podem ser dirimidas por recurso à arbitragem, enquanto que, no caso da segunda solução, também violações não contratuais dos direitos previstos no BIT podem ser dirimidas com recurso à arbitragem do ICSID.

Foi assim que o investidor, não tendo celebrado qualquer contrato com as autoridades das Maurícias e não tendo qualquer cláusula arbitral inserida no BIT que lhe permitisse dirimir o litígio com as Maurícias perante um tribunal arbitral, procurou importar para o BIT entre França e as Maurícias uma cláusula de “*investor-state arbitration*” que se encontrava no BIT celebrado entre as Maurícias e a Finlândia, através do recurso à uma *MFN clause* prevista no segundo parágrafo do art. 8.º do BIT.

Uma *MFN clause* (*most favoured nation clause*) é uma cláusula que se encontra em vários BIT e através da qual os Estados garantem aos investidores abrangidos por esse BIT que os direitos que lhes são atribuídos por esse BIT (*basic BIT*) não serão menos favoráveis do que os direitos que esse mesmo Estado conceda a investidores de outros Estados terceiros, com os quais tenha igualmente celebrado outro BIT (*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 pelo *host State* (neste caso, as Maurícias) celebrado com outro

²⁷ Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 182.

²⁸ Questão diferente prende-se com o facto de o BIT impor a existência de cláusulas arbitrais nos contratos a celebrar pelos investidores, precisamente pelo facto de não prever o acesso directo dos investidores à arbitragem, por intermédio do BIT, já que o BIT não previa uma cláusula de *dispute settlement* com uma oferta de arbitragem por parte do Estado, mas isso é uma questão que se prende com a jurisdição *ratione voluntatis* e não com a jurisdição *ratione personae*.

²⁹ O BIT em causa pertencia à antiga geração de BIT, sendo datado de 1973, onde era menos vulgar a inclusão de cláusulas de *investor-state arbitration* nos BIT. Já o BIT celebrado entre as Maurícias e a Finlândia era de 2007 e continha uma típica cláusula de *investor-state arbitration*, ou seja, uma cláusula através da qual os Estados dão o seu consentimento antecipado para que os futuros investidores que venham a investir no seu território possam iniciar uma arbitragem contra esse Estado.

Estado terceiro (neste caso a Finlândia), e que seja mais favorável para o investidor do que as cláusulas existentes no BIT que lhe é directamente aplicável.

Ora, no art. 8.º do BIT celebrado entre a França e as Maurícias previa-se uma *MFN clause*, redigida nestes termos : “*for the matters governed by the present Convention other than those referred to in article 7 [relativas a questões fiscais], investments made by nationals, companies or other legal persons of one of the contracting States shall also benefit from all provisions more favourable than those of the present Agreement, which may result from international obligations already entered into or to be entered into by this other State with the first contracting State or third States*”.

Antes de prosseguir, 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, por poder pôr em causa o consentimento para a arbitragem dado pelo Estado, nos precisos termos em que é dado no BIT³⁰.

Seguindo esta linha de argumentação, o *host State* considerou que “*Rawat cannot be allowed to use the MFN clause to import the direct investor-state arbitration clause in the Finland-Mauritius BIT – in its entirety – into the France-Mauritius BIT. To do so (...) would be to use MFN clause to import basic consent to arbitration, rather than simply more favorable arbitration provisions*”³¹.

Segundo o *host State*, como o artigo 8.º do BIT previa a aplicação da *MFN clause* para “*les matières régies par la présente Convention*” e como “*direct investor-state arbitration is not mentioned in the France-Mauritius BIT, it cannot be a “matière” governed by the Treaty, and it necessarily falls outside the MFN clause*”³². No fundo, a República das Maurícias considerava que o BIT entre França e as Maurícias não continha qualquer consentimento dos Estados para que os investidores pudessem recorrer a arbitragem, em caso de alegada violação do BIT por parte do *host State*, razão pela qual, não havendo consentimento das Maurícias para uma potencial arbitragem (no BIT com a França), não era possível usar a *MFN clause* para “trocar” esse consentimento para a arbitragem (que era inexistente) por outro mais favorável (contido no BIT com a Finlândia), já que não se pode trocar um não consentimento para arbitragem por um melhor consentimento.

Diferentemente, para o investidor, o facto de o art. 9.º do BIT se referir à resolução de potenciais litígios entre o investidor e o Estado, obrigando à celebração de um

contrato entre ambos e à inclusão nesse contrato de uma cláusula arbitral do ICSID, era suficiente para se poder afirmar que o BIT tratava a “matéria” da resolução de litígios, pelo que seria possível, através da *MFN clause*, obter um melhor tratamento para essa “matéria”, como o proporcionado no BIT celebrado entre as Maurícias e a Finlândia, que prescindia da necessidade de um contrato para o investidor poder recorrer à arbitragem. O investidor invocou ainda o facto de a *MFN clause* excluir expressamente as matérias fiscais e não excluir as questões de *dispute settlement*, o que seria mais um indicador de que a mesma tinha uma amplitude grande, abarcando também a “matéria” da arbitragem³³.

Da análise da engenhosa argumentação do investidor verifica-se que o mesmo centrou mais a sua argumentação no facto de a *MFN clause* ser ampla e cobrir todas as matérias (incluído a matéria de *dispute settlement*) e menos na explicação de que o BIT celebrado entre as Maurícias e França regulava a matéria da resolução de litígios entre o Estado e os investidores. Compreende-se a dificuldade do investidor neste domínio, uma vez que verdadeiramente o BIT celebrado entre as Maurícias e França não regulava a “matéria” de *dispute settlement* entre investidor e *host State*, apenas contendo uma obrigação para os Estados de, em futuros contratos, incluírem uma cláusula de *dispute settlement*, pelo que não se poderia dizer que era o próprio BIT que continha uma cláusula ampla ou restrita de *dispute settlement* entre investidores e Estados.

Ora, face a esta argumentação das partes, o Tribunal optou por não decidir a questão, tendo optado por enquadrar apenas a mesma, referindo que “*the questions to be resolved would have included defining for MFN purposes the “matière” in article 9 of the France-Mauritius BIT and the “matière” in article 9 of the Finland-Mauritius BIT, and deciding whether these were of the same kind. This would have been the heart of the ejusdem generis test to be applied and would have involved an assessment of the level of granularity at which the “matières” needed to be considered, in order to distinguish “matters” from “treatment” of these matters in the respective articles 9 of the two investment treaties. Segundo o tribunal “matters” cannot be “bettered” by virtue of MFN clauses; “treatment” of matters may, in accordance with the wording of each relevant MFN clause*”³⁴.

No fundo, o que o tribunal pretendia equacionar era se – partindo do pressuposto de que a *MFN clause* apenas pode ser usada para obter um melhor tratamento de uma matéria que já exista no *Basic BIT* e não para trazer para o BIT uma matéria nova não prevista nesse

30 Para uma discussão recente dessa temática veja-se, por exemplo, o caso Venezuela US, SRL v. Venezuela, sentença sobre a jurisdição, de 26 de julho de 2016, parágrafo 100 e segs., bem como o voto de vencido do árbitro Marcelo Kohen incluído nessa decisão. Também sobre este tema, veja-se ainda o “Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause” adoptado pela International Law Commission em 2015.,

31 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 71.

32 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 77.

33 Dawood Rawat v. República das Maurícias, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 93.

34 Dawood Rawat v. The Republic of Mauritius, sentença sobre a jurisdição, 6 de Abril 2018, parágrafo 187.

BIT – a matéria considerada relevante seria a matéria da “resolução de litígios” (entre o investidor e o Estado), algo que parcialmente já existia no *Basic BIT* (relativamente a contratos) ou se, pelo contrário, a matéria relevante era a relativa a “*investor-state arbitration*”, caso em que mais dificilmente se poderia dizer existir, dada a falta de uma cláusula de *dispute settlement* contendo, designadamente, uma oferta de arbitragem por parte do *host State*.

Do nosso ponto de vista, a solução mais expectável por parte do tribunal seria a de que a *MFN clause* não seria *in casu* aplicável, por se entender que o BIT celebrado entre as Maurícias e França não continha verdadeiramente uma cláusula de *dispute settlement* que pudesse ser melhorada através do recurso à *MFN clause*, como ocorreu no caso *Maffezini v. Espanha* e na jurisprudência subsequente³⁵. Com efeito, o certo é que o BIT entre a França e as Maurícias não permite a um investidor iniciar (com maiores ou menores limites ou dificuldades) uma arbitragem contra o *host State*, com base no consentimento prestado pelo *host State* no BIT e com fundamento numa violação dos *standards* de protecção contidos no BIT. Ora, faltando uma cláusula no BIT que preveja essa possibilidade, a importação de uma cláusula de outro BIT que tivesse esse conteúdo não representaria um melhor tratamento face a um tratamento já existente, mas antes a importação de um tratamento inexistente no *basic BIT*, o que tem sido considerado inaceitável pela jurisprudência arbitral.

4. Conclusão

O presente acórdão permite-nos tirar duas lições muito relevantes.

Em primeiro lugar, acentua a importância de um prudente e preventivo *treaty planning*. Com efeito, a análise relativa à existência e ao conteúdo de um BIT que possa ser aplicável ao investimento que está em vias de ser realizado deve fazer parte de uma *due diligence* que um putativo investidor faça antes de tomar a decisão de investir num determinado Estado. Com efeito, bastaria que o Senhor Rawat tivesse criado uma empresa num Estado que tivesse celebrado um BIT com as Maurícias, contendo uma cláusula de *dispute settlement*, e que tivesse canalizado os investimentos nas Maurícias através dessa mesma empresa, para poder, mais tarde, ser essa

empresa a assumir o papel de *Claimant* numa arbitragem contra as Maurícias, no caso de este Estado violar o BIT celebrado com o estado da nacionalidade dessa mesma empresa. Isso mesmo ficou, de resto, demonstrado no caso *Tokios Tokelés v. Ucrânia*, que tem sido maioritariamente seguido por tribunais arbitrais subsequentes, apesar de a decisão do tribunal não ter sido, ainda assim, unânime³⁶.

Em segundo lugar, acentua a importância de se lerem cuidadosamente todas as cláusulas do BIT potencialmente aplicável, já que as decisões dos tribunais são tomadas tendo em conta todas as particularidades dos BIT, interpretando-o no seu contexto e não no seguimento de tendências gerais. Com efeito, as generalizações são muito perigosas (também) na arbitragem de investimentos, não se podendo afirmar, em geral, e apesar da decisão do caso *García Armas v. Venezuela* ou *Baghat v. Egipto*, que nas arbitragens *ad hoc* é possível que o *Claimant* tenha também a nacionalidade do *host State*, pois essa proibição apenas se encontra expressamente prevista no art. 25.º da Convenção de Washington. Do mesmo, também não se pode afirmar, que nas arbitragens de investimentos os tribunais não aplicam o conceito de “*nacionalidade dominante e efectiva*” como ficou patente no recente caso *Heemsen v. Venezuela*. As decisões arbitrais encontram-se fundamentadas, na maior parte dos casos, por pequenos detalhes, que podem fazer (e fazem) toda a diferença, razão pela qual é fundamental que os investidores procedam a uma análise jurídica aprofundada dos BIT potencialmente aplicáveis antes da realização dos investimentos, planeando atempadamente os seus investimentos de modo evitarem também acusações de *treaty shopping* e de abuso de direito, no caso de virem a proceder a “deslocalizações” da nacionalidade do investidor, para jurisdições mais favoráveis, apenas numa altura em que o litígio com o *host State* já se iniciou ou já era *foreseeable*³⁷.

35 *Maffezini v. Espanha*, decisão sobre a jurisdição, 25 de janeiro de 2000. Neste caso, estava em causa uma situação em que o *basic BIT* continha uma cláusula de arbitragem, mas que estava sujeita à condição prévia de o investidor procurar, primeiro, dirimir o litígio nos tribunais do *host State*, durante pelo menos 18 meses. Ora, o investidor decidiu usar a *MFN clause* contida nesse BIT para importar uma melhor cláusula de *dispute settlement* incluída num outro BIT celebrado por Espanha e onde essa condição prévia não existia, permitindo, assim, ao investidor iniciar a arbitragem imediatamente. Mesmo esta aplicação da *MFN clause* tem sido objecto de algumas críticas na doutrina e na jurisprudência, apesar de ser maioritária na jurisprudência. Diferentemente, no caso *Plama v. Bulgária*, decisão sobre a jurisdição, de 8 de fevereiro de 2005, o *Basic BIT* apenas permitia o recurso à arbitragem *ad hoc* para litígios relativos à determinação do montante da indemnização por expropriação, sendo que o investidor queria invocar a *MFN clause* prevista no referido BIT, não só para poder recorrer à arbitragem do ICSID, em vez de arbitragem *ad hoc*, como para poder dirimir outros litígios não directamente relacionados com a determinação do montante indemnizatório causado pela expropriação, tudo de acordo com as cláusulas previstas no *third party BIT*, celebrado entre a Bulgária e outro Estado, o que não foi aceite pelo tribunal.

36 *Tokios Tokelés v. Ucrânia*, decisão sobre a jurisdição, de 29 de Abril de 2004.

37 Sobre este tema veja-se, Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, 2016 e Duncan Watson e Tom Brebner, *Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework*, ICSID Review, vol. 33, n.º 1, 2018. Na jurisprudência, veja-se o caso *Philip Morris v. Australia*, sentença sobre a jurisdição de 17 de Dezembro de 2015 e *Renée Rose Levy and Gramcitel S.A. v. República do Perú*, Sentença de 9 de Janeiro de 2015.

UMA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA (NÃO) VIOLADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PARTES

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA
DE 10 DE MAIO DE 2018 ¹⁻²

António Pedro Pinto Monteiro

Doutor em Direito (FDUNL)
Professor Convidado da Faculdade
de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Advogado e Árbitro

Carolina Inverno Branco

Mestranda em Direito Forense
e Arbitragem (FDUNL)
Advogada-estagiária PLMJ Arbitragem

¹ Disponível em www.dgsi.pt.

² O presente texto encontra-se redigido ao abrigo
do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Tribunal da Relação de Lisboa,

Processo. º 556/17.9 YRLSB
Relator Teresa Pardal

Sumário:

1. Nos termos dos artigos 39º nº4, 46º, 18º nº9 e 59º da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei 63/2011 de 14/2), para além do despacho pelo qual o tribunal arbitral se declare competente a que se refere a alínea f) do nº1 do artigo 59º e das questões previstas nas alíneas a) a d) do nº1 do mesmo artigo 59º, não há impugnação de decisões interlocutórias, só podendo haver impugnação da sentença final, quer por recurso (artigo 39º nº4), quer por acção de anulação (artigo 46º), pelo que a impugnação da decisão interlocutória do tribunal arbitral que admitiu meios de prova só pode operar mediante o pedido de anulação da sentença, com fundamento no artigo 46º nº3 a) ii), por violação dos princípios fundamentais referidos no artigo 30º nº1 com influência decisiva na resolução do litígio.

2. Não viola os princípios fundamentais referidos no artigo 30º da LAV, de igualdade das partes, do contraditório e da oportunidade de defesa, a decisão interlocutória do tribunal arbitral que admitiu prova apresentada por uma das partes fora do momento processual previsto no regulamento de arbitragem aplicável, mas na sequência de um despacho anterior em que o tribunal comunicou às partes não se encontrar ainda esclarecido e necessitar de produção de mais prova, tendo em atenção que a outra parte teve sempre oportunidade de se pronunciar e de requerer o que tivesse por conveniente.

3. Deve ser rejeitada a impugnação da matéria de facto fixada na sentença recorrida, já que a mesma está fundamentada em parte por prova testemunhal e por declarações que não foi gravada, não tendo a recorrente nunca levantado a questão da omissão da gravação quer durante o julgamento, quer no próprio recurso e não se vislumbrando na fundamentação da decisão impugnada qualquer violação dos mesmos princípios fundamentais previstos no artigo 30º da LAV.

Resumo

A Seguradora, reclamada/demandada nos autos em discussão, interpôs recurso de sentença arbitral proferida no âmbito de uma arbitragem voluntária a decorrer no Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS), pedindo a revogação da sentença recorrida e sua substituição por outra que conclua pela absolvição. Para tal alegou, no que releva para o presente comentário, que

"Houve uma total e incompreensível diferença de tratamento entre as partes no presente processo, em clara violação do artigo 30º nº1 b) da LAV e do artigo 11º do Reg. do Serviço de Mediação e Arbitragem.

O tribunal recorrido, com violação do princípio da igualdade das partes e do princípio da confiança, afastou e surpreendeu a apelante com a aceitação de meios probatórios, documentais e testemunhais, extemporâneos e distintos do solicitado pelo próprio tribunal e exigiu-lhe um ónus da prova acrescido, mais exigente do que aquele que foi exigido ao apelado".

As partes em litígio celebraram um contrato de seguro de responsabilidade civil automóvel e danos próprios relativo ao veículo ligeiro do reclamante, a 6 de Fevereiro de 2013. Este contrato era anualmente renovável e incluía a cobertura de furto ou roubo, com capital seguro de €23.650,00.

Entre a tarde do dia 16.11.2015 e as 20h do dia 20.11.2015 o veículo objecto de apólice emitida pela seguradora reclamada foi furtado na via pública, tendo o reclamante denunciado o crime às autoridades competentes. Contudo, os autos foram arquivados pelo Ministério Público.

Posteriormente, o reclamante participou o furto à reclamada e foi realizada a peritagem do sinistro, tendo o perito concluído pela veracidade do furto, apesar de ter encontrado várias incongruências face ao participado. Por esta razão, em carta datada de 18 de Janeiro de 2016, a reclamada informou o reclamante da recusa de responsabilidade em virtude de ser seu entendimento que o furto não ocorreu conforme o participado.

Assim, o reclamante deu início a uma acção no CIMPAS, pedindo o valor coberto pelo contrato de seguro – €23.650,00. Ainda, juntou prova documental, a declaração de adesão ao serviço de mediação e arbitragem e a aceitação da possibilidade de recurso da decisão arbitral. A reclamada aceitou submeter o litígio ao CIMPAS, tendo contestado, arrolado testemunhas e juntado prova documental, bem como a declaração de adesão aos serviços de mediação e arbitragem e a aceitação da possibilidade de recurso da decisão arbitral.

O processo arbitral seguiu os seus trâmites e durante a audiência de julgamento realizada a 10 de outubro de 2016, a juiz árbitro declarou não estar esclarecida, pelo que suspendeu a audiência por considerar ser necessária produção de prova e notificou o reclamante para juntar documentos e arrolar testemunhas.

A 23 de Outubro de 2016, o reclamante juntou documentos e arrolou duas testemunhas para além das que tinham sido indicadas pelo Tribunal. A reclamada opôs-se a esta junção por já ter decorrido o prazo geral de 10 dias e impugnou a genuidade dos documentos. Ainda, opôs-se à apresentação das testemunhas arroladas, alegando que deveriam ter sido apresentadas no formulário inicial ou, mediante justificação legal, deveria ter sido requerida a sua audição numa das sessões de audiência anteriores.

Contudo, foi proferido despacho que admitiu a prova junta pelo reclamante, com o fundamento de ser necessária à

descoberta da verdade nos termos do artigo 30.º, n.º 4 da LAV e de que a necessidade de prova resulta dos factos discutidos em audiência não constarem na contestação apresentada. A reclamada opôs-se, considerando que o presente despacho violava os princípios fundamentais do artigo 30.º, n.º 1 da LAV, bem como os artigos 3.º e 4.º do CPC. No fim do processo foi proferida sentença que condenou a reclamada a pagar ao reclamante a quantia de €23.650,00.

A reclamada interpôs recurso da sentença proferida, o qual foi admitido, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa decidido, no que releva para o presente comentário, que:

"A impugnação de um despacho interlocutório que admitiu prova só poderá operar mediante o pedido de anulação da sentença, com fundamento no artigo 46.º n.º 3 a) ii), por violação dos princípios fundamentais referidos no artigo 30.º n.º 1 com influência decisiva na resolução do litígio.

Contudo, embora a apelante não enquadre a questão num pedido de anulação da sentença, dir-se-á que não se verifica qualquer violação dos princípios fundamentais previstos no artigo 30.º da LAV e nos artigos 3.º e 4.º do CPC, ou seja, os princípios da igualdade das partes, do contraditório e da oportunidade de defesa.

(...)

O facto da prova arrolada pelo apelado não ser exactamente a mesma que havia sido determinada pelo tribunal e o facto de ter sido apresentada depois de decorrido o prazo geral de 10 dias previsto no artigo 149.º do CPC não obsta à sua admissibilidade, tendo em atenção o contexto da sua apresentação (...) A apelante foi sempre notificada das decisões do tribunal e dos meios de prova apresentados, tendo-lhe sido dada a oportunidade de se pronunciar.

No que diz respeito ao princípio da igualdade das partes, nada foi requerido pela apelante no sentido de pretender produzir mais prova, face à prova apresentada pelo apelado que levasse o tribunal a tratá-la de forma diferente daquela como tratou o apelante, sendo certo que o tribunal não podia inibir-se de determinar e aceitar prova que entendia ser necessária para o apuramento dos factos para não desagradar a uma das partes."

Desta forma, o recurso foi julgado improcedente, tendo o Tribunal da Relação considerado não existir qualquer violação dos princípios previstos no artigo 30.º da LAV, nomeadamente o princípio da igualdade das partes, do contraditório e da oportunidade de defesa.

ANOTAÇÃO

1. Introdução

I – No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Maio de 2018 está, essencialmente, em causa o alegado desrespeito de alguns dos mais elementares princípios e regras fundamentais do processo arbitral, consagrados no artigo 30.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV). Em particular, o caso concreto centra-se naquele que é, reconhecidamente, uma "regra bíblica" a observar em qualquer arbitragem: o *princípio da igualdade das partes*³.

Conforme consta do resumo feito supra, tudo se terá passado na sequência de uma decisão interlocutória do tribunal arbitral (arbitragem institucionalizada no âmbito do CIMPAS); referimo-nos a um despacho nos termos do qual se decidiu admitir meios de prova adicionais do recorrido (demandante/reclamante no processo arbitral). Não concordando com esta admissão, a recorrente (demandada/

reclamada no processo arbitral) vem – de forma algo dramática – invocar uma violação deste princípio (e de outros) por parte do tribunal arbitral.

A factualidade do caso concreto, porém, aponta em sentido diferente ao sustentado pela recorrente. Por outro lado, como veremos, a recorrente parece também partir de uma concepção errada do princípio da igualdade das partes. Deste modo, face à descrição que é feita no acórdão, podemos adiantar, desde já, que bem andou o Tribunal da Relação de Lisboa em julgar improcedente a apelação, confirmando a sentença arbitral recorrida.

II – Tendo presente o acima exposto, o comentário que faremos de seguida iniciar-se-á com uma breve análise do princípio da igualdade das partes: importa perceber a sua relevância, sentido e alcance. Só dessa forma estaremos em condições de aferir se tal princípio foi ou não violado no caso concreto.

³ 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. O mesmo se poderá dizer, aliás, a propósito do *princípio do contraditório* (também aqui invocado), outro princípio fundamental em qualquer arbitragem; a este respeito, veja-se Lucinda Dias da Silva, *Processo Cautelar Comum. Princípio do contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 43 e 44.

De seguida, tendo presente o debate que é feito no acórdão sobre o problema das decisões interlocutórias na arbitragem (isto é, a questão de saber se, como e quando tais decisões podem ser impugnadas nos termos da LAV), impõe-se uma análise sumária deste regime.

No final, concluiremos a nossa anotação com uma breve conclusão.

2. A alegada violação do princípio da igualdade das partes

I – É certo que o princípio da autonomia das partes assume uma grande relevância na arbitragem, em consonância, aliás, com a origem contratual deste meio de resolução alternativa de litígios⁴. É certo igualmente que as partes (e, na sua omissão, os árbitros) dispõem de uma grande liberdade na fixação das regras do processo⁵, podendo ajustar o processo arbitral às características e circunstâncias concretas do caso, evitando os formalismos próprios da jurisdição estadual⁶ e, em parte, o respectivo regime processual.

Não obstante, a verdade é que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais que deverão ser *sempre* respeitados – princípios que, no essencial, correspondem àquele mínimo que nos permite afirmar estarmos perante um *processo equitativo*⁷. Nos termos da LAV, esses princípios encontram-se genericamente referidos nas três alíneas do n.º 1 do artigo 30.º (disposição invocada pela recorrente): obrigatoriedade de

citação, *princípio da igualdade das partes*; necessidade de dar às partes uma “oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final”; e 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 possuir⁸. 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. 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*”⁹ 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 e do princípio do contraditório¹⁰.

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 concretiza¹¹ e que impedem

4 Vide, entre outros, 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.168 a 215, e António Pedro Pinto Monteiro / Artur Flaminio da Silva / Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 57 a 102 – autores que aqui seguiremos de muito perto.

5 Vide Cândido Rangel Dinamarco, *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, São Paulo, 2013, p. 46. Sobre esta liberdade, vejam-se, ainda, Christophe Seraglini / Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, pp. 324 e ss., e Jens-Peter Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2008, p. 63. Na LAV, a referida liberdade encontra-se reflectida nos n.os 2 e 3 do artigo 30.º.

6 Cfr. Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 142, e Maria Helena Brito, “Arbitragem internacional. A propósito da nova Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Themis - FDUNL*, ano XII, n.os 22 e 23 (2012), Almedina, Coimbra, 2013, p. 128.

7 Vide, entre outros, 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: 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, e, entre nós, Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, 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, particularmente, António Pedro Pinto Monteiro / Artur Flaminio da Silva / Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 278 e ss., e 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)”, in *Revista PLMJ Arbitragem, Jurisprudência comentada* (2017), n.º 2, 2018, pp. 75 a 92.

8 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.

9 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 966.

10 Compreende-se, por isso, que o artigo 30.º, n.º 1, da LAV, seja considerado uma disposição incompleta e até mesmo inócua – cfr. António Pedro Pinto Monteiro, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 99 e 100, e António Pedro Pinto Monteiro / Artur Flaminio da Silva / Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 283 e 284.

11 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*, 2.ª ed., University of Helsinki Conflict Management Institute (COMI), Oxford University Press, Nova Iorque, 2010, pp. 1 e 2.

que o processo arbitral caia em descrédito¹². Daí que o legislador português preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser *anulada*, caso algum dos princípios fundamentais do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, e não só, tenha sido violado^{13–14} (facto que atesta bem a importância destes princípios¹⁵), podendo, ainda, tal violação constituir um obstáculo à execução da sentença¹⁶.

II – De entre os referidos princípios fundamentais constantes do artigo 30.º, n.º 1, da LAV, a recorrente queixa-se particularmente de uma alegada violação do *princípio da igualdade das partes*. Conforme adiantámos *supra* face à descrição que é feita no acórdão, a verdade, porém, é que, para além dos factos não suportarem a tese da recorrente, a mesma parece ainda assentar numa concepção errada do princípio da igualdade das partes. Importa, por isso, perceber em que se traduz o mencionado princípio¹⁷.

O princípio da igualdade das partes é, sem margem para dúvidas, um princípio “indiscutido em matéria de arbitragem”¹⁸, uma verdadeira regra bíblica – o que se compreende, pois estamos perante um importante corolário do direito ao processo equitativo. 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 equitativo¹⁹.

A sua importância é, aliás, reconhecida, de forma expressa, em inúmeras leis e regulamentos de arbitragem estrangeiros, podendo afirmar-se que pertence aos princípios gerais

do “*due process internacional*”²⁰. Esse destaque evidencia-se, desde logo, na própria Lei-Modelo da UNCITRAL, mais concretamente no artigo 18.º de tal diploma, que estabelece que “*as partes devem ser tratadas com igualdade e deve ser dada a cada uma delas toda a oportunidade de apresentarem o seu caso*”. Não surpreende, por isso, que o nosso legislador preveja, expressamente, na alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, que as partes devam ser tratadas “*com igualdade*”, devendo ainda “*ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final*”. Por outro lado, acrescente-se, o princípio da igualdade das partes é um princípio fundamental em todos os momentos da arbitragem²¹.

Assente a importância do princípio da igualdade das partes, importa compreender o seu sentido e alcance. Neste âmbito, face a certos equívocos que na arbitragem se verificam (e no caso concreto), cumpre desde já salientar que *igualdade não é sinónimo de identidade de tratamento*²². 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 conseguir²³. 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*²⁴. 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)²⁵.

12 Vide Paula Costa e Silva, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, vol. III, Lisboa, 1992, p. 934, e Artur Flaminio da Silva, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2017, 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...”, *cit.*, p. 129).

13 Artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea ii), da LAV.

14 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).

15 Cfr. 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, p. 965.

16 Artigo 48.º, n.º 1, da LAV.

17 Sobre o princípio da igualdade das partes na arbitragem, veja-se, particularmente, António Pedro Pinto Monteiro, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, e António Pedro Pinto Monteiro / Artur Flaminio da Silva / Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, pp. 202 e ss.

18 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.

19 Vejam-se Matti S. Kurkela / Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration*, *cit.*, 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.

20 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 Poudret / Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 338, e Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 144 e 145.

21 Vide Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, *cit.*, pp. 144 e 145.

22 Cfr. Christophe Seraglini / Jérôme Ortscheidt, *Droit de l’arbitrage interne et international*, *cit.*, p. 345.

23 Vide Matti S. Kurkela / Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 190.

24 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*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 61.

25 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*, The Journal of the London Court of International Arbitration, vol. 22, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 23 e 24.

Pense-se, por exemplo, no seguinte: o autor, à partida, terá mais tempo para preparar a acção (escolhendo o momento da sua propositura²⁶) 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 recaia 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)²⁷. A recorrente não tem deste modo razão quando alega, por exemplo, que o tribunal arbitral lhe exigiu “um ónus da prova acrescido, mais exigente do que aquele que foi exigido ao apelado”, pretendendo com isso consubstanciar uma alegada violação do princípio da igualdade das partes.

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 mecânico²⁸. Mais: por vezes, para que se cumpra a igualdade *material ou substancial* (e não apenas uma igualdade formal²⁹), será mesmo necessário que se estabeleçam diferenciações³⁰, designadamente quando a situação entre demandante(s) e demandado(s) não for idêntica³¹.

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 curto³², 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 partes³³ 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*³⁴.

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 diferente³⁵ (no fundo, em consonância com o conhecido adágio, imputado a Aristóteles, de *tratar igualmente o que é igual e desigualmente o desigual*³⁶, com respeito pelos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade).

III – Referida, em termos sumários, a importância, sentido e alcance do princípio da igualdade das partes, a questão seguinte que se coloca é a de saber se tal princípio foi ou não violado no caso concreto. Conforme fomos adiantando no nosso comentário, a resposta é negativa.

Para além do que vimos antes, e como bem salientou o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, os meios de prova adicionais do recorrido foram juntos a pedido e na sequência de um despacho do tribunal arbitral. O tribunal – no uso dos amplos poderes de que dispõe a respeito dos meios de prova – notificou o reclamante (ora recorrido) para juntar documentos, tendo determinado também a audição de testemunhas. Quer nos termos do Regulamento do CIMPAS³⁷, quer nos termos da LAV³⁸, podia fazê-lo. E foi o que fez, não havendo nada de errado ou censurável acerca disso³⁹.

26 Tendo em atenção, claro, eventuais prazos de caducidade (por exemplo, o prazo da responsabilidade contratual).

27 Mencionando alguns destes exemplos, vide, nomeadamente, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, 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*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra 2011, p. 208.

28 Cfr. Dominique Hascher, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 129.

29 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.

30 A este propósito, veja-se Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 145 e 146.

31 Cfr. Dominique Hascher, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 129.

32 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.

33 No âmbito do Direito Processual Civil, é isso que decorre expressamente, por exemplo, do artigo 4.º do Código de Processo Civil português – preceito que também é invocado pela recorrente.

34 Vide Vital Moreira / Carla de Marcelino Gomes (coordenação), *Compreender os direitos humanos - manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 229, Lucinda Dias da Silva, *Processo Cautelar Comum. Princípio do contraditório...*, 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/>].

35 Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., pp. 371 e 372.

36 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).

37 Artigo 23.º, n.º 2, do actual Regulamento do CIMPAS: “O tribunal arbitral pode, por iniciativa própria ou a requerimento de uma ou ambas as partes: a) Recolher declarações das partes; b) Ouvir testemunhas ou terceiros; c) Obter a entrega de documentos necessários; d) Nomear um ou mais peritos; e) Mandar proceder a análise ou proceder a exames directos”.

38 Artigo 30.º, n.º 4, da LAV.

39 Note-se, aliás, que o próprio CPC prevê esta possibilidade nos termos do artigo 607.º, n.º 1, bem como nos termos dos artigos 6.º e 547.º.

Por outro lado, note-se que tudo isto foi feito sempre com a notificação da reclamada (ora recorrente), tendo tido esta a oportunidade de se pronunciar quer sobre o referido despacho do tribunal arbitral que ordenou a produção de novos meios de prova (não o tendo feito), quer sobre os documentos subsequentemente juntos e as testemunhas arroladas pela parte contrária (momento em que apresentou a sua oposição).

No que especificamente respeita ao princípio da igualdade das partes, e como se lê no acórdão sob anotação, acresce-se, ainda, que “nada foi requerido pela apelante no sentido de pretender produzir mais prova, face à prova apresentada pelo apelado que levasse o tribunal a tratá-la de forma diferente daquela como tratou o apelante, sendo certo que o tribunal não podia inibir-se de determinar e aceitar prova que entendia ser necessária para o apuramento dos factos para não desagradar a uma das partes”.

Tudo isto, em suma, leva-nos a concluir não ter sido violado o princípio da igualdade das partes pelo tribunal arbitral, não assistindo razão à recorrente – motivo pelo qual, e bem, a apelação foi julgada improcedente pelo Tribunal da Relação de Lisboa, mantendo-se a sentença arbitral recorrida.

3. Impugnação de decisões interlocutórias

I - A fonte da discórdia e fundamento do recurso interposto pela Seguradora, reclamada nos autos, é um despacho proferido pelo Tribunal Arbitral que admite prova documental e testemunhal do Réu, em aparente violação dos princípios previstos no artigo 30.º da LAV. Ora, estamos perante uma decisão interlocutória do Tribunal, que decide sobre a admissibilidade de determinados meios de prova, sem se pronunciar sobre o fundo da causa.

Estas decisões têm um regime específico de impugnação, pelo que competia à Relação abordar este assunto. Vejamos.

II - A LAV prevê três mecanismos de oposição pelas partes à sentença proferida pelo tribunal arbitral: acção de anulação, recurso e oposição à execução⁴⁰. De entre os referidos meios, merecem particular atenção no nosso caso concreto os primeiros dois.

O recurso é o meio excepcional, na medida em que apenas é admissível se as partes expressamente o previrem, tal como definido no artigo 39.º, n.º 4, da LAV. Já o pedido de anulação permite sempre impugnar a sentença perante os tribunais estaduais nos termos do artigo 46.º da LAV, o qual tem trâmites, fundamentos e exigências taxativas.

Perante este cenário, bastante restritivo, cabe a pergunta: como podem as partes impugnar uma decisão interlocutória?

Segundo a atual LAV, podemos afirmar que as decisões interlocutórias só podem ser directa e imediatamente impugnadas nos casos excepcionais previstos na lei, sendo a regra geral a da impugnabilidade a final, através de impugnação da sentença final.

Esta é, aliás, a solução adoptada no Código de Processo Civil (CPC), ou seja, a regra nos tribunais judiciais é, também, a da impugnabilidade diferida e concentrada das decisões interlocutórias juntamente com a sentença final (artigo 644.º, n.º 3, do CPC), excepto nos casos expressamente previstos na lei⁴¹.

As razões de ser deste regime são bastante evidentes. Primeiro, evita que as partes utilizem a impugnação como manobra dilatória, não permitindo constantes perturbações no andamento do processo, ou seja, a regra da impugnabilidade a final é um factor de celeridade. Segundo, garante a necessária e exigível autonomia dos tribunais arbitrais face aos tribunais estaduais, impedindo que toda e qualquer decisão que tomem seja imediatamente sindicada por aqueles. Terceiro, uma vez que estas decisões não formam caso julgado, permitem que o tribunal altere a sua posição na sequência da arbitragem, se existir fundamento para tal, sanando o problema.

A única excepção à regra da impugnação a final que está prevista na LAV é a relativa às decisões nas quais o tribunal se pronuncia sobre a sua competência, mais precisamente, quando decide previamente que tem competência para apreciar a causa, como consagrado no artigo 18.º, n.º 9, da LAV:

"9 - A decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral declare que tem competência pode, no prazo de 30 dias após a sua notificação às partes, ser impugnada por qualquer destas perante o tribunal estadual competente, ao abrigo das subalíneas i) e iii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º, e da alínea f) do n.º 1 do artigo 59.º."

Note-se que esta impugnação não tem efeito suspensivo, uma vez que o processo arbitral continua a seguir os seus termos, podendo o tribunal proferir decisão sobre o fundo da causa enquanto corre em paralelo a acção de impugnação junto dos tribunais estaduais, conforme o n.º 10 do artigo 18.º da LAV.

A impugnação prevista no artigo 18.º, n.º 9, recai sobre a decisão em que o tribunal declara a sua competência, não sendo possível perante uma decisão em que aquele se declare incompetente para dirimir o litígio, pois nesse

⁴⁰ Vide, entre outros, António Pedro Pinto Monteiro / Artur Flaminio da Silva / Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, cit., pp. 389 e ss.

⁴¹ Como nota Abrantes Geraldès: "As decisões intercalares que, sendo impugnáveis em abstrato, não admitam recurso de apelação autónomo intercalar, podem (e só podem) ser impugnadas no âmbito do recurso que eventualmente venha a ser interposto do despacho saneador ou da decisão final do processo" (António Abrantes Geraldès, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 216).

caso estamos perante uma sentença final, não uma decisão interlocutória⁴². E não devemos confundir esta decisão com uma declaração genérica de competência, a qual não preenche os requisitos para impugnar junto dos tribunais estaduais, uma vez que não forma caso julgado, mas da qual deve ser deduzida oposição pela parte nos termos do 46.º, n.º 4, sob pena de se tornar inatacável.⁴³

Assim, parece-nos evidente perante a análise da LAV que, ressalva feita à excepção mencionada, as decisões interlocutórias apenas podem ser impugnadas com a decisão final, tal como afirma (e bem) o Tribunal da Relação no acórdão em comentário quando confrontado com o despacho sobre admissibilidade de prova. Esta é, também, a solução consensual na doutrina e jurisprudência nacional⁴⁴.

Merece, contudo, destaque a excepção prevista no artigo 19.º, n.º 8, uma vez que é uma importante inovação da nova LAV, em sentido completamente inverso ao estabelecido pela LAV de 86, cujo artigo 21.º, n.º 4, afirmava: “a decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente só pode ser apreciada pelo tribunal judicial depois de proferida a decisão sobre o fundo da causa”.⁴⁵

Ou seja, deu-se uma verdadeira mudança de paradigma, que se fundou em razões de economia e celeridade processuais⁴⁶, uma vez que ao permitir a impugnação imediata se evita a possível prolacção de uma sentença arbitral inútil, poupando-se tempo e dinheiro às partes e ao tribunal.

Todavia, como qualquer mudança (máxime, quando em sentido radicalmente oposto ao antes previsto, como acontece neste caso), são vários os problemas e dúvidas que se levantam e exigem resposta. Analisemos alguns deles.

III - Um primeiro ponto a abordar refere-se ao alcance da remissão feita no artigo 18.º, n.º 9, da LAV para o artigo 46.º, n.º 3, alíneas i) e iii), a qual restringe os fundamentos de impugnação à invalidade da convenção de arbitragem e ao facto de o litígio não se encontrar abrangido pela convenção de arbitragem. Porém, não fará sentido permitir à parte impugnar de imediato a decisão do tribunal sobre a sua competência nas situações em que o litígio não é, sequer, arbitrável nos termos da lei portuguesa?

A doutrina tende a considerar que a situação de inarbitrabilidade do litígio está abrangida pelo artigo 18.º, n.º 9, da LAV, contudo, os argumentos utilizados divergem. Alguns autores consideram que, apesar das partes não suportarem o ónus de alegação, devem poder arguir a violação das regras de arbitrabilidade, pois estamos perante “um direito que não pode ser negado às partes, por razões de economia e garantia judicial efetiva”⁴⁷. Outros consideram que tal situação está contemplada na subalínea i) da al. a) do n.º 3 do artigo 46.º, na medida em que a inarbitrabilidade do litígio é uma causa de invalidade da convenção de arbitragem.⁴⁸

A arbitrabilidade objectiva é um dos critérios de validade da convenção de arbitragem, algo que fica desde logo claro no artigo 1.º, n.º 1, da LAV. Assim, a inarbitrabilidade do litígio torna a convenção inválida, situação que está abrangida no artigo 46.º, n.º 3, al. a), i). Note-se que a autonomização da arbitrabilidade objectiva na al. b) i) tem por efeito determinar que este requisito é de conhecimento oficioso, não tendo a parte o ónus de impugnação.

IV – Outra questão que a lei não esclarece prende-se com o tribunal no qual deve dar entrada o processo de impugnação da decisão interlocutória: no tribunal arbitral (tribunal *a quo*) ou diretamente na segunda instância no âmbito dos tribunais estaduais?

Parece-nos que a decisão interlocutória pode (e deve) ser imediatamente impugnada perante o tribunal estadual competente, isto é, no Tribunal da Relação ou no Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o lugar da arbitragem (artigo 59.º). Opinião que se baseia na letra da lei e no facto de esta ser a solução que garante maior eficiência e celeridade à impugnação da decisão interlocutória. Ao que se acrescenta, que esta é a posição defendida consensualmente pela doutrina⁴⁹.

Note-se, contudo, que por mero dever de patrocínio nada obsta a que a impugnação da decisão interlocutória em que o tribunal se declare competente seja interposta tanto no tribunal estadual competente como no tribunal arbitral que está a decidir a causa.

42 Sampaio Caramelo discorda, na medida em que pode considerar-se haver omissão de pronúncia, já que o tribunal, ao declarar-se incompetente, não se pronunciou sobre questões que deveria conhecer (António Sampaio Caramelo, *A Competência da Competência e a Autonomia do Tribunal Arbitral*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vol. I, Lisboa, 2013, p. 318).

43 Pedro Metello de Nápoles / Carla Góis Coelho, “A Arbitragem e os Tribunais estaduais”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, Almedina, Coimbra, 2014, p. 214.

44 Cfr. entre outros, José Robin de Andrade, Anotações ao art. 39.º, in Dário Moura Vicente (coord.) - *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 4.ª ed., Almedina, 2019, p. 139. Ac. TRL de 10 de março de 2016 (proc. 402/16.OYRLSB-8), disponível em www.dgsi.pt.

45 Marta Alves Vieira, “A competência dos tribunais arbitrais”, in *Themis*, Ano XVII, N.os 30/31, 2016, p. 180. Também, Luís de Lima Pinheiro, tendo por base a antiga LAV, afirmava que “os meios de impugnação referidos no Cap. V apenas podem ter por objeto decisões definitivas”, excluindo qualquer impugnação de decisões interlocutórias, incluindo a referente à competência, contrariamente ao que já era admitido noutros sistemas em que era possível “a impugnação imediata não só de sentenças parciais, mas também de decisões interlocutórias, designadamente de decisões que têm por objeto um meio de defesa destinado a extinguir a instância (tais como a decisão que tenha por objeto a competência do tribunal arbitral ou a exceção de caso julgado)” – Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional...*, cit., p. 176.

46 Mário Esteves de Oliveira (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 269.

47 Mário Esteves de Oliveira (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 271.

48 Pedro Metello de Nápoles / Carla Góis Coelho, “A Arbitragem e os Tribunais estaduais”, cit., p. 214.

49 Vide Dário Moura Vicente (coord.), op. cit., p. 85, e Mário Esteves de Oliveira (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 270.

V - Ponto que é efectivamente alvo de discussão e divergência, em matéria de impugnação de decisões interlocutórias (o verdadeiro *hot topic* nesta matéria), é o efeito do decurso dos 30 dias após notificação às partes da decisão interlocutória, sem que a parte impugne tal decisão.

Esta não impugnação da decisão sobre a competência terá um efeito preclusivo? Ou a LAV no artigo 18.º, n.º 9, apenas atribui uma faculdade à parte, podendo esta impugnar sempre a decisão interlocutória a final? A doutrina divide-se, defendendo duas posições radicalmente opostas.

Entre os autores que consideram que estamos perante um verdadeiro ónus, isto é, a não impugnação da decisão no prazo de 30 dias tem um efeito preclusivo, encontramos Pedro Siza Vieira e Nuno Ferreira Lousa⁵⁰, que defendem a impugnação imediata com base no princípio da estabilização da instância, na necessidade de evitar a prolacção de sentenças inúteis e no facto da LAV determinar expressamente um prazo para o exercício deste direito.

No mesmo sentido, Armindo Ribeiro Mendes afirma que “se o tribunal decidir que é competente, através de decisão intercalar, esta decisão pode ser de imediato impugnada por meio de recurso, sob pena de, não se interpondo recurso (art. 18.º, n.º 9), tal incompetência ficar sanada”⁵¹.

Também é defensor desta posição António Sampaio Caramelo, que apresenta um conjunto de argumentos no sentido de que se a decisão não for impugnada no prazo de 30 dias forma caso julgado, a saber: os objectivos visados pela excepção consagrada – não perturbar o andamento da arbitragem, não premiar táticas dilatórias e evitar o inútil dispêndio de dinheiro e tempo num processo cuja sentença será anulável – apenas são alcançáveis com a existência de um prazo curto e preclusivo; mais, esta é a única posição conforme à Lei Modelo da UNCITRAL, a qual esteve na base do artigo 18.º da LAV e às soluções adoptadas no direito comparado.⁵²

No polo oposto, defendendo que a LAV atribui apenas uma faculdade à parte interessada, encontramos Mariana França Gouveia⁵³. A autora considera que “as vantagens da obrigatoriedade de imediata impugnação existem em abstrato, mas em concreto não”. Concretizando, a demora na resposta por parte do sistema judicial coarta a grande vantagem que a impugnação imediata da decisão sobre a competência traria: evitar uma sentença inútil; a tal acresce a possível desvantagem para a parte de ter que propor duas acções: a impugnação da decisão interlocutória e a

impugnação da sentença (se a primeira não for decidida em tempo útil, como muitas vezes acontecerá), o que implicará ter que pagar o dobro das custas processuais, sendo este um factor a considerar na decisão de apenas impugnar a decisão interlocutória a final. A autora refuta, ainda, expressamente, o argumento apresentado por Sampaio Caramelo relativo aos trabalhos preparatórios da Lei Modelo, afirmando que a LAV portuguesa nem sempre seguiu as opções daquela. Por último, faz um paralelismo com o regime de recursos em processo civil, o qual tem desde 2008 a regra do recurso a final das decisões interlocutórias, a qual está comprovada ser a solução mais eficiente.

No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro considera que estamos perante uma faculdade pois, em primeiro lugar, a lei não deixa expresso o efeito preclusivo (o que seria necessário para este existir); segundo, “o não-reconhecimento interlocutório da incompetência pode ser indirectamente ‘corrigido’ por exemplo, pela improcedência da acção ou pelo funcionamento de outra qualquer excepção”; terceiro, a impugnação pode prejudicar o bom ambiente da arbitragem; por fim, os fundamentos da impugnação podem-se tornar mais claros ao longo do processo.⁵⁴

Aos argumentos já apresentados podemos, ainda, acrescentar o elemento literal, uma vez que o artigo 18.º, n.º 9, dispõe que a parte “pode” e não que “deve”. Bem como, a impossibilidade de se impor aos interessados ónus preclusivos da garantia constitucional de tutela judicial efectiva, uma vez que, ao atribuir efeito preclusivo à não impugnação, estamos a afirmar que o interessado deixa de poder sindicar a decisão sobre a competência do tribunal arbitral perante os tribunais judiciais.⁵⁵

Analizadas as duas posições em confronto, cumpre tecer algumas considerações.

A impugnação imediata da decisão interlocutória é um mecanismo de celeridade e oportunidade processual que a LAV concede à parte interessada. Não se vê, como é que um mecanismo previsto com estes fundamentos possa ter um efeito preclusivo tão gravoso; estaríamos, no fundo, perante uma espécie de “direito envenenado”, na medida em que a lei atribuía à parte a possibilidade de impugnação imediata e simultaneamente não permitia fazê-lo no momento da sentença final, se a parte interessada decidisse que seria mais vantajoso para si.

50 Pedro Siza Vieira / Nuno Ferreira Lousa, Anotações ao art. 18.º, in Dário Moura Vicente (coord) - *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 4.ª ed., 2019, p. 85 e 86.

51 Armindo Ribeiro Mendes, “Impugnação das Sentenças Arbitrais”, in *XII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial - Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 177.

52 António Sampaio Caramelo, *Direito da Arbitragem - Ensaios*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 63.

53 Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 187.

54 António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem - Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 211.

55 Mário Esteves de Oliveira (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., pp. 271 e 272.

Ao que se acrescenta que a demora dos processos judiciais é cada vez maior⁵⁶, o que acaba por inutilizar este mecanismo de impugnação imediata, que na maioria das vezes não produz os efeitos pretendidos.

Contudo, caso a parte não impugne a decisão em que o tribunal se declara competente é obrigada, pelo menos, a deduzir oposição de imediato perante o tribunal, nos termos do artigo 46.º, n.º 4. Não se pode permitir, por razões de boa-fé processual, que a parte fique silente até ao momento final, surpreendendo depois o tribunal e a contraparte com uma reivindicação à competência daquele para dirimir o conflito.⁵⁷

Assim, podemos concluir que a impugnação imediata da decisão interlocutória é uma faculdade que a nova LAV atribui à parte interessada, cabendo a esta analisar as vantagens e desvantagens de impugnar de imediato ou após ser proferida a sentença final.

VI – Depois de todo o debate, resta, ainda, uma pergunta: estamos perante uma impugnação, um recurso ou um pedido de anulação de sentença?

A distinção entre o recurso e a impugnação de decisões do tribunal é evidente na LAV, aliás, são mecanismos tratados em capítulos autónomos. Desde logo, no caso dos recursos a regra é a irrecorribilidade, no caso das impugnações a regra é da impugnabilidade. Depois, o recurso tem por base a apreciação do mérito da sentença (erro de julgamento quanto ao direito ou aos factos), já a impugnação discute vícios do processo.⁵⁸

A qualificação do mecanismo previsto no artigo 18.º, n.º 9, parece evidente, pelo menos num primeiro momento, uma vez que fala em impugnação e remete para o capítulo da impugnação da sentença, mais precisamente para o artigo 46.º relativo ao pedido de anulação da sentença.

Todavia, encontramos na doutrina uma qualificação diferente. Armindo Ribeiro Mendes afirma que “estão previstas formas de impugnação de decisões interlocutórias na nova LAV que parecem revestir a forma de recurso. Podem referir-se as seguintes: (...) quando o tribunal arbitral decidir no sentido de declarar a sua competência através de uma decisão interlocutória”⁵⁹. Aliás, o autor reafirma a caracterização deste mecanismo como verdadeiro recurso em comentário à decisão sumária do Acórdão do

Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-04-2017, na qual o tribunal afirma:

“Os procedimentos referidos nas diversas alíneas do n.º 1 do art.º 59º da LAV não constituem incidentes do processo arbitral na medida em que o procedimento é externo ao tribunal arbitral e não tem qualquer influência directa no seu funcionamento.

*Nem, tão-pouco, são um recurso da decisão do tribunal arbitral (nos casos em que há uma decisão) uma vez que não se trata de pedir uma reapreciação daquela decisão (...) Tais procedimentos constituem, assim, uma acção autónoma deduzida perante o tribunal estadual e, consequentemente, estão sujeitos ao pagamento de taxa de justiça conforme a tabela 1-A anexa ao Regulamento das Custas Processuais conforme o artº 6º desse mesmo regulamento.”*⁶⁰

No sentido de a impugnação da decisão interlocutória sobre a competência dever revestir a forma de pedido de anulação, encontramos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.03.2016⁶¹. E, de um ponto de vista prático, é de notar que no Portal Citius quando a acção dá entrada é obrigatoriamente/automaticamente qualificada como “Acção de Anulação da Decisão Arbitral”.

Do nosso lado, diremos que não está na disponibilidade das partes optarem por recorrer ou impugnar a decisão interlocutória sobre a competência, uma vez que a lei remete especificamente para a impugnação⁶², ao que se acrescenta que estamos perante dois regimes diametralmente diferentes, com prazos, tributações⁶³ e tramitação diferentes.

Contudo, independentemente da posição que se tome, sempre se dirá que o tribunal tem o dever de officiosamente corrigir a qualificação errónea do meio processual utilizado pela parte, bem como proceder à conversão do meio processual utilizado se for caso disso (artigo 193.º, n.º 3, do CPC).

Desta forma, a discussão *supra* exposta acaba por ter um reduzido impacto prático, sendo, porém, de destacar que o valor a atribuir à acção no tribunal judicial não necessita de ter por referência o valor da acção arbitral, uma vez que não está a ser discutido o mérito da acção, não cabendo ao tribunal pronunciar-se sobre os pedidos feitos pelas partes na arbitragem.

56 Relativamente à segunda instância (tribunais da Relação), Portugal apresenta uma duração média dos processos de 120 dias – Relatório OCDE sobre Portugal, relativo a 2013.

57 Neste sentido, Ac. STJ de 22.09.2016, proc. 660/15.8YRLSB.L1.S1 (LOPES DO REGO), disponível em www.dgsi.pt.

58 Mário Esteves de Oliveira (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., p. 546.

59 Armindo Ribeiro Mendes, “Impugnação das Sentenças Arbitrais”, cit., pp. 149-151.

60 Decisão sumária do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-04-2017, processo: 39/16.4YRLSB-1 (RIJO FERREIRA), disponível em www.dgsi.pt.

61 Ac. TRL de 10.03.2016, proc. 402/16.OYRLSB-8 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS), disponível em www.dgsi.pt.

62 A liberdade concedida às partes na arbitragem voluntária tem sempre como limites a própria lei. Ainda, a respeito da posição tomada faz sentido relembrar a máxima explanada no artigo 2.º, n.º 2, do CPC: a todo o direito corresponde a acção adequada.

63 Relembramos que nos termos do Regulamento das Custas Processuais, colunas A e B da tabela I anexa, a taxa de justiça das acções é o dobro das dos recursos.

VII - Retomando o acórdão em comentário, suscita-se uma questão adicional. Qual o mecanismo que deve ser utilizado pelas partes – recurso ou pedido de anulação – se aquelas previrem a possibilidade de recurso, mas apenas pretenderem impugnar um despacho interlocutório após ser proferida sentença final?

Nesta situação já não estamos perante uma acção autónoma que tem por único objecto a impugnação da decisão interlocutória sobre a competência. As partes acordaram previamente na existência de recurso da decisão arbitral (o que se entende como sendo a sentença final), ressalva que é feita no início do n.º 1 do artigo 46.º (*"salvo se as partes tiverem acordado em sentido diferente, ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º, a impugnação de uma sentença perante um tribunal estadual só pode revestir a forma de pedido de anulação"*).

Desta forma, não se concorda com o Tribunal da Relação de Lisboa quando afirma que a impugnação de um despacho interlocutório que admitiu prova só poderá operar mediante o pedido de anulação da sentença e que as partes deveriam ter enquadrado a questão num pedido de anulação de sentença.

No caso, a parte podia recorrer da sentença do tribunal invocando os fundamentos que entendesse para sindicar o mérito daquela, nomeadamente, podia fundamentar o recurso na existência de vícios no despacho interlocutório.

4. Conclusão

A arbitragem impôs-se como meio de resolução alternativa de litígios, em grande medida devido à autonomia que é concedida às partes no processo arbitral. Não obstante, existem determinados princípios fundamentais que devem ser *sempre* respeitados, pois correspondem àquele mínimo que nos permite afirmar estarmos perante um processo equitativo.

Nos termos da LAV, esses princípios encontram-se genericamente referidos, como vimos, nas três alíneas do n.º 1 do artigo 30.º (invocado pela recorrente). De entre eles, um emerge com particular relevância no caso concreto: o princípio da igualdade das partes.

A igualdade das partes é considerada por muitos uma verdadeira regra bíblica a observar em qualquer arbitragem. Porém, a compreensão e aplicação deste princípio têm sido alvo de alguns equívocos, evidenciados no caso concreto.

Neste contexto, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/05/2018 é um acórdão relevante e merecedor de atenção. Perante uma situação concreta onde foi alegada uma violação do princípio da igualdade das partes (na sequência de uma decisão interlocutória do tribunal arbitral), o Tribunal da Relação de Lisboa soube perceber o sentido e alcance deste princípio, tendo adoptado uma decisão que, face aos elementos factuais que nos são dados a conhecer no acórdão, afigura-se ser a decisão correcta.

REFLEXÕES A PROPÓSITO DE UMA DECISÃO DO TRIBUNAL FEDERAL SUÍÇO SOBRE IURA NOVIT ARBITER

TRIBUNAL FEDERAL SUÍÇO,
9 DE AGOSTO DE 2018

Filipa Cansado Carvalho

Advogada e árbitro
Of counsel da área de arbitragem da PLMJ

Tribunal federal suíço

Processo 4A_525/2017
Decisão de 9 de agosto de 2018
1ª Secção de direito civil

A decisão em causa decidiu o pedido de anulação de uma sentença proferida a 31 de agosto de 2017 num caso administrado pela Câmara de Comércio Internacional ("CCI").

O litígio subjacente à decisão arbitral em crise reportava-se a um Contrato de empreitada (o "Contrato"), sujeito à lei argelina, que tinha por objeto a construção por uma empresa canadiana (o "Empreiteiro") da nova sede de uma empresa pública argelina (o "Dono da obra") até 7 de maio de 2013, pelo preço fixo global de 8.436.975.741,16 dinares argelinos (DZD).

No decurso da execução do Contrato surgiram diversos litígios entre as partes e a 26 de abril de 2013, com base numa cláusula compromissória incluída nas Condições Particulares ("CP") do Contrato, o Empreiteiro apresentou um requerimento de arbitragem junto da CCI contra o Dono da obra, na sequência do qual foi constituído um Tribunal arbitral composto por três membros com sede em Genebra.

Após as partes se terem reciprocamente enviado notificações de resolução do Contrato, a 9 de junho de 2013, o Dono da obra notificou o Empreiteiro de que tomaria posse do estaleiro no prazo de 14 dias e, a 2 de julho de 2013, concedeu ao Empreiteiro 48 horas para desocupar o estaleiro. Contudo, este permaneceu no local até 16 de dezembro de 2016, data em que o Tribunal arbitral proferiu sentença parcial condenando-o a desocupar o estaleiro e a restituí-lo ao Dono da obra bem como a pagar ao Dono da obra uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso na restituição.

Na arbitragem, o Dono da obra tinha apresentado reconvenção reclamando a quantia de 843.697.574,16 DZD a título de penalidade por atraso na execução dos trabalhos com base no disposto na cláusula 47.1 das Condições Gerais ("CG") do Contrato. Nos termos desta cláusula, caso o Empreiteiro não concluisse a obra no prazo contratualmente estabelecido ser-lhe-iam aplicáveis penalidades no montante especificado no anexo O1 para essa situação (i.e. 2 milhões DZD por dia de atraso do calendário, até ao limite máximo de 10% do preço do Contrato). Tendo considerado que havia um atraso total imputável ao Empreiteiro de 262 dias, o Tribunal arbitral, na sua

sentença final, condenou-o a pagar a este título ao Dono da obra o montante de 524 milhões DZD.

Pela sua parte, o Empreiteiro tinha pedido a condenação do Dono da obra no montante de 1.188.420.000 DZD a título de lucros cessantes resultantes de não ter podido concluir a empreitada.

O Tribunal arbitral considerou que um pedido de indemnização a este título deveria, em princípio, proceder face ao disposto no artigo 566 do Código Civil Argelino ("CCA").¹

Contudo, o Tribunal arbitral considerou que o montante de 1.211.620.868 DZD peticionado a este título (ao qual tinham já sido deduzidos os dias de atraso imputáveis apenas ao Empreiteiro) era excessivo na medida em que a equidade visada no artigo 566 n.º 2 do CCA chamava à colação um elemento adicional, ou seja, os danos causados pelo Empreiteiro ao Dono da obra com a ocupação indevida do estaleiro.

O Dono da obra tinha pedido, face à recusa do Empreiteiro em desocupar o estaleiro, a condenação deste num montante não inferior a 10 milhões DZD/dia desde 24 de junho de 2013 até à data de efectiva desocupação. Na sua resposta, o Empreiteiro limitou-se a dizer que não tinha outra escolha senão fazer tudo ao seu alcance para limitar as suas perdas após a cessação indevida do Contrato pelo Dono da obra e a assinalar que o Dono da obra não tinha apresentado qualquer justificação para o montante diário de 10 milhões DZD reclamado.

Na sentença final, o Tribunal arbitral calculou que os danos pela desocupação tardia do estaleiro ascendiam a 1.146.600.000 DZD e deferiu o pedido do Dono da obra a esse respeito até esse montante que, depois, deduziu do valor peticionado pelo Empreiteiro a título de lucros cessantes. O valor final atribuído pelo Tribunal arbitral ao Empreiteiro a esse título ficou assim reduzido a 65.020.868 DZD.

Da parte da fundamentação da sentença arbitral respeitante a estas decisões resulta que:

- a) O Tribunal arbitral tinha decidido na sua sentença parcial que o Empreiteiro era obrigado a abandonar o estaleiro após a resolução do Contrato (fosse por parte do Dono da obra da obra fosse por parte do Empreiteiro);
- b) Consequentemente, a ocupação do estaleiro pelo Empreiteiro desde 21 de junho de 2013 era abusiva,

¹ Nos termos deste artigo:

"O Dono da obra pode, a todo o tempo antes da conclusão da obra, denunciar o Contrato e interromper a sua execução, desde que indemne o Empreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra. No entanto, o tribunal pode reduzir o montante da indemnização devida ao Empreiteiro respeitante ao proveito que este poderia tirar da obra se, em face das circunstâncias do caso, tal redução for equitativa. Em particular, o tribunal deve deduzir à indemnização o que o Empreiteiro tiver poupado em despesas na sequência da denúncia do Contrato pelo Dono da obra bem como o que tiver adquirido por outras aplicações do seu tempo." (tradução nossa)

pelo que o pedido do Dono da obra a este respeito deveria, em princípio, proceder;

- c) No entanto, o Dono da obra não tinha detalhado os danos que tinha sofrido em resultado da ocupação indevida do estaleiro pelo Empreiteiro. O Tribunal vislumbrava a existência de dois tipos de danos a este respeito: de um lado, um possível atraso causado ao reinício da empreitada e, de outro, danos patrimoniais;
- d) O Dono da obra não tinha feito nenhuma distinção a este respeito, nem justificado o montante diário de 10 milhões DZD que pedia. Tão-pouco tinha indicado qual a base jurídica para este pedido que, aparentemente, tinha a sua origem numa penalidade contratual ou numa cláusula penal;
- e) O Tribunal arbitral era da opinião que o Dono da obra tinha direito a uma indemnização pela ocupação indevida do estaleiro;
- f) O Contrato continha uma cláusula que previa uma penalidade diária por atraso na execução da empreitada de 2 milhões DZD. Esta cláusula remetia para o artigo 47.1 das CG. Na ausência de uma disposição contratual expressa, o Tribunal arbitral considerou que este artigo não era diretamente aplicável a casos de atraso na devolução do estaleiro pelo Empreiteiro ao Dono da obra;
- g) No entanto, o Tribunal arbitral considerou que o montante convencionado pelas partes a título de penalidade por atraso na execução dos trabalhos dava uma indicação concreta do valor atribuído pelas partes a um dia de atraso no estaleiro, pelo menos enquanto a empreitada não estivesse concluída. Tomando este montante em conta o Tribunal arbitral considerou que o montante diário peticionado pelo Dono da obra a título de atraso na devolução do estaleiro era manifestamente excessivo;
- h) O direito argelino impõe a redução do montante da indemnização concedida ao Empreiteiro a título de lucros cessantes quando a equidade o exigir (artigo 566 n.º 2 do CCA). As regras de equidade são uma fonte de direito argelino da mesma forma que o direito natural (artigo 1 n.º 3 do CCA). Neste contexto, o Tribunal arbitral considerou que apenas se justificava conceder uma indemnização por lucros cessantes ao Empreiteiro desde que a este montante fossem reduzidos os danos que a paralisação do estaleiro causou ao Dono da obra, que tinha visto indeferidos os seus dois pedidos de medidas provisórias para restituição do estaleiro por razões processuais relacionadas com o regime de medidas provisórias;
- i) O estaleiro foi indevidamente ocupado durante 1274 dias;

- j) Embora tendo tomado como ponto de partida o montante diário de 2 milhões DZD previsto no anexo O1 do Contrato, o Tribunal arbitral considerou que este deveria, no caso em apreço, ser reduzido. No exercício do seu poder equitativo de ter em conta os danos sofridos pelo Dono da obra ao abrigo do artigo 566 do CCA, o Tribunal arbitral considerou um montante diário de 900.000 DZD e alocou ao Dono da obra, tendo em conta o período de 1274 dias supra referido, uma indemnização de 1.146.600.000 DZD, a compensar com a indemnização atribuída ao Empreiteiro a título de lucros cessantes de acordo com a mesma disposição legal.

O Empreiteiro, parte requerente na ação arbitral veio, perante o Tribunal federal suíço ("TFS"), pôr em causa a decisão do Tribunal arbitral no ponto em que reduziu equitativamente a indemnização que lhe foi atribuída, alegando que a sentença consistia neste ponto numa decisão surpresa, violadora do princípio do contraditório, uma vez que nenhuma das partes tinha invocado a equidade ou discutido a cláusula 47.1 das CG a propósito do pedido de lucros cessantes.

O TSF, analisada a sentença e ouvidos a requerida (na ação arbitral e na ação de anulação) e o Tribunal arbitral, indeferiu o pedido de anulação por ter considerado que não havia decisão surpresa.

Na fundamentação da sua decisão, o TFS começou por afirmar que a equidade, como medida de avaliação prevista no direito aplicável, tinha sido discutida no processo (incluindo pela requerente que, entre outras coisas, tinha afirmado que a equidade era uma fonte essencial de direito argelino). Mais considerou que o recurso do Tribunal arbitral à equidade, nos termos constantes da decisão arbitral era previsível, tendo nomeadamente em conta não só o disposto no n.º 2 do artigo no qual a requerente baseava a sua pretensão relativamente aos lucros cessantes mas também porque esta não podia deixar de equacionar que o Tribunal viesse a considerar a ocupação do estaleiro como ilícita (desde logo, tendo em conta a sentença parcial) e, consequentemente, considerasse dever abater à indemnização peticionada pela requerente a título de lucros cessantes o montante que viesse a atribuir ao Dono da obra ao abrigo do respetivo pedido de indemnização por danos sofridos por conta dessa ocupação. Neste contexto, o TFS considerou não poder a requerente pretender ser inesperado que o Tribunal buscasse, de preferência numa das cláusulas do Contrato celebrado entre as partes, um elemento de comparação que lhe servisse de critério para determinar a amplitude da redução a efetuar de acordo com a equidade.

Quanto ao artigo 47.1 das CG (norma na qual, conjuntamente com o Anexo 01 do Contrato, assentava o pedido do Dono da obra por danos causados pelo atraso na

execução da obra), e na esteira do que disse o Tribunal arbitral nas suas observações apresentou perante o TFS, este acolheu a distinção entre uma aplicação direta do artigo a uma situação nele não contemplada (aquilo que a requerente afirmava ter sucedido) e a busca no Contrato de um elemento concreto capaz de fornecer uma ordem

de grandeza para calcular o valor de um dia de atraso na restituição do estaleiro, para depois estimar, com a ajuda desse elemento de comparação, o valor a atribuir ao Dono da obra a título de indemnização pela ocupação indevida do estaleiro, com vista a abater esse valor, a título de "redução equitável", à indemnização de lucros cessantes.

Comentário

O princípio *iura novit curia* em arbitragem ou, simplesmente, *iura novit arbiter*, é um tema controvertido internacionalmente² com abordagens que diferem de jurisdição para jurisdição e de um autor para outro.³ É, também, um tema com bastante relevância prática: embora na comunidade arbitral exista uma ideia amplamente difundida de que, em arbitragem internacional, os advogados devem provar não só os factos mas também o direito não é infrequente que essa prova não seja feita ou que as partes não deem ao Tribunal todo o direito necessário para resolver o litígio, sem que isso contudo o dispense de julgar de acordo com o direito aplicável.

É certo que, quando tal suceda, os árbitros podem (para não dizer "devem"; essa é efetivamente, nas mais das vezes, a solução mais prudente) interrogar as partes sobre a solução jurídica a dar ao litígio. Contudo, tal solução pode contender com o dever dos árbitros de atuar com eficiência.⁴ Mais importante, a colocação de questões às partes, mesmo quando feita com o cuidado que a tarefa exige, pode levar a acusações – certas ou erradas – de violação de princípios fundamentais do processo, v.g. do princípio da igualdade.

Por fim, seja pelas razões supra indicadas ou por outras, na prática alguns tribunais aplicam normas jurídicas em

circunstâncias que levam a acusações de violação, entre outros, do princípio do contraditório (outros dos princípios fundamentais do processo arbitral), cabendo aos tribunais judiciais decidir (em sede de anulação ou reconhecimento e execução de sentença) se a sentença é válida ou não.

Sem prejuízo do interesse teórico e prático do tema, e uma vez que, como afirmado anteriormente, as abordagens quanto ao princípio *iura novit arbiter* variam, poder-se-ia questionar a opção de comentar, em Português, uma decisão suíça ao respeito.⁵

Na nossa opinião, contudo, esta decisão tem interesse (também) para a comunidade arbitral lusófona e, em particular, para a comunidade arbitral portuguesa por diversas razões:

- a) Em primeiro lugar, a Suíça é uma jurisdição bastante popular no que à arbitragem se refere.⁶ Assim, arbitralistas lusófonos podem ser e, na verdade, são chamados quer a discutir a possibilidade de uma determinada arbitragem ter sede na Suíça,⁷ quer a atuar como árbitros ou advogados em arbitragens sediadas nesse país, altura em convirá ter em conta não só o teor da respetiva lei de arbitragem mas também a jurisprudência dos seus tribunais;

2 Para uma indicação do tipo de questões que se colocam ao respeito, cfr. G. Kaufmann-Kohler, *Iura novit arbiter* – Est-ce bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international in De Lege Ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch 71, 74 (Editions Slatkine 2004), p. 71 e International Law Association – International Commercial Arbitration Committee, 'Rio de Janeiro Conference Report 2008', p. 7.

3 L. Gomes-Iglesias Rosón, *Iura novit curia* y principio de contradicción: su aplicación en el arbitraje en España, Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. IX, nº 1, 2016, p. 46. António Pinto Leite, *Iura novit curia* e a Arbitragem Internacional, Revista de Arbitragem e Mediação 2012, 35, p. 170.

4 Cada vez mais importante, não só pela perceção generalizada – justificada ou não – de que a arbitragem tem vindo progressivamente a tornar-se menos eficiente como também pela sua consagração expressa dessa obrigação nos principais regulamentos de arbitragem e em diversas leis.

5 Até porque alguns autores veem o respetivo regime como excecional, mesmo em termos de jurisdições de *civil law* – Phillip Landolt, Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence, Arbitration International, Volume 28, Issue 2, 1 June 2012, p. 184.

6 Cfr. Stavros Brekoulakis, Adrian Hodiş, Arbitral Seats – An Empirical Overview, Kluwer Arbitration Blog, May 17 2018. A popularidade das sedes suíças é confirmada pelo ICC Dispute Resolution 2018 Statistics que refere que a Suíça foi o segundo país onde mais arbitragens CCI foram sediadas em 2018, indicando também não ter havido, genericamente, grandes alterações em termos das sedes mais populares relativamente a anos anteriores (p. 12).

7 Algumas empresas portuguesas tinham tradicionalmente uma preferência por incluir nos seus contratos cláusulas compromissórias indicando uma sede suíça (e também direito substantivo suíço) sem que houvesse qualquer conexão com a Suíça, com base numa associação da Suíça a neutralidade e o desejo de ter um Tribunal arbitral neutro. Outra razão que já levou as partes em arbitragens em que intervimos a escolher a sede de uma arbitragem na Suíça foi querer aproveitar algumas idiossincrasias da lei suíça de arbitragem (que não é baseada na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL) como a possibilidade de o tribunal ser constituído por um número par de árbitros.

- b) Em segundo lugar, a Suíça é comumente vista como uma jurisdição amiga da arbitragem⁸ e a comunidade arbitral Suíça é ativa na comunidade internacional pelo que não é de excluir que a abordagem Suíça influencie outras jurisdições em que estejam sedeadas arbitragens envolvendo participantes lusófonos;
- c) Em terceiro lugar, não estando a questão do *iura novit curia* em arbitragem internacional ainda definitivamente resolvida, os arbitralistas lusófonos podem contribuir⁹ para este debate, para o que importa estar informado sobre como o tema é tratado noutras jurisdições;
- d) Em quarto e último lugar, e falando agora especificamente de Portugal, tendo em conta que parecem existir aspetos em comum entre os resultados do tratamento que os tribunais suíços dão ao princípio *iura novit arbiter* e à sua articulação com o princípio do contraditório e os resultados de uma possível (provável?) abordagem dos tribunais portugueses ao respeito, a jurisprudência suíça ao respeito poderá ter interesse mesmo em conexão com arbitragens sedeadas em Portugal.

Os primeiros três pontos não carecem de comentários adicionais.

Quanto ao último ponto, em primeiro lugar, tribunais e autores de diferentes jurisdições têm considerado que o princípio *iura novit curia* se aplica ou deve aplicar em arbitragens internacionais (seja como uma faculdade do tribunal seja mesmo, hipótese mais rara, como um dever deste).

Nalguns casos (a Suíça é o exemplo paradigmático) os tribunais têm considerado, sem mais, que o princípio *iura novit curia* se aplica na arbitragem em termos muito idênticos ao que sucede no processo civil. Embora esta abordagem¹⁰ seja alvo de críticas¹¹ a verdade é que a Suíça não é caso único: a ideia de que o princípio *iura novit curia* se aplica na arbitragem sem necessidade de mais considerações também surge em decisões judiciais noutras jurisdições como a Espanha ou o Brasil.¹²

Noutros casos, a possibilidade de tribunais arbitrais poderem tomar iniciativas quanto à lei aplicável tem sido defendida como uma solução adequada à arbitragem internacional e que encontra o seu fundamento no direito arbitral.¹³

Seja como for, parece existir uma tendência no sentido da aplicação do princípio *iura novit curia* em arbitragem,¹⁴ tendência essa que é a única decisão portuguesa que encontramos ao respeito segue.¹⁵

Assim, numa decisão de 03.04.2014 (Proc. 672/11.0YRLSB-6), o Tribunal da Relação de Lisboa considerou, na esteira das decisões dos tribunais das jurisdições anteriormente referidas, que o princípio *iura novit curia* é aplicável em arbitragem nos seguintes termos: “*I) O âmbito em que se movem os tribunais arbitrais define-se pelas competências conferidas pelas partes, mas não pode ser-lhes coartada a possibilidade de enquadrar os factos no direito sem sujeição ao direito invocado.*”¹⁶

Em segundo lugar, não obstante a escassez de decisões sobre a articulação do princípio *iura novit arbiter* com a proibição de decisões-surpresa em Portugal, existem diversos acórdãos sobre decisões-surpresa e *iura novit curia*

⁸ V. por todos António Pinto Leite, op.cit., p. 185.

⁹ E de facto têm contribuído. A título de exemplo veja-se Dário Moura Vicente, La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional, Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. X, nº 1, 2017, pp. 15-40, António Pinto Leite, op.cit., pp. 169-186, Rodrigo Ramina de Lucca, RBA nº 50 – Abr-Jun/2016, pp. 54-78, Débora Visconte, *Iura novit curia* e o Contraditório, 20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz (Coord. Carmona, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista; Lemes, Selma Ferreira), Atlas, pp. 41-58.

¹⁰ I.e. a aplicação automática deste princípio em arbitragem sem cuidar de saber das diferenças entre arbitragem e processo civil e da existência de um fundamento para a sua aplicação em arbitragem.

¹¹ Cfr. G. Kaufmann-Kohler, *iura novit arbiter* – Est-ce bien raisonnable ? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international in De Lege Ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch 71, 74 (Editions Slatkine 2004), pp. 73-74; no mesmo sentido mas referindo-se aos tribunais espanhóis, L. Gomes-Iglesias Rosón, op.cit., pp. 46, 49-50. Na parte em que reprovam a aplicação acrítica do princípio à arbitragem e a desconsideração das diferenças entre a posição dos juízes e a dos árbitros estas críticas parecem-nos justificadas.

¹² L. Gomes-Iglesias Rosón, op.cit., p. 46 e decisão da 2.ª Câ. Reservada de Direito Empresarial do TJSP, relator: Des. Roberto Mac Cracken (publicada no Diário Oficial em 05.11.2012) e decisão do STJ, 3ª T. R. Esp nº 1.636.102, Rel: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 01.08.2017.

¹³ A este respeito, com abordagens, matizes e argumentos nem sempre coincidentes, cfr. L. Gomes-Iglesias Rosón, op.cit., pp. 2-7, Dário Moura Vicente, op.cit., p. 38, G. Kaufmann-Kohler op.cit., p. 78, António Pinto Leite, op.cit., p. 189; Mohamed S. Abdel Wahab, Ascertaining the Content of the Applicable Law in International Arbitration: Converging Civil and Common Law Approaches, The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management Volume 83 Issue 4 November 2017 (2017), Thomson Reuters; não se deve contudo pensar que o tema é consensual – assim Phillip Landolt, op.cit, pp. 183 e seguintes, tem uma visão muito crítica deste tipo de iniciativas e pronuncia-se contra a aplicação do princípio *iura novit arbiter* seja como dever seja como poder dos árbitros.

¹⁴ Cfr. L. Gomes-Iglesias Rosón, op.cit., 65-66; ver também Soterios Loizou, Revisiting the “Content-of-Laws” Enquiry in International Arbitration, Louisiana Law Review, Volume 78 | Number 3, Spring 2018, pp. 864-866.

¹⁵ Note-se que para os presentes efeitos apenas consideramos decisões proferidas em processos nos quais não se considerou aplicável subsidiariamente o Código Civil Português como ocorria muitas vezes ao abrigo da anterior LAV e como é o caso da arbitragem tributária uma vez que nesses casos tal princípio seria aplicável por força do disposto no n.º 3 do artigo 5.º do Código de Processo Civil.

¹⁶ Além de criticável nos termos indicados nas notas de pé de página 10 e 11, esta decisão parece-nos também menos feliz na parte em que afirma “*mas não pode ser-lhes coartada a possibilidade de enquadrar os factos no direito sem sujeição ao direito invocado.*” Como é sabido, a arbitragem assenta na autonomia privada e as partes gozam de grande liberdade na conformação do processo arbitral, apenas estando limitadas pelos princípios processuais fundamentais do processo arbitral, Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3ª Edição, § 5.8. Assim sendo, as partes podem no âmbito dessa liberdade afastar a aplicação do princípio *iura novit arbiter*.

em processos sujeitos ao Código de Processo Civil ("CPC") que não parecem levar a resultados muito distintos dos da jurisprudência suíça em matéria de arbitragem. Há, além disso, razões para crer que, quanto às decisões-surpresa em arbitragem, os tribunais judiciais portugueses não se irão afastar muito da posição que têm professado no âmbito do processo civil.

Vamos por partes.

Na jurisprudência constantes dos tribunais suíços (reafirmada na decisão em análise) tem sido considerado que, face ao princípio *iura novit arbiter*, os árbitros não são limitados pelas alegações jurídicas das partes e podem basear a sua decisão noutras normas ou dar uma qualificação jurídica distinta aos factos sem a necessidade de ouvir previamente as partes, uma vez que o princípio do contraditório se aplica essencialmente aos factos e não ao direito. As partes apenas terão o direito de se pronunciar previamente sobre o direito em casos excepcionais, ou seja, se o tribunal quiser basear a sua decisão numa norma não discutida durante a arbitragem e cuja aplicação seja uma surpresa para as partes (por estas não poderem razoavelmente antecipá-la).

Quanto a Portugal, a proibição das decisões surpresa é uma decorrência do princípio do contraditório, um princípio com consagração constitucional em Portugal por ser essencial a todo o processo justo.

O Tribunal Constitucional tem sucessivamente sublinhado na sua jurisprudência que *"o processo de um Estado de Direito (processo civil incluído) tem de ser um processo equitativo e leal. E, por isso, nele, cada uma das partes tem de poder fazer valer as suas razões (de facto e de direito) perante o tribunal, em regra, antes que este tome a sua decisão. É o direito de defesa, que as partes hão-de poder exercer em condições de igualdade. Nisso se analisa, essencialmente, o princípio do contraditório, que vai insito no direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20º, n.º 1, da Constituição, que prescreve que "a todos é assegurado o acesso [...] aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos"* – v. a título meramente exemplificativo, Acórdão n.º 358/98 (publicado no *Diário da República*, II série, de 17 de Julho de 1998), repetindo o que se tinha afirmado no Acórdão n.º 249/97 (publicado no *Diário da República*, II série, de 17 de Maio de 1997).

Lendo a passagem que antecede e o artigo 3 n.º 3 do Código de Processo Civil¹⁷ poder-se-ia pensar que, ao contrário do que sucede na Suíça, em Portugal a proibição das decisões-surpresa obrigaria o Tribunal a sistemática e especificamente auscultar as partes antes de aplicar uma norma que não tivesse sido discutida no processo (ressalvados os casos de manifesta desnecessidade que seriam, por natureza, reduzidos).

Contudo, apreciando o que se deveria entender como *"situação surpresa"* o Tribunal Constitucional, deu relevância, nos Acs. 479/89, DR II s., de 24.04.92 e Ac. T.C. 367/96, DR II s. de 10.05.96, ao seu carácter insólito e imprevisível, afirmando que *"não pode deixar de recair sobre as partes o ónus de considerarem as várias possibilidades interpretativas das normas de que se pretendem socorrer, e de adotarem, em face delas, as necessárias cautelas processuais (por outras palavras), o ónus de definirem e conduzirem uma estratégia processual adequada"*.

Nesta esteira, tem sido entendido pela nossa jurisprudência que a decisão-surpresa a que se reporta o artigo 3 n.º 3 do CPC **não se confunde com a suposição que as partes possam ter feito nem com a expectativa que possam ter acalentado quanto à decisão quer de facto quer de direito, aferindo-se antes por aquilo com** que as Partes deveriam contar em face das questões que vinham debatendo nos autos e das soluções jurídicas que era exigível que equacionassem (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.11.2012, proc. 572/11.4TBCND.C1).

Aquilo a que obriga a proibição de "decisões surpresa" é *"ao respeito do princípio do contraditório ao longo de todo o processo"* sem, porém, impor que o julgador *"tenha que auscultar as partes, antecipando-lhes todo e qualquer juízo que pretenda levar a cabo no processo."* (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.04.2014, proc. 672/11.0YRLSB-6).

Embora com formulações algo diferentes, do que antecede resulta que tanto para os tribunais judiciais portugueses como para os suíços uma decisão-surpresa não é tudo aquilo que surpreende as partes mas tão-só aquilo que as partes diligentes não poderiam efetivamente ter antevisto.

É certo que as decisões portuguesas supra referidas não se referem especificamente a processos arbitrais, sendo possível conceber, em teoria, razões para que o princípio de contraditório se concretizasse de forma diferente na arbitragem e perante os tribunais judiciais.¹⁸

17 "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem."

18 Assim, L. Gomes-Iglesias Rosón, op.cit., pp. 87-88 considera que os princípios da igualdade, audiência e contraditório requerem uma maior atenção na arbitragem que no processo civil pelo que as soluções da segunda não podem ser transpostas automaticamente para o primeiro. Para contextualizar adequadamente este comentário cumpre notar que em direito processual civil espanhol se considera não ser necessário ouvir as partes a respeito das normas aplicáveis ao caso (v. mesmo autor, pp. 47, 86-90).

Contudo, a nossa jurisprudência não parece considerar que existam, quanto a este princípio, grandes diferenças entre o processo arbitral e o processo judicial que imponham que, no primeiro, a proibição de decisões surpresa se materialize de forma substancialmente diferente do que sucede ao abrigo do CPC.

Efetivamente, não só o princípio do contraditório no processo civil e na arbitragem têm a mesma origem/fonte constitucional¹⁹ como a linguagem utilizada no acórdão do TRL de 03.04.2014 proc. 672/11.0YRLSB-6 supra citado (i.e. “*respeito do princípio do contraditório ao longo de todo o processo*”), que considera que o juiz não tem de auscultar as partes, antecipando-lhes todo e qualquer juízo que pretenda levar a cabo no processo, **é muito semelhante à linguagem do artigo 30 n.º 1 c) da LAV** (“Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório (...)”).

Isto mesmo é confirmado por várias decisões de tribunais portugueses sobre o significado do princípio do contraditório especificamente em termos de processo arbitral. Assim, na decisão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.02.2015 (proc. 640/15.3YRLSB.L1-2) refere-se 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 aspetos. No entanto, o modo como se organiza e se desenvolve o processo arbitral e o método utilizado na sua condução são distintos. Antes de mais, o Código de Processo Civil não se aplica ao processo arbitral. Em todas as fases do processo arbitral é garantida a observância do princípio do contraditório. O princípio do contraditório é comum, tal como genericamente os restantes princípios, ao processo civil e encontra expressão em várias disposições da LAV, como é por exemplo o artigo 34º.*”²⁰

Assim, parece-nos que a abordagem dos tribunais suíços e a abordagem provável dos tribunais portugueses em matéria de arbitragem levará a resultados muito semelhantes, razão pela qual as decisões dos tribunais suíços sobre a articulação entre o princípio *iura novit arbiter* e o princípio do contraditório na modalidade de proibição de decisões-surpresa poderão ter utilidade aquando da questão de saber se um determinada conduta de um tribunal arbitral numa arbitragem com sede em Portugal

consiste ou não numa decisão surpresa, sobretudo enquanto não surgirem mais decisões dos tribunais judiciais portugueses sobre a matéria em sede de arbitragem.²¹

Feito este enquadramento (do qual resulta que os factos considerados pelo TFS e já mencionados supra são, na nossa opinião, um dos aspetos mais importantes desta decisão), comentamos de seguida brevemente outros aspetos da decisão em causa que nos parecem dignos de nota:

Em primeiro lugar, na sua decisão, o TFS começa por delimitar o escopo da sua atuação em sede de um processo de anulação de sentença arbitral, afirmando que decide com base nos factos constantes da sentença objeto de pedido de anulação, que não lhe cabe corrigir as conclusões a que chegaram os árbitros (ainda que inexatas ou em violação do direito) e que o seu papel se limita a analisar se os específicos fundamentos de anulação invocados procedem ou não. Como tal, escreve, não pode ter em consideração – salvo nos casos excecionais resultantes da lei ou identificados pela jurisprudência – outros factos que não os considerados pelo Tribunal arbitral (incluindo outros factos resultantes da prova produzida em arbitragem).

Embora a motivação destas declarações – objetivamente redundantes face às normas legais aplicáveis – não seja evidente,²² estas têm uma componente pedagógica que nos parece de louvar.

Em segundo lugar, além da parte requerida, o Tribunal arbitral foi também chamado a pronunciar-se antes de o TFS decidir. Esta possibilidade, que não tem correspondência na lei portuguesa, parece-nos curiosa e pode ter algumas virtualidades, sobretudo no caso de jurisdições em que não haja ainda grande cultura arbitral.²³

Em terceiro lugar, esta decisão põe em evidência a importância de os representantes das partes terem uma visão sistemática e global tanto do caso como dos instrumentos que regulam a relação entre as partes bem como os riscos de uma parte se limitar a reagir às posições da contraparte em vez de proactivamente apresentar o seu caso. Em casos de construção, como era o caso em análise, e face à extensa regulamentação contratual que tipicamente os caracteriza, essa visão holística é ainda mais importante.

19 A isto acresce que, em Portugal, os tribunais arbitrais têm assento constitucional - artigo 209.º da Constituição.

20 No mesmo sentido decisões do mesmo Tribunal proferidas a 11.01.2018 no proc. 927/17.0YRLSB-8 e a 06.07.2017 no proc. 899/17.1YRLSB-8.

21 Como afirma o STF na decisão em análise, saber se houve ou não decisão surpresa é uma questão casuística e nalguns casos poderá haver uma maior identidade entre os factos subjacentes a dois processos arbitrais, ainda que sedados em países distintos, do que entre os factos subjacentes a um processo arbitral com sede num país e um processo judicial nessa mesma jurisdição.

22 Até porque em dois pontos da sentença o STF parece discordar da decisão a que chegou o Tribunal arbitral, assinalando que não lhe cabe sindicar se o Tribunal arbitral, perante a ausência de indicação da natureza do prejuízo sofrido, de justificação do montante reclamado ou do fundamento jurídico para um pedido que a requerente contestava energicamente desde o início não deveria ter conduzido ao indeferimento deste pedido nem se o dano alegado em conexão com a ocupação indevida do estaleiro fazia parte do tipo de danos que poderia ser considerado pelo julgador ao abrigo do artigo 566 n.º 2 do CCA.

23 Este não é, na nossa opinião, o caso de Portugal: não só existe uma comunidade arbitral cada vez mais dinâmica e (re)conhecedora do processo arbitral como um processo autónomo e alternativo à jurisdição ordinária como os nossos tribunais, em geral, revelam ter conhecimentos sobre arbitragem e proferem decisões adequadas ao respeito.

A essencialidade dessa visão 360º do caso é reforçada pelo facto de o TFS não se coibir de tecer considerações que podem ser vistas como uma crítica ao trabalho dos advogados da requerente no caso. Assim, o TFS releva, para efeitos de previsibilidade, o facto de a requerente ser uma empresa familiarizada com os usos argelinos e também de ter sido representada no processo por um escritório de advogados argelino, pelo que não podia ignorar o papel de destaque que a equidade assume no direito argelino. Além disso, o TFS afirma que “a mais elementar prudência aconselhava a requerente a não se limitar a contestar o montante de 10’000’000 DZD reclamado pelo Dono da obra ou a sua obrigação de abandonar o estaleiro mas sim de considerar todos os cenários que não fossem extraordinários ou insensatos”. A combinação deste tipo de frases em sentenças com a existência de uma jurisprudência constante na Suíça sobre este tema pode inclusivamente levar a tentativas de responsabilização de advogados na sequência do decaimento (total ou parcial) de partes em abritragens com sede na Suíça.

Em quarto lugar, e apesar de os tribunais suíços verem o princípio *iura novit arbiter* como um dever do tribunal arbitral (e não unicamente como uma faculdade), o TFS reconhece na sua decisão que as partes podem, na convenção de arbitragem, limitar os poderes do tribunal ao respeito. Esta afirmação serve para lembrar que caso as partes nada disponham ao respeito (e é raro que o façam), o Tribunal poderá também incluir nas suas ordens processuais regras ao respeito e tentar assim eliminar a incerteza que possa haver quanto as regras aplicáveis ao direito (por oposição aos factos) no processo.

Em quinto e último lugar, e apesar de o Tribunal salientar que as partes discutiram a cláusula 47.1 das Condições Gerais (“CG”) – ainda que para outros efeitos – não é evidente da fundamentação da decisão (nomeadamente quando o TFS afirma que “a possibilidade de o Tribunal Arbitral remeter, por analogia, para a única cláusula do Contrato que fornecia um valor numérico para sancionar um atraso do Empreiteiro, ainda que de outro tipo, não excede objetivamente os limites do possível.”) se a decisão mudaria caso tal discussão não tivesse existido.

DE SINGAPURA A PORTUGAL: CAMINHO SOCIAL E PARASSOCIAL

QUESTÕES E CONSIDERAÇÕES
PRELIMINARES

Rute Alves

LL.M. Comparative and International Dispute
Resolution (Queen Mary University of London)
Mestre em Direito Empresarial (FDUNL)
Associada Sénior PLMJ Arbitragem

Maria Berta Jerónimo

Mestre em Direito Forense e Arbitragem (FDUNL)
Advogada-estagiária PLMJ

High Court of the Republic of Singapore *BTY v BUA* [2018] SGHC 213¹

Recurso n.º 298 de 2017
Vinodh Coomaraswamy (Juiz)
15 de outubro de 2018

1. Sumário

a. Factos

Os factos da decisão que se comenta remontam a 2004 quando um fundo de investimento ("o sócio minoritário") e uma sociedade ("sócio maioritário") celebraram um acordo-quadro de investimento com vista à constituição de uma *joint-venture* (a "Sociedade").

Cinco dias após a constituição da Sociedade, os respetivos sócios celebraram um acordo parassocial com o intuito de regular alguns aspetos da vida da Sociedade e estabelecer os termos em que o investimento seria feito². Neste acordo parassocial foi incluída uma cláusula arbitral prevendo que "em caso de litígio ou controvérsia emergente do acordo parassocial ou com ele relacionado, incluindo qualquer questão relacionada com a sua existência, validade ou interpretação, será definitivamente resolvido com recurso à arbitragem".

Os estatutos da Sociedade adotados haviam sido desenhados nos mesmos moldes do acordo parassocial, mas sem incluir uma cláusula arbitral.

Em 2006, no âmbito da aprovação das contas anuais relativas ao ano anterior, o sócio minoritário entendeu que a deliberação do conselho de administração da Sociedade não havia sido adotada de forma válida porquanto não respeitava as regras relativas ao processo deliberativo previstas nos estatutos.

O sócio minoritário (o Demandante) iniciou, então, um processo judicial contra a Sociedade (a Demandada), impugnando a referida deliberação do conselho de administração e alegando que a mesma era inválida na medida em que violava as disposições previstas nos estatutos da Sociedade referentes ao quórum deliberativo e formulando os seguintes pedidos:

- i. Declaração de nulidade da deliberação do conselho de administração de aprovação de contas do ano de 2005;
- ii. Declaração de nulidade de qualquer deliberação que viesse a ser tomada pela Assembleia Geral Anual de

aprovação de contas de 2005, sem a prévia aprovação do Demandante; e

- iii. Decretamento de providência de suspensão da deliberação de modo a impedir que a Sociedade adotasse uma deliberação inválida.

Por sua vez, a Sociedade alegou que:

- i. A deliberação adotada pelo conselho de administração era válida, nada impedindo que a Assembleia Geral Anual viesse a deliberar sobre a aprovação das contas de 2005; e que
- ii. O litígio estava sujeito a arbitragem nos termos do acordo parassocial.

b. Entendimento do Tribunal

O Tribunal *a quo* deu razão à Demandada, entendendo que a disposição dos estatutos alegadamente violada era idêntica a uma disposição incluída no acordo parassocial, pelo que a questão de saber se a deliberação havia sido adotada em violação dos estatutos era, em termos materiais, o mesmo que saber se existia uma violação do acordo parassocial, assim considerando que o litígio estava abrangido pela cláusula arbitral prevista do acordo parassocial.

Contudo, em sede de recurso, o Tribunal *ad quem*, entendendo que os pedidos do Demandante se fundavam todos na violação dos estatutos, concluiu que a verdadeira questão se reconduzia ao seguinte: *As contas de 2005 foram aprovadas em violação dos estatutos?*

Para aferir da aplicabilidade da cláusula arbitral invocada, o Tribunal³ levantou três questões:

- i. Se existia uma cláusula arbitral válida;
- ii. Se o litígio se incluía no escopo de tal cláusula arbitral;
- iii. Se a cláusula arbitral, a ser válida, não era ineficaz ou impossível de executar.

Neste contexto, a Demandada veio alegar, em suma, que (i) se o litígio dizia respeito a uma violação dos estatutos, então também estaria em causa uma violação do acordo parassocial já que uns eram o reflexo do outro, de modo que estaria abrangido pela cláusula arbitral; e (ii) a vontade das partes em resolver os litígios emergentes ou em relação com o acordo parassocial através

¹ Decisão disponível em [https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/actis-excalibur-gd-\(final\)-pdf.pdf](https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/actis-excalibur-gd-(final)-pdf.pdf)

² Razão pela qual apelidaram o acordo parassocial de "Acordo de Investimento". Assim, referir-nos-emos indistintamente a "acordo parassocial" e a "Acordo de Investimento" para designar a mesma realidade.

³ Ao longo deste artigo, referir-nos-emos indistintamente a "Tribunal", "Tribunal de Singapura" e/ou "High Court de Singapura" para designar o tribunal que proferiu a decisão ora em análise.

da arbitragem - expressa no mesmo - devia prevalecer sobre a omissão da mesma no âmbito dos estatutos. O Demandante, por sua vez, referiu que (i) o litígio emergia de uma violação dos estatutos e não do acordo parassocial; e que (ii) os estatutos constituíam um regime separado e distinto daquele que emergia do acordo parassocial.

Além disso, a Demandada havia contestado no âmbito do mesmo quadro jurídico indicado pelo Demandante, invocando também as disposições dos estatutos para afirmar a sua posição, sem recorrer ao acordo parassocial.

O Tribunal entendeu que existia uma cláusula arbitral válida ínsita no acordo parassocial, contudo o litígio em questão não estaria abrangido pela mesma porquanto o Demandante impugnava a deliberação com base na violação dos estatutos, os quais não previam a mesma cláusula arbitral.

Tal significa que o Tribunal considerou que o litígio em questão emergia e estava relacionado com os estatutos e não com o acordo parassocial, sendo inteiramente autónomos tais instrumentos, razão pela qual concluiu que a expressão “*este acordo*” utilizada na cláusula arbitral incluída no acordo parassocial se referia somente a este, não abrangendo os estatutos da Sociedade.

O Tribunal deu especial ênfase nesta decisão, à dualidade socialidade-parassocialidade, entendendo que os estatutos e o acordo parassocial fazem nascer duas relações jurídicas diferentes, separadas entre si e que operam em planos jurídicos igualmente diferentes. Entendendo, por isso, que a cláusula arbitral prevista no acordo parassocial apenas se aplicaria à relação contratual parassocial criada entre as partes que o subscreveram. Já os litígios relacionados com os estatutos não estariam no âmbito de tal cláusula, devendo ser resolvidos pela via judicial.

2. Introdução

Apesar de ter sido proferido num ordenamento jurídico bastante distante e diferente do nosso⁴, a decisão que escolhemos comentar toca diversos aspetos com interesse, não só no nosso ordenamento jurídico, mas também em litígios internacionais, desde logo, a questão da dualidade socialidade-parassocialidade e a eficácia dos acordos parassociais, mas também o princípio de kompetenz-kompetenz e os seus efeitos, a demonstração *prima facie* da existência de uma cláusula arbitral e o estado da designada “arbitragem societária” em Portugal.

Não sendo possível abordar todas as questões em detalhe, centraremos o nosso comentário na já referida dualidade socialidade-parassocialidade e na eficácia dos acordos parassociais, deixando, a final, algumas reflexões sobre a “arbitragem societária” em Portugal. Transversal ao longo do texto será a preocupação em perceber como é que os temas suscitados em Singapura seriam abordados se tivessem surgido no ordenamento jurídico Português. As conclusões a que chegamos poderão não ser aplicáveis *tout court* a outras situações, ainda que semelhantes, uma vez que tudo dependerá do caso concreto. Por esse motivo, o presente comentário dirige-se especificamente ao caso em análise.

A leitura deste acórdão e dos nossos comentários poderá ser útil não apenas para advogados que perante um determinado litígio formulam os pedidos juntos dos tribunais judiciais e arbitrais, mas também para quem negocia com os clientes os contratos e tem intervenção na redação de cláusulas arbitrais. A redação destas cláusulas quando incluídas em negócios jurídicos complexos – que envolvem mais do que a conclusão de um instrumento jurídico ao mesmo tempo e assentam em variadíssimos pressupostos – é, sem dúvida, meio caminho andado para evitar futuros problemas de interpretação das cláusulas arbitrais e garantir a sua aplicação.

3. Ponto de partida

A decisão proferida pelo High Court de Singapura foi suscitada no âmbito de um pedido de suspensão de ação judicial com fundamento na alegação da existência de uma convenção de arbitragem que abrangeria a matéria em litígio. O pedido foi feito ao abrigo da Section 6(1) do International Arbitration Act (IAA) a qual determina que os tribunais estaduais devem suspender as ações judiciais relacionadas com “*any matter which is subject of [arbitration] agreement*”⁵.

A decisão do Tribunal de Singapura segue a decisão do caso *Tomolugen Holdings Ltd and another v Silica Investors Ltd and other appeals*⁶, proferido em 2016, quanto aos princípios a aplicar na interpretação da mencionada secção 6, a qual determina que as questões a ser decididas pelos tribunais judiciais, uma vez invocada aquela secção, devem ser divididas em duas categorias: (i) qual é a “*matter*” relativamente à qual foi iniciado o processo judicial e (ii) se tal “*matter*” é abrangida por uma convenção de arbitragem.

4 Enquanto ex-colónia Britânica, o sistema legal de Singapura é baseado na denominada “*common law*”. Este facto acarreta, entre outros aspetos, que o mesmo seja caracterizado pela regra do precedente judicial, como se pode, de resto, constatar através das diversas referências a decisões judiciais feitas ao longo da decisão comentada.

5 A referida secção, 6.(1) estabelece que: “*Notwithstanding Article 8 of the Model Law, where any party to an arbitration agreement to which this Act applies institutes any proceedings in any court against any other party to the agreement in respect of any matter which is the subject of the agreement, any party to the agreement may, at any time after appearance and before delivering any pleading or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings so far as the proceedings relate to that matter.*”

6 Acórdão *Tomolugen Holdings Ltd and another v Silica Investors Ltd and other appeals* [2016] 1 SLR 373 disponível em http://www.uncitral.org/docs/clout/SGP/SGP_261015_FT.pdf.

Foi em busca de resposta a estas duas questões que o High Court de Singapura se baseou para decidir se devia ou não suspender a ação judicial em causa.

Quanto à primeira questão, como já se referiu, o Tribunal entendeu que na ação tal como se apresentava – e apesar de cada uma das partes a tentar expor à sua maneira e com vista a defender a sua perspetiva – o pedido do Demandante assentava na discussão e aprovação pela Demandada das contas de 2015 em violação dos estatutos.

Já quanto à segunda questão, o Tribunal decidiu que era necessário perceber em que medida a “*matter*” do processo arbitral era uma “*dispute, controversy or conflict arising out of or in connection with this Agreement*”, tal como estabelecido pelas partes na cláusula 29.2 do acordo parassocial (ou, como as partes o apelidam, “Acordo de Investimento”). Para tanto, considerou essencial entender o que significava para as partes “*this Agreement*”, nos termos acordados na referida cláusula, e em que medida é que um litígio sobre se as contas de 2015 tinham sido discutidas e aprovadas em violação do artigo 15 dos Estatutos estaria no âmbito de aplicação da referida cláusula arbitral inserida no acordo parassocial.

Ora, o Tribunal decidiu as duas questões contra a Demandada.

De acordo com a decisão proferida, o Demandante conseguiu provar *prima facie* que a disputa era relativa à violação dos Estatutos e que, por isso, a violação em causa em nada se relacionava com o acordo parassocial. No entendimento do Tribunal, se o Demandante tivesse razão, o ato social da Demandada seria *ultra vires*. E tal seria assim sem qualquer necessidade de olhar para as disposições do acordo parassocial. Para chegar a tal entendimento, o Tribunal baseou-se fundamentalmente na seguinte ordem de razões: o acordo parassocial e os estatutos criam duas relações jurídicas distintas que operam em dois planos legais diferentes. A cláusula 29.2 do acordo parassocial aplicar-se-ia apenas à relação contratual privada entre as partes criada por esse acordo e os litígios ao abrigo dos estatutos da Sociedade não estariam abrangidas pelo escopo da referida cláusula, sendo, por conseguinte, resolvidos pela via judicial, de acordo com princípios comuns do direito das sociedades⁷.

Abordamos de seguida a explicação/distinção de planos social e parassocial seguido pelo Tribunal e à luz do direito Português vigente

4. A encruzilhada social e parassocial

A questão que nos ocupa pode, então, ser formulada da seguinte forma: Pode uma cláusula arbitral ínsita num acordo parassocial onilateral motivar o recurso à arbitragem para resolver um litígio emergente de uma deliberação social adotada em alegada violação dos estatutos de uma sociedade comercial?

A questão assume particular importância por várias razões:

- (i) Pode suscitar dúvidas quanto à eficácia relativa dos acordos parassociais;
- (ii) Pode provocar a convicção da possibilidade de atribuir primazia à vontade dos sócios (expressa no acordo parassocial) ante as disposições do pacto social; e
- (iii) Coloca em evidência o tema da relação entre a socialidade e a parassocialidade.

Nesta decisão, o Tribunal considerou que tanto os estatutos como o acordo parassocial têm força contratual, contudo, salientou que essa força deriva de mecanismos com características diferentes. O acordo parassocial deriva a sua força do Direito das Obrigações, tendo um conteúdo puramente privado, não sujeito ao registo público, pelo que apenas vincularia as partes que o celebraram (mero efeito obrigacional). Já os estatutos correspondem ao documento de constituição da Sociedade, derivando a sua força do Direito das Sociedades, tendo eficácia *erga omnes* e, como tal, impondo-se a todos, inclusive a terceiros, desde logo porque estão sujeitos a registo público obrigatório.

O Tribunal salientou assim que os sócios celebraram dois instrumentos jurídicos em separado, dos quais nasceram duas relações jurídicas diferentes que operam em dois planos distintos e autónomos.

Um exemplo ilustrativo da operação em diferentes planos é o facto de um novo sócio ficar imediatamente vinculado ao disposto nos estatutos com a aquisição daquela qualidade, tendo de os cumprir, não ficando, contudo, automaticamente vinculado ao acordo parassocial pelo simples facto de ter ganho a qualidade de sócio. Para que tal acontecesse seria necessário um ato autónomo de adesão a tal instrumento de modo a que produzisse efeitos na sua esfera jurídica.

Poder-se-á assumir que, também à luz do Direito Português, o facto de os acordos parassociais colocarem em evidência a delicada distinção entre o social e o parassocial é, porventura, uma das particularidades mais relevantes dos referidos acordos: se, por um lado, existe uma relação de autonomia e independência do acordo parassocial em relação ao contrato de sociedade, por outro lado, não

⁷ A este propósito, o Tribunal esclareceu ainda que por “direito das sociedades” se devia entender a interação entre a “constituição” de uma sociedade, as disposições estatutárias da lei das sociedades e a interpretação que a *common law* projeta dessas disposições.

podemos negar a existência de uma ligação funcional com este último, havendo um nexo de acessoriedade⁸.

Ora, a delimitação da fronteira entre o social e o parassocial levanta o problema da articulação material entre os estatutos da sociedade e os acordos parassociais enquanto negócios jurídicos autónomos, pelo que, em caso de discrepância surge a questão de saber qual deles deve prevalecer – questão que assume especial acuidade quando estamos na presença de acordos parassociais omnilaterais, como sucede no caso em apreço⁹.

Para alguns autores, os acordos parassociais são estipulações acessórias (embora independentes) do acordo constitutivo da sociedade, com o qual mantêm uma relação de dependência funcional, até porque o contrato de sociedade pode subsistir sem o acordo parassocial, mas o contrário não se verifica¹⁰. No entanto, há quem defenda que o posicionamento do acordo parassocial (omnilateral) face ao contrato de sociedade é móvel, pelo que a “acessoriedade” daquele não deve ser vista de forma absoluta, podendo o parassocial prevalecer sobre o social¹¹.

É neste contexto que a questão acima colocada assume maior relevância: em que medida poderá esta relação afetar a formulação dos pedidos ao abrigo dos instrumentos em causa e, consequentemente, a competência dos tribunais arbitrais?

5. Um caminho: A eficácia relativa dos acordos parassociais

Ora, para melhor entender a decisão judicial proferida pelo High Court de Singapura e a sua relevância para uma leitura à luz do Direito Português, é necessário atentar na eficácia dos acordos parassociais por contraposição à eficácia dos estatutos de uma sociedade.

A questão de que o acordo parassocial é um negócio jurídico que resulta de várias declarações de vontade e dos princípios da autonomia privada e liberdade contratual vigentes no ordenamento jurídico português, permitindo

aos sócios regular certos interesses atinentes à vida societária, parece não suscitar dúvidas de maior¹².

Com efeito, a principal diferença entre o acordo parassocial e o contrato de sociedade reside na respetiva produção de efeitos. O acordo parassocial goza de uma mera eficácia relativa (plasmada no artigo 406.º, n.º 2 do Código Civil e confirmada no artigo 17.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais (CSC), donde resulta que o mesmo apenas produz efeitos *inter partes*, não sendo oponível a terceiros nem aos sócios que venham a adquirir essa qualidade posteriormente.

Já o pacto social tem eficácia *erga omnes*, vinculando a própria sociedade, na figura dos seus órgãos e sócios, sendo oponível a terceiros – solução que facilmente se compreende dado o regime jurídico aplicável ao mesmo, nomeadamente as exigências legais de forma, registo e publicidade. Tal não sucedendo à partida no âmbito dos acordos parassociais por força do artigo 17.º, n.º 1 do CSC, no qual se estabelece que “*com base neles não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade*”¹³.

Acontece que, de acordo com a doutrina de Carneiro da Frada, a eficácia relativa prevista nesse preceito não deve ser entendida de forma absoluta, pois apenas visa acautelar interesses de terceiros alheios ao acordo parassocial e que poderiam ser prejudicados pelo incumprimento das regras societárias. Dessa forma, perante um acordo parassocial omnilateral, não existindo quaisquer outros interesses a considerar que não os dos subscritores do parassocial, o autor propõe uma redução teleológica do preceito, equacionando a possibilidade de se impugnar uma deliberação social contrária ao acordo parassocial omnilateral. Tal entendimento não pode, no entanto, deixar de ser encarado com cuidado. Para que possa operar aquela redução teleológica e, consequentemente, se possa impugnar o ato societário com base no acordo parassocial, é necessário que, – além de se estar perante um acordo parassocial omnilateral – o ato societário seja uma deliberação dos sócios e não estejam em causa outros interesses que não os dos sócios¹⁴.

8 Neste sentido, ver Ana Filipa Leal, “Algumas notas sobre a parassocialidade no Direito português”, in *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, Almedina, 2009, p. 145 e Carolina Cunha, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, coord. Coutinho de Abreu, Almedina, 2010, pp. 300-302.

9 Neste sentido ver Carolina Cunha, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, coord. Coutinho de Abreu, Almedina, 2010, pp. 301-302. Esta é uma questão também enunciada por Manuel Carneiro da Frada, “Acordos parassociais “omnilaterais””, in *Revista de Direito das Sociedades*, Almedina, 2009, p. 105.

10 Galvão Telles, “União de contratos e contratos para-sociais”, in *ROA*, n.º 11, 1951, pp. 74-75 e Pais de Vasconcelos, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2ª edição, Almedina, 2006, p. 63.

11 Manuel Carneiro da Frada, “Acordos parassociais “omnilaterais””, in *Revista de Direito das Sociedades*, Almedina, 2009, pp. 119-121.

12 Neste sentido, ver Ana Filipa Leal, “Algumas notas sobre a parassocialidade no Direito português”, in *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, Almedina, 2009, p. 140 e Alexandra Isabel da Cruz Barrias, *Acordos Parassociais. Uma análise crítica ao regime legal português*, 2012, p. 27, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66218/2/24728.pdf>.

13 Para Paulo Olavo Cunha “Os acordos parassociais não vinculam a sociedade, à qual são inoponíveis, não constituindo consequentemente base de impugnação de deliberações sociais. Assim, a inobservância do disposto num acordo parassocial – ainda que este vinculasse a totalidade dos sócios – não é motivo para interposição de ação de anulação de deliberação social” - *Revista de Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª edição, Almedina, 2016, pp. 175 e 176. No mesmo sentido, ver Ac. TRP de 30.06.2011 (Teresa Santos).

14 À luz da teoria da redução teleológica proposta por Carneiro da Frada, para que a mesma possa operar têm de estar reunidos os seguintes requisitos: (i) o acordo parassocial é omnilateral; (ii) o ato societário é uma deliberação dos sócios; e (iii) não estão em causa outros interesses que não os dos sócios. Neste sentido, veja-se Manuel Carneiro da Frada, “Acordos parassociais “omnilaterais””, in *Revista de Direito das Sociedades*, Almedina, 2009, pp. 116, 129-130.

A verificação deste último critério não se revela simples: nem sempre estão em causa meros interesses dos sócios. Nos termos do artigo 5.º do CSC, a sociedade comercial adquire personalidade jurídica a partir da data do registo definitivo do contrato de sociedade, nascendo um novo ente jurídico distinto dos sócios, sujeito de direitos e obrigações, o qual vai atuar no tráfego jurídico-mercantil no exercício da atividade económica que se propõe a exercer. Nesse contexto, o pacto social não regula simplesmente um estrito círculo de interesses dos sócios que o subcrevam, definindo antes um quadro normativo aplicável a variadas situações ligadas a esse novo ente coletivo.

Assim sendo, perante uma contrariedade entre o previsto no contrato de sociedade e no acordo parassocial, prevalecerá, na generalidade dos casos e salvo situações concretas e apertadas, o primeiro. Daqui se retira uma ideia de subordinação normativa do acordo parassocial relativamente ao contrato de sociedade. O acordo parassocial, por se encontrar conexionado com o contrato social, visando completá-lo ou até mesmo regular determinados aspetos societários, não existe sem a sociedade comercial¹⁵.

Uma cláusula arbitral ínsita no acordo parassocial – mas não prevista nos estatutos de uma sociedade – poderia ou não fundamentar o recurso à arbitragem como modo de resolução de um litígio emergente da violação dos estatutos à luz do Direito Português?

Regressando à análise do caso *sub judice*, por estar em causa a impugnação da deliberação do conselho de administração, parece-nos que a solução do High Court de Singapura seria igualmente plausível à luz do direito português vigente, tendo em conta o disposto no artigo 17.º, n.º 1 do CSC quanto à eficácia relativa dos acordos parassociais e os interesses em jogo.

Considerando que não podem ser impugnados atos societários com base no acordo parassocial, tal significa que a impugnação da aprovação das contas de 2015 suscitada pelo Demandante deveria ter sido feita com base na violação dos estatutos. Esta seria a forma tipicamente usada para enquadrar o litígio, na medida em que o pedido do Demandante é a declaração de nulidade da deliberação.

Para resolver um litígio através de arbitragem, seria necessário assegurar que o mesmo se incluía no âmbito de uma cláusula arbitral. Ora, as partes introduziram uma cláusula arbitral no acordo parassocial, a qual previa que qualquer litígio derivado do mesmo seria resolvido pela via arbitral. Contudo, o litígio foi enquadrado como violação dos estatutos e não como violação

do parassocial. Ainda que a disposição (estatutária) na qual se funda a violação seja idêntica a uma disposição do acordo parassocial, levando a crer que o Demandante poderia ter enquadrado o litígio também como violação do parassocial, a verdade é que não o poderia fazer sem mais, tendo em conta o pedido que formula: declaração de nulidade da deliberação, a qual não se pode fundar no acordo parassocial (cfr. art 17.º, n.º 1 do CSC).

Por outras palavras, se não for possível fundar o pedido no acordo parassocial, o litígio não se enquadrará, à partida, no escopo da cláusula arbitral, visto que esta apenas está dirigida a litígios emergentes do acordo parassocial. Por outro lado, a redução teleológica proposta por Carneiro da Frada não teria aplicação neste caso muito concreto porquanto, apesar de se tratar de um acordo parassocial omnilateral, não está em causa uma deliberação dos sócios (mas antes da deliberação do conselho de administração), estando – além disso – em causa outros interesses que não apenas os dos sócios, já que se trata de uma aprovação de contas¹⁶.

O Tribunal considerou que os sócios, ao celebrarem dois instrumentos jurídicos que estabelecem duas relações jurídicas diferentes, as quais operam em planos distintos e autónomos, e tendo previsto uma cláusula arbitral num deles e noutro não, fica afastada a ideia de que os sócios quisessem sujeitar a arbitragem qualquer litígio que surgisse no seio da Sociedade, entendendo-se, apenas, que o litígio que surgisse em conexão com o acordo parassocial estaria sujeito a arbitragem. Uma pessoa média/razoável colocada na posição real dos sócios não teria interpretado a cláusula arbitral incluída no acordo parassocial como extensível a disputas relacionadas com os estatutos. Caso fosse essa a sua real vontade, os sócios teriam refletido aquela cláusula arbitral também nos estatutos da sociedade.

Em suma, a cláusula arbitral incluída no acordo parassocial em questão apenas se aplica à relação que deriva desse acordo. Os estatutos criam uma relação jurídica autónoma que opera num plano jurídico distinto. Assim, o litígio relacionado com os estatutos não cai no âmbito da cláusula arbitral do acordo parassocial, sendo da competência dos tribunais judiciais, especialmente porque o Demandante impugnou um ato societário, impugnação essa que não pode ser feita ao abrigo do acordo parassocial, nos termos do citado preceito legal.

Coisa diferente seria, porventura, – e como abordaremos de seguida – encontrarmo-nos perante uma cláusula arbitral estatutária, mas ainda assim se considerar que o litígio em causa não seria arbitrável. Questão que também foi analisada pelo Tribunal, embora num plano secundário, como veremos de seguida.

15 Neste sentido, ver Ana Filipa Leal, "Algumas notas sobre a parassocialidade no Direito português", in *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, Almedina, 2009, p. 145; Carolina Cunha, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, coord. Coutinho de Abreu, Almedina, 2010, p. 302 e Manuel Sequeira, "Acordos parassociais e mecanismos indiretos de controlo", in *Revista de Direito das Sociedades X* (2018), 4, p. 773.

16 Neste sentido, veja-se Manuel Carneiro da Frada, "Acordos parassociais "omnilaterais"", in *Revista de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2009, pp. 116, 129-130.

6. Reflexões ao longo do percurso

A análise levada a cabo pelo High Court de Singapura respeitante à diferenciação dos planos social e parassocial vertida na decisão que se comenta, apesar de ser enquadrável, do ponto de vista substantivo, no direito vigente em Portugal, não deixa de nos suscitar várias questões.

Em primeiro lugar, o grau de profundidade utilizado pelo Tribunal ao analisar as diferenças entre os planos dos estatutos e do acordo parassocial e a forma como estes se intersejam foi bastante superior ao utilizado para analisar a intenção das partes quanto à inclusão da matéria em causa no âmbito da cláusula arbitral inserida no acordo parassocial. Ao proceder à interpretação da cláusula arbitral convencionada entre as Partes, o Tribunal não teve em consideração a possibilidade de para um empresário médio ser improvável conhecer a distinção dos direitos em jogo (oriundos de diferentes fontes legais – acordo parassocial vs. estatutos)¹⁷.

Em segundo lugar, também a profundidade da análise do Tribunal de Singapura pode pôr em causa o princípio da competência dos tribunais arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência e o juízo *prima facie* que resultaria da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV), em Portugal¹⁸. Com efeito, apesar de no início daquela decisão se referir que o Tribunal apenas teria de verificar *prima facie* se uma ou mais das “*matters*” da ação judicial se encontravam abrangidas por uma cláusula arbitral que não fosse nula, ineficaz ou inexecutável¹⁹, a verdade é que o Tribunal analisou em detalhe questões de direito substantivo aplicável ao caso em concreto. Embora não tendo entrado no mérito da causa, esta abordagem deixa-nos a refletir sobre as fronteiras entre estas duas linhas: decisão sobre competência e mérito da causa consoante os pedidos formulados.

Em terceiro lugar, ainda que nos encontremos perante uma decisão detalhadamente fundamentada, ficamos com a impressão de que, se o Tribunal tivesse considerado que

a “*matter*” identificada ao invés de ter sido configurada à luz dos estatutos, tivesse sido à luz do acordo parassocial, a conclusão poderia ser diametralmente oposta. Esta questão permite-nos chamar à atenção para o cuidado que se deve depositar no momento de formulação dos pedidos judiciais e arbitrais pelas partes. Não descurando, obviamente, as repercussões que tal terá a nível do mérito.

Em quarto lugar, apesar de ter concluído que o litígio em causa não se enquadrava na cláusula arbitral do acordo parassocial, no final, o Tribunal referiu que, mesmo que assim não fosse, a questão de saber em que medida o Demandante teria ou não aprovado as contas de 2015 em violação dos Estatutos não seria arbitrável. Na base de tal consideração está o facto de, segundo o High Court de Singapura, se estar perante um litígio que afetará terceiros que não são parte da arbitragem e que, por esse motivo, uma cláusula de resolução de litígios através de arbitragem não é eficaz e não pode servir de fundamento para requerer a suspensão de um processo judicial.

Aproveitamos esta última interpretação do Tribunal de Singapura para abordar alguns pontos relativamente ao estado da denominada “arbitragem societária” em Portugal. Se a declaração de nulidade de uma deliberação de aprovação de contas, tivesse sido colocada perante um tribunal português, assumindo que não existiam dúvidas quanto à inclusão da mesma nos estatutos, teria sido considerada arbitrável?

Colocada nesses moldes, poder-se-ia afirmar que estaríamos perante um tema de “arbitragem societária”. Em Portugal, este termo tem sido usado para englobar em geral os litígios “intra-societários”, isto é, aqueles “*em que a sociedade e/ou os seus sócios (elemento subjectivo) sejam partes e versem sobre aspectos da relação societária (elemento objectivo)*”²⁰, e também questões referentes às “*relações entre a sociedade e os titulares dos órgãos sociais e relações entre estes e os sócios, no exercício do respetivo mandato*”²¹.

17 Esta é, aliás, uma das críticas que encontramos a esta decisão: “*However, it is suggested, with respect, that the court’s delicate analysis of these intricate legal points may have obscured a deeper and more fundamental consideration that would have led it to the opposite outcome. The court’s reliance on the legal distinction between contractual and corporate rights runs counter to the non-technical approach to the interpretation of arbitration clauses that has been embraced by modern commercial courts the world over. Courts are enjoined to interpret arbitration clauses as rational businessmen would: Larsen Oil and Gas Pte Ltd v Petroprod Ltd (in official liquidation in the Cayman Islands and in compulsory liquidation in Singapore) [2011] 3 SLR 414 at [13]. Rational businessmen are unlikely to draw fine distinctions between the provenance of the rights at stake in a litigation when those rights—albeit springing from different legal sources—arise out of the self-same relationship and the same matrix of facts*” – Shaun Pereira, “Arbitrating disputes under the articles of association” (23 November 2018), disponível em <http://www.singaporelawblog.sg/blog/article/225>.

18 Art. 5.º, n.º 2. Em anotação, Dário Moura Vicente refere que “*Em virtude da regra consignada no n.º 1, aos tribunais estaduais apenas é dado procederem a um controlo prima facie da validade, eficácia e exequibilidade da convenção de arbitragem, cuja apreciação é assim deferida ao próprio tribunal arbitral. (...) É o chamado efeito negativo da competência-competência (a qual se encontra genericamente disciplinada no artigo 18.º). – Cfr. Dário Moura Vicente (Coord.), Lei de Arbitragem Voluntária Anotada, 3.ª Edição, Revista e Atualizada, 2017, p. 44; Veja-se ainda o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015 – “Basta uma plausibilidade de vinculação das partes à convenção de arbitragem para que, sem mais, cumpra devolver ao tribunal arbitral voluntário apreciação da sua própria competência, nos termos do art. 21.º, n.º1, da LAV, só podendo o tribunal judicial deixar de proferir a absolvição da instância se for manifesta, clara, patente a invalidade ou a inexecutabilidade da cláusula” – proc. n.º. 1770/13.1TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt*”

19 Cfr. parágrafo 138 da decisão que se comenta.

20 Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. X-2017, Almedina, 2018, p. 43

21 Teresa Anselmo Vaz, *A validade de cláusula arbitral estatutária*, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2019, p. 1042

A validade de uma cláusula arbitral estatutária e as questões que este tipo de arbitragens coloca a nível de regulação têm sido abordadas por vários autores²².

Se por um lado, a validade de cláusulas arbitrais estatutárias é um tema pacífico, não só pelo facto de o critério da arbitrabilidade dos litígios estabelecido no art. 1.º, n.º 1 da LAV ser o da "*patrimonialidade do interesse controvertido*"²³, mas também porque o CSC não exclui a possibilidade de resolver disputas societárias através de arbitragem²⁴, o mesmo já não sucede quanto à regulação deste tipo de arbitragens. A regulação tem sido analisada a partir de dois ângulos: necessidade de regulação legal destes litígios através de um conjunto de normas especiais relativamente à LAV e previsão pelas partes de aspetos específicos colocados por este tipo de arbitragens na própria convenção arbitral.

De um modo geral, é correto afirmar que as partes têm liberdade para se moverem dentro do quadro normativo arbitral em vigor e no exercício da sua liberdade contratual, antecipando na cláusula arbitral questões que advêm das especificidades que caracterizam as arbitragens societárias²⁵. Entre elas encontram-se, por exemplo, as que decorrem das características organizativas das sociedades comerciais e das preocupações relacionadas com a eficácia das decisões sobre deliberações sociais²⁶.

É nesse contexto que a praticabilidade de intentar ações arbitrais de declaração de nulidade ou de anulação de

deliberações surge como um tema incontornável perante a ausência de quadro legal específico.

Embora os arts. 60.º e 61.º do CSC pressuponham a sua aplicação no âmbito de ações judiciais, se considerarmos que as mesmas visam garantir sobretudo que as decisões sobre as deliberações produzem, por força da lei, efeitos *inter omnes* (efeitos contra todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido partes ou intervenientes na ação)²⁷, será possível defender, então, que as partes poderão acautelar essa mesma garantia na redação da cláusula arbitral estatutária²⁸. Dito de outro modo, desde que seja possível prever/regular as mesmas garantias – incluindo a possibilidade de intervenção no processo arbitral de quem, apesar de ser considerado signatário da convenção arbitral e mesmo não tendo tido intervenção na referida arbitragem, teve a oportunidade de nela intervir²⁹ – será, consequentemente, possível defender que existe uma "equiparação das jurisdições estadual e arbitral"³⁰.

É, assim, no momento da redação da cláusula arbitral estatutária que se deve procurar assegurar as referidas garantias, nomeadamente que: (i) a sociedade deve informar os sócios e o conselho de administração do início da ação arbitral e dos seus direitos para intervir na mesma; (ii) que os sócios terão direito a solicitar à sociedade e esta obrigada a disponibilizar os elementos do processo que permitam ao sócio decidir se pretende ou não intervir na referida ação, e que (iii) uma vez verificados os passos anteriores, se os sócios e/ou conselho de administração não

22 António Sampaio Caramelo propõe uma cláusula arbitral estatutária-modelo – Cfr. António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, pp. 101-121, Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X-2017, Almedina, 2018, pp. 38 a 73, Teresa Anselmo Vaz, *A validade de cláusula arbitral estatutária*, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2019, p. 1039 – 1051; Rui Pereira Dias, *Cláusulas Compromissórias estatutárias e princípio maioritário*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X-2017, Almedina, 2018, pp. 74-93, José Miguel Júdice, *Projeto da arbitragem societária, cinco notas introdutórias, doze questões e cinco comentários finais sobre o projeto*, in XII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Edição Almedina, 2019, pp. 11-19, Pedro Raposo/Patrícia Valente, *Proteção dos sócios minoritários nas arbitragens societárias*, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2019, pp. 977-988;

23 António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, p. 102, Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X-2017, Almedina, 2018, p. 48; Teresa Anselmo Vaz, *A validade de cláusula arbitral estatutária*, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2019, p. 1043.

24 Como explica Sampaio Caramelo, "(...) "é a própria Constituição da República Portuguesa que qualifica os tribunais judiciais como verdadeiro tribunais, o que implica a equivalência da jurisdição arbitral à exercida pelos tribunais estaduais, estando ambas sujeitas ao mesmo conjunto de garantias que integram o conceito de "processo equitativo" constante do art. 20.º, n.º 4, da Constituição" – *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano IV, 2011, 2011, p. 37; e Teresa Anselmo Vaz, "CSC não veda a inclusão, nos estatutos de uma sociedade por quotas ou anónima, de uma cláusula arbitral para resolver os litígios decorrentes da relação societária; a tal não obstam algumas referências que pressupõem o recurso aos tribunais judiciais (por exemplo, o disposto nos arts. 60º, 69º, n.º 2, 74º, 101-A, 292.º - e 394º) (...)" – *A validade de cláusula arbitral estatutária*, in António Menezes Cordeiro (Coord.), *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 Anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2019, p. 1043.

25 António Sampaio Caramelo propõe uma cláusula arbitral estatutária-modelo – Cfr. António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, pp. 105-106

26 António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, p. 102; Rui Pereira Dias, *Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)*, in II Congresso Direito das Sociedades em revista, Almedina, 2012, pág. 294

27 Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X-2017, Almedina, 2018, pp. 49-50

28 António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, pp. 120-121

29 António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, p. 106

30 António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, p. 106

exercerem o respetivo direito de intervenção, ser-lhes-á vedada a possibilidade de intentar uma ação (arbitral ou judicial) com vista a obter declaração de nulidade da deliberação a que respeitar a primeira ação³¹.

Dito isto, apesar de ser defensável a referida solução e, por conseguinte, o reconhecimento de que disputas desta natureza não são inconciliáveis com o processo arbitral³², é inegável que a inexistência de um regime legal específico acarreta maiores incertezas³³ nesta matéria.

Em Portugal, identificamos, pelo menos, duas tentativas, até hoje sem sucesso, de solucionar esta questão através da criação de um regime jurídico especificamente pensado para arbitragens societárias. Em 2016 foi publicada uma versão para discussão de um projeto preparado pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) que tinha exatamente como objeto “o regime aplicável à resolução de litígios em matéria societária com recurso à arbitragem”, no qual se incluíam a “impugnação pelos sócios ou por titulares de órgão social de uma deliberação de qualquer órgão de uma Sociedade, incluindo a arguição da respetiva invalidade ou ineficácia”³⁴, entre outros tipo de litígios. Já em 2018, o Gabinete da Secretaria de Estado da Justiça iniciou uma audição formal relativamente a um Projeto de Decreto-Lei sobre arbitragem societária³⁵ no âmbito do qual se podia ler que o mesmo visava articular-se com a LAV, adotando princípios que haviam sido implementados com sucesso noutros países, tais como Alemanha, França, Itália e Espanha.

No que respeita às soluções do referido Projeto para assegurar que as decisões sobre deliberações sociais têm efeito contra todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido partes ou intervenientes na ação, salientamos as seguintes propostas: (i) a eficácia da alteração estatutária no sentido de introdução

da cláusula compromissória fica dependente de registo (e a sua inclusão estará sujeita às regras legais e estatutárias para alteração do contrato de sociedade)³⁶; (ii) o pedido de submissão a arbitragem da impugnação das deliberações³⁷ deve identificar os sujeitos que, além das partes iniciais no litígio, possam vir a ser vinculados pela decisão e que sejam conhecidas do requerente, as quais podem intervir na arbitragem se assim o pretenderem; (iv) a identificação desses sujeitos deve ser posteriormente complementada pela sociedade na resposta à arbitragem; (v) os processos arbitrais abrangidos pelo diploma e as decisões finais sobre os mesmos estão sujeitas a depósito eletrónico na Conservatória do Registo Comercial³⁸; (vi) se os estatutos da sociedade não dispuserem de forma diferente, e caso não sejam conhecidos todos os sócios ou sejam identificadas mais de 20 pessoas que possam intervir, o Centro de Arbitragem deve assegurar a publicidade do processo nos termos do art. 167.º do CSC (publicações obrigatórias); (vii) os sócios que não intervenham na arbitragem têm, no entanto, direito a receber todas as informações por si requeridas sobre o andamento do processo arbitral, incluindo o conteúdo das peças processuais e das decisões arbitrais, sendo que tal informação deve ser prestada pela sociedade ou pelo Centro de Arbitragem³⁹; (viii) finalmente sublinha-se ainda o teor do art. 10.º do Projeto, que copia o art. 61.º do CSC, quanto à exclusão dos efeitos do caso julgado de uma sentença arbitral a terceiros de boa fé que tenham adquirido direitos com fundamento em atos praticados em execução de uma deliberação, sempre se poderá questionar a sua necessidade⁴⁰.

Em suma, a intervenção do centro de arbitragem⁴¹, a colaboração da Sociedade e da parte que inicia a arbitragem são essenciais para garantir que as ações em causa asseguram a produção de efeitos para lá do universo dos sujeitos intervenientes na ação, aspeto que não pode ser

31 Questões que se encontram alinhadas com a redação proposta por Sampaio Caramelo – António Sampaio Caramelo, *Arbitrabilidade dos Litígios Sobre a Validade de Deliberações Sociais*, in Elton José Donato e João Bosco Lee, *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano IX, N.º 33, p. 120; Iñaki Carrera e Francisco da Cunha Matos, *La convivencia entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria en cuestiones estatutárias y de crisis societária*, in Spain Arbitration review, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º 36, 2019, pp. 30-31;

32 Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X-2017, Almedina, 2018, p. 43

33 Rui Pereira Dias, *Cláusulas Compromissórias estatutárias e princípio maioritário*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X-2017, Almedina, 2018, p. 74; Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. X-2017, Almedina, 2018, pp. 67-68;

34 Cfr. Art. 1.º, n.º 1 e n.º 2 c) da Proposta de Regime Jurídico da Arbitragem Societária, disponível para consulta no site da APA, em em <https://arbitragem.pt/pt/apa/projetos/arbitragem-societaria>

35 Igualmente disponível para consulta no site da APA em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/e849ba2c5b/2018-04-18-proposta-diploma-arb-societaria.pdf>

36 Cfr. Art. 2.º, n.ºs 2 e 3

37 Não só das deliberações, mas também em qualquer outro litígio cuja decisão, nos termos da lei substantiva, deva vincular outros sujeitos além das partes iniciais no litígio – Cfr. Art. 4.º, n.º 3.

38 Cfr. Art. 3.º, n.º 1 do Projeto de Decreto-Lei.

39 Cfr. Art. 8.º do Projeto de Decreto-Lei.

40 A necessidade da inclusão desta norma poderá questionar-se, na medida em que o aparente problema que visa solucionar, além de estar resolvido pela conjugação dos artigos anteriormente mencionados quanto à necessidade de garantir a possibilidade de intervenção daqueles a quem a sentença arbitral vinculará, não acrescenta nada ao facto de, em regra, não haver dúvida de que a eficácia da convenção de arbitragem, e, por conseguinte, da decisão arbitral que dela resulte, só produz efeitos perante as partes que de um modo ou de outro aderiram à convenção, como dispõe o art. 42.º, n.º 7 da LAV. Na Doutrina, a única questão que parece persistir é a que se relaciona com a intervenção provocada admitida pelo tribunal, mas em que o terceiro se recusa a participar na arbitragem (sempre pressupondo que o abrange). A este respeito, veja-se Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, pp. 274 – 275; Carla Góis Coelho, *O Efeito Preclusivo do Caso Julgado – em especial, a eficácia e as especificidades do Caso Julgado arbitral*, AAFDL Editora, 2019, pp. 88-89; António Pedro Pinto Monteiro, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 316;

41 Nos termos do art. 1.º, n.º 4, do Projeto de Decreto-Lei, “O recurso a arbitragem para dirimir os litígios referidos no número 2 apenas pode ter lugar através de arbitragem institucionalizada, ficando excluído o recurso a arbitragem ad hoc.”.

considerado apenas "*um plus possível da decisão em matérias societárias, mas sim o seu necessário modo-de-ser*"⁴².

Tudo considerado, apesar das diversas oportunidades de melhoria que o Projeto discutido na anterior legislatura pode ser alvo ⁴³ e de ser possível dar resposta a várias especificidades das arbitragens societárias através da redação cuidada de cláusulas arbitrais estatutárias, cremos que a criação de um regime legal específico ou a inclusão na LAV de normas direcionadas a esta realidade permitirá, de uma vez por todas, às partes escolher sem receios a arbitragem como meio de resolução de disputas societárias.

7. As possíveis conclusões no final do percurso

O presente comentário permitiu-nos de forma muito sucinta abordar a arbitragem de várias perspetivas, com enfoque em vários momentos distintos e com intervenção de pessoas diferentes, começando por quem redige as cláusulas arbitrais a incluir em contratos que integram operações complexas, a quem formula os pedidos junto dos tribunais e terminando no legislador, a quem incube estar atento e procurar soluções.

Os litígios entre sócios através de arbitragens que resultam de convenções inseridas em acordos parassociais são, tanto no plano nacional como no internacional – como foi possível perceber através deste acórdão do High Court de Singapura – uma realidade patente. De igual modo, não existe, na nossa opinião, uma justificação para que, no final do ano de 2019, as sociedades e os seus sócios continuem a encontrar na inexistência de um regime jurídico de arbitragem societária um entrave à escolha segura deste meio de resolução de litígios para questões intra-societárias.

A análise deste acórdão e de temas a ele associados permitiu-nos também entender a densidade do tema da arbitragem societária e a busca incessante que tem existido por parte da doutrina em Portugal no sentido de encontrar soluções plausíveis. Aguardamos uma solução do legislador.

⁴² Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. X-2017, Almedina, 2018, p. 56

⁴³ Para uma visão geral sobre algumas críticas que podem ser feitas ao Projeto, veja-se José Miguel Júdice, *Projeto da arbitragem societária, cinco notas introdutórias, doze questões e cinco comentários finais sobre o projeto*, in XII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Edição Almedina, 2019, pp. 11-19

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 reboaria jurídica.

Possuímos um genuíno entusiasmo na resolução de im-possibilidades 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

Somos a única sociedade portuguesa com uma equipa totalmente dedicada à arbitragem. Acompanhamos os nossos clientes nas mais complexas arbitragens comerciais e de investimento, nacionais e internacionais.

A nossa equipa está na vanguarda dos desenvolvimentos da arbitragem em Portugal e somos uma referência no panorama da Lusofonia. Fazemos parte, desde 2014, da lista das 100 melhores sociedades de advogados do mundo em arbitragem, publicada pela Global Arbitration Review.

Somos uma equipa verdadeiramente internacional, com advogados de seis nacionalidades diferentes e seis línguas de trabalho. Temos acompanhado arbitragens nos mais diversos países, com diferentes leis aplicáveis e conduzidas noutras línguas, seja em matéria comercial ou de investimento.

A arbitragem é uma área de prática cada vez mais sofisticada, em que a escolha do advogado e o nível de especialização do mesmo são decisivos para o resultado do processo.

Acompanhamos os nossos clientes desde o momento em que o litígio é antecipado, contribuindo para a definição de uma estratégia de sucesso, da forma mais eficiente possível. Trabalhamos frequentemente em associação com outras sociedades internacionais, e temos experiência relevante enquanto árbitros, com mais de 20 advogados da PLMJ a terem sido nomeados recentemente, em várias jurisdições e instituições arbitrais.

Pensamos e criamos à medida dos nossos clientes, e fazemos questão de garantir que as arbitragens que acompanhamos também o são.

“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