

ARBITRATION REVIEW

04

Jurisprudência
comentada de
2019



Ficha técnica

Título

PLMJ Arbitration Review
Revista PLMJ Arbitragem

Coordenação:

Mariana França Gouveia
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

Anja Noack

Associada sénior PLMJ

Betyna Jaques

Associada PLMJ

Camila Pinto de Lima

Consultora sénior PLMJ

Carla Góis Coelho

Associada coordenadora PLMJ

Carolina Inverno Branco

Estagiária PLMJ

Catarina Félix Pericão

Associada PLMJ

Francisco da Cunha Matos

Associado PLMJ

Iñaki Carrera

Associado PLMJ

Jeice Filipe

Estagiária PLMJ

Joana Costa Lopes

Estagiária PLMJ

Joana Ribeiro de Faria

Estagiária PLMJ

João Tiago Morais Antunes

Sócio PLMJ

Joaquim Shearman de Macedo

Sócio PLMJ

Mariana França Gouveia

Sócia PLMJ

Mariana Guisado

Estagiária PLMJ

Pedro Metello de Nápoles

Sócio PLMJ

Priscila Santos

Associada sénior PLMJ

Raquel Santos Ferreira

Estagiária PLMJ

Rita Folhadela

Associada PLMJ

Rute Alves

Associada coordenadora PLMJ

Samantha Zürn

Associada sénior PLMJ

Tiago Duarte

Sócio PLMJ

Telma Pires de Lima

Associada coordenadora PLMJ

Tomás Timbane

Sócio TTA

Índice

1	TELMA PIRES DE LIMA CATARINA FÉLIX PERICÃO Grupo de empresas e aceitação tácita da extensão da convenção de cláusula arbitral Ac. do STJ, proc. n.º 28/14.3TBOHP.C1.S1 de 15.01.2019	P.11
2	JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES RITA FOLHADELA JOANA COSTA LOPES A interpretação da cláusula de força maior na resolução do contrato de trabalho desportivo por justa causa CAS 2018/A/5607 SA Royal Sporting Club Anderlecht (RSCA) v. Matías Ezequiel Suárez & Club Atlético Belgrano de Córdoba (CA Belgrano) & CAS 2018/A/5608 Matías Ezequiel Suárez & CA Belgrano v. RSCA	P.19
3	PEDRO METELLO DE NÁPOLES JOANA RIBEIRO DE FARIA Consequences of non-disclosure: a win for foul players? Decision of the Oberlandesgericht Frankfurt am Main (26 SchH 2/18), 24 January 2019	P.25
4	MARIANA FRANÇA GOUVEIA CAROLINA INVERNO BRANCO Adjudication: a levitation technology? Comment on Case no. HT-2018-000378 of the Technology & Construction Court	P.37
5	PRISCILA SANTOS RAQUEL SANTOS FERREIRA A Contribuição sobre o setor bancário: da (in)arbitrabilidade à (in)compatibilidade com o direito europeu no caso das sucursais Decisão arbitral proferida no processo n.º 156/2018-T, de 10 de maio de 2019	P.45
6	RUTE ALVES JOANA COSTA LOPES Brief notes on the interpretation of an arbitration agreement in a shareholders' agreement Comments on the Hong Kong decision of Dickson Holdings Enterprise Co Ltd v. Moravia CV and Others (2019) HKCFI 1424; (2019) HCMP 2665/2017 (30 May 2019)	P.57
7	JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO JEICE FILIPE Reflexões sobre a arbitrabilidade da validade de patentes Anotação ao acórdão da Relação de Lisboa, de 4 de junho de 2019 (proc. n.º 649/19.8YRLSB.L1-7)	P.65
8	CAMILA PINTO DE LIMA BETYNA JAQUES Arbitragem societária: dissolução parcial de Sociedade Anónima com exclusão de acionista Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Brasil), de 27 de agosto de 2019	P.71
9	ANJA NOACK SAMANTHA ZÜRN Alemanha: decretamento de medidas cautelares por tribunais estaduais perante convenção de arbitragem Bundesgerichtshof (supremo tribunal de justiça alemão) Acórdão de 19 de setembro de 2019	P.79
10	TOMÁS TIMBANE IÑAKI CARRERA Uma terceira via no Direito de Reconhecimento Interno moçambicano: um caminho a evitar Acórdão do Tribunal Supremo, Processo n.º 32/2018 de 26 de setembro de 2019	P.85
11	ANA COIMBRA TRIGO Tribunais Comerciais Internacionais e Arbitragem: "The Chinese Approach" Comentário à decisão Luck Treat c. Zhong Yuan Cheng, sec. civil 1 do Tribunal Comercial Internacional Chinês de 29.09.2019	P.111
12	CARLA GÓIS COELHO MARIANA GUIADO A decisão sobre a prestação de caução na sequência da suspensão do processo de reconhecimento da sentença arbitral O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.10.2019 (processo n.º 1667/18.9YRLSB-B-2)	P.129
13	TIAGO DUARTE Só no final é que se descobriu que não havia por onde começar Oded Besserglik v. Republic of Mozambique 28/10/2019	P.139
14	FRANCISCO DA CUNHA MATOS JEICE FILIPE The arbitrability of insolvency matters in Canada Material competence vs the superior interest of creditors – a case of the originality in British Columbia	P.145

Prefácio

Rita Samoreno Gomes
Pedro Metello de Nápoles
Joaquim Shearman de Macedo

Este é o quarto ano da PLMJ Arbitration Review, que a partir de agora passa a contar com a Mariana França Gouveia na coordenação. Não poderíamos, no entanto, deixar de começar por fazer um sincero agradecimento ao António Pedro Pinto Monteiro pelo seu papel no lançamento da revista e pela coordenação dos últimos três números, desejando-lhe os maiores sucessos no novo projeto que decidiu abraçar.

Este ano foi criada uma nova equipa de resolução de litígios da PLMJ que junta várias áreas numa só equipa, integrando mais de 70 advogados e 12 sócios. A reorganização da área passou pela união de equipas numa só estrutura, com um caráter multidisciplinar, mas onde se continua a promover uma forte especialização, por forma a poder responder a todas as questões em todo o espectro da Resolução de Litígios empresariais. Uma equipa una e coesa permite dispor de recursos especializados de forma a responder com qualidade, rapidez e eficiência a qualquer assunto.

Esta publicação é um exemplo desta união: 25 advogados e advogados estagiários comentam acórdãos arbitrais e judiciais, trazendo não só o seu saber como a sua experiência prática nos mais variados assuntos e em diversos tribunais judiciais e arbitrais, e com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento da arbitragem, que é afinal o propósito PLMJ Arbitration Review.

Finalmente, e como testemunho do interesse neste tipo de publicações, deu-se início a uma parceria com a AAFDL para a publicação da revista em suporte físico, mantendo-se, todavia, a publicação digital, de livre acesso.

Introdução

Mariana França Gouveia

Iñaki Carrera

Este ano de 2020 é certamente um ano que ficará na memória de todos nós, estando a ser sem dúvida um ano *sui generis*. Contudo, tudo foi feito para que a *PLMJ Arbitration Review* visse a luz do dia sem percalços e aqui temos uma publicação com mais de 160 páginas e 14 anotações. Nele são analisados e comentados 14 acórdãos: 3 acórdãos nacionais (Supremo Tribunal de Justiça e Tribunal da Relação de Lisboa), 2 acórdãos arbitrais (CAS e CAAD), e 9 acórdãos internacionais de diversas jurisdições (Alemanha, Reino Unido, Hong Kong, Brasil, Moçambique, China, Canadá e tribunal arbitral ICSID). Os comentários versam sobre os mais variados temas: arbitragem fiscal e de genéricos; força maior; convenções de arbitragem e dever de revelação; *adjudication*; arbitragem societária e de insolvência; medidas cautelares e prestação de caução; arbitragem de investimento; e reconhecimento de sentença arbitral.

No que se refere aos comentários presentes neste n.º 4, a Revista começa com a anotação de Telma Pires de Lima e Catarina Félix Pericão a um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), analisando o princípio da competência-competência e possível extensão da cláusula arbitral a não signatários. No caso em apreço, o STJ estendeu a cláusula compromissória de um acordo quadro às demais empresas de um grupo societário que não tiveram intervenção no referido acordo com base nos arts. 406.º, 2 e 217.º, 2 do Código Civil. As autoras analisaram não só os comportamentos concludentes das partes não signatárias como invocaram o princípio da boa fé, concordando com a solução dada pelo STJ.

De seguida, João Tiago Morais Antunes, Rita Folhadela e Joana Costa Lopes comentam a decisão arbitral do CAS relacionado com a aplicação da cláusula de força maior na resolução de contrato de trabalho desportivo por justa causa. Um jogador de futebol de um clube de Bruxelas resolveu por justa causa o contrato de trabalho desportivo invocando os ataques terroristas ocorridos no território europeu, principalmente o ataque em Bruxelas. Estaremos perante um caso de força maior? Estaremos perante uma impossibilidade pessoal?

Pedro Metello de Nápoles e Joana Ribeiro de Faria comentam em inglês uma sentença do Oberlandesgericht de Frankfurt am Main. Uma parte pretendeu recusar dois árbitros por falta de imparcialidade e independência, tendo o Tribunal Arbitral decidido rejeitar a recusa. Da decisão em causa a parte recorreu para o Oberlandesgericht de Frankfurt am Main, tendo se centrado a discussão no dever de revelação dos árbitros. Esta questão é detalhadamente analisada pelos autores.

Focando um meio de resolução alternativa de litígios pouco conhecido em Portugal, Mariana França Gouveia e Carolina Inverno Branco comentam uma decisão do High Court of Justice (Technology & Construction Court) de Inglaterra sobre *Adjudication*. No comentário discutem-se os limites à competência do *adjudicator*, bem como os fundamentos e meios que permitem impugnar a decisão alcançada. Será que as características deste método impõem soluções diferenciadas para estas questões ou iremos encontrar semelhanças com a arbitragem?

A publicação não podia deixar de fora as arbitragens fiscais, nesse sentido Priscila Santos e Raquel Santos Ferreira comentam a decisão arbitral proferida no processo n.º 156/2018-T que aborda a questão da arbitrabilidade de litígios relacionados com a contribuição sobre o setor bancário e a incompatibilidade com o direito europeu nos casos das sucursais. Terminam o comentário olhando para o futuro e lançando já alguns pontos sobre a figura do adicional de solidariedade sobre o setor bancário. Levantar-se-ão os mesmos problemas jurídicos? *To be continued...*

Rute Alves e Joana Costa Lopes comentam o Acórdão do Supremo Tribunal de Hong Kong que versa sobre a questão de saber se um determinado litígio cai dentro do âmbito da convenção de arbitragem prevista num Acordo Parassocial. Uma disputa sobre violação de deveres de lealdade dos administradores e de uma disposição dos estatutos são violações do Acordo Parassocial em causa? As autoras responderão a esta pergunta e inclusive identificaram certos pontos relevantes à hora de redigir a convenção de arbitragem.

Na presente publicação temos uma anotação a um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa relacionado com uma decisão arbitral ao abrigo da Lei n.º 62/2011 elaborada por Joaquim Shearman de Macedo e Joice Filipe. Neste comentário analisam a complexa questão de saber se o tribunal arbitral tem competência para apreciar a validade do certificado complementar de proteção. No entender dos autores o acórdão vem, de certa forma, colocar um ponto final nessas querelas. Ganhou a tese ampliativa!

Camila Pinto de Lima e Betyna Jaques comentam um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que decidiu em recurso de apelação sobre a dissolução parcial de Sociedade Anónima com exclusão acionista. É matéria que pode ser remetida para acordo parassocial e nesse sentido abrangida pela cláusula compromissória? As autoras não só respondem a esta

questão - chamando a atenção para o facto de se tratar de um acordo parassocial omnilateral - como destacam o facto do acórdão do TJSP ter reduzido, na prática, o princípio da competência-competência de forma excessiva nos casos em que a cláusula compromissória está presente num acordo parassocial.

Do Brasil aterramos na Alemanha, em concreto no Supremo Tribunal de Justiça Alemão. Nesta decisão sob anotação, o Bundesgerichtshof analisou a competência de decretamento de medidas cautelares relativas a objeto de litígio sujeito a convenção de arbitragem. Competência alternativa ou exclusiva? Respondem a esta questão através da anotação a este acórdão Anja Noack e Samantha Zürn.

Já em Moçambique, Tomás Timbane e Iñaki Carrera desenvolvem um estudo realizado anteriormente aproveitando a anotação ao Acórdão do Tribunal Supremo no âmbito da revisão e confirmação de uma sentença arbitral estrangeira. Na luta entre o Código de Processo Civil moçambicano e a Convenção de Nova Iorque, os autores identificaram uma terceira via, ainda mais gravosa.

Agora, aterrando na China, temos o comentário de Ana Coimbra Trigo à decisão do Tribunal Comercial Internacional da China sobre uma convenção de arbitragem inserida ou bem em propostas contratuais, como defendia uma parte, ou bem em contratos já celebrados como defendia outra. Em primeiro lugar, a autora aproveitará para descrever o panorama da arbitragem na China e o TCIC. Em segundo lugar, analisará a questão da separabilidade da convenção de arbitragem. Nas observações finais falará sobre o TCIC no mercado da litigância global.

Carla Góis Coelho e Mariana Guisado tratarão da questão da prestação da caução na sequência da suspensão do processo

de reconhecimento da sentença arbitral à luz da Convenção de Nova Iorque ao comentarem o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que considerou não ser justificado prestar caução por entender que seria provável a anulação do acórdão arbitral que se pode reconhecer.

Na análise de uma decisão arbitral sobre proteção de investimento, Tiago Duarte destaca o modo "patológico" como a arbitragem entre a República de Moçambique e a Oded Besserglik se foi desenrolando desde o princípio. Com efeito, só um ano e dois meses após ter apresentado o seu "*Counter-Memorial on Jurisdiction and Liability*", Moçambique suscitou perante o Tribunal o facto de entender que o BIT nunca tinha entrado em vigor, tendo o Tribunal Arbitral concordado, por isso: "Só no final é que se descobriu que não havia por onde começar".

A encerrar os comentários, está a anotação de Francisco da Cunha Matos e Jeice Filipe à decisão do Supreme Court da British Columbia no Canadá, versando sobre a arbitrabilidade de litígios relacionados com a insolvência. Os autores não só se debruçaram sobre o direito canadiano como fizeram uma comparação com as soluções normativas do direito português. Esta análise comparada permitirá trazer alguma luz (de *lege ferenda*) sobre a arbitrabilidade de litígios falimentares em Portugal.

Por fim, os coordenadores da Revista gostariam de agradecer: (i) ao Dr. Júdice que aceitou o desafio de apresentar o n.º 4 da Revista, ainda que de modo virtual; (ii) aos 25 autores pelos seus valiosos contributos; (iii) à equipa de comunicação da PLMJ (em particular às Dras. Bárbara Valarinho e Paula Rodrigues Silva; e (iv) não podíamos deixar de agradecer ao António Pedro Pinto Monteiro pela incansável e dedicada coordenação que fez nos últimos três números da PLMJ Arbitration Review.

GRUPO DE EMPRESAS E ACEITAÇÃO TÁCITA DA EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE CLÁUSULA ARBITRAL

AC. DO STJ, PROC. N.º 28/14.3TBOHP.
C1.S1 DE 15.01.2019

Telma Pires de Lima

Associada Coordenadora PLMJ

Catarina Félix Pericão

Associada PLMJ

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Processo n.º 28/14.3TBOHP.C1.S1
Relator: Acácio das Neves¹

Sumário do Acórdão:

O facto de uma das sociedades autoras, integrada no grupo societário da outra autora, e uma das sociedades rés, integrada igualmente no grupo societário da outra ré, não terem tido intervenção no acordo-quadro invocado pelas autoras para fundamentar os seus pedidos de condenação das rés – acordo-quadro esse do qual consta uma cláusula arbitral, não impede que tal cláusula arbitral seja extensível também a tais sociedades – por via da aceitação tácita, à luz das disposições conjugadas dos arts. 406.º, n.º 2 e 217.º, n.º 1, do CC.

Resumo do caso:

As Autoras intentaram ação declarativa comum contra as Rés, fundando a sua pretensão num Acordo-Quadro que havia sido celebrado apenas entre a 1.ª Autora e a 1.ª Ré e no qual estava expressamente consagrada uma convenção de arbitragem². A 2.ª Autora e a 2.ª Ré, embora integrassem, respetivamente, a estrutura societária da 1.ª Autora e da 1.ª Ré³, não eram partes do Acordo-Quadro ao abrigo do qual foi proposta a ação.

Uma vez que o Acordo-Quadro ao abrigo do qual as Autoras fundaram a sua pretensão continha uma cláusula arbitral, as Rés suscitaram a exceção de incompetência absoluta do tribunal judicial por preterição de tribunal arbitral (cfr. artigos 96.º, alínea b), 571.º, 576.º, 577.º, alínea a) e 578.º do Código do Processo Civil).

O Tribunal de 1.ª instância julgou verificada a exceção dilatória de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral e, consequentemente, absolveu as Rés da instância.

Não obstante, as Autoras apelaram para o Tribunal da Relação de Coimbra, que veio a julgar parcialmente procedente o recurso, revogando a decisão recorrida na parte em que absolveu da instância a 2.ª Ré. No mais, manteve a absolvição da instância decretada pelo tribunal *a quo relativamente à 1.ª Ré*.

Perante a referida decisão, a 2.ª Ré interpôs recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, invocando, em suma, que, nos termos do disposto no artigo 5.º da Lei 62/2011, de 14 de dezembro ("**LAV**"), "*os tribunais judiciais devem atuar com reserva e contenção, de modo a reconhecer ao tribunal arbitral prioridade na apreciação da sua própria competência*". Considerou, pois, que não sendo a cláusula arbitral prevista no Acordo-Quadro "*manifestamente nula, ineficaz ou inaplicável, a decisão recorrida não poderia ter sido outra que não a de declarar a incompetência absoluta dos presentes autos, por preterição de tribunal arbitral.*"

Ademais, a 2.ª Ré entendeu que o acórdão recorrido havia interpretado e aplicado erradamente os artigos 217.º e 406.º do Código Civil e o artigo 36.º da LAV (que se refere à intervenção de terceiros). Com efeito, entendeu a parte recorrente que teria havido adesão, senão expressa, pelo menos tácita à convenção de arbitragem, não só da própria Recorrente (2.ª Ré) (que foi manifestada expressamente ao longo do processo) mas também da 2.ª Autora, porquanto a sua pretensão fundava-se no Acordo-Quadro na qual estava prevista a cláusula arbitral e do qual não era signatária.

O Supremo Tribunal de Justiça, ignorando a questão suscitada sobre o efeito negativo da convenção de arbitragem previsto no artigo 5.º da LAV, reconduziu a sua análise à interpretação da convenção de arbitragem e à questão da extensão da eficácia da convenção de arbitragem a não signatários.

Neste seguimento, o Supremo Tribunal de Justiça veio a concluir que, por via da aceitação (pelo menos) tácita, a convenção de arbitragem se estendia à 2.ª Autora e 2.ª Ré, não signatárias do Acordo-Quadro.

¹ <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/78002523315a02ba8025838300515502?OpenDocument>.

² Cfr. p. 7 do Acórdão: "*Cláusula 7.ª (...) 7.2 Qualquer litígio entre os outorgantes emergente de ou relacionado com o presente acordo, deverá ser resolvido por meios de arbitragem em conformidade com os regulamentos do Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration (Centro Regional do Cairo para (os regulamentos de) Arbitragem Comercial Internacional) por três árbitros designados de acordo com os regulamentos referidos.*"

³ A 1.ª Autora é a sociedade holding "*do denominado GG*" que é titular, direta ou indiretamente, de 97% do capital social da 2.ª Autora. A 1.ª Ré é a sociedade holding "*do denominado FF*" que detém 92,2% do capital social da 2.ª Ré.

ANOTAÇÃO

O Acórdão sob anotação demanda a análise de duas questões distintas: (i) o princípio da competência-competência do Tribunal Arbitral e, concretamente, o efeito negativo da convenção de arbitragem e (ii) a extensão da convenção de arbitragem a não signatários da mesma.

É em função destas duas questões que a presente anotação se organiza.

1. Efeito negativo da convenção de arbitragem

Optámos por tratar esta questão em primeiro lugar por entendermos que a mesma precede lógica e necessariamente qualquer outra análise. Com efeito, e desde já adiantando a posição que *infra* se assumirá, entendemos que o Supremo Tribunal de Justiça optou por discorrer sobre uma matéria que, concretamente, não lhe competia nos termos da lei. Assim, independentemente da bondade ou correção do entendimento que veio a ser materialmente adotado por aquele tribunal – que será objeto de discussão no capítulo seguinte –, é ao tribunal arbitral que compete pronunciar-se sobre a sua própria competência (ou falta dela) e, conseqüentemente, conhecer da extensão (ou não) da convenção de arbitragem a não signatários da mesma, no caso concreto, à 2.^a Autora e à 2.^a Ré.

O artigo 5.º, n.º 1 da LAV dispõe que “[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, ou se tornou ineficaz ou é inexecutável”.

Por seu turno, o artigo 18.º, n.º 1 da LAV dispõe 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”.

Com a redação destes dois preceitos, a LAV consagrou inequivocamente o princípio da competência-competência

(*Kompetenz-Kompetenz*) dos árbitros, quer o seu efeito positivo (artigo 18.º, n.º 1 da LAV), quer o seu efeito negativo (artigo 5.º, n.º 1 da LAV).

O efeito positivo daquele princípio consiste em facultar a qualquer das partes “um direito potestativo (...) cujo conteúdo consiste na faculdade de fazer constituir um tribunal arbitral para julgamento de certo litígio”⁴, a que corresponde a inerente sujeição da outra parte à atribuição do julgamento do litígio ao tribunal arbitral. O efeito negativo – reflexo do efeito positivo – impõe “à jurisdição pública o dever de se abster de se pronunciar sobre as matérias cujo conhecimento a lei comete ao árbitro, em qualquer causa que lhe seja submetida e em que se discutam aquelas questões, antes que o árbitro tenha tido oportunidade de o fazer”⁵.

Assim, o princípio da competência-competência atribui ao tribunal arbitral plena competência para resolver todas as questões que lhe sejam submetidas no âmbito do processo arbitral (quer sejam de natureza substantiva, quer sejam de natureza processual), incluindo a competência para decidir sobre a sua própria competência para dirimir o litígio.

Como tem sido amplamente reconhecido pela jurisprudência, basta uma plausibilidade de vinculação das partes à convenção de arbitragem para que, sem mais, se imponha ao tribunal judicial a devolução ao tribunal arbitral voluntário a apreciação da sua própria competência, só podendo o tribunal judicial deixar de proferir a absolvição da instância se for manifesta, clara e patente a invalidade ou a inexecutabilidade da cláusula arbitral⁶.

Pelo que, no caso sob anotação, se impunha que, ao apreciar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, o tribunal judicial atuasse “com reserva e contenção, de modo a reconhecer ao tribunal arbitral prioridade na apreciação da sua própria competência, apenas lhes cumprindo fixar, de imediato e em primeira linha, a competência dos tribunais estaduais para a composição do litígio que o A. lhes pretende submeter quando, mediante juízo perfunctório, for patente, manifesta e insuscetível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem invocada.”⁷.

4 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.11.2011, Processo n.º 1615/10.4TVLSB.L1-8 (Luís Correia de Mendonça), disponível em www.dgsi.pt.

5 José Luís Lopes dos Reis, “A exceção de preterição do tribunal arbitral (voluntário)”, in ROA, ano 58, vol. III, 1998, (1116-1132), p. 1122.

6 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.07.2015, Processo n.º 1770/13.1TVLSB.L1.S1 (Mário Mendes), disponível em www.dgsi.pt. No mesmo sentido, veja-se, a título de exemplos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.06.2015, Processo n.º 1279/14.6TVLSB.S1 (Garcia Calejo) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.03.2018, Processo n.º 1149/14.8T8LRS.L1.S1 (Henrique Araújo), disponíveis em www.dgsi.pt.

7 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.06.2016, Processo n.º 301/14.0TVLSB.L1.S1 (Fernandes do Vale), disponível em www.dgsi.pt. No mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.03.2011, Processo n.º 5961/09.1TVLSB.L1.S1 (Lopes do Rego), disponível em www.dgsi.pt.

É também este o entendimento pacificamente aceite na doutrina⁸.

Assim, existindo dúvida fundada sobre o âmbito da convenção de arbitragem, o tribunal judicial deve julgar procedente a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral e remeter para o tribunal arbitral a apreciação da questão.

Uma vez que ao tribunal judicial apenas cabe esta apreciação limitada, o tribunal arbitral pode, posteriormente, na apreciação da sua própria competência vir a concluir pela invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, ou mesmo pela sua inaplicabilidade em relação a alguma das partes do litígio⁹.

Não restam, por isso, dúvidas de que era ao tribunal arbitral que competia pronunciar-se sobre a sua competência para dirimir a disputa em relação às partes não signatárias, pelo que andou mal o Supremo Tribunal de Justiça quando optou por discorrer sobre a vinculação das mesmas à convenção de arbitragem, porquanto se pronunciou, concretamente, sobre a competência do tribunal arbitral, ainda que pela positiva, ou seja, concluindo pela competência deste. Com efeito, não se pode deixar de entender que (também aqui) o tribunal excedeu o poder que lhe é concretamente atribuído por lei.

2. “Extensão” da convenção de arbitragem a “não signatários”¹⁰

2.1. Enquadramento

Como referimos *supra*, o Supremo Tribunal de Justiça, afastando o entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra, concluiu que a convenção de arbitragem se estenderia às partes não signatárias porquanto teria havido, se não adesão expressa, pelo menos tácita destas àquela.

Quer na 1.ª quer na 2.ª instância, foi reconhecido que as Autoras fundaram a sua pretensão no Acordo-Quadro celebrado entre a 1.ª Autora e a 1.ª Ré.

A 1.ª instância – que absolveu as Rés da instância por considerar procedente a exceção de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral – entendeu ser *“indispensável a apreciação conjunta da matéria e de todas as questões suscitadas que são incindíveis, considerando para além do mais as relações de domínio que existem entre autoras por um lado e entre rés por outro lado”*. Mais, a 1.ª instância considerou que a circunstância de a 2.ª Autora e a 2.ª Ré não serem partes no Acordo-Quadro não obstava àquela conclusão, porquanto se teria verificado uma adesão tácita daquelas a este.

Contudo, o Tribunal da Relação de Coimbra *“considerou que o compromisso arbitral em questão apenas impede a análise do presente litígio pelos tribunais comuns portugueses na parte que respeita à 1.ª autora e à 1.ª ré, que não em relação à apreciação de tal litígio entre as outras partes que não subscreveram o Acordo-Quadro, ou seja, que a cláusula 7.ª do Acordo-Quadro, só vincula as empresas que subscreveram o acordo.”*

Para tanto, o tribunal de 2.ª instância entendeu que *“salvo situações excecionais relativas a casos em que as obrigações assumidas entre certas partes podem ter efeitos externos, os efeitos das obrigações abrangem apenas a esfera jurídica das partes que deram origem ao contrato de onde emergem tais relações e as obrigações emergentes do contrato apenas obrigam as partes contratuais. É esta a disciplina que resulta do disposto no n.º 2 do artigo 406.º do Código Civil”*.

Não obstante, veio o Supremo Tribunal de Justiça afirmar que a circunstância de a 2.ª Autora e 2.ª Ré não serem partes no Acordo-Quadro não impedia que o mesmo fosse eficaz em relação a terceiros e, em concreto, em relação àquelas. Baseou-se para tanto na interpretação conjugada dos artigos 406.º, n.º 2 e 217.º, n.º 1 do Código Civil.

Subsumindo os factos ao direito, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que *“da posição por elas assumidas nos autos é a nosso ver manifesta a aceitação ou adesão tácita quer da 2.ª autora quer da 2.ª ré (as que não o subscreveram) ao acordo em questão e, por consequência necessária, à cláusula arbitral dele constante.”*

8 José Luís Lopes dos Reis, “A exceção de preterição do tribunal arbitral (voluntário)”, in ROA, ano 58, vol. III, 1998, (1116-1132), p. 1124. António Menezes Cordeiro, Tratado de Arbitragem, Almedina, 2015, p. 203. Mariana França Gouveia e Jorge Morais Carvalho, “Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.03.2011, Proc. 5961/09”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 36, p. 44. Manuel Pereira Barrocas, Lei da Arbitragem Comentada, Almedina, 2013, p. 49.

9 José Luís Lopes dos Reis, “A exceção de preterição do tribunal arbitral (voluntário)”, in ROA, ano 58, vol. III, 1998, (1116-1132), p. 1131. No mesmo sentido, Mariana França Gouveia e Jorge Morais Carvalho, “Convenção de arbitragem em contratos múltiplos – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.03.2011, Proc. 5961/09”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 36, p. 44.

10 Embora existam autores que criticam o rigor e adequação destas formulações, porquanto não existe aqui qualquer extensão da convenção arbitral, nem existe uma intervenção de terceiros, iremos recorrer a elas por serem vulgarmente usadas na doutrina a propósito do problema que também aqui tratamos. Com efeito, *“estamos perante casos em que um determinado sujeito aparenta não estar vinculado pela convenção de arbitragem (por não a ter formalmente subscrito), mas na realidade está. Na verdade, esse sujeito não é terceiro em relação à convenção, mas sim parte da mesma – ele é, poder-se-á dizer, um “falso terceiro” perante a convenção arbitral”*. António Pedro Pinto Monteiro, João Tornada, “A intervenção de terceiros na arbitragem: alguns problemas”, in Revista PLMJ Arbitragem, 2.ª ed., 2016, p. 31. Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, “A intervenção de terceiros no processo arbitral”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 930 e 931, e António Sampaio Caramelo, “Da condução do processo arbitral. Comentário aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária”, in ROA, ano 73, vols. II e III, Lisboa, 2013, pp. 715 a 717.

Com efeito, este tribunal entendeu que dos autos emergiam elementos factuais suficientes demonstrativos da adesão tácita: (i) as Autoras basearam os seus pedidos nas obrigações constantes do Acordo-Quadro e nas relações que ao abrigo do mesmo foram estabelecidas, (ii) “o relacionamento comercial, firmado nos termos da cláusula 4.^a [do Acordo-Quadro], foi estabelecido na perspetiva da criação de dois grupos de empresas liderados pela 1.^a autora e pela 1.^a ré e dos quais, nos termos em que foi configurada a ação, fazem parte a 2.^a autora e a 2.^a ré, respetivamente”, (iii) “pela posição que vem manifestando no processo, ao invocar e aceitar como válida e eficaz a cláusula arbitral, é inequívoca a adesão da 2.^a ré ao acordo em questão” e (iv) “a cláusula 7.^a do acordo impõe que qualquer litígio emergente ou relacionado com o acordo seja exclusivamente dirimido pelo tribunal arbitral”.

2.2. A extensão da convenção de arbitragem a não signatários

Nos termos do artigo 1.^o, n.^o 1 da LAV, “[d]esde 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.”

É, assim, pacífico que “[a] arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, e, porque o Estado quebrou o monopólio do exercício da função jurisdicional por reconhecer a sua utilidade pública, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”¹¹.

A cláusula compromissória, enquanto manifestação da autonomia privada, é a fonte dos poderes do tribunal arbitral. É por vontade das partes que existe um desaforamento do tribunal judicial para a apreciação de determinado litígio e se afeta essa competência ao tribunal arbitral.

Tendo a arbitragem natureza contratual e sendo uma forma de resolução de litígios alternativa à jurisdição estadual, é incontestável que só poderão ser resolvidos por arbitragem os litígios que as partes acordaram em submeter a arbitragem.

O problema da intervenção no procedimento arbitral de não signatários da convenção de arbitragem prende-se, por um lado, com a circunstância de o poder jurisdicional do tribunal arbitral ter origem na autonomia privada das partes e, por outro, como se esclarecerá *infra*, pela exigência legal de forma escrita da convenção de arbitragem, nos termos do disposto no artigo 2.^o, n.^o 1 da LAV.

Assim, não tendo uma parte manifestado a sua vontade de se vincular a uma cláusula arbitral, não tem o tribunal arbitral, em princípio, competência para dirimir um litígio que a envolva.

De resto, esta solução sempre decorreria da natureza contratual da convenção de arbitragem e, consequentemente, das regras e princípios gerais que regulam as obrigações (nomeadamente, a eficácia relativa das mesmas prevista no artigo 406.^o, n.^o 2 do Código Civil).

Ainda que assim seja, nada impede que, posteriormente à celebração da convenção de arbitragem, uma parte venha aderir à mesma, emitindo, para o efeito, declaração de vontade expressa ou tácita.

Assim, em princípio, “a cláusula compromissória constante dum contrato vale entre os outorgantes que subscreveram o acordo (art. 406.^o do Cód. Civil)”. Não obstante, é “de admitir a extensão da eficácia dessa cláusula a um terceiro se os signatários o consentirem e o terceiro aderiu (expressa ou tacitamente) à convenção arbitral”¹².

É, de resto, o que ora se discute.

Nos termos do disposto no artigo 217.^o, n.^o 1 do Código Civil, “a declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.”

No caso sob anotação, estamos perante um litígio que envolve partes signatárias e não signatárias do Acordo-Quadro (e, concretamente da convenção de arbitragem), emergindo a relação material subjacente à referida disputa deste Acordo-Quadro.

Quanto à 2.^a Ré não existem dúvidas de que a mesma emitiu uma declaração de vontade expressa de adesão à convenção de arbitragem – posição que manifestou ao longo de todo o processo. Impõe-se, pois, descortinar se os comportamentos adotados pela 2.^a Autora – não signatária – (anteriores e contemporâneos ao litígio) são idóneos a consubstanciar verdadeiras declarações de vontade, ainda que tácitas, de vinculação ao Acordo-Quadro (e, concretamente à convenção de arbitragem).

Com efeito, e como ficou referido *supra*, pode uma parte não signatária ficar vinculada à convenção de arbitragem através de uma manifestação tácita dessa vontade. É importante ressaltar que este entendimento, embora possa ser mais ou menos pacífico em ordenamentos que não preveem requisitos de forma para convenção de arbitragem, pode – pelo menos aparentemente – suscitar

11 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.01.2000, Processo n.^o 99A1015 (Aragão Seia), disponível em www.dgsi.pt.

12 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.03.2015, Processo n.^o 7666/13.0TBOER.L1-1 (Isabel Fonseca), disponível em www.dgsi.pt.

dúvidas quando a convenção de arbitragem tenha de ser reduzida a escrito – como no caso português.

Não obstante, parece-nos que esta circunstância é superável, porquanto, nos termos gerais da lei civil – e, concretamente do artigo 217.º, n.º 2 do Código Civil – “o carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.”.

Assim, também no caso de negócios formais – como é o caso da convenção de arbitragem à luz do direito português – pode a declaração de vontade ser emitida tacitamente, desde que os factos concludentes dos quais a mesma se deduz tenham sido reduzidos a escrito. Perante o exposto, “a execução do contrato, ainda que com toda a probabilidade revele anuência ao mesmo e à convenção de arbitragem, não satisfaz o requisito legal de forma escrita, pelo que não pode ser havida como válida manifestação de vontade quanto a uma convenção de arbitragem”¹³. Mas já não será assim se o “facto de que se infere o consentimento quanto à convenção de arbitragem (o facto concludente) obedeça à forma escrita”¹⁴.

Sobre declaração tácita e factos concludentes, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça tem entendido que “[n]a determinação da concludência do comportamento em ordem a apurar o respectivo sentido, nomeadamente enquanto declaração negocial que dele deva deduzir-se com toda a probabilidade, é entendimento geralmente aceite que “a inequívocidade dos factos concludentes não exige que a dedução, no sentido do autoregulamento tacitamente expresso seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do ambiente social, ela possa ter lugar com toda a probabilidade”, devendo ser “aferida por um critério prático”, «baseada numa “conduta suficientemente significativa” e que não deixe “nenhum fundamento razoável para duvidar” do significado que dos factos se depreende»”¹⁵.

De facto, “só será legítimo descobrir declarações negociais, ainda que tácitas, quando haja verdadeira vontade, dirigida aos efeitos e minimamente exteriorizada, ainda que de modo indireto”¹⁶.

Como referimos *supra*, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que dos autos emergiam elementos factuais suficientes demonstrativos da adesão tácita¹⁷. À luz do que se vem dizendo, para aferir da bondade deste juízo, ter-se-á de aferir se aqueles factos de que o douto Tribunal partiu foram reduzidos a escrito. Desde logo, pode equacionar-se se a circunstância de as Autoras basearem a ação judicial e, concretamente, os seus pedidos nas obrigações constantes do Acordo-Quadro e nas relações que ao abrigo do mesmo foram estabelecidas é suficiente para se considerar cumprido aquele requisito.

Para além do que fica dito não é despidendo analisar, por se revelar concretamente pertinente no caso sob anotação, de forma necessariamente breve, o problema da extensão da convenção de arbitragem a não signatários da mesma quando estes integrem o grupo societário e económico das partes signatárias. “Esta tese [...] assenta na ideia da aceitação tácita da cláusula arbitral, identificável através [...] de actos posteriores, como o controlo da operação ou a participação activa na sua execução, dos quais se possa deduzir a adesão por actos concludentes. Com efeito, muitas vezes, verifica-se que as partes que figuram no contrato não são realmente aquelas que dele são as verdadeiras beneficiárias, pelo que os árbitros recorrem à noção de aceitação tácita, deduzindo-a do comportamento das sociedades de grupo, no momento da celebração do contrato e da sua execução.”¹⁸.

A par da doutrina que se crê maioritária, não entendemos que a extensão da convenção de arbitragem a não signatários quando estes integrem o grupo societário ou económico da parte integrante do contrato ocorra *per*

13 Dário Moura Vicente, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, n.º 2, 2002 (987-1004), p. 993.

14 Dário Moura Vicente, “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, n.º 2, 2002 (987-1004), p. 993.

15 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29.05.2007, Processo n.º 07A988 (Alves Velho), disponível em www.dgsi.pt.

16 António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, I, Tomo I, Almedina, p. 286.

17 A este propósito, sempre importaria questionar se o Supremo Tribunal de Justiça tem competência para afastar a conclusão factual a que chega o Tribunal da Relação. Com efeito, a declaração tácita é um facto presumido que se deduz de forma lógico-dedutiva de factos concludentes, podendo reconduzir-se à noção de presunção judicial. Ora, estando vedada, ao Supremo Tribunal de Justiça, a reapreciação da matéria de facto, cabe-lhe apenas enquadrar juridicamente os factos provados e aplicar o direito. Assim, a jurisprudência maioritária tem entendido que, em sede de recurso de revista, este Tribunal apenas poderá sindicat o uso (ou não uso) de presunções judiciais pela Relação se o raciocínio desta última ofender qualquer norma legal, se padecer de evidente ilogicidade (que carece de ser provada) ou se partir de factos não provados [cf., entre muitos outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.10.2019, Processo n.º 1703/16.3T8PNF.P1.S1 (Tomé Gomes); de 19.01.2017, Processo n.º 841/12.6TBMGR.C1.S1 (António Joaquim Piçarra); de 25.11.2014, Processo n.º 6629/04. 0TBGRG.G1.S1 (Pinto de Almeida)].

18 Carla Gonçalves Borges, “Pluralidade de partes e intervenção de terceiros na arbitragem”, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Ano VII, N.º 13, 2006, (109-154), p. 133.

se ou de forma automática/imediata¹⁹. Com efeito, também aqui se impõe a concreta análise da relação dessas entidades com o contrato e da participação das mesmas na execução deste²⁰. Assim, *"os árbitros devem apreciar casuisticamente, não apenas a existência da intenção dos membros do grupo para o vincular como um todo, mas também, e especialmente, se tal intenção for identificada, os seus efeitos em relação a cada uma das sociedades que o integram, consideradas separadamente."*²¹.

Ora, no caso sob anotação, estamos perante um Acordo-Quadro que (i) tinha em vista a constituição de sociedades – integradas no grupo das partes signatárias – e (ii) a regulação dos negócios que viriam a ser celebrados entre estas.

Aparenta ser, de resto, o que o Supremo Tribunal de Justiça reconhece quando afirma que *"o relacionamento comercial, firmado nos termos da cláusula 4.ª [do Acordo-Quadro], foi estabelecido na perspetiva da criação de dois grupos de empresas liderados pela 1.ª autora e pela 1.ª ré e dos quais, nos termos em que foi configurada a ação, fazem parte a 2.ª autora e a 2.ª ré, respetivamente"*.

Assim, afigura-se no caso concreto que, não só houve uma intervenção ativa das partes não signatárias na execução do contrato, como havia uma clara intenção das partes signatárias as vincularem como um todo ao referido dispositivo contratual.

2.3. O princípio da boa fé

Mesmo que se entendesse que a 2.ª Autora não emitiu qualquer declaração de vontade (tácita) de se vincular ao Acordo-Quadro e, consequentemente, à convenção de arbitragem, ainda assim, poderia vir a entender-se, por aplicação do princípio da boa fé e dos respetivos corolários, que aquela se encontrava vinculada ao mesmo.

Com efeito, o problema que nos ocupa sempre poderia ser resolvido por via da aplicação do princípio da boa fé e, concretamente, dos institutos que dele derivam, nomeadamente o do abuso de direito.

Assim, *"[h]á situações em que, embora um sujeito não tenha efectivamente celebrado uma convenção de arbitragem, designadamente por não se verificarem os requisitos formais exigidos para a sua formação, toda a sua conduta indica que reconhece e assume a obrigação de se submeter a arbitragem para a resolução de determinado(s) litígio(s)."*²².

Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia referem que através da figura do *equitable estoppel* – tradicional nos sistemas de *common law* – *"procura impedir-se que a parte que não assina a convenção de arbitragem, mas tem um comportamento no sentido de beneficiar directa ou indirectamente da relação em causa, possa invocar posteriormente a sua condição de não-signatário."*²³.

19 Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia, "Arbitragens complexas: questões materiais e processuais", in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 4, Almedina, 2011, pp. 131-132; Manuel Pereira Barrocas, "Manual de Arbitragem", 2.ª ed., Almedina, 2013, pp. 195-196. No âmbito internacional, é de referir o caso da ICC, "Dow Chemical" (n.º 4131, de 1982), em que se considerou que uma cláusula arbitral vinculava não apenas as empresas que assinaram o contrato em que a cláusula se inseria, mas também a empresa-mãe e uma empresa subsidiária, devido à unidade económica em que se integravam. Embora uma análise rigorosa do caso leve a concluir que a intenção das partes foi tida em consideração (e.g., o Tribunal observou que nenhuma das partes atribuiu a mínima importância à escolha da empresa do grupo que assinou os contratos), este caso deu origem a à jurisprudência francesa segundo a qual se deve estender automaticamente a terceiros a cláusula arbitral pelo seu mero envolvimento na vida económica da empresa vinculada pela cláusula arbitral (Slavomir Halla, Non-Signatories in International Commercial Arbitration: Contesting the Myth of Consent, in *International and Comparative Law Review* 18(2)). Em relação a esta perspetiva, cedo se levantaram críticas na doutrina, segundo as quais a unidade económica não é *per se* suficiente para provocar a extensão [neste sentido, Hanotiau, B., Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law. In van den Berg, A. J. International Arbitration 2006. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, pp. 344-345; Mayer, P., Extension of the arbitration clause to non-signatories under French law. In Permanent Court of Arbitration. Multiple party actions in international arbitration. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, p. 190; Habegger, Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form, 22 ASA Bull. 398, 398-404 (2004); Poudret, Un statut privilégié pour l'extension de l'arbitrage aux tiers?, 22 ASA Bull. 390, 390-97 (2004)]. Sucederam-se, efetivamente, sentenças judiciais que se recusaram a admitir a doutrina do "grupo de empresas" [e.g., no Reino Unido, Peterson Farms, High Court of Justice (Queen's Bench)].

20 Segundo o entendimento dominante, a doutrina do "grupo de empresas" tem de ser aplicada com rigor, e deve ser entendida de que a parte não signatária, pertencente a um grupo de empresas, apenas pode ser vinculada por uma cláusula arbitral se as partes tiverem adotado condutas (como negociação ou cumprimento do contrato relevante) ou proferido declarações, indicando a intenção, analisada objetivamente e de boa-fé, de que a parte não signatária deve ficar vinculada e beneficiar dos contratos relevantes (Born, Gary B. International Commercial Arbitration (Second Edition), 2nd Editions, Kluwer Law International 2014, pp. 1448 e 1449). De acordo com Derains, Yves, Note on ICC Case No. 4131, 110 J.D.I. (Clunet) 899, 906 (1983), a existência de um grupo de empresas *per se* é insuficiente para provocar a extensão da cláusula, devendo esse facto ser ponderado juntamente com outros, como a efetiva participação dessas sociedades na celebração, cumprimento ou rescisão do contrato. Nesta linha, por exemplo, a decisão arbitral do caso da ICC n.º 6519, 2(2) ICC Ct. Bull. 34 (1991), concluiu que os efeitos de uma cláusula arbitral apenas se podem estender a empresas do grupo não signatárias se estas tiverem sido representadas direta ou indiretamente na celebração do contrato, se tiverem tido um papel relevante nas negociações ou se foram diretamente afetadas por um acordo que contém uma cláusula de arbitragem. A importância da análise dos particularismos subjetivos e objetivos do caso concreto retira-se ainda da decisão proferida no mesmo ordenamento jurídico, em que o Bundesgericht considerou que a parte que intentou a ação tinha poder suficiente para exigir a assinatura da empresa-mãe durante o decurso das negociações, pelo que não o tendo feito, não pode invocar contra esta a existência da cláusula arbitral.

21 Carla Gonçalves Borges, "Pluralidade de partes e intervenção de terceiros na arbitragem", in Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Ano VII, N.º 13, 2006, (109-154), p. 135.

22 Carla Gonçalves Borges, "Pluralidade de partes e intervenção de terceiros na arbitragem", in Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Ano VII, N.º 13, 2006, (109-154), p. 127.

23 Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia, "Arbitragens complexas: questões materiais e processuais", in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 4, Almedina, 2011, p. 132.

Nos ordenamentos de civil law, o mesmo efeito seria alcançado por recurso ao abuso de direito. Assim, o concreto comportamento das Autoras – e a sua consequente validação pelo Tribunal da Relação de Coimbra – poderia enquadrar-se *"numa das figuras típicas do abuso de direito, podendo estar em causa uma situação de inalegabilidade formal, por o não-signatário se ter comportado como se a convenção de arbitragem tivesse sido validamente celebrada, de tu quoque, se a nulidade tiver sido causada pelo não-signatário que a invoca, ou de venire contra factum proprium, tendo em conta actuação contraditória da parte que invoca ou afasta a convenção de arbitragem."*²⁴.

Autorizar o entendimento das Autoras (e, em especial, da 2.ª Autora), seria ignorar o seu concreto comportamento e permitir que as mesmas pudessem, por um lado, beneficiar da relação emergente do Acordo-Quadro, e

por outro, recusar-se a aplicar uma concreta disposição prevista no mesmo.

Assim, *"[o] abuso de direito funciona aqui através da paralisação da invocação da incompetência do tribunal arbitral ou da defesa contra a excepção de preterição do tribunal arbitral voluntário, conforme, respectivamente, a acção tenha sido proposta no tribunal arbitral ou no tribunal judicial."*²⁵.

Pelo que, também por esta via, se podia concluir que a 2.ª Autora se encontrava vinculada à convenção de arbitragem prevista no Acordo-Quadro. Afinal, embora não tenha integrado inicialmente a estrutura subjetiva do contrato, a 2.ª Autora fundou a sua pretensão no mesmo, o que não pode deixar de relevar para aferir da sua vontade de vinculação ao contrato e, consequentemente, à convenção de arbitragem que aí se encontrava prevista.

²⁴ Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia, "Arbitragens complexas: questões materiais e processuais", in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 4, Almedina, 2011, p. 133.

²⁵ Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia, "Arbitragens complexas: questões materiais e processuais", in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 4, Almedina, 2011, p. 133.

A INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR NA RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO POR JUSTA CAUSA

CAS 2018/A/5607 SA ROYAL SPORTING CLUB
ANDERLECHT (RSCA) V. MATÍAS EZEQUIEL SUÁREZ
& CLUB ATLÉTICO BELGRANO DE CÓRDOBA
(CA BELGRANO) & CAS 2018/A/5608
MATÍAS EZEQUIEL SUÁREZ &
CA BELGRANO V. RSCA

João Tiago Morais Antunes

Mestrado (FDUCP)
Sócio PLMJ

Rita Folhadela

Associada PLMJ

Joana Costa Lopes

Mestranda (FDUL)
Estagiária PLMJ

Court of Arbitration for Sport ("CAS")¹

Case no. 2018/A/5607 and 2018/A/5608

22 January 2019

Panel Prof. Massimo Coccia (Italy), President; Mr Bernard Hanotiau (Belgium); Mr Gonzalo Bossart (Chile)

1. Introdução

A decisão do Court of Arbitration for Sport ("CAS"), Royal Sporting Club Anderlecht (RSCA) vs. Ezequiel Suárez e CA Belgrano, levanta a questão complexa que é a de encontrar critérios que justifiquem, à luz do sistema jurídico, a interpretação e determinação de conceitos indeterminados que influenciam a execução dos contratos de relação duradoura, nomeadamente de contratos de trabalho desportivo, tais como o de "força maior" ou "caso fortuito".

Para tentar responder a esta questão, será necessário analisar criticamente (i) os factos alegados por Ezequiel Suárez ("Jogador") e pelo CA Belgrano; (ii) refletir sobre os fundamentos da decisão proferida pelo CAS, comparando os seus argumentos com o ordenamento jurídico português e, por fim, (iii) perceber que interpretação é que deve ser dada ao conceito de "força maior" para efeitos da resolução de um contrato com justa causa.

2. Sumário

2.1. Descrição dos Factos

Em 18 de Janeiro de 2008, o CA Belgrano (clube de futebol argentino) e o Royal Sporting Club Anderlecht (clube de futebol de Bruxelas "RSCA") celebraram um contrato para a transferência definitiva do Sr. Suárez (o Jogador) para o RSCA por 2,6 milhões de euros. A 30 de Março 2008, o Jogador assinou um contrato de trabalho² com o RSCA e renovou-o duas vezes.

A 13 e 14 de novembro de 2015, e a 22 de março de 2016, enquanto o Jogador ainda se encontrava a viver em Bruxelas, ocorreram diversos ataques terroristas em Paris (França) e em Bruxelas (Bélgica).

Em junho de 2016, o CA Belgrano expressou via email, interesse em adquirir o Jogador emprestado para a época 2016-2017, referindo que o Jogador, por motivos familiares,

gostaria de permanecer em Córdoba (Argentina) por mais tempo. O CA Belgrano propôs ao RSCA: (i) o prolongamento dos efeitos do Contrato de Trabalho (que iria caducar no dia 30 de junho de 2017), (ii) o empréstimo gratuito do Jogador ao CA Belgrano; e (iii) após o empréstimo do Jogador, e o possível aumento do seu valor, a comercialização dos seus direitos a um terceiro clube de futebol.

A 13 de junho de 2016, o RSCA respondeu ao email referindo que não se opunha à transferência do Jogador, mas que não concordava com a forma de empréstimo, exigindo para o efeito que o CA Belgrano pagasse a quantia de 4 milhões de euros. No entanto, nem o empréstimo do Jogador, nem a transferência definitiva do mesmo por 4 milhões de euros, foram acordados pelas partes, tendo o contrato do Jogador com o RSCA continuado a produzir os seus efeitos.

A 1 de julho de 2016, o Jogador resolveu rescindir o contrato de trabalho desportivo que o vinculava ao RSCA, alegando que o término do contrato se fundamentava em razões de índole pessoal e familiar. O Jogador referiu que um dos motivos principais que o levou a resolver o contrato por justa causa foi o facto de terem ocorrido ataques terroristas no território europeu, principalmente o ataque em Bruxelas, que o deixou a si à sua Família a viver num constante clima de insegurança, ansiedade e incerteza.

No dia 4 de julho e 6 de julho de 2016, o RSCA tentou sem sucesso, contactar o Jogador e o seu Agente, sendo que, no dia 5 de julho, o Jogador assinou um contrato de trabalho por três anos com o CA Belgrano.

No dia 11 de julho de 2016, o RSCA exigiu os 4 milhões de euros ao Jogador, com fundamento na resolução antecipada do contrato de trabalho. O Jogador voltou a frisar que a resolução do contrato de trabalho ocorrera por justa causa, e que por esse motivo não teria de pagar os 4 milhões de euros ao RSCA.

Na sequência desta resposta, o RSCA apresentou uma queixa contra o Jogador e o clube CA Belgrano na Câmara de Resolução de Litígios da FIFA, que condenou o Jogador a pagar ao RSCA o montante de 540,350.00 EUR (mais juros), por resolução antecipada do contrato de trabalho sem justa causa, considerando o CA Belgrano solidariamente responsável pelo pagamento desse montante.

Inconformado com esta decisão, o RSCA interpôs recurso para o CAS (Court of Arbitration for Sport) nos termos dos artigos R47 (Recurso de Apelação)³ e R48 (Alegações de Recurso) do Código CAS e, nesta sequência, o Sr. Suárez

¹ https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2019_2_FINAL.pdf.

² No Direito Português, o contrato de trabalho desportivo está regulado na Lei n.º 54/2017 de 14 de julho que estabelece o Regime Jurídico do Contrato de Trabalho do Praticante Desportivo, do contrato de formação desportiva e do contrato de representação ou intermediação.

³ Cfr. Regra n.º R47 (Appeal): "An appeal against the decision of a federation, association or sports-related body may be filed with CAS if the statutes or regulations of the said body so provide or if the parties have concluded a specific arbitration agreement and if the Appellant has exhausted the legal remedies available to it prior to the appeal, in accordance with the statutes or regulations of that body. An appeal may be filed with CAS against an award rendered by CAS acting as a first instance tribunal if such appeal has been expressly provided by the rules of the federation or sports-body concerned."

e o CA Belgrano apresentaram as suas contra-alegações de recurso no Tribunal Arbitral do Desporto.

Depois de analisar as peças processuais juntas e a prova produzida, o Tribunal Arbitral do Desporto julgou parcialmente procedente o recurso interposto pelo RSCA, condenando o Jogador e o CA Belgrano a pagar solidariamente o montante de 1.212.225,23 EUR.

2.2. Entendimento da Câmara de Resolução de Litígios da FIFA e do Tribunal Arbitral do Desporto – Análise dos seus fundamentos

Quer a Câmara de Resolução de Litígios da FIFA, quer o Tribunal Arbitral do Desporto, consideraram que os factos alegados pelo Jogador não preenchiam em concreto, o conceito de “força maior” para efeitos da resolução do contrato de trabalho com justa causa, condenando o Jogador e o CA Belgrano a pagar um montante indemnizatório ao RSCA.

Os fundamentos que sustentaram estas decisões foram os seguintes:

- a. No que diz respeito a resolução do contrato com justa causa:

Referiram que o conceito de justa causa não vem definido do RSTP (Regulations on the Status and Transfer of Players)⁴, mas que o mesmo tem sido analisado pelos júris de árbitros do CAS à luz da Lei suíça, em particular do Código Suíço das Obrigações, estando estabelecido na Jurisprudência do CAS que, a justa causa ocorre quando a contraparte da parte que resolve o contrato não possa, de boa fé, esperar que a relação laboral se mantenha (cf. artigo 337.º, segunda parte, do Código Suíço);

Invocaram ainda alguma Jurisprudência que densifica a noção de justa causa dada pelo Código Suíço, e que prevê que este conceito tem de ser concretizado através da violação graves de deveres que anulem a expectativa de continuação do trabalhador na relação laboral.

- b. No que diz respeito ao conceito de força maior como justa causa para resolver o contrato:

Referiram que este conceito tem de ser objetivo e não pode constituir um mero impedimento pessoal, tendo, ademais, que se encontrar fora do controlo das partes vinculadas ao contrato, sendo imprevisível, e tornando a obrigação impossível⁵. Este conceito é, como iremos ver no ponto 3.º, semelhante ao que a Doutrina e a Jurisprudência portuguesas utilizam para densificar o conceito de caso fortuito e de força maior.

Invocaram, ainda, a necessidade de interpretar restritivamente tal conceito, já que o mesmo constitui uma exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*⁶, que está na base do sistema negocial e cujo cumprimento é essencial assegurar a estabilidade contratual. Por estes motivos, o CAS decidiu condenar o Jogador tendo em conta que, no caso concreto, os factos que por si foram invocados como fundamento da resolução do contrato de trabalho⁷ não integrariam o conceito de força maior, já que, entre outros:

- i. Não foi produzida qualquer evidência de que o Jogador ou seu familiar ou outro profissional tivessem sido diretamente visados pelos ataques terroristas;
- ii. O Jogador não produziu prova pericial médica que comprovasse objetivamente a sua alegação de medo e de angústia;
- iii. O Jogador não comprovou o nexo de causalidade entre os ataques terroristas em Bruxelas e a perturbação da sua vida após estes ataques, mais notando, a este respeito, que não existe nenhuma prova documentada que demonstre que a população belga tenha sofrido mudanças significativas no seu comportamento, estilo de vida e quotidiano resultante desses eventos;
- iv. Da prova produzida em juízo, resultou ainda que não ocorreram ataques terroristas em estádios de futebol belgas ou campos de treino.

4 Apesar de no artigo 14.º do RSTP (*Terminating a contract with just cause*) e seguintes regularem a resolução com justa causa.

5 Cfr. A Jurisprudência do CAS, nomeadamente: a decisão 2013/A/3471 (CAS), e a de 2015/A/3909 (CAS).

6 No ordenamento jurídico civil português o princípio do *pacta sunt servanda* está no previsto artigo 406.º do Código Civil (doravante CC), que estabelece que “o contrato deve ser pontualmente cumprido e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”. O princípio do *pacta sunt servanda* encontra-se interligado com o disposto no 762.º do CC, que determina que o devedor apenas cumpre a obrigação na íntegra, quando realiza a prestação a que está vinculado. Cfr. Armando Triunfante, *Anotação ao artigo 406.º*, Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Universidade Católica Portuguesa, 2018, p. 62.

O artigo 406.º do CC português quando enuncia que “o contrato deve ser pontualmente cumprido” não utiliza o advérbio “pontualmente” no sentido restrito de cumprido a tempo e horas, mas no sentido amplo de que o cumprimento deve coincidir, ponto por ponto, em toda a linha, com a prestação a que o devedor se encontra adstrito. Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª Ed., Almedina, 2017, p. 16-15.

7 O artigo 17.º do RSTP (*Consequences of terminating a contract without just cause*) regula as consequências da resolução do contrato do jogador de futebol sem justa causa.

3. A análise crítica dos factos alegados pelo Jogador e dos conceitos de "força maior" e "caso fortuito" à luz do ordenamento jurídico português

Passando a uma análise crítica dos factos alegados pelo Jogador e dos argumentos que levaram as instâncias decisórias a condená-lo por não ter havido uma resolução do contrato com justa causa⁸, importa começar por lembrar que o Jogador alegou que os ataques terroristas ocorridos em Bruxelas e em Paris entre os anos de 2015-2016, foram os principais fatores que o levaram a resolver o contrato por justa causa.

Neste caso, a invocação da justa causa por parte do Jogador seria sempre objetiva, tendo em conta que a invocação da resolução do contrato por justa causa subjetiva pressupõe necessariamente um comportamento culposos da contraparte (*in casu*, empregador), enquanto que a justa causa objetiva pressupõe a inexistência de qualquer comportamento culposos da contraparte, o que, no caso objeto de análise, jamais foi invocado pelo Jogador⁹.

A grande questão que se coloca é a de saber se os factos alegados pelo Jogador podem integrar o conceito de justa causa objetiva para efeitos de resolução do contrato, e se estes factos podem, integrar os conceitos de caso fortuito e/ou força maior¹⁰, que fundamentam a *justa causa* de resolução.

Quando se convoca a análise do conceito de força maior ou caso fortuito¹¹, é importante partir de algumas noções desenvolvidas pela Doutrina e Jurisprudência, para compreender qual a concessão que é adoptada no nosso ordenamento jurídico.

Segundo Almeida e Costa "*de harmonia com a orientação talvez preponderante, o conceito de caso de força maior*

tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências. Ao passo que o conceito de caso fortuito assenta na ideia da imprevisibilidade: o facto não se pode prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto".¹² Segundo Antunes Varela "o caso fortuito consiste no facto natural (tempestade, inundações, desabamento de terras, descarrilamento de comboios, doença do devedor, etc.), cujas consequências o devedor não possa evitar e em cuja verificação não tenha culpa. Se, usando da diligência normalmente exigível, o devedor não tinha possibilidade de prevenir a verificação do evento, nem o reflexo que ele teve sobre a prestação devida, nenhuma responsabilidade lhe poderá ser assacada".¹³

Como bem nota José Brandão Proença, as notas tipificadoras das duas figuras (caso fortuito e força maior) apontam para a consideração de um evento exterior, imprevisível e irresistível¹⁴ independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais do devedor/credor. Pessoa Jorge exige mesmo que o facto seja totalmente imprevisível, e os efeitos inevitáveis¹⁵.

A Jurisprudência também densifica o que se entende por caso fortuito e força maior, aproximando-se, a nosso ver, de uma conceção mais objetiva, quando refere que "o caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências. O caso fortuito assenta na ideia de imprevisibilidade: o facto não se pôde prever, mas seria evitável se se tivesse previsto".¹⁶

À luz do sistema jurídico português, concordamos com o CAS quando este afasta os factos descritos pelo Jogador, do conceito de "força maior" ou "caso fortuito", tendo em conta que estes conceitos devem ser interpretados

8 Será importante notar que a resolução, ao contrário da denúncia, é sempre vinculada e supõe a verificação legítima de um facto superveniente que frustra as legítimas expectativas da parte que a invoca para fundamentar a cessação do contrato. Cfr. Joana Vasconcelos, *Anotação ao artigo 394.º*, in Código do Trabalho Anotado, 11.ª Ed., Almedina, p. 898.

9 No ordenamento jurídico português, o trabalhador pode recorrer à resolução do contrato como reacção a um incumprimento culposos do empregador – resolução com justa causa subjetiva (cf. artigo 394/2.º do Código do Trabalho) –, como na hipótese de alteração das circunstâncias ou actuações não culposas do empregador – resolução com justa causa objetiva (cf. artigo 394/3.º do Código do Trabalho). Cfr. Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª Ed., Almedina, 2017, p. 480, e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II*, 6.ª Edição, Almedina, 2016, p. 941-948.

10 Defendendo que a justa causa pode decorrer de um evento de força maior. Cfr. Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 2017; 8.ª Edição, Almedina, p. 996.

11 Segundo Pessoa Jorge, os conceitos são sinónimos, referindo que ambos se reportam a "acontecimento que criam uma impossibilidade de cumprir não atribuível nem à vontade do devedor, nem à do credor", de que são exemplos "a tempestade que provoca a perda ou danos na mercadoria objecto do contrato de transporte marítimo, a guerra que impede o pagamento de uma dívida no estrangeiro, a inundação que destrói a produção agrícola já vendida", caracterizando-se, por conseguinte, por se traduzirem em "obstáculo que para o devedor ou o agente é invencível ou intransponível, que ele não pode remover ou afastar". Cfr. Pessoa Jorge, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1999, p. 118-121.

12 Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Almedina, 2019, pp. 1073-1074.

13 Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª Ed., Almedina, 2017, p. 81.

14 Para este autor o caso "o caso fortuito ou de força maior, não é assim, algo de absoluto ou de abstrato, na medida em que o seu circunstancialismo só revela se não houver "interferências" por parte do devedor, ou seja, há que confrontar o factualismo anómalo com o conjunto de medidas preventivas que o devedor possa ou não ter adotado para evitar o evento ou minorar ou afastar as consequências verificadas." Cfr. José Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, 3.ª Ed., Universidade Católica do Porto, p. 216.

15 Cfr. Pessoa Jorge, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1999, p. 123-124.

16 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.09.1994 (TORRES PAULO), Processo n.º 084991. Também neste sentido, a título exemplificativo, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.12.1985 (ALMEIDA RIBEIRO), Processo 073169, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.12.2013 (FONSECA RAMOS), Processo n.º 3186/08.2TBVCT.G1.S1, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-05-2012, proc. 376/12.TVLSB-A.L1-6 (FÁTIMA GALANTE); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-10-2002, proc. 02B2482 (FERREIRA DE ALMEIDA) o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06.02.2020 (LÍGIA VENADE), n.º 2331/17.1T8VRL.G1, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

de forma tendencialmente objetiva, exigindo, para o seu preenchimento, a alegação e a prova de factos que permitam ao Tribunal atingir um grau de certeza no que respeita à inevitabilidade dos efeitos do facto imprevisível que ocorreu. A título de exemplo, o Jogador referiu que vivia com medo, angústia e que se sentia inseguro nos treinos, nos jogos e a viver em Bruxelas, não tendo, contudo, feito prova de que por causa dos ataques terroristas, se tornara impossível e/ou inexigível o cumprimento das suas obrigações laborais. Ao invés, ficou demonstrado que não existiam jogadores de futebol que tivessem tentado resolver o contrato com fundamento em justa causa com base nos argumentos invocados por este Jogador.

O facto mais importante que se retira da análise destas decisões é utilização rigorosa do conceito de “força maior” como por uma tutelar um dos grandes princípios do Direito das Obrigações: o princípio do *pacta sunt servanda*.

4. A possibilidade de uma “impossibilidade pessoal” no caso de conflito entre um dever parental e um dever laboral?

Por fim, cabe-nos refletir na possibilidade de existir, neste caso, uma impossibilidade pessoal por parte do Jogador (que não foi alegada no processo), quando o mesmo invoca que quer resolver o contrato de trabalho com justa causa com vários fundamentos, entre os quais, a saúde frágil da sua Mãe e o bem-estar da sua Família.

Segundo a doutrina alemã, a “*impossibilidade pessoal*” está associada a casos em que o devedor está pessoalmente obrigado a prestar, mas o cumprimento implicaria esforços que não lhe são exigíveis, como no caso da cantora lírica que recusa comparecer ao espetáculo para cuidar do seu filho gravemente doente ou do trabalhador que recusa o cumprimento da prestação laboral em virtude da necessidade de cumprimento de serviço militar no seu país. Este regime encontra-se previsto no § 275/3 do Código Civil alemão (BGB)¹⁷.

No ordenamento jurídico português, Catarina Monteiro Pires entende que não existem elementos que deponham no sentido da inclusão dos casos de “impossibilidade pessoal”, (que em bom rigor correspondem a situações de

conflitos de deveres), tendo em conta que o artigo 790.º do CC não sugere a extensão do seu regime a situações diversas da impossibilidade absoluta¹⁸.

Contudo, no caso de colisão entre o dever de prestação laboral e o dever parental, “nunca será possível evitar o conflito aquando da celebração do contrato”, uma vez que este último dever é irrenunciável e indisponível¹⁹. Esta situação coloca-se a propósito de um pai ou de uma mãe que incumpra os seus deveres laborais para cuidarem dos seus filhos que estão doentes (no ordenamento jurídico português esse dever encontra-se regulado no artigo 1878.º, n.º 1 do CC)²⁰.

Ainda a este respeito, Nuno Pinto de Oliveira, a propósito das situações que podem integrar o disposto no § 275/3 do BGB, defende que estas podem ser solucionadas através do regime da colisão de direitos que consta do artigo 335.º do CC²¹. Por seu turno, Ribeiro de Faria, referindo-se à situação da cantora a quem o empresário exige que compareça no espetáculo poucas horas depois da morte do marido desta, salienta que está em causa “um exercício ilegítimo do direito”²², e Almeida e Costa entende que o artigo 437.º, que regula a resolução ou a modificação do contrato por alteração das circunstâncias, permite resolver casos de “excessivos sacrifícios de natureza não patrimonial” ou de execução muito difícil ou gravosa²³.

No Direito do Trabalho português, esta hipotética situação de impossibilidade pessoal desenvolvida pela doutrina alemã e tipificada pelo BGB quando existe um conflito de deveres jurídicos, ser reconduzida à situação de resolução do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador com justa causa nos termos da al. a) do n.º 3 do artigo 394.º do Código do Trabalho, tendo em conta que esta alínea regula a “necessidade de cumprimento de obrigação legal incompatível com a continuação do contrato”, e segundo a Professora Maria do Rosário Palma Ramalho “*embora a lei não o refira expressamente, o que está em causa nesta situação de justa causa é um motivo de cessação do contrato atinente ao trabalhador. Por se tratar do cumprimento de um dever legal, a situação não é imputável ao trabalhador a título de culpa, o que justifica a qualificação desta situação como justa causa objetiva*”²⁴. O problema é que, como vimos *supra*, estes hipotéticos deveres parentais não foram densificados pelo Jogador nos autos,

17 No Direito alemão o problema foi examinado na perspetiva da atribuição de um direito de recusa da prestação ao devedor, em particular ao trabalhador, em casos de colisão entre o dever de prestar e outros deveres desse mesmo devedor. Nos termos do § 275/3 BGB o devedor pode “recusar a prestação quando deva realizá-la pessoalmente e, ponderados os impedimentos que obstat à prestação e interesse do credor, a mesma não lhe possa ser exigida”. Cfr. Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2017, p. 555-558.

18 Cfr. Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2017, p. 565-566.

19 Cfr. Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2017, p. 566.

20 Cfr. Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2017, p. 568.

O artigo 1878.º, n.º 1 dispõe que “1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.”.

21 Cfr. Nuno Pinto de Oliveira, *Contributo para a “modernização” das disposições do Código Civil português sobre a impossibilidade da prestação*, in Estudos sobre o não cumprimento das obrigações, Almedina, Coimbra, 2007, p. 290.

22 Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Volume II, Almedina, 2001, p. 352.

23 Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Almedina, 2019, p. 339.

24 Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II*, 6.ª Edição, Almedina, 2016, p. 945.

tendo em conta que a argumentação do Jogador se focou mais nos ataques terroristas de Bruxelas que tinham como objetivo preencher a cláusula de força maior.

Assim, a existência de luz do que ficou provado, não ficou demonstrado um conflito de deveres do Jogador, (entre a saúde dos seus familiares e o seu dever laboral), o que nos leva a concluir que nem esta hipótese da alegação de uma impossibilidade pessoal, que se encontra positivada no direito privado alemão, poder-se-ia salvaguardar a posição do Jogador quando este decidiu resolver o contrato.

5. Conclusões

Os factos alegados pelo Jogador para justificar a justa causa de resolução do contrato de trabalho desportivo que mantinha com o RSCA – entre outros, a ocorrência de atentados terroristas em Bruxelas e em Paris, a sua constante insegurança e ansiedade e o bem-estar da sua Família – não foram considerados suficientes para

densificar o conceito indeterminado de força maior que justificasse a resolução contratual pretendida.

Na decisão arbitral em análise, adoptou-se uma concepção restritiva e objetiva do conceito de força maior, salvaguardando, assim, o princípio do *pacta sunt servanda*, essencial à estabilidade e ao equilíbrio contratual, em especial, no mundo do Futebol Internacional, em o valor e a duração dos contratos de trabalhos desportivos têm um substrato de confiança muito significativo.

A possibilidade do Jogador se encontrar numa situação de impossibilidade pessoal – que em bom rigor é uma situação de conflito de deveres, que a doutrina alemã desenvolve – não resultou demonstrada no caso dos autos, em que o Jogador não o provou, especificamente e objetivamente que dever pessoal/familiar/parental conflituava, irremediavelmente e de forma absoluta, com o dever laboral a que estava adstrito para com o RSCA.

CONSEQUENCES OF NON-DISCLOSURE: A WIN FOR FOUL PLAYERS?

DECISION OF THE OBERLANDESGERICHT
FRANKFURT AM MAIN ¹ (26 SchH 2/18),
24 JANUARY 2019 ²

Pedro Metello de Nápoles

Sócio e co-coordenador da área
de Resolução de Litígios da PLMJ

Joana Ribeiro de Faria

Estagiária PLMJ

¹ In English, Higher Regional Court of Frankfurt am Main.

² Available in <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE190019830>.

The decision

In some arbitral proceedings, the claimants challenged two arbitrators (the chairman of the Arbitral Tribunal and the respondent's party-nominated arbitrator), based on allegations of bias. The challenges were decided by the Arbitral Tribunal (including the challenged arbitrators),¹ which dismissed the applications. Subsequently, the claimants requested the Oberlandesgericht of Frankfurt (the "Court") to decide the challenges, pursuant to Section 1037(3) of the German Code of Civil Procedure. Under this Code, if a challenge is not successful, the challenging party may request the Court to decide on the challenge.

In the present case, then, the Court was not dealing with a set-aside procedure, but with an appeal against the arbitrators' decision to refuse the challenge. However, given that the challenge procedure did not suspend the arbitration proceedings,² by the time the Court was called upon to hear the appeal, a final award had already been rendered. From the moment an award is issued, and as the Court noted, only if a set-aside is successful can the case be referred back to the Arbitral Tribunal.³ This might have been the reason why the Court applied the criterion established in Section 1059 of the German Code of Civil Procedure (application for setting-aside) when ruling on the merits of the appeal.

This Commentary will first address the challenge against the chairman of the Arbitral Tribunal, followed by the challenge against the respondent's party-nominated arbitrator.

1. Challenge against the chairman of the Arbitral Tribunal

It came to light that the chairman of the Arbitral Tribunal and the respondent's lawyer worked in the same law firm ("Firm X") at the same time. According to the Claimants,⁴ this circumstance was likely to give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. Therefore, this arbitrator was obliged to disclose it from the outset, having not done so at any time throughout the course of the proceedings.

The decision of the Oberlandesgericht of Frankfurt began by explaining that the impartiality and independence of the arbitrator must be manageable and verifiable. To that end, strict requirements should be placed on the

disclosure obligation. Therefore, the duty to reveal all the circumstances which may raise doubts as to his/her impartiality and independence does not entail that the arbitrator needs to disclose any circumstance which can even remotely raise doubts of bias in the mind of the parties. What the arbitrator must do is an assessment as objective as possible from the point of view of both parties and, in case of doubt, decide in favour of disclosure.

In the case under analysis, the chairman had left the firm 12 years prior to the start of the arbitral proceedings. Moreover, the chairman and the respondent's lawyer had worked in different locations, different practice groups and different hierarchical levels – the former having been an associate in the area of dispute resolution and the latter a partner in the corporate/M&A practice. In fact, according to the explanation provided by the challenged arbitrator, submitted as a comment to the challenge within the arbitration procedure, she had not been aware of the overlapping association, there having been no contacts with the respondent's lawyer either at the time or later.

Confronted with these facts, the Court concluded that a joint activity in a law firm many years in the past alone cannot, in the eyes of the parties, raise doubts of impartiality and independence, without further indications, and the claimants did not present or substantiate any circumstances that could lead to a different assessment. For this reason, the Oberlandesgericht of Frankfurt concluded that the chairman was under no duty to disclose, and consequently the challenge filed against him was soundly rejected.

2. Challenge against the respondent's party-nominated arbitrator

2.1. Duty to disclose

On the other hand, the Court found that the respondent's party-nominated arbitrator ("Arbitrator 2") did breach his duty of disclosure. In fact, before becoming a partner at firm X, the respondent's lawyer had been a partner in another law firm ("Firm Z"), where he had worked in the same practice group and even in the same office with the Arbitrator 2, who was also a partner.

1 According to Section 15.4 of the 1998 Arbitration Rules of the German Arbitration Institute (DIS), applicable to the arbitral proceeding under analysis, the challenge was to be decided by the arbitral tribunal. This rule was changed by the 2018 DIS Rules, which places the decision on challenges in the hands of the newly established DIS Arbitration Council.

2 Section 1037(3) of the German Code of Civil Procedure, in line with the UNCITRAL Model Law, establishes that, if the challenging party requests the court to decide on a challenge after it has been dismissed in the arbitration proceedings, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrators, may continue the arbitration proceedings and even produce an award.

3 It must also be noted that the local court had already issued a decision declaring the enforceability of the award. In the proceedings there, the claimants objected to the declaration of enforceability of the arbitral award by asserting a number of grounds for setting aside the award, including the lack of impartiality. Therefore, the Court concluded that an incidental review of the challenge could only be constituted in a legal appeal in that local court. It pursued its ruling on the merits, even though the present case would already be inadmissible for lack of interest in bringing proceedings.

4 Relying on Section 16(1) of the 1998 Arbitration Rules of the German Arbitration Institute (DIS), applicable to the arbitral proceedings under discussion.

Interestingly, the joint office affiliation had ended 17 years before the start of the arbitral proceedings. The defendants invoked the Orange List of the *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (hereinafter, “IBA Guidelines”), which identifies a non-exhaustive list of specific situations that may, depending on the circumstances of the particular case, and in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence. One of the listed situations is the following: “the arbitrator was, within the past three years, a partner of, or otherwise affiliated with, another arbitrator or any of the counsel in the arbitration”.⁵ According to the defendants, because more than three years had passed, the Arbitrator 2 would be under no obligation to disclose. The Court recognized the IBA Guidelines as valuable soft-law, but it noted that the list is not exclusive. Looking at the facts of the case, it concluded that it was not a mere joint activity as lawyers that was at stake, but a further and longstanding relationship as partners. Having worked as partners in the same field and office for a period of 7 years, their economic and financial interests had been closely aligned. Therefore, even with reasonable consideration, one could not exclude the possibility that the contacts from the relationship had endured until that date or that the arbitrator might be interested in maintaining or renewing the relationship. By not having revealed a circumstance that may objectively create doubts as to his impartiality and independence in the eyes of the parties, the Arbitrator 2 had violated his duty of disclosure.

2.2. Consequence of the violation of the duty to disclose

As already noted, the Court placed this appeal within the framework of Section 1059 of the German Code of Civil Procedure (application for setting-aside). According to Section 1059(2)(d) of the German Code of Civil Procedure, an arbitral award may be set aside only if the breach of the duty of disclosure has had an effect on the award. Despite the strict wording of the provision, the Court considered that it might be invoked if the circumstances that should have been disclosed would have been sufficient for a challenge. From the perspective of the Court, for a challenge to be well-grounded, it is not necessary to prove actual bias or prejudice; rather, there must be objective circumstances which legitimately give rise to the fear that the arbitrator is not impartial or independent.

According to the Court, the previous relationship might have created doubts, in the eyes of the parties, as to the Arbitrator 2’s impartiality and independence. That is why it should have been disclosed. Nevertheless, the Court went on to explain that the circumstances comprised by the duty of disclosure are broader than the ones which justify a challenge. In the case under analysis, Arbitrator

2 submitted, within the challenge discussion, that there had been no more personal or friendly contacts between himself and the respondent’s lawyer. Because of this allegation, the Court concluded that there were no objective reasons which could justify the fear that the challenged arbitrator would be partial, and therefore, no legitimate grounds for a challenge.

2.3. Burden of proof

The decision to refuse the challenge or, in other words, the decision according to which there were no objective circumstances that legitimately gave rise to the fear that the arbitrator was not impartial or independent in the process of the decision was primarily based on Arbitrator 2’s claim that there had been no more contacts between himself and the respondent’s lawyer. Although the claimants denied this fact (that there had not been more contacts between them), the Court stated that, to make this denial sound, they should have made use of the opportunity to call both Arbitrator 2 himself and the respondent’s lawyer as witnesses for cross-examination.

It is important to highlight that the claimants identified procedural irregularities that (in their understanding) indicate actual bias. On this point, the Court invoked its settled case law according to which errors in the conduct of the proceedings and in the determination of facts can only in exceptional circumstances give rise to concerns of partiality. This is notably so when they occur with particular frequency and severity and the incorrectness of the treatment of the facts points with some clarity to a bias or arbitrariness of the arbitrators, which was not the case in the present proceedings.

2.4. Timing requirement

Although the arbitration proceedings were brought in July 2017, it was only after an oral hearing on January 2018 that the applicants filed challenges against the arbitrators. Irrespective of the merits of the challenge, the Court added that the challenge could never be accepted. Under Section 18.2 of the 1998 DIS Arbitration Rules, applicable to the arbitration proceedings at issue, a party must present and submit a challenge within two weeks of becoming aware of a circumstance that gives rise to justified doubts as to the impartiality and independence of the challenged arbitrators. Taking that into account, the Court noted that the applicants should have submitted a plausible explanation of why they have had notice of these facts only six months after the start of the arbitration. According to the Court, considering the highly contentious behaviour of the parties in the proceedings and the fact that the connections between the two rejected arbitrators

⁵ See IBA Guidelines, Part II: Practical Application of the General Standards, point 3.3.3.

and the respondent's lawyer could, apparently, have been determined without great difficulty, the justification for such late knowledge by the challengers should have been substantiated at least with *prima facie* evidence.

Consequently, it was not enough to refer to the date when the applicants received the commentaries from the arbitrators confirming the alleged connections, within the arbitration's challenge proceedings, as the claimants did.

Commentary

The discussion of the duty to disclose has been going on for a long time and several papers having been written on it. Nonetheless, we still believe that it is worth revisiting the issue. Using the Court decision as a starting point, this Commentary will address (A) the duty to disclose, (B) the consequences of non-disclosure and (C) a proposal to make effective the duty to disclose.

1. The duty to disclose

An arbitrator may be affected by a conflict of interests, that is, by a fact or circumstance in which the arbitrator has a material interest and which may conflict with their capacity to be impartial and independent in the decision process. Independence may refer to absence of financial dependence, but also requires that the Arbitrator "is not dependent on one of the parties for any benefit, such as employment or client referral, and that the arbitrator does not have a close business or professional relationship with one of the parties".⁶

No one questions (at least nowadays) that it is of the utmost importance that an arbitrator be impartial and independent.⁷ The requirements of impartiality and independence seek to ensure the integrity of the arbitral process and emanate from the arbitrators' judicial function in resolving the dispute.⁸ Arbitrators should, then, decline to accept an appointment or refuse to continue acting as arbitrators in case such guarantee is compromised. Otherwise, that is, if an arbitrator is found to be conflicted, a party can challenge the appointment and seek his/her removal (at the time the tribunal is constituted, or later, if only later the party becomes aware of the facts that support the challenge).⁹

Under this scenario, disclosure becomes extremely important. Again, there is no discussion here: the disclosure obligation is fully recognized in different legal cultures and in arbitration legislation and regulations, and is the process through which an appointed arbitrator, who has accepted the appointment and therefore believes that there is no circumstance affecting his impartiality or independence, informs the parties, the arbitration institution or other appointing authority and the co-arbitrators, of circumstances which could theoretically be raised against them in this issue. By giving note of those facts to the parties and to the arbitral institution, they are given an opportunity to confirm the arbitrator's own version regarding their impartiality. As written somewhere else, "the system fails when the nominee for the post of arbitrator takes it upon himself to make the value judgment whether a relationship is so inconsequential that it need not be disclosed at all".¹⁰

The arbitrator must be able to disclose facts without fearing that the circumstances revealed will immediately result in a challenge, a challenge that could impair their reputation as an arbitrator. As a matter of fact, "in many cases the arbitrator might believe the business relationship to be so insubstantial that to make a point of revealing it would suggest he is indeed easily swayed, and perhaps a partisan of that party".¹¹ The IBA Guidelines deal with the matter stating that "an arbitrator who has made a disclosure considers himself or herself to be impartial and independent of the parties, despite the disclosed facts, and, therefore, capable of performing his or her duties as arbitrator".¹²

After the disclosure, then, the arbitrator can rest assured that the parties know of those facts and, by having decided not to proceed with a challenge, that those facts cannot be invoked against himself later. Moreover, the arbitrator can be more confident that the award itself will not be

⁶ Moses, Margaret, *The principles and practice of international commercial arbitration* (3rd edition, Cambridge University Press, 2017), p. 141.

⁷ This obligation is stated in numerous laws and rules, such as the UNCITRAL Model Law, art. 12(1-2); UNCITRAL Rules, art. 12(1); LCIA Rules, arts. 5.3, 10.2; ICDR Rules, art. 13 (1-2); ICC Rules, art. 11(1).

⁸ Gusy, Martin and Hosking, James Milton, *A Guide to the ICDR International Arbitration Rules* (2nd edition, Oxford University Press, 2019), p. 131.

⁹ Moses, *The principles and practice*, ob. cit., p. 153.

¹⁰ Judge Wiener, in his dissenting opinion in the *Positive Software Solutions, Inc., v. New Century Fin. Corp.*, 476 F. 3d 278 (5th Cir. 2007).

¹¹ Mr Justice Black, in *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968), paragraph 13.

¹² General Standard 3(c).

set aside or have its enforcement denied on account of allegations of bias, which is important considering the arbitrator's duty to render an enforceable award.¹³

Indeed, an award affected by a conflict of interests may be set-aside. Depending on the applicable law, grounds can range from a demonstration that i) because, by virtue of bias, the affected party was unable to assert his/her rights;¹⁴ or ii) because the award is contrary to public policy;¹⁵ or iii) because the Court tribunal has not been properly constituted.¹⁶ This risk alone,¹⁷ should provide a sufficient incentive for disclosure to be done at the outset, or as soon as the conflict of interests arise, which would have as effect that challenges would tend to be raised at the beginning of the proceedings.

A challenge will, however, be raised at the end of the proceedings if the challenging parties only find some circumstances which impair the independence and impartiality of the arbitrator at a later stage.

A late challenge undermines all the efforts already made, raises doubts that the applicants are abusing the right to challenge for dilatory purposes and, if there is already an arbitration award, calls into question its finality (and its legal certainty).¹⁸ In the present case, for instance, the applicants raised the challenge after an oral hearing, when the case might have seemed, from their perspective, already lost.

Up to this moment, no part of what has been written should raise any objection; arbitrators must be independent and impartial. There is a duty to disclose any circumstances capable of harming the arbitrators' independence and impartiality; disclosure does not equate to an admission of lack of independence or impartiality. A lack of independence and impartiality may lead to a successful challenge against an arbitrator and, in some cases, to setting aside a decision rendered by them.

However, things get complicated when we reach the next steps.

The first issue is to determine what should be disclosed.

The disclosure formulae used in contemporary international arbitration legislation and judicial decisions properly focus on an objective inquiry into external relations or circumstances that create an unacceptable risk that an arbitrator will not decide the dispute in an impartial and unbiased manner. The focus of these formulae is therefore not on the parties' likely reaction to the facts, based on their subjective assessment, but on the analysis that a reasonable third person would make. This perspective is adopted, for example, in the United States, in seeking to identify "an appearance of bias", and by the UNCITRAL Model Law, according to which an arbitrator "shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality and independence".¹⁹

Although presented in a different manner, we believe that this is also fundamentally the approach of the IBA Guidelines, according to which the arbitrator must disclose facts that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality and independence.^{20/21} This standard seems to be very broad, requiring the arbitrator to put themselves in the shoes of the parties in order to determine what circumstances might cause doubts of bias.²² However, that does not mean that the arbitrator is bound to disclose whatever the party may think relevant (even as a matter of caprice). The relevance in the eyes of the parties will be objectively assessed.

13 See, e.g., Platte, Martin, "An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards" (2003) 20 *Journal of International Arbitration*. As Tupman argues, "if disclosure is made and an objecting party has an adequate opportunity to be heard (or waives any objection), then the integrity of the process and the ultimate award is less likely to be questionable, even if the challenge does not succeed." (Tupman, Michael, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration" (1989) 38(1) *The International and Comparative Law Quarterly*).

14 Articles 34.2 a(ii) and 36.1 a(ii) of the UNCITRAL Model Law; Article V, 1 (b) of the New York Convention.

15 Articles 34.2 b(ii) and 36.1 b(ii) of the UNCITRAL Model Law; Article V, 2 (b) of the New York Convention. As highlighted in the judgment of the Paris Cour d'appel of 10 March 2011 (EURL Tecos v SAS Neoelectra Group): "the independence of the arbitrator is a key component of arbitration and as such falls within the national and international public policy". For Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel and Goldman, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international* (1996, Litec), pp. 603-604, "the fact that an arbitration award has been ruled by an arbitrator accredited as not independent with regard to a party may constitute a violation of international public policy".

16 Decision of the Paris Cour d'appel of 2 July 1992 (Société Raoul Duval v Société Merkorina Sucden): "irregularly composed, within the meaning of Article 1502(2) of the New Code of Civil Procedure, by reason of the appointment of an arbitrator who does not offer all the parties the guarantees of independence that any litigant is entitled to demand".

17 Not to mention the possible liability of the arbitrator.

18 As Mr Justice Black held in *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968), paragraph 13, "it is far better that the relationship be disclosed at the outset, when the parties are free to reject the arbitrator or accept him with knowledge of the relationship and continuing faith in his objectivity, than to have the relationship come to light after the arbitration, when a suspicious or disgruntled party can seize on it as a pretext for invalidating the award".

19 Article 12(1).

20 General Standard 3(a).

21 Likewise, Article 11(2) of the ICC Rules "calls for full disclosure of any facts or circumstances that could be relevant to the arbitrator's independence "in the eyes of the parties"" (Fry, Jason, Greenberg, Simon, Mazza, Francesca, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (International Chamber of Commerce (ICC), 2012), 3-386.

22 Moses, *The principles and practice*, ob. cit., p. 142. The author also points out that there is no requirement for the doubts to be 'justifiable'.

In confirmation of this, the IBA Guidelines provide a "Green List", which enumerates situations that – objectively – cannot be held as raising a conflict of interests, even from the perspective of the parties, and consequently, do not need to be disclosed.²³ This list, together with the Orange and Red Lists, bring objectivity to the subjective formula.²⁴

In sum, it is clear that the assessment of the duty to disclose cannot be purely subjective, but this Commentary submit it is not correct to term it as exclusively objective, as the duty to disclose has to take into account the parties expectations and the persons who will assess the duty (arbitrators, members of institutions or judges) will themselves be subjectively influenced by their own origin, background and experience.

The German provisions and case law adopt a reasonable standard, as they formulate the test in an objective way, whilst considering the position of the party whose interest is being served by the duty to disclose. Section 16(1) of the 1998 Arbitration Rules of the German Arbitration Institute (DIS), applicable to the arbitral proceedings under discussion, stated, quite objectively, that an arbitrator "shall disclose all circumstances which are likely to give rise to doubts as to his impartiality or independence". Similar in substance (according to the Court) was Section 1036(1) of the German Code of Civil Procedure, holding that an arbitrator "shall disclose any circumstances which may give rise to doubts as to his impartiality or independence".

Despite this announced objectivity, the German Courts, in the application of the Section 1036(1), hold that "the arbitrator does not have to point out anything possible, but only such circumstances which he can presume could cause – when reasonably looked at – doubts as to his independence and impartiality. The arbitrator needs to make this assessment as objectively as possible from the viewpoint of the parties and should in doubt decide for disclosure"²⁵. As such, authors speak of an "objective-subjective" test: "the deciding person or authority

needs to attempt to put himself into the party's place, and whilst looking at the party's personal concerns has to assess these from the point of view of an objective third person. A reason for disclosure (...) only exists when to this third person the subjective concerns of the party appear understandable".^{26/27}

The decision under analysis, following this line of reasoning, established that strict requirements must be placed on the disclosure obligation for it to be manageable and verifiable.

According to the Court, it is for the parties to present and substantiate the circumstances giving rise to the duty of disclosure. The challenge against the chairman proves that it is not enough for the parties to refer to an isolated fact which, in itself, could constitute a "prima facie" claim of partiality, such as a past professional overlap.²⁸ The circumstance of having worked at the same firm does not require a disclosure if there is no more evidence of a real proximity between the arbitrator and the respondent's lawyer (e.g., location, practice and hierarchical level). This idea that the court should attentively consider the particular circumstances of the case to ascertain the existence of real, concrete and legitimate doubts of conflict of interest is also found in the challenge against Arbitrator 2, where the partnership had ended 17 years ago.

This fact could, with a superficial analysis, have led the Court to conclude that there were no reasons to fear any kind of bias. However, looking at all the facts of the case (e.g., the fact that there was a partnership of seven years, in the same office and practice group), the Court concluded that it could not exclude the possibility that the contacts from this relationship reached the present or that the arbitrator might be interested in maintaining the relationship.

This reasoning is in line with the IBA Guidelines. According to the Orange List "three years is considered a cut off

²³ According to paragraph 7 of the Practical Application of the General Standards of the IBA Guidelines, "the Green List is a non-exhaustive list of specific situations where no appearance and no actual conflict of interests exists from an objective point of view. Thus, the arbitrator has no duty to disclose situations falling within the Green List".

²⁴ The idea that a standard of disclosure can never be truly subjective is submitted by Tupman, Michael, "Challenge and Disqualification", ob. cit., pp. 49 e 50: "it is rare that a party can prove actual bias on the part of an arbitrator, in the absence of, say, some stray remark or the fact that he lacks integrity. Usually bias must be imputed on the basis of a previous relationship with the other party or the conduct of the proceedings. Although some arbitration rules speak in terms of a question of independence 'in the eyes of the parties', it is clear that doubts in the mind of the challenging party alone are not sufficient. There must be an objective standard, otherwise the challenging party would almost always prevail."

²⁵ OLG Naumburg, Decision of 19 December 2001, 10 SchH 3/01.

²⁶ Hoffmann, Anne K., "Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: The Standard Applicable Under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the German Approach" (2005) 21(3) *Arbitration International*, p. 434.

²⁷ Perhaps taking this view into consideration, the revised 2018 Arbitration Rules of the German Arbitration Institute (DIS) – article 9.4 - provide that: "each prospective arbitrator shall disclose any facts or circumstances that could cause a reasonable person in the position of a party to have doubts as to the arbitrator's impartiality and independence".

²⁸ In fact, in the arbitration field, it is not any past professional relationship that gives rise to doubts of bias. In the words of Derains, Yves and Schwartz, Eric A., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* (2nd edition, Kluwer Law International), p. 125: "(...) the community of international arbitration practitioners is so relatively small that the paths of many of the persons involved have inevitably crossed, either in past arbitrations, related professional organizations, or socially and that such previous contacts should not normally be regarded as calling into question a person's independence." In relation to the ICC, the authors continue, "(...) it has never been the Court's position that the ordinary professional or social relationships that lawyers or other professionals may have amongst one another should disqualify them from serving as arbitrators".

point, so, in general, if the circumstances occurred more than three years earlier, they do not have to be disclosed".²⁹ However, whilst admitting that "situations not listed in the Orange List or falling outside the time limits used in some of the Orange List situations are generally not subject to disclosure", the IBA Guidelines expressly state that "an arbitrator needs to assess on a case-by-case basis whether a given situation, even though not mentioned in the Orange List, is nevertheless such as to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence".³⁰

In conclusion, the Court only identifies an obligation to disclose if there are real reasons to suspect the arbitrator's capacity to be impartial.

Examples evidencing the idea that the judges already look to all the facts of the case, concluding that particular relationships which globally do not create doubts regarding the arbitrator's impartiality and independence, do not have to be disclosed, can be found, for example, in the judgment of the Hamburg Higher Regional Court of 12 July 2005.³¹ In this case, the Court considered that a lawyer appointed as arbitrator did not have to disclose that he or she previously acted on behalf of a party where such activities were isolated instances, were unrelated to the dispute and had been terminated some years ago, and in the Naumburg Higher Regional Court decision of 19 December 2001,³² in which it was ruled that the arbitrator was not obliged to disclose that he and party's managing partner were both members of a board of legal institute and that he was a limited partner in company set up by same party's managing director.³³

Finally, as mentioned above, the disclosure cannot be taken as admission of lack of independence or impartiality. Here the rule is consensually objective.³⁴ That is, for a challenge to be granted, there must be objective circumstances that legitimately give rise to the fear that the arbitrator is not impartial or independent. This is a narrower test than the standard for disclosure, and this is why the Court noted that the application for the challenge would be successful only if the circumstances that should have been disclosed would constitute grounds for a challenge. This narrowness is the reason why not all the circumstances which must

be disclosed fulfil the requirements for a challenge, and why the arbitrator should be rest assured that a disclosure cannot be interpreted as an admission of bias.

In practice, this perspective entails that, although some circumstances create a legitimate suspicion of bias (disclosure test), there is still room to demonstrate that they do not pose a real threat to the impartiality of the arbitrator (challenge test). This, of course, still considering that a challenge does not require a demonstration that the arbitrator is biased (which is difficult to prove), but a demonstration of a real threat of bias.³⁵ In the decision under analysis, while admitting that one could reasonably suspect that the longstanding relationship between Arbitrator 2 and the respondent's lawyer is still in existence today (which is why there was a right to disclosure), the Court concluded that no effective fear of bias could be established in view of the arbitrator's assurance, in the challenge proceedings, that the connection between himself and respondent's lawyer had ceased.

The way the Court dealt with the issue of the burden of proof, requiring the Claimants to prove that the connection was still in existence (contrarily to Arbitrator 2's claims), might in theory be justifiable in light of the fact that the right to challenge belongs to the Claimants, which should prove all the elements that constitute their right. Nonetheless, and as detailed below, we believe that the Court's approach should have been different.

In any event, it must be recognized that the Court established a fine and sensible line between the duty to disclose and the right to challenge, correctly and objectively identifying the presence of the former, regarding all the circumstances of the case, whilst considering that the same grounds were not sufficient to raise the other (the challenge). As the duty of disclosure is narrowly and 'objectively' defined, the arbitrators are not obliged to disclose facts which do not pose any reasonable doubt regarding the independence and impartiality of the arbitrators. Considering that the standard for disclosure is already strict, the requirements for a challenge are especially rigid. This rigidity protects the arbitrators against undue challenges. A challenge will only be granted if, considering all the facts of the case, the Court comes to

29 Moses, *The principles and practice*, ob. cit., p. 144. See, for example, Part II: Practical Application of the General Standards, point paragraphs 3.3.3: "the arbitrator was, within the past three years, a partner of, or otherwise affiliated with, another arbitrator or any of the counsel in the arbitration" and paragraph 3.3.9: "the arbitrator and another arbitrator, or counsel for one of the parties in the arbitration, currently act or have acted together within the past three years as co-counsel".

30 Part II: Practical Application of the General Standards, paragraph 6.

31 Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, 9 SchH 01/05.

32 Oberlandesgericht Naumburg, 10 SchH 03/01.

33 Both cases cited and summarized by Born, Gary B., *International Commercial Arbitration* (2nd edition, Kluwer Law International, 2014), p. 1897, on the footnote 1402.

34 The IBA Guidelines, for example, despite using a more subjective test for disclosure, resort to an objective rule for challenge, according to which the arbitrator must decline their appointment if a reasonable person would have justifiable doubts about the arbitrator's impartiality or independence (see General Standard 2(b)). To be precise, the IBA Guidelines also apply a subjective, alternative test to the challenge, stating that an arbitrator must decline appointment if they have doubts as to their impartiality or independence (see General Standard 2(a)).

35 Gusy, Martin and Hosking, James Milton, *A Guide to the ICDR*, ob. cit., p. 156, mention several instances of case law from different jurisdictions, according to which a challenge rests on the appearance of bias, rather than on the proof of actual bias, which is a "subjective state of mind". They conclude that, in practice, "a party must rely on, and base its challenge upon, its own inferences from the arbitrator's observable conduct, discussions, and relationships, which typically evidence a lack of independence – which, in turn, allows the inference of justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality".

the conclusion that the circumstances raise an effective and substantial fear, and not just an effective and substantial doubt, of bias³⁶. Therefore, the arbitrators should trust that a challenge will not be successful without there being legitimate and adequately evaluated grounds for a challenge.

2. Consequences of non-disclosure

What if – as happened in the case under analysis – the arbitrator fails to meet their duty to disclose?

The violation of the duty to disclose is not only a breach, on the part of the arbitrator, of a moral duty of professional loyalty configured as a mandatory rule of conduct, but also a violation of the principle of trust arising from the arbitration agreement itself.³⁷ In general, the national law does not establish the sanctions applicable to the failure to disclose.³⁸ However, common and civil law countries admit that an arbitrator may face civil liability, in cases of gross negligence and wilful breach.³⁹ Moreover, the arbitration rules may also provide for consequences of their own. One example is provided by the International Centre for Dispute Resolution, whose Notice of Appointment (which needs to be completed and filed by the arbitrator before they are confirmed in the office) expressly states that “failure to make timely disclosures may forfeit your ability to collect compensation”.^{40/41}

Despite having a considerable deterrent effect, the abovementioned consequences do not have any effect on the validity of the award, nor on the challenge procedure.

An award can be set-aside if it is demonstrated that the arbitrator is either not independent or not impartial. However, that is very difficult to demonstrate.⁴²

Some laws demand that concrete manifestations of bias (e.g., errors in the conduct of the proceedings and in the determination of facts) are identified in the procedure or in the decision,⁴³ which, as this case shows, are very difficult to prove. This is understandable, as the possibility of review of all the arbitrator’s decisions in the arbitral procedure could restrict their freedom, with consequences regarding independence. Nonetheless, when the law requires – and is enforced as such – the demonstration that the bias had an effect on the award, that becomes problematic.

However, as in the decision under analysis,⁴⁴ courts rule that it would be sufficient to demonstrate that the challenge, if made at the outset of the proceedings, would be granted.⁴⁵

Irrespective of whether the courts require a proof of actual and decisive bias, or whether it is enough to prove that the challenge within the proceedings would be well-grounded, the lack of disclosure in itself seems to be of no consequence. As the present decision made clear, in case of a non-disclosure, a challenge can only be granted if the reasons that should have been disclosed would themselves justify a challenge.

To make things more complicated, arbitral institutions involuntarily contribute to the problem when they make exhaustive enquiries at the moment of nominating arbitrators. As an example, Article 11(2) of the ICC Rules “creates a strict disclosure obligation for all prospective arbitrators before their confirmation or appointment. This

36 Many factors should be taken into account when establishing the existence of an effective and substantial fear of bias. Interestingly, the Court of Appeals, in the Consolidated Coal Co. v. Local 1643, United Mine Workers of America, 48 F.3d 125, 130 (4th Cir. 1995), identified some of those factors: i) the arbitrator’s personal interest, pecuniary or otherwise, in the arbitration; ii) the directness of the relationship between the arbitrator and the party he is alleged to favour; iii) the connection of the relationship to the arbitration; iv) the proximity in time between the relationship and the arbitration proceeding.

37 Pérez, Ana Fernández, “Conflicts of interests of arbitrators in international law firms”, in Park, William W. (ed), *Arbitration International* (Oxford University Press 2018) 34(1), p. 108.

38 Miranda, Agostinho Pereira de, “Dever de revelação e direito de recusa de árbitro – considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei de Arbitragem Voluntária”, (2013) 73(4) *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 1282.

39 Cevc, Agata, “Civil Liability of Arbitrators” (2019) 3 *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC 3)*, pp. 407 to 412. Interestingly, the author notes that common and civil law countries depart from opposing perspectives: the common law countries grant broad immunities to arbitrators, even if they fail to disclose conflicts of interest, and the civil law countries focus on the contractual relationship between the arbitrator and the parties, which can lead to liability according to the ordinary law of contract.

40 Gusy, Martin and Hosking, James Milton, *A Guide to the ICDR*, ob. cit., p. 142.

41 In one case (ICSID ARB/05/24, *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*), one of the parties had one representative (belonging to a team of representatives) who had a relationship with one of the arbitrators. The lack of disclosure of this fact led to the exclusion of the representative from the team (Carvalho, Filipa Cansado, “os deveres de investigação e informação das partes estabelecidos no princípio geral 7 das diretrizes da IBA sobre conflitos de interesse - intervenções” (2016) *IX Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, p. 179.

42 Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 3591: “there are only a very limited number of decisions denying recognition of awards on the grounds of arbitrator partiality, often involving conclusions that the procedures used for constituting the tribunal were fundamentally unfair, as distinguished from decisions that an arbitrator was biased”.

43 *Ibidem*, p. 1824: “Courts have applied significantly different standards to issues of arbitrator impartiality and independence in the context of annulment and non-recognition proceedings than in proceedings to remove an arbitrator. That includes (...) requirements for showings that the arbitrator’s bias has a material effect on the arbitral proceeding and its outcome”.

44 And despite the wording of Section 1059(2)(d) of the German Code of Civil Procedure (see above).

45 This avoids a situation whereby a challenged arbitrator, who could already be under a situation of conflict of interests, would accelerate the process of making an award, knowing that once it is issued, the standards for a challenge are lower. In order to hide behind the award as a “sword”, the arbitrator would not have enough time to correctly ponder all the elements of the case.

disclosure serves as a basis for parties and the Court to determine an arbitrator's independence, impartiality and availability, and flushes out at an early stage any objections a party may have to the arbitrator".⁴⁶ However, if a challenge arises during the proceedings, the normal standard will apply.

The IBA Guidelines expressly state that "when considering whether facts or circumstances exist that should be disclosed, the arbitrator shall not take into account whether the arbitration is at the beginning or at a later stage."⁴⁷ However, the arbitration and judicial practice⁴⁸ demonstrates that a challenge or a set-aside based on allegations of lack of independence or impartiality raised at the end is less likely to succeed than a challenge at the outset.⁴⁹

The arbitrator is then free not to disclose, even when perfectly aware of the facts (as in the second situation in the case under analysis) and, most likely, aware that those facts could give rise to a suspicion of partiality.

This may well lead to a scenario in which the arbitrator decides not to disclose, hoping that the non-disclosed fact does not come to the attention of the parties and knowing that, even if it does, it will probably occur very late, when the chances of a challenge being accepted are very low.

We come upon the following paradox: a fact that, if disclosed, would render impossible the appointment of an arbitrator by an institution (or by the parties), may probably be accepted as grounds for challenge in the early stages of the proceedings, but will probably not be enough to disqualify an arbitrator at the later stages of the proceedings and, even less probably, to set aside the award rendered by that arbitrator.

In practice, then, the arbitrator's motivation to disclose at the beginning is nil and the foul player is rewarded.

3. A proposal to make effective the duty to disclose

One way of attributing a practical consequence to the failure to respect the duty to disclose would be to follow the Claimant's argument in the case under analysis according to which the mere violation of the duty to disclose should lead, automatically, to a disqualification. The IBA Rules of Ethics, for example, provide that "failure to make such disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though the non-disclosed facts or circumstances would not of themselves justify disqualification"⁵⁰. This perspective can be termed the "capitulation standard".

A case which is frequently invoked to illustrate this perspective is the U.S. case *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968), in which the Supreme Court held that if an arbitrator has any prior business relationship with one of the parties of which he fails to inform the other party, the arbitration award is always subject to being set aside (even if the non-disclosure has been innocent and it does not indicate partiality or bias, the award is unanimous and the decision does not evidence any form of irregularity, unfairness, bias or partiality). It is not, of course, any lack of revelation which leads to a disqualification, but a lack of revelation of a circumstance which should have been disclosed – classified as a "material relationship". As Justice White's separate concurring opinion clarified, the award will not be set-aside if those undisclosed relationships "are too insubstantial to warrant vacating an award". Another example is extracted from the *Applied Industrial Materials Corporation v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S.*, 492 F.3d 132, 137 (2nd Cir. 2007), in which case the arbitrator, although having been informed of the fact that a potential conflict might exist, opted not to conduct any inquiry regarding the transaction that was being concluded by his firm that was at the origin of the conflict of interests, let alone to be involved in it. Because of that decision, the arbitrator did not identify the existence of a real conflict of interests and, therefore, did not disclose. The Court concluded that a failure to either investigate or disclose an intention not to investigate is indicative of evident partiality. The point here is that, in this case too, a "material relationship" was identified, as it was noted that the transaction existed and generated £275,000 in revenue, "not a trivial amount". According to

⁴⁶ Fry, Jason, Greenberg, Simon, Mazza, Francesca, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ob. cit..

⁴⁷ Standard 3(e).

⁴⁸ Several systems exist: challenges can be decided by the arbitral tribunal itself (with or without the presence of the challenged arbitrator) or by arbitration institution. The decision may then be subject to appeal in court (see Pfister, Lukas, "Who decides Arbitrator Challenges? – A Comparative Analysis of Institutional Approaches", in Risse, Jörg, Pickrahn, Guenter et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal (Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck Ohg, 2017, 15 (4)), pp. 167-169. For the rule applicable in the case under analysis, see footnote 4 above.

⁴⁹ As observed by the IBA Guidelines, "disclosure and disqualification (...) should not depend on the particular stage of the arbitration. (...) As a practical matter, arbitration institutions may make a distinction depending on the stage of the arbitration. Courts may likewise apply different standards" (Explanation to General Standard 3, Part I of the IBA Guidelines). See also, Craig, Laurence, Park, William, Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd edition, Oceana Publications, 2000), paragraph 13.01, "where an objection is made at the very earliest stage of the proceedings, the [ICC] Court should be more willing to give weight to a party's objection to an arbitrator than it would after the proceedings were well under way".

⁵⁰ See art. 4.1. Note, however, that the IBA Guidelines, which adopt the opposite perspective, supersede the Rule of Ethics with respect to standards of impartiality and disclosure (Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, ob. cit, p. 1841).

the Court, if an arbitrator knows of a material relationship with a party and fails to disclose it, a reasonable person would have to conclude that an arbitrator who failed to disclose such circumstances was partial to one side.⁵¹

The Oberlandesgericht decision under discussion ruled against the adoption of this “capitulation standard” perspective, that is, against the sanction of automatic disqualification of the arbitrator on account of their non-disclosure. As the Court reasoned, if this was the valid perspective, the requirements for a challenge due to concerns of partiality would be undermined only by the assertion of a party that the concealed circumstances raised or could have raised doubts about the independence and impartiality of the arbitrator. As detailed above, the standard for disclosure, even if termed objective, is subjective in many respects. Therefore, there would be a risk that facts that were reasonably not disclosed could be used for an accusation of failure to disclose. The internationally prevailing position seems to reject the “capitulation standard”.^{52/ 53}

Only the facts themselves can lead to disqualification.

However, because the breach of the duty to disclose is so severe, consisting, as mentioned, in the omission of circumstances which effectively raise a suspicion of bias and which, therefore, could not and should not have been ignored by the arbitrator, it should have a practical effect of its own.

With this in mind, the abovementioned cases lead us to think that it is possible, and indeed even logical, that the violation of the duty of disclosure, whilst not leading to an automatic disqualification or subsequent set-aside, gives rise to the presumption that the facts of the case justify a challenge.

This would have the consequence of inverting the burden of proof as it is currently applied. As such, if the court, as well as the arbitral tribunal or institution having to decide on the challenge, is satisfied that circumstances exist which cause legitimate and sufficient doubts regarding the independence or impartiality of the arbitrator, and which were not disclosed, the challenge may be granted, or the award is subject to being set aside.

The presumption would be rebutted if it is proven – by the challenged arbitrator or any other interested party – that the circumstances of the case do not pose a real threat of bias.

Again, it must be noted that it is not any failure to disclose that would be relevant for this purpose. Only a failure of the duty to disclose as defined above.

This solution promotes disclosure, as it benefits the ones who comply with the duty to disclose and places a burden on those who do not – it is no longer indifferent, from the arbitrator’s perspective, to disclose, or not to disclose. This proposal is grounded on the idea that the deciding body (court, tribunal or institution) only establishes a violation of the duty to disclose in the presence of circumstances which manifestly and effectively give rise to a suspicion of bias, and, as such, should not have been ignored by the arbitrator. If, in such a scenario, an arbitrator does not comply with their duty to disclose, it will be because, having considered the matter, they (wrongly) believed that the fact raised no doubts regarding their independence and impartiality and should be prepared to assume the consequences of their decision, namely, to be prepared to demonstrate through real evidence that their impartiality has not been affected. Indeed, an arbitrator who failed to consider a fact which posed real doubts concerning their capacity of being partial already proved not to be able to make a reasonable assessment of the facts of the case, and their reasoning in this matter no longer deserves to enjoy a presumption of validity.

51 Other examples are found in the case *Karlseng v. Cooke*, 346 S.W.3d 85, 94, “neutral arbitrator selected by the parties or their representatives exhibits evident partiality if he does not disclose facts that might, to an objective observer, create a reasonable impression of the arbitrator’s partiality” and in the case of 10 January 2008 of the *Oberlandesgericht Frankfurt* (26 Sch 21/07), according to which a failure to comply with an obligation to disclose facts can provide independent basis for challenging the arbitrator’s impartiality. In Portugal, in the judgment of the Lisbon Court of Appeal of 29 September 2015 (Afonso Henrique), Proc. N. 827/15.9YRLSB-1, analysed by Alves, Rute, “O dever de revelação dos árbitros em Portugal” (2016) *IX Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções*, p. 221, the Court concluded that the non-disclosure generated in itself gave rise to distrust regarding the impartiality and independence of the parties, and should cause a disqualification.

52 The IBA Guidelines, for example, state very clearly that “a later challenge based on the fact that an arbitrator did not disclose such facts or circumstances should not result automatically in non-appointment, later disqualification or a successful challenge to any award. Nondisclosure cannot by itself make an arbitrator partial or lacking independence: only the facts or circumstances that he or she failed to disclose can do so” (IBA Guidelines, Part II, Comment 5). Alves, Rute, “O dever de revelação”, ob. cit., p. 222, considering the principles enshrined in the IBA Guidelines, concludes that, because of the garantistic purpose of the duty to disclose, its exercise or omission per se cannot lead to a disqualification. Internationally, some case law can be cited: the judgment of 29 October 2007, *Republique de Pologne v. Eureko BV*, 26 ASA Bull. 565 2008 (Brussels Ct. App.), a failure to disclose an alleged conflict is not independently grounds for removal; only the facts that were not disclosed can provide grounds for removal. The Court of Appeal, Supreme Court of Victoria, concluded that a failure to disclose circumstances that did not themselves lead to a reasonable apprehension of bias did not constitute grounds for removal (*Gascor v. Ellicott* (1996), 1 VR 332, 1996 VIC Lexis 1373).

53 The rejection of this perspective does not imply an outward ignorance of the fact that there was a violation of the duty to disclose. As Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, ob. cit., notes, some authorities which reject this perspective hold that “the non-disclosure of a fact or circumstance can be considered together with other matters in determining a challenge, but that it is not independently dispositive”. In some situations, the non-disclosed circumstance may be so relevant that a threat of bias can be established from the violation itself. In Portugal, for example, in the judgment of the Lisbon Court of Appeal of 13 September 2016 (Rijo Ferreira), case no. 581/16.7YRLSB-1, held that “any failure (or defective performance) of the duty of disclosure (...) will not in itself constitute grounds for disqualification of the arbitrator. (...) It is only in those extreme cases where the failure to disclose refers to such a fundamental circumstance that, in itself, it reveals an affectation of independence or impartiality that the failure to disclose may constitute grounds for refusal”.

According to this solution, in the challenge against Arbitrator 2 in the case under analysis, the burden would no longer be on the claimants to demonstrate the existence of continuous contacts between respondent's lawyer and Arbitrator 2, but on the latter to demonstrate that there were no more contacts (without prejudice to the contributions of the other party or its counsel).

One could criticize this proposal for being unreasonably harsh on arbitrators, who would see their burden of proof inverted even in situations where the arbitrator did not disclose in good faith, for example, for being unaware of the existence of a conflict of interest.

To start with, this criticism would not be reasonable considering the institutional rules and national laws which impose duties on arbitrators to conduct reasonable enquiries to identify potential conflicts of interests,⁵⁴ with the effect that the lack of knowledge may indeed be irrelevant to the defense against any claim of bias. In any case, there will still be cases where the lack of knowledge of the conflicts of interests may rebut the presumption of bias.⁵⁵ For example, in the case *Ometto v. ASA Bioenergy Holding A.G.*, the chairman of the arbitral tribunal failed to disclose that colleagues from his law firm were providing legal advice in a number of matters involving one of the parties. However, the challenged arbitrator proved that he undertook a conflict check in the IT system of his law firm which showed no results. There was, thus, a record which unequivocally established that he was unaware of the conflict of interests, despite having conducted a reasonable enquiry,⁵⁶ which should exclude the challenge.⁵⁷

Therefore, despite the apparent harshness of the Proposal, the arbitrator will still be able to prove, in general, that suspicious situations pose no threat of bias.

It is often pointed out that challenges at the 11th hour (or after the award has been rendered) are the last resort of disgruntled parties. That may indeed be the case in many situations. However, if the problem is bias, the challenging party commonly argues that it only had a reason to suspect – and investigate – once it had the opportunity to see the activity of the arbitrator.

A late challenge should be taken seriously as the concerns of bias can be realistic. In the case under analysis, for example, the non-disclosed 7 years of close partnership could effectively undermine the independence and impartiality of the arbitrator. The legitimacy of arbitration would seriously be put at stake if there was no way to protect the parties from having a binding decision produced by a biased arbitrator, just because the procedure was coming to an end. On the other hand, the existence of a duty to disclose can only be understood if, in association with it, one recognizes a duty to investigate, applicable not only to the arbitrators, but also to the parties (and their counsel). This duty should cover the information reasonably available, but cannot impose the duty to conduct any sort of due diligence process.⁵⁸ The IBA Guidelines establish that in order to detect possible situations of conflict, the parties must perform reasonable enquiries and provide any relevant information available to it.⁵⁹ According to most of the arbitration statutes and rules, the party has a time limit within which to challenge the arbitrator from the moment it is aware of the circumstances giving rise

⁵⁴ According to the IBA Guidelines, General Standard 7(d), the arbitrator has the duty "to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest". The Guidelines further note that "failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries". The *Applied Industrial Materials Corporation* case concluded, as set out above, that the arbitrator failed to disclose because he was effectively aware that a conflict of interests possibly existed. The U.S. Ninth Circuit has gone a step further and concluded that the arbitrator has a duty to investigate even if he was not aware of an actual and potential conflict (*New Regency Productions, Inc., v. Nippon Herald Films, Inc.*). Note, however, that "there is substantial contrary authority, holding that there is 'no source for any generalized duty' on an arbitrator to investigate potential conflicts" (Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 1912). Pérez, Ana Fernández, "Conflicts of interests of arbitrators", ob. cit., p. 115, classify the duty to investigate as an ethical obligation: "faced with the dilemma between what an arbitrator knows and what he or she must know in order to make a proper disclosure, a positive ethical duty of investigating the disputed situation is imposed".

⁵⁵ Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 1913, claims that "if an arbitrator is not subjectively aware of the circumstances, allegedly giving rise to a challenge, it is very difficult to see how those circumstances could have had an effect on the tribunal's decision". This consideration may be irreconcilable with the duty to conduct reasonable enquiries.

⁵⁶ Interestingly, the US and the Brazilian courts came to opposite conclusions. On the one hand, the US Courts concluded that "while it may be that the Debevoise 'conflicts system' left much to be desired (Debevoise represents that it has since been improved), such a deficiency is not tantamount to 'evident partiality'. Nor is Rivkin's failure to list all of the claimants when he opened the new matter sufficient evidence of 'bias' to rise to 'evident partiality' under the law of this Circuit", thus refusing to annul the award (see *Adriano Gianetti Dedini Ometto et al. v. Abengoa Bioenergia Sao Luiz S.A. et al* (No. 1:2012cv01328), 22 February 2012, *New York Southern District Court*). The Superior Court of Justice of Brazil refused to recognise the award on the basis that "the breach of an arbitrator's duty to disclose any circumstances that are reasonably capable of casting a doubt over his impartiality and independence prevents the confirmation of the arbitral award in this country" (see *Adriano Giannetti Dedini Ometto et al v. Abengoa Bioenergia Sao Luiz S.A. et al*, Superior Tribunal de Justiça, 19 April 2017).

⁵⁷ Carvalho, Filipa Cansado, "os deveres de investigação e informação", ob. cit., argues that, in a globalised world with many actors and connections, it may be very difficult for the arbitrator to identify all the potential relevant connections for the disclosure, and that some information, especially that relating to the connections between the arbitrator and the parties or third parties, is more easily cognoscible by the parties than by the arbitrators. Even considering these arguments, one must note that, according to the proposal, the burden of proving the existence of legitimate grounds to fear the bias, that is, the burden of proving that the duty of disclosure exists, still falls on the parties. Moreover, as mentioned, the "obligation" of undertaking reasonable enquiries is an "obligation" of means, and the proof of compliance with this duty should be enough to release the arbitrator.

⁵⁸ This consideration evidences that, despite not having a duty to conduct full background investigations (which the disclosure obligation precisely aims to avoid), the parties must carefully look into the circumstances already at their disposal which direct their attention to the potential bias of an arbitrator. This seems to be in line with the case *Middlesex Ins. Co. v. Levine* 675 F.2d 1197, 1202 (11th Cir. 1982), which did note that a duty to investigate might exist if there were circumstances directing a party's attention to the potential bias of an arbitrator. Tupman, Michael, "Challenge and Disqualification", ob. cit., p. 41, making reference to the U.S. law: "it is thought that a duty of investigation 'would be prohibitively time consuming and expensive' and thus would 'frustrate the goal of arbitration which is to expedite the resolution of disputes and to decrease the cost of litigation'. Accordingly, 'for the arbitration process to work successfully, the onus must be placed on the arbitrator to reveal potential bias'."

⁵⁹ Standard 7(a) and (c).

to the challenge. After that period, the party is deemed to have waived the right to object.⁶⁰

This was the argument that eventually led the Court to the dismiss the challenge in the case under analysis. The Court expected that the claimants would have presented *prima facie* evidence that they had had notice of the alleged facts only six months after the arbitration. Furthermore, the Court added that, given the close relationship between the challenged arbitrators and respondent's lawyer and the apparent easiness of access to the relevant information, many facts could have been known by claimants long before. In sum, in the case under analysis, even if the court would have reversed the burden of proof as proposed in this Commentary, the outcome would likely have been the same, as the claimants failed to justify their late challenge.

4. Final remarks

This Commentary argues that tribunals, institutions and courts should impose certain consequences where there is the lack of disclosure, namely by requiring that the arbitrator that violated their duty to prove the absence of any threat to their independence or impartiality.

Whether this can be done with the laws and rules currently in existence is outside the scope of this Commentary. Nonetheless, we submit that, in many cases, such regulations would be an obstacle to this proposal.

One could argue that this thesis would be too harsh, considering that the parties, aware of the time limits

and in fear of waiving an important right, may invoke a challenge at the outset of the proceedings, even if not totally convinced of its merits. This will imply costs, cause delays and jeopardize the right of the parties to choose their arbitrator⁶¹. This may be especially problematic given that, at the outset, as already explained, the arbitral tribunal and the courts are more likely to consider the challenge well-grounded. However, if reasons to challenge exist, it is better that they are dealt with at the outset of the proceedings. On the other hand, the challenging party will have to consider the risk that, by challenging all 'good' arbitrators on minor issued, they will end up with a 'bad' arbitrator.

Against this thesis, one could also argue that the fear, however remote, of being challenged, now adding the pressure resulting from the proposed inversion of the burden of proof, may contribute to a situation of over-disclosure. That may be a risk, but no one is obliged to accept an appointment as arbitrator.

The importance of disclosure cannot be over stressed, as it is one of the most powerful safeguards against the lack of impartiality and independence. We are convinced that the possibility of excessive challenges at the outset represent a minimal, necessary disadvantage, arising from an already optimal balance of interests. In any case, some measures can be used to discourage unmeritorious challenges at the outset, such as agreeing to take into account the manner in which each party conducts the proceedings when deciding on costs⁶² (sanctioning, as such, any challenge which proves to be unreasonable) or through the adoption of expedited challenge procedures.

⁶⁰ See, for example, art. 14.2 of the ICC Rules, according to which "for a challenge to be admissible, it must be submitted by a party either within 30 days from receipt by that party of the notification of the appointment or confirmation of the arbitrator, or within 30 days from the date when the party making the challenge was informed of the facts and circumstances on which the challenge is based if such date is subsequent to the receipt of such notification". With a similar formula, LCIA Rules, art. 10.3. (establishing a period of 14 days). However, the right of challenge against some conflicts of interests cannot be waived (see, for example, the Non-waivable Red List of the IBA Guidelines).

⁶¹ Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, ob. cit., p. 1860. Also, Tupman, Michael, "Challenge and Disqualification", ob. cit., p. 52, "to preserve its right to annul or oppose enforcement of an award on certain grounds in court, a party might be tempted to make a challenge during the arbitration just to be safe".

⁶² As suggested by Albanesi, Christian, "Unmeritorious challenges – is it time to say enough?", in Carlos González-Bueno (ed.), *40 Under 40 International Arbitration* (Dykinson, 2018), p. 31.

ADJUDICATION: A LEVITATION TECHNOLOGY?

COMMENT ON CASE NO. HT-2018-000378 OF
THE TECHNOLOGY & CONSTRUCTION COURT

Mariana França Gouveia

PhD in Law (NOVA School of Law)
Partner PLMJ Dispute Resolution
Full Professor and Dean NOVA School of Law

Carolina Inverno Branco

Attending Master's in Law (NOVA School of Law)
Trainee Lawyer PLMJ

Ove Arup & Partners International Limited v. Coleman Bennett International Consultancy Plc [2019] EWHC 413 (TCC)¹

**High Court Of Justice
Technology & Construction Court (QBD)**

Case no. HT-2018-000378
Before MRS JUSTICE O'FARRELL

Case summary:

In April 2016, Coleman Bennett International Consultancy Plc. ("CBI") engaged Ove Arup & Partners International Limited ("Arup") to provide engineering services on a feasibility study for a hyperloop transport link between Manchester and Leeds. The hyperloop project was being promoted by Direct Cities Network ("DCN").

The agreed fee for the service provided was £350,000 plus VAT, with the option to reduce the above fee to £150,000 plus VAT in exchange for a 20% share in the ownership of the enterprise. In May 2016, CBI paid the first instalment of £75,000.

When became apparent that Arup would not take the 20% share, a representative from DCN (Peter Michael) sent an email, on 11 October 2016, acknowledging DCN/CBI's debt of £350,000 for the work undertaken and proposing a payment plan. Nevertheless, CBI made no further payments to Arup.

Hence, on 12 September 2018 Arup began an adjudication for payment of the outstanding sum pursuant to the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 ("HGCRA"), in particular the Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998.

In accordance with the above rules, an adjudicator was appointed and, by a decision dated 19 October 2018, he ordered CBI to pay the following sums: £275,000 plus VAT and interest; statutory compensation; and the adjudicator's fees. Following CBI's failure to pay any of these amounts, Arup issued court proceedings for enforcement of the adjudicator's decision by way of summary judgment.

The Defendant, CBI, opposed the enforcement based on three jurisdictional arguments:

- i. The agreement executed by the Parties did not fall within the scope of the HGCRA;

- ii. The adjudicator ruled on more than one contract or dispute;

- iii. The adjudicator's decision addressed questions of fact that could not be determined in the adjudication, namely (a) the extent to which the claimant's services fell within the definition of a construction contract; (b) whether there had in fact been a variation of the agreement; and (c) whether the representative of DCN (Peter Michael) had authority to vary the contract.

The Court addressed Arup's objections applying a multiple step test developed by case law:

- i. The party must challenge the adjudicator's jurisdiction in the adjudication and, if not, it will be considered to have waived any jurisdictional objection;
- ii. The jurisdictional challenge should rather be made through a specific objection or objections;
- iii. If the specific jurisdictional objections are rejected by the adjudicator and the court in enforcement, then the party will be precluded from raising other jurisdictional grounds which might otherwise have been available to it²;
- iv. A general reservation is not effective if the party knew or should have known of specific grounds for a jurisdictional objection and failed to argue it, and if the court finds that it was only made to prevent the preclusion.

Taking all this into account, the Court determined that CBI was barred from relying on its jurisdictional arguments. Firstly, because CBI made a merely general reservation, not giving any details to substantiate its assertion.³ Secondly, CBI had already raised two specific jurisdictional challenges, so it would be inappropriate to allow a new form of jurisdictional challenge in order to resist enforcement. Thirdly, CBI made a general reservation with the clear intention to avoid the future preclusion of jurisdictional challenges, which is not admissible by case law as mentioned above.⁴

Even if CBI was not barred from raising jurisdictional challenges, none of them would be acceptable by law. Regarding the first argument, the Court determined that the scope of the work encompassed in the contract between Arup and CBI fell within the HGCRA's scope, since it "*is sufficient for the design work to be under a contract and for that contract to be in relation to construction operations.*" (§ 38).

¹ [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/TCC/2019/413.html&query=\(HT-2018-000378\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/TCC/2019/413.html&query=(HT-2018-000378)).

² *GPS Marine Contractors v Ringway Infrastructure Services* [2010] EWHC 283 (TCC) dealt with this topic in specific, the Court determined that if a party raises only specific jurisdictional objections and they are unfounded, "*then that party is precluded from raising other grounds which were available to it, if it then participates in the adjudication. That participation amounts to a waiver of the jurisdictional objection and confers ad-hoc jurisdiction*". Essentially, if the party attended the adjudication, the specific jurisdictional challenges raised were rejected and no general reservation was made, the conclusion is that the party waived the right to raise jurisdictional objections and lost the right to object to any decision on jurisdictional grounds.

³ In its submission CBI stated that: "*CBI does not accept that Part 2 of the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, or the Scheme for Construction Contracts Regulations 1998, apply to the matter or matters referred to in the notice and fully reserves CBI's position in relation to jurisdiction*" (§ 19 Arup v. CBI Judgment).

⁴ In its submission CBI stated that: "*Whilst CBI will participate in the adjudication, it will do so under protest and without prejudice to its contention that any adjudicator or adjudicators that are appointed lack jurisdiction. CBI therefore disputes jurisdiction on the grounds summarised above and on further jurisdictional issues that we have not yet had the opportunity to investigate in the limited time we have had since the service of the notice.*" (§ 20 Arup v. CBI Judgment).

Regarding the second allegation, CBI argued that the dispute was related to two different contracts (one made in April 2016 and the other made in October 2016) and pursuant the HGCRA Scheme, an adjudicator may only address one dispute and one contract, unless the parties consent to a wider jurisdiction⁵. In the present case, the Court determined that there was a dispute under the contract executed by the Parties in April 2016, which was properly referred to adjudication. Consequently, the adjudicator had jurisdiction to determine how much was owed to Arup as a result of that transaction, which included issues as to whether or not that contract was varied in any respect and/or whether

there were subsequent separate agreements that might have affected the original one.

Regarding the third and final ground on which CBI relied to object to the adjudicator's jurisdiction, the Court ruled that to challenge findings of fact by an adjudicator is not good grounds for resisting enforcement.

In sum, all three jurisdictional challenges were dismissed by the Court and Arup succeeded in its application to enforce the adjudicator's ruling.

CASE NOTE

1. What is adjudication?

1.1. Alternative dispute resolution methods (ADR) have grown exponentially, providing for cost effective and swift ways to resolve disputes between parties bound by a contract. As part of this progress, several ADR methods were developed in connection with certain type of contracts and industries, as is the case of adjudication.

Adjudication is a fast, binding, but not necessarily final dispute resolution method. The underlying principle is *comply now, argue later*⁶. It is widely used in international construction contracts because it ensures a speedy interim resolution of disputes, making it possible for the construction project to keep its pace.⁷ The decision is issued by an impartial appointed third party, the adjudicator, who does not hold the coercive powers available to a court.

The procedure is swift and less-formalised. Generally, it starts with the notice of adjudication, in which one party refers the dispute to adjudication. This is followed by a referral notice and supporting evidence, sent to the adjudicator (named in the contract, agreed by the parties or appointed by a nominating body). The referral triggers the period within which the other party may submit a written response and the decision must be reached.

As a rule, no further submissions from the parties are allowed. Thereafter, the adjudicator can hold a hearing or, if preferred, a simple meeting, to clarify facts and legal arguments, putting questions to the parties, experts and/or witnesses and organising other forms of evidence. In adjudication, a broad discretion prevails in relation to evidence and case management. Finally, the adjudicator must deliver their decision within the timetable, normally, in writing.

In general terms, those are the procedural steps in an adjudication and, as we will see, they can vary almost from case to case depending on the applicable rules agreed by the parties, and the legal framework.

One of the main features of this method are the short time periods, both for parties to present their submissions and for the adjudicator to decide. Generally, the adjudicator must deliver the decision within less than a month of the referral notice. This time limit can vary depending on the applicable adjudication rules or according with the parties' agreed timetable.

The success and growth of this ADR method is patent. The 2019 Global Construction Disputes Report from Arcadis shows that adjudication is the third most popular method for resolving disputes in the construction industry. Furthermore, the 2020 Report notes that adjudication is the number one method in the United Kingdom to resolve this type of conflicts.⁸

⁵ According to § 8 of the Scheme: "(1) The adjudicator may, with the consent of all the parties to those disputes, adjudicate at the same time on more than one dispute under the same contract; (2) The adjudicator may, with the consent of all the parties to those disputes, adjudicate at the same time on related disputes under different contracts, whether or not one or more of those parties is a party to those disputes".

⁶ The expression "pay now, argue later" was developed by construction law barrister, Robert Fenwick Elliott, to describe the adjudication process in 1996.

⁷ Nicholas Gould and Malte Abel, 'Adjudication in the UK – recent developments', in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal, (Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG 2005, Volume 3 Issue 4) p. 190.

⁸ Arcadis Global Reports are available in <https://www.arcadis.com/en/global/our-perspectives/global-construction-disputes-2020/>.

Nonetheless, like all dispute resolution methods, adjudication has several pitfalls. Is the swift decision obtained at the expense of the sacrifice of the principle of due process? What is the nature of the binding decision? Is adjudication a condition precedent to arbitration or litigation in construction contracts? How can an adjudicator's decision be enforced? What are the limits on the adjudicators power and jurisdiction?

The innovative and little-known nature of this dispute resolution method gives rise to almost endless issues. The present note does not address all of them, but only the issues that were discussed in the case we are commenting on. In the *Arup v. CBI* Judgment, CBI objected to the enforcement based on the adjudicator's lack of jurisdiction. Hence, we will focus on the topic of the adjudicator's jurisdiction.

1.2. Adjudication may be voluntary or mandatory. It is voluntary when agreed by the parties, normally in a contract. Mandatory adjudication is provided by a statutory provision of Government.

Parties can provide for adjudication in a contract, agreeing to submit any dispute arising between them to adjudication. The dispute resolution clause can ascertain, from the first moment, the main procedural steps and rules applicable or refer to a specific set of adjudication rules provided by institutionalised bodies.

The resource to adjudication to settle construction disputes is common in legal systems all around the world, with recognised success in the United Kingdom, as will be analysed. Nevertheless, this trend is evident in other jurisdictions, for example, in South Africa, adjudication is frequently adopted by contract and is included in the standard agreement used in the building industry, the Joint Building Contracts Committee Services 2000 Principal Building Agreement (JBCC 2000 Agreement).

In international contracts, adjudication is usually associated with the concept of Dispute Adjudication Boards⁹. Although there can be adjudication outside of an adjudication board, they follow the same principles and rules, namely the core principle "*comply now, argue later*". Furthermore, the decisions issued by a dispute adjudication board have binding effect between the parties unless and until decided in another dispute resolution forum.¹⁰

The use of dispute adjudication boards in construction contracts is common and widely accepted. For example, in 1999, FIDIC¹¹ introduced provisions for dispute adjudication boards as part of a three-tier dispute resolution process. The goal is to provide the parties with a quick, inexpensive and effective method of dispute resolution, available during the project's works.¹²

Furthermore, adjudication in this form is being gradually extended to contracts in other industries and is particularly suitable for contracts in which many individual issues may arise. To that end, the ICC published its own *Dispute Board Rules*, in force as of 1 October 2015¹³, followed by other institutions, for example, the CAMCCBC (2018 Rules for the Committee for the Prevention and Resolution of Disputes of CAM-CCBC) in Brazil.

On the other hand, forms of statutory adjudication started to emerge in a few legal systems, as is the case of the United Kingdom.

In the United Kingdom, the approach to adjudication in the construction industry made a stronger move. It was assumed that voluntary adjudication was not adequate to solve the disputes and, consequently, an adjudication scheme was adopted by statutory law in the Housing Grants, Construction and Regeneration Act (HGCRA), along with the Scheme for Construction Contracts Regulations 1998. This legal framework entitles the parties in a construction contract to refer all disputes arising under that contract to adjudication, irrespective of whether or not it is provided for in the transaction.¹⁴

Pursuant the HGCRA, the parties may agree on adjudication, detailing the terms of the procedure. If they do so, the rules they have provided will be enforced and the adjudication will abide by them. Conversely, if parties do not stipulate adjudication as a method to settle their disputes arising from a contract, adjudication may still be applicable, but now under the terms of the Scheme for Construction Contracts. In the case at hand, the adjudication between Arup and CBI followed the rules of the Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998, as referred to by the HGCRA.

⁹ Dispute boards are an alternative dispute resolution method frequently used in international construction contracts and they are intended to provide contemporaneous determinations, or recommendations, in disputes arising during the execution of works. There are different types of dispute boards, such as the dispute review board (DRB), the dispute adjudication board (DAB) and the 'combined dispute board'.

¹⁰ Lindy Patterson QC and Nicholas Higgs, *Dispute Boards*, in *The Guide to Construction Arbitration - Third Edition*, Global Arbitration Review - GAR.

¹¹ International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), the organisation drafted a series of standard form contracts for the construction and engineering industry used worldwide.

¹² *To DA(A)B, or not to DA(A)B ... (Part One)*, Reed Smith Client Alerts, 26 November 2019. The FIDIC provisions were revised in the 2017 Suite and the name was changed to Dispute Adjudication/Avoidance Board (DAAB).

¹³ Article 5 of the ICC Dispute Board Rules: 1 - DABs may assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance, and by issuing Conclusions with respect to Disputes upon formal referral. In formal referrals, DABs render Decisions with respect to Disputes. 2 - A Decision is binding on the Parties upon its receipt. The Parties shall comply with it without delay, notwithstanding any expression of dissatisfaction pursuant to this Article 5.

¹⁴ A. Burr, *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law, 2017.

1.3. The requirements for the HGCRA to apply are the following¹⁵:

- i. The parties must have entered into a commercial construction contract, which includes activities that directly form part of the construction process¹⁶;
- ii. The terms of the contract must be in writing or evidenced in writing¹⁷;
- iii. The contract must include a clause enabling a party to give notice of the intention to refer a dispute to adjudication, that is, an express contractual right to adjudication;
- iv. A dispute must arise relating to the underlying construction contract.

The adjudication clause must specifically empower a party to give notice to refer a dispute to adjudication and provide the terms for the adjudicator's appointment. Moreover, the clause must expressly state the time limits for a decision to be reached (28 days from the referral, extended up to 14 days with the consent of the parties), impose a duty of independence and impartiality on the adjudicator and, finally, enable the adjudicator to ascertain matters of fact and law.¹⁸

If the above provisions are not respected, the clause is void, under the HGCRA. However, this does not rule out the possibility of the parties having recourse to adjudication to settle their disputes.

This is evident in the *Arup v. CBI* adjudication. The engineering service agreement between the parties was in writing, Arup sent its proposal by letter on 14 April 2014 and CBI accepted¹⁹. However, the parties did not provide for a dispute resolution clause, but this did not prevent Arup from referring the dispute to adjudication based on the Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998.

The Scheme provides for disputes to be referred to adjudication even if the contract between the parties does not have an adjudication clause or if the adjudication clause is void²⁰. Hence, even if the parties are unaware of this

method of dispute resolution or choose not to provide for it contractually, they can always resort to adjudication on the basis of the default provisions in the Scheme (Article 114 HGCRA).

Under the HGCRA (Article 108(2)) and the Scheme (Article 1), the adjudication procedure starts with a notice for adjudication. If the parties do not reach an agreement regarding the dispute, an adjudicator is appointed (by the parties or a nominating body). Within seven days of the notice for adjudication, the referring party must send a written referral notice to the adjudicator, stating the reasons of fact and law for the claim, along with the supporting evidence.

After the submission of the referral notice, the other party may reply. After their appointment, the adjudicator must establish the procedural steps and timetable, for example, the deadline for the responding party to submit its reply, the possibility of further submissions by the parties and the need for a hearing.

The adjudicator's final decision is binding, but only has interim effect (Article 108(3) HGCRA and Article 23 of the Scheme). The losing party is obliged to immediately comply with the adjudicator's decision, but it can give notice of its dissatisfaction and refer the dispute to arbitration or litigation. The dispute will then be resolved afresh without reference to the adjudicator's ruling.²¹

It follows that any subsequent arbitration or litigation proceedings is not an appeal. Firstly, the case presented to the tribunal or the court can be substantially different, even with new facts and claims. Secondly, it is not the decision that is referred to arbitration or litigation, but the dispute itself.²² And finally, the adjudicator has no jurisdictional powers and the decision he/she renders is merely contractual in nature. As a result, and in contrast with a final judgment or arbitral award, it does not have the authority of *res judicata*, so no arbitral tribunal or court would be obliged to follow it.²³

Nevertheless, if the parties agree and comply with the adjudicator's decision, it will be binding and final.

¹⁵ Article 108 HGCRA.

¹⁶ Nicholas Gould and Malte Abel, 'Adjudication in the UK – recent developments', in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*, (Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG 2005, Volume 3 Issue 4) pp. 191.

¹⁷ For example, in meeting minutes - *Connex South Eastern Ltd v. MJ Building Services Group plc* [2005] EWCA Civ 193.

¹⁸ Susan Blake, Julie Browne and Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2011, p. 357.

¹⁹ §§ 3-6 *Arup v. CBI* Judgment.

²⁰ *Aveat Heating Ltd v. Jerram Falkus Construction Ltd* [2007] EWHC 131 (TCC).

²¹ Susan Blake, Julie Browne and Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2011, pp. 354 and 368.

²² Lindy Patterson QC and Nicholas Higgs, *Dispute Boards*, in *The Guide to Construction Arbitration - Third Edition*, Global Arbitration Review - GAR.

²³ With reference to DAB, Giovanni Di Folco, 'Chapter3: Relevance and Probative Value of Dispute Adjudication Boards in Arbitration Proceedings', in Crina Baltag and Cosmin Vasile (eds), *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (Kluwer Law International 2019), pp. 37-38. Also, the author states that the DABs' decisions can be considered evidence in further arbitral proceedings, if the rules of the institution under which the arbitration will be conducted do not limit such admissibility or relevance, in this regard quotes Cyril Chern, who goes even further, considering that the decision is similar to an expert witness report (Cyril Chern, *Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure*, Third Edition, Informa Law from Routledge, 467-468 (2015)).

2. Challenging an adjudicator's decision: the *Arup v. CBI Judgment*

2.1. Pursuant the HGCRA even if a party refers a dispute to adjudication and obtains a favourable decision, if the losing party does not automatically comply, is not automatically enforceable. The winning party must go to court for enforcement by way of summary judgment proceedings.²⁴

This relationship between the adjudication procedure and the state courts is of particular importance as the success of adjudication depends on the enforceability of the adjudicator's decision. Accordingly, case law holds that courts should award summary judgment and determine that the decision is enforceable unless and until otherwise decided in arbitration or litigation.²⁵

When considering the usual grounds to resist enforcement, among the rules that are analysed in a very different way when compared with arbitration are the due process principles. They must be balanced with the aim and core of adjudication: a swift dispute resolution process to achieve a quick result, a decision that is contractual in nature and only binding if not challenged by the parties.²⁶ Therefore, only the core elements of due process need to be observed for the adjudicator's decision to be validated. Namely, the right of the parties to establish their case sufficiently and comment on all evidence gathered, such as experts' reports obtained by the adjudicator.²⁷

Nevertheless, the losing party can challenge the decision on multiple grounds, for instance, that the adjudicator acted outside their jurisdiction, in which case the decision cannot be enforced.

There are three main arguments to oppose to the enforcement of an adjudicator's decision²⁸: that the HGCRA is not applicable (because the contract is not in writing; or the contract is not a "construction contract"; or there is no dispute in the terms of the Act); that the adjudication clause is invalid²⁹; or the time limits for issuing the decision were not complied with.³⁰ All of them imply that the adjudicator acted outside their jurisdiction.

In the *Arup v. CBI* judgment, CBI challenged the enforcement of the decision precisely based on Jurisdictional arguments, trying to demonstrate that the adjudicator acted *ultra vires*.

2.2. CBI's first allegation was that the agreement entered by the Parties did not fall within the scope of the HGCRA.

According to the agreement, Arup would provide engineering services in relation to an investigation into the feasibility of using Hyperloop technology, a mode of passenger and freight transportation in which pods are propelled by magnetic levitation technology through a partially evacuated tube, which is mounted on stilts or located underground.

In terms of the HGCRA, a "construction contract" is an agreement to carry out construction operations either directly or through others. Under article 104(2) of the HGCRA, it includes agreements to (a) do architectural, design, or surveying work, or (b) provide advice on building, engineering, interior or exterior decoration or on the laying-out of landscape, in relation to construction operations.

Accordingly, there are no doubts that the agreement between Arup and CBI is covered by the HGCRA, as the retained services are included in the wording of article 104.

Secondly, CBI argued that the adjudicator decided based on more than one contract, which meant he did not have jurisdiction under Article 8 of the Scheme. This provision demands both parties' consent to allow the adjudicator to decide at the same time on more than one dispute or contract. This rule is justified by the short time limit provided for the adjudicator to reach a decision, normally less than a month.³¹ This very narrow timetable would make it impossible for the adjudicator to decide several disputes reasonably and in an expedited manner.

In the case under review, CBI considered that there were two contracts between the parties: one made in April 2016 and another made in October 2016.

According to the facts described in the Court's judgment, by a letter dated 14 April 2016, Arup sent CBI its proposal for the engineering services, which was accepted. The parties agreed that the fees for the services retained would

²⁴ The enforcement issue is one of the problems associated with adjudication. The HGCRA provides for an enforcement mechanism, although there is no general mechanism to enforce an adjudicator's decision similarly to arbitral awards. This means that the winning party will most likely have to resort to arbitration or litigation to enforce the decision, which undermines the core principle "pay now, argue later". See, Gaëlle Filhol, *Avoiding and Resolving Disputes through Dispute Boards*, ICC Dispute Resolution Bulletin 2018 Issue 3.

²⁵ *Macob Civil Engineering Limited v. Morrison Construction Limited* [1999] EWHC Technology 254; *Bouygues (UK) Limited v. Dahl-Jensen (UK) Limited* [2000] EWCA Civ 507.

²⁶ According to the *Case Balfour Beatty Construction Limited v. The Mayor & Burgesses of the London Borough of Lambeth* [2002] EWHC 597 (TCC): "It is now well established that the purpose of adjudication is not to be thwarted by an overly sensitive concern for procedural niceties" (§ 27).

²⁷ Nicholas Gould and Malte Abel, 'Adjudication in the UK – recent developments', in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal, (Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG 2005, Volume 3 Issue 4) pp. 193-194.

²⁸ Nicholas Gould and Malte Abel state that "three main objections against enforcement have crystallised since the implementation of adjudication" - 'Adjudication in the UK – recent developments', in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ*, German Arbitration Journal, (Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG 2005, Volume 3 Issue 4) pp. 193-194.

²⁹ When the adjudication is based on contractual provisions and not on the Scheme.

³⁰ According to the *Case Ritchie Bros Ltd v. David Philip Commercials Ltd* the provisions of the HGCRA relating to the time limits for an adjudicator to reach a decision are merely indicative, not mandatory.

³¹ See, Susan Blake and Julie Browne; Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2011, p. 356.

be £350,000 plus VAT, with the option to reduce them to £150,000 plus VAT in exchange for a 20% share in the ownership of the hyperloop transport enterprise. When became apparent that Arup would not exercise that option, the project developer, DCN, sent an email, on 11 October 2016, acknowledging the CBI/DCN debt of £350,000 for work undertaken and proposing a payment plan.

The Court determined that there was a dispute under the service agreement entered into between the Parties in April, which was properly referred to adjudication. Consequently, the Adjudicator had jurisdiction to decide whether Arup was entitled to the sum of £275,000 plus VAT, to be paid by CBI for the services executed and already billed. Moreover, the Court ruled that the jurisdiction over this matter includes the issue as to whether that contract was varied.

In addition, the Court stated that the issues of the validity of the agreement and which agreement regarding the fees was applicable are questions of merit, not a matter of jurisdiction. Hence, they were not analysed by the Court in the summary judgment.

Thirdly, CBI argued that the adjudicator's decision addressed questions of fact that could not be properly determined in the adjudication and that the defendant had a real chance of overturning those findings of fact at a trial. As mentioned above, the main principle and characterising element of adjudication is "*pay now, argue later*". Consequently, the factual arguments raised by CBI cannot prevent the enforcement of the adjudicator's final decision. In fact, stating that the adjudicator made the wrong decision is not a ground to prevent the enforcement.³²

The proper way to challenge a decision is to give notice of the disagreement and refer the dispute to another dispute resolution method (litigation or arbitration), but always complying with the adjudicator's decision³³. In short, CBI should have taken legal action in an arbitral tribunal or in a court of law, instead of challenging the enforcement with the arguments it put forward.

2.3. A final issue to be addressed relates the preclusion of the right to raise jurisdictional challenges.

The primary rule to avoid being barred from alleging the lack of jurisdiction is the duty to challenge jurisdiction before the adjudicator.³⁴ It is a reasonable rule and one that is in line with the principle of good faith. In fact, it would be rather

abusive if a party participated willingly in the adjudication process and then, when the final decision is not the one it wanted, it were entitled to raise jurisdictional issues in the enforcement stage.

Moreover, in the context of adjudication, case law³⁵ has developed a multiple step and very precise test for allowing a party to challenge the enforcement of a decision based on jurisdiction. The jurisdiction objection is only accepted if (i) it was appropriately and clearly made during the adjudication; (ii) it was made as a specific objection³⁶; and (iii) it was not a mere general reservation.

In more detail, general reservations are not effective if the party already knew or should have known of specific grounds for a jurisdictional objection and failed to argue it or if the court finds that it was made only to guarantee that the objection right is not barred in a subsequent stage of enforcement.³⁷

In the case at hand, there are no doubts that CBI was not entitled to rely on any jurisdictional challenge. The argument that the agreement made was outside the scope of the HGCRA was not properly substantiated or detailed. Moreover, CBI made a general reservation – "*any adjudicator or adjudicators that are appointed lack jurisdiction*" – with the clear intention to keep open all lines of jurisdictional objections, which is not admissible.

Finally, regarding the reservation made during the adjudication on "*further jurisdictional issues that we have not yet had the opportunity to investigate*", CBI failed to present to the Court any new facts or arguments to sustain an acceptable jurisdictional challenge in the enforcement judgement.

3. The Adjudicator vs. The Arbitrator: jurisdiction, powers and duties

3.1. In the Arup v. CBI Judgment it was debated whether the adjudicator acted beyond his powers (*ultra vires*). Even though the Court concluded that the adjudicator did not act beyond his jurisdiction, and consequently the decision was enforceable, some notes should be made on this matter, with a brief comparison with arbitration.

First and foremost, the adjudicator does not have statutory powers to rule on his own jurisdiction. This can only be determined by a court or tribunal. It follows that one of

32 *Bouygues (UK) Limited v. Dahl-Jensen (UK) Limited* [2000] EWCA Civ 507. A. Burr, *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law, 2017.

33 *Carillion Construction Limited v. Devonport Royal Dockyard Ltd* [2005] EWCA Civ 1358, para 86-87.

34 A. Burr, *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law, 2017.

35 In the Arup v. CBI judgement, it is largely quoted the Judgment *Bresco Electrical Services Limited (in liquidation) v Michael J. Lonsdale (Electrical) Limited and Primus Build Ltd* [2019] EWCA Civ 27.

36 "It will always be better for a party to reserve its position based on a specific objection or objections: otherwise the adjudicator cannot investigate the point and, if appropriate, decide not to proceed, and the referring party cannot decide for itself whether the objection has merit"; "If the specific jurisdictional objections are rejected by the adjudicator (and the court, if the objections are renewed on enforcement), then the objector will be subsequently precluded from raising other jurisdictional grounds which might otherwise have been available to it" (§ 92 Arup v. CBI Judgment).

37 § 92 Arup v. CBI Judgment.

the core principles in arbitration, the *kompetenz-kompetenz* principle³⁸, is not applicable in adjudication.³⁹

Secondly, arbitration has, as a rule, a consensual nature⁴⁰. As such, the arbitral tribunal only has jurisdiction over the parties that have entered into the arbitration agreement.⁴¹ On the contrary, in England, adjudication may be mandatory by law in construction cases and it comprises a general right to refer the dispute to adjudication, regardless of any previous agreement between the parties in disagreement.

Therefore, Arup could unilaterally refer the dispute to adjudication, because it fell under the HGCRA's scope, even though the parties did not provide for that in the service agreement. On the contrary, without the prior agreement of the CBI, Arup could not have referred the dispute to arbitration.

Thirdly, in an adjudication, the scope of the dispute and the matters that can be addressed by the adjudicator are crystallised in the notice of adjudication. Consequently, the adjudicator has no jurisdiction to decide any other issues (in the absence of an express agreement by the parties).⁴² Moreover, considering the main feature of this dispute resolution method – swiftness – the adjudicator's jurisdiction is limited to one dispute and one claim. In contrast, arbitrations can be long and extremely complex, covering all disputes and claims that have arisen between the parties relating to a contract covered by the arbitration agreement.

Therefore, the grounds and limits of the adjudicator's and the arbitrator's jurisdiction are materially different.

3.2. Despite the differences as to the limits of the adjudicator and the arbitrator's jurisdiction, their powers coincide to some extent.

For instance, both are required to establish the timetable and procedural steps after their appointment and both have the power to request documents from the parties, including the right to present questions (note that, as an inherent duty, all information and documents must be made available to both parties). Hence, like the arbitrator⁴³, the adjudicator can adopt an inquisitorial approach, taking the initiative in ascertaining the facts and the law necessary to decide the dispute.⁴⁴

A further common factor and one that is of the utmost importance are the duties of independence, impartiality and confidentiality.⁴⁵ In fact, it is argued that, even where the

parties agreement or the applicable adjudication rules do not expressly provide for this, an adjudicator must apply the same rules of disclosure regarding any possible conflicts of interest as they would when acting as an arbitrator.⁴⁶

Nevertheless, the objection of a party to the appointment based on lack of independence or impartiality of the adjudicator can be very different from arbitration. For example, Article 10 of the Scheme for Construction Contracts Regulations 1998 provides that: "*Where any party to the dispute objects to the appointment of a particular person as adjudicator, that objection shall not invalidate the adjudicator's appointment nor any decision he may reach*".

We can, therefore, conclude that there are several points of connection between the role of the arbitrator and the adjudicator, but there are also a considerable number of differences.

4. Conclusion

Although adjudication is a widely used method to settle disputes in construction contracts, it is still mostly unknown in Portugal. As far as we know, there are no Portuguese court decisions addressing issues of adjudication and no legal debate around the topic.

However, we believe that awareness and discussion of adjudication is both necessary and of interest. It is necessary because adjudication is a method that has proven its usefulness as a swift and inexpensive way to solve disputes. It is of interest, from a legal perspective, because it raises very stimulating topics for discussion. The design of the procedure, the adjudicator's jurisdiction, the nature and effects of the adjudicator's decision, and the means and grounds of challenge are only some of the very thought-provoking topics that adjudication brings to the table.

In this text, we have started to pierce the veil of some of those issues by addressing the adjudicator's jurisdiction and the grounds for challenging it. We have also analysed the issues taking into consideration the core characteristics of the process – swiftness, simplicity, and the rule "pay first, argue latter".

We believe adjudication is a useful technology to enhance the justice system and perhaps make disputes levitate from the normal difficulties they face until final resolution.

38 About this principle and its relevance in arbitration, see António Pinto Monteiro, Artur Flaminio da Silva and Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, pp. 187-188.

39 A. Burr, *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law, 2017.

40 Manuel Pereira Barrocas, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, pp. 178-179.

41 Even though mandatory arbitration mechanisms are starting to appear, the voluntary and consensual nature of this dispute resolution method is its main feature.

42 *McAlpine PPS Pipeline Systems Ltd v. Transco Plc* [2004] BLR 352, para 145.

43 Manuel Pereira Barrocas, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, pp. 186-188.

44 Susan Blake, Julie Browne; Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2011, p. 367.

45 The adjudicator duty is express in the HGCRA, 108(2)(e); and it is also highlighted, e.g., by Lindy Patterson QC and Nicholas Higgs, *Dispute Boards*, in *The Guide to Construction Arbitration - Third Edition*, Global Arbitration Review - GAR.

46 Lindy Patterson QC and Nicholas Higgs, *Dispute Boards*, in *The Guide to Construction Arbitration - Third Edition*, Global Arbitration Review - GAR.

A CONTRIBUIÇÃO SOBRE O SETOR BANCÁRIO: DA (IN)ARBITRABILIDADE À (IN)COMPATIBILIDADE COM O DIREITO EUROPEU NO CASO DAS SUCURSAIS

DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA
NO PROCESSO N.º 156/2018- T,
DE 10 DE MAIO DE 2019

Priscila Santos

Associada sénior PLMJ

Raquel Santos Ferreira

Estagiária PLMJ

Centro de Arbitragem Administrativa

Decisão arbitral de 10 de maio de 2019
Árbitro: Suzana Fernandes da Costa
Processo n.º 156/2018-T

Resumo:

No ano de 2018, a sociedade “A” - sucursal, em Portugal, de uma instituição de crédito sedeadada num Estado-Membro da União Europeia, submeteu junto do Centro de Arbitragem Administrativa um pedido de pronúncia arbitral em que peticionou, como objeto imediato, a declaração de ilegalidade do ato de indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada contra ato de autoliquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário referente a 2016 e, bem assim, como objeto imediato, a declaração de ilegalidade do próprio ato de autoliquidação.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Presidente do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), sendo que a requerente não procedeu à nomeação de árbitro, tendo este sido designado pelo Conselho Deontológico do CAAD.

No seu pedido, foram várias as questões levantadas pela requerente: alegou, em primeiro lugar, quanto à ilegalidade e à inconstitucionalidade do ato de autoliquidação, por considerar ser também ilegal e inconstitucional o regime jurídico da Contribuição sobre o Setor Bancário, nomeadamente quando aplicado (ou aplicável) às sucursais, em Portugal, de instituições bancárias residentes noutro Estado-Membro da União Europeia. Alegou, ainda, a requerente a violação da reserva de lei parlamentar e do princípio da equivalência, rematando com aquela alegação - matéria substantiva, sobre que, neste estudo, impende o nosso enfoque - a desconformidade do regime com o direito da União Europeia, quando aplicado em particular a entidades nas mesmas condições que a requerente, *i.e.* as sucursais, em Portugal, das instituições bancárias não residentes (mas residentes no espaço comunitário). Em concreto, a requerente invoca a violação da liberdade de estabelecimento e a perpetração de um tratamento discriminatório, face às regras e princípios comunitários.

A requerida - Autoridade Tributária e Aduaneira - apresentou a sua resposta, pugnando pela conformidade, com a lei, do ato tributário que foi objeto do pedido de pronúncia arbitral. Defendendo-se por exceção, começou por abordar a questão da competência material do tribunal arbitral, defendendo a inarbitrabilidade do tributo em causa, por se tratar de uma contribuição e não de um imposto e, como

tal, por cair fora do âmbito de competências dos tribunais arbitrais em matéria tributária, tal como está definida nos diplomas que regem o seu funcionamento - temática em que recairá a nossa atenção, desta feita numa ótica iminentemente processual. A requerida também invoca que a requerente ataca, ao invés do próprio ato de autoliquidação, o regime que institui a Contribuição sobre o Setor Bancário. Termina, a Autoridade Tributária, a pelejar pela conformidade do regime com o direito europeu.

Analizada toda a prova documental, bem como a prova testemunhal produzida, decidiu o tribunal julgar procedente o pedido formulado pela requerente no que respeita à ilegalidade da autoliquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário, anulando-a, e condenando a Autoridade Tributária no reembolso do montante indevidamente pago, acrescido de juros indemnizatórios, cabendo-lhe também suportar os custos do processo.

1. Considerações introdutórias

A presente análise versa sobre a decisão arbitral em matéria tributária proferida em 10 de maio de 2019, no âmbito do processo n.º 156/2018-T, pelo tribunal arbitral em matéria tributária a funcionar junto do CAAD.

No litígio que opôs, como é natural em sede fiscal, o contribuinte e a Autoridade Tributária, saiu esta última ineditamente vencida, assim contrariando a jurisprudência arbitral antecedente naquela matéria: a (i)legalidade da Contribuição sobre o Setor Bancário, instituída pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2011.

Em jeito de enquadramento, cumpre referir que esta análise incidirá sobre duas temáticas distintas, ambas trazidas à tona na resolução do litígio: por um lado, a (in)arbitrabilidade do tributo em crise, diretamente relacionada com a competência material do tribunal arbitral, e a (in)compatibilidade da aplicação do regime da Contribuição sobre o Setor Bancário com o direito da União Europeia, determinante na declaração de (i)legalidade da respetiva autoliquidação, no caso particular das sucursais, em Portugal, de instituições bancárias não residentes, com sede noutro Estado-Membro da União Europeia.

Desde já se adianta que esta é, ainda, uma querela por resolver, a qual esteve na origem de um conjunto de decisões contraditórias em sede arbitral, abrindo assim espaço a uma brecha ao nível da tutela dos direitos e expectativas legítimas dos contribuintes, urgindo a estabilização da jurisprudência lavrada sobre o tema.

1.1. Enquadramento jurídico-normativo

Crê-se, em jeito introdutório, serem essenciais algumas considerações prévias atinentes à figura da Contribuição sobre o Setor Bancário, por forma a melhor compreender o sentido da decisão em análise, que acompanhamos.

A Contribuição sobre o Setor Bancário foi criada em 2011, com a Lei do Orçamento do Estado para esse mesmo ano - partilhando, curiosamente, o ano da sua criação com a arbitragem tributária -, ainda que a sua regulamentação tenha ocorrido apenas mais tarde, através da publicação da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março¹.

Quanto à incidência subjetiva desta contribuição, a lei estabelece que são sujeitos passivos da mesma, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da referida Portaria - que regulamenta e estabelece as condições de aplicação da Contribuição sobre o Setor Bancário - as instituições de crédito² que tenham sede principal e efetiva da administração em território português; as filiais, em Portugal, de instituições de crédito cuja sede principal e efetiva da administração não se localize em território português; e, ainda, as sucursais, em Portugal, de instituições de crédito com sede principal e efetiva fora do território português.

A nossa análise focar-se-á nesta última categoria de sujeitos passivos, porquanto é aquela que está concretamente em causa na decisão arbitral analisada e, além disso, por aparentar ser uma das categorias mais questões suscitam do leque plasmado na lei, nomeadamente pelas consequências da aplicação do regime e na sua conformidade com o direito europeu.

Por seu turno, sobre o âmbito objetivo de incidência desta contribuição, dispõe o artigo 3.º da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março, que distingue, pode afirmar-se, duas bases de incidência diferentes: o passivo^{3 4} apurado e aprovado pelos sujeitos passivos (com base na média anual dos saldos finais de cada mês que tenham correspondência nas contas aprovadas no ano em que é devida a Contribuição sobre o Setor Bancário) e/ou o valor nocional

dos instrumentos financeiros derivados apurados pelos sujeitos passivos.

Recordando o contexto da criação deste tributo, o legislador assacou-lhe, à época, uma dupla finalidade: procurou, por um lado e, à semelhança do que havia já sido feito noutros Estados-Membros da União Europeia através de figuras semelhantes, aproximar a carga fiscal incidente sobre o setor financeiro daquela que impendia sobre os restantes setores da economia, e, por outro lado, atenuar o risco sistémico, pugnando pela intensificação, ao nível do setor da banca, do respetivo contributo "*para o esforço de consolidação das contas públicas*"⁵.

Ante o exposto, várias foram as vozes que, recuadas ao momento da criação da contribuição, ou mesmo mais tarde - aquando do "inaugurar" da afetação das receitas por ela geradas ao Fundo de Resolução -, defenderam que a sua finalidade primeira nunca foi a de colmatar necessidades genéricas de financiamento do Estado. Não se lhe podendo assacar, pois, a natureza de imposto *tout-court*, com uma finalidade pigouviana.

No entanto, não acompanhamos este entendimento. Se ignorarmos a sua concreta designação, é questionável se estamos, de facto, perante uma verdadeira contribuição, porquanto são visíveis algumas das características do imposto. A Contribuição sobre o Setor Bancário é, em rigor, uma prestação unilateral e definitiva, que nos termos da lei é obrigatória, pese embora surja qualificada como contribuição. O seu objetivo é a angariação de receita, impendendo sobre o mercado financeiro, com o intuito de que seja este setor a suportar as consequências de uma crise de que, supostamente, é responsável, defendendo os contribuintes e a economia, em geral. Adicionalmente, a Contribuição sobre o Setor Bancário não é dedutível em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) - nos termos da alínea p) do n.º 1 do artigo 23.º-A do Código do IRC -, como, de resto, sucede com quaisquer gastos relativos ao pagamento de impostos que incidam sobre lucros. Assim, fica reforçada a ideia de que se trata de um verdadeiro imposto⁶.

1 A referida Portaria foi já alterada por diversas vezes, ainda que parte das intervenções de que foi alvo tenham sido ténues no que respeita às alterações ao regime. A Portaria n.º 165-A/2016, de 14 de junho, marca o momento em que as modificações foram mais profundas, vindo a ser alterado o âmbito de incidência objetiva, quer subjetiva, a par do intervalo das taxas aplicáveis à respetiva base de incidência, destacando-se o agravamento das taxas aplicáveis.

2 Nos termos da alínea w) do artigo 2.º-A (aditado pelo Decreto-Lei n.º 157/2014) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, é instituição de crédito "a empresa cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria".

3 A Portaria n.º 121/2011, de 30 de março prescreve na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º (que dispõe sobre a quantificação da base de incidência) que, para efeitos da determinação do passivo, o mesmo deve ser entendido como o "conjunto dos elementos reconhecidos em balanço que, independentemente da sua forma ou modalidade, representem uma dívida para com terceiros, com exceção (...) dos elementos que, segundo as normas da contabilidade aplicáveis, sejam reconhecidos como capitais próprios".

4 A letra da lei - a alínea a) do artigo 3.º da - refere ainda a dedução ao passivo, quando/se aplicável, dos "elementos do passivo que integram os fundos próprios, dos depósitos abrangidos pela garantia do Fundo de Garantia de Depósitos, pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo ou por um sistema de garantia de depósitos oficialmente reconhecido nos termos do artigo 4.º da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, ou considerado equivalente nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 156.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, dentro dos limites previstos nas legislações aplicáveis, e dos depósitos na Caixa Central constituídos por caixas de crédito agrícola mútuo pertencentes ao sistema integrado do crédito agrícola mútuo, ao abrigo do artigo 72.º do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo e das Cooperativas de Crédito Agrícola, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, e republicado pelo Decreto-Lei n.º 142/2009, de 16 de junho".

5 Cfr. o Relatório do Orçamento do Estado para 2011, pp. 73 e 195, disponível em www.dgo.pt.

6 No entanto, é defensável que as contribuições para o Fundo de Resolução, por não se encontrarem expressamente excluídas à luz do artigo 23.º-A do Código do IRC, podem ser consideradas como gastos dedutíveis fiscalmente, o que adensa a dúvida em torno da Contribuição sobre o Setor Bancário.

Ainda a respeito da definição de contribuição, importa tecer alguns comentários, por se tratar de uma figura particularmente intrincada. Durante muito tempo, "o campo das receitas coativas do Estado foi (...) doutrinária e jurisprudencialmente pautado por uma visão dicotómica"⁷, focada nas categorias dos impostos e das taxas, cuja diferença reside essencialmente na unilateralidade de um e na bilateralidade do outro - partilhando, contudo, a condição de tributo. No entanto, com a revisão constitucional de 1997, esta visão bipartida viu-se enfraquecida, "lançando no quadro das receitas coativas o "tertium genus" que as demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas indiscutivelmente representa"⁸.

Esta terceira espécie de tributo apresenta-se como uma figura híbrida, próxima dos impostos, por não apresentar qualquer contrapartida individualizada, mas também das taxas, dado que se propõe à retribuição de um serviço que é prestado por uma entidade pública a um (outro) conjunto de entidades. Por outras palavras, as contribuições financeiras são prestações pecuniárias e coativas exigidas por uma entidade pública, consubstanciando a contrapartida de determinada prestação administrativa que é, presumivelmente, aproveitada por um grupo homogêneo de contribuintes. Através da contribuição financeira, procura-se o financiamento de uma entidade pública, justamente em contrapartida de uma prestação administrativa que é aproveitada pelos sujeitos (ou grupo de sujeitos) chamados a contribuir, em princípio, através da consignação das suas receitas à satisfação de um fim (a chamada consignação objetiva) ou a uma entidade específica (consignação subjetiva)⁹.

1.2. Contextualização do caso *sub judice*

Na situação em análise, em que contribuinte - de ora em diante "requerente" - é uma sucursal, em Portugal, de uma instituição bancária residente noutro Estado-Membro da União Europeia (*in casu*, no Luxemburgo), foi apresentado pedido de pronúncia arbitral com vista à declaração de ilegalidade do ato de indeferimento tácito da reclamação graciosa previamente apresentada perante a Autoridade Tributária e, mediatemente, a declaração de ilegalidade da própria autoliquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário relativa ao ano de 2016.

Para além de invocar a ilegalidade do próprio regime da Contribuição sobre o Setor Bancário, nomeadamente quando aplicado a entidades da mesma natureza - sucursais de instituições bancárias residentes na União Europeia -, pugna pela inconstitucionalidade do regime. Em suma, para além de entender que o regime é ilegal por violação da reserva de lei parlamentar - questão sobre a qual não teremos oportunidade de nos debruçar -, argumenta no sentido da violação do princípio da igualdade tributária, na vertente do princípio da equivalência. E, por fim, surge aquele que perspetivamos, numa ótica substantiva, como o núcleo essencial desta decisão: a desconformidade do regime que prevê a Contribuição sobre o Setor Bancário relativamente ao direito da União Europeia, designadamente quando aplicado a entidades como a requerente - uma sucursal, em Portugal, de uma instituição bancária residente num outro Estado-Membro da União Europeia -, porquanto viola, de forma intolerável, a proibição de discriminação vigente no direito comunitário e, bem assim, a liberdade de estabelecimento, enquanto pilar fundamental do mercado interno. O entendimento plasmado pela requerente no seu pedido arbitral, com que concordamos integralmente, vai no sentido de que o problema nasce ao nível das regras de determinação da base de incidência da Contribuição sobre o Setor Bancário que, em termos genéricos, preveem a tributação das sucursais sobre o seu passivo bruto, ao passo que, para as restantes categorias de sujeitos passivos a tributação, assenta no seu passivo líquido, admitindo deduções relativas aos capitais próprios. Pode adivinhar-se, de facto, uma situação de tratamento discriminatório (e desfavorecimento) entre os sujeitos passivos deste tributo, mas, antes, cumpre abordar aquele que vem funcionando como um travão à intervenção dos tribunais arbitrais em matéria tributária, no ajuizamento da (i)legalidade da autoliquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário.

2. Da (in)arbitrabilidade do tributo: contribuição ou imposto?

No caso em análise, a Autoridade Tributária suscitou, a título de exceção, a incompetência material do tribunal arbitral, ancorando-a em dois fundamentos distintos: em primeiro lugar, por a requerente pretender, através da ação arbitral, atacar a (i)legalidade da norma, ao invés do ato de autoliquidação; em segundo lugar, por estar em causa uma contribuição e não um imposto, daí resultando, no seu entendimento, a inarbitrabilidade do tributo em crise.

7 Cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 152/2013, de 14 de maio de 2013, proferido no processo n.º 460/12, que não julgou inconstitucional a norma do n.º 7 da Portaria n.º 126-A/2005, de 31 de janeiro, conjugada com o respetivo anexo (taxa de utilização do espectro radioelétrico).

8 *Ibidem*.

9 Aquando da criação da Contribuição sobre o Setor Bancário, as suas receitas destinavam-se integralmente ao financiamento de despesas gerais do Estado, daí que a mesma fosse qualificada como imposto, sem que tal suscitasse controvérsia. Foi tão-só com a aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2014 que as receitas resultantes da Contribuição sobre o Setor Bancário passaram a estar consignadas ao Fundo de Resolução, por forma a garantir a sua solvência, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 153.º-F do RGICSF, que dispõe sobre os recursos financeiros do Fundo de Resolução, indicando, como tal, as receitas provenientes da Contribuição sobre o Setor Bancário.

A este propósito, cumpre recordar que a arbitragem em matéria tributária surge no ordenamento jurídico português enquanto meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos de natureza fiscal, através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro¹⁰, o conhecido Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT). Do seu preâmbulo retiram-se as três finalidades essenciais do regime: o reforço da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes (tutela essa que se pretendeu mais eficaz, face à tendente paralisação do aparelho judicial tributário); a garantia de uma maior celeridade à resolução dos litígios entre contribuintes e Autoridade Tributária; e, por fim, a obtenção da necessária redução das pendências nos tribunais administrativos e fiscais.

O artigo 2.º do RJAT determina o âmbito material da arbitragem tributária, elencando nas alíneas subsequentes as pretensões que podem ser submetidas a apreciação dos tribunais arbitrais. Está abrangida pela competência dos tribunais arbitrais, nos termos do RJAT, um conjunto de pretensões dos contribuintes, a saber: (i) a declaração de ilegalidade dos atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, retenção na fonte e pagamento por conta, (ii) a declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, determinação da matéria coletável e, ainda, de atos de determinação de valores patrimoniais e, por fim, (iii) a apreciação de qualquer questão - de facto ou de direito - relacionada com o projeto de decisão de uma liquidação, sempre que a lei não preveja a faculdade de solicitar a declaração de ilegalidade nos termos acima enunciados.

A competência dos tribunais arbitrais não é, pois plena, porquanto há determinadas matérias (ou se preferirmos, pretensões) que estão excluídas da competência dos Tribunais arbitrais: o reconhecimento de direitos, as pretensões relacionadas com execuções fiscais, as pretensões relacionadas com atos de determinação da matéria coletável e da matéria tributável - se realizadas através de métodos indiciários -, bem como as pretensões relacionadas com direitos aduaneiros¹¹. Assim, estando a competência material dos Tribunais arbitrais circunscrita às referidas matérias, não lhes é possível, à partida, pronunciarem-se a respeito de pretensões de outra natureza.

A Administração Tributária - como, de resto, parece ter sucedido em tantos outros processos arbitrais versantes sobre a mesma matéria¹² - parece confundir o contencioso de normas e o contencioso de anulação de atos administrativos. Da análise da decisão arbitral é manifesto que a requerente pretendeu reagir contra determinado ato tributário específico e não contra uma norma legal. Aliás, o pedido formulado nos autos vai expressamente no sentido da declaração de ilegalidade do indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada e, bem assim, do ato de autoliquidação da contribuição - pelo que não é possível identificar qualquer pretensão no sentido da declaração de invalidade de uma norma abstratamente aplicável.

O pedido de pronúncia arbitral destina-se, em termos simplistas, a eliminar da ordem jurídica determinado ato que esteja ferido de invalidade¹³ - no caso concreto, a requerente pretende, em primeira linha, a supressão do ato de indeferimento tácito da reclamação graciosa. Recorde-se que no RJAT existe uma equiparação de competências entre o processo de impugnação judicial e o processo arbitral, que desde logo decorre da Lei de Autorização Legislativa (Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril), que no n.º 2 do artigo 124.º determina que "[o] processo arbitral tributário deve constituir um meio judicial alternativo ao processo de impugnação judicial e à ação para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária". Assim, o pedido de declaração de ilegalidade dos atos tributários figura como um "*pedido congénere*" ao pedido de anulação de atos tributários subjacente à própria impugnação judicial, o que reforça o entendimento de que o Tribunal arbitral é, de facto, competente para, por um lado, apreciar a validade do ato de indeferimento da reclamação graciosa e, por outro, da própria autoliquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário.

No presente caso, veio a Autoridade Tributária, na posição de requerida, alegar a incompetência material do Tribunal arbitral, por entender que o contribuinte rotulou de ilegal (inconstitucional) a própria norma que prevê a Contribuição sobre o Setor Bancário, ao invés da autoliquidação, além de, noutro prisma, entender estar em causa uma contribuição e não um imposto. A Autoridade Tributária defende, portanto, que a requerente não reconduz qualquer vício à

10 Sobre o surgimento da arbitragem tributária, enquanto regime singular à escala global, veja-se o que escreveram Sérgio Vasques e Carla Castelo Trindade, "O âmbito material da arbitragem tributária", in *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 00 (Abril/Junho 2013), 2013, p. 19: "a introdução da arbitragem no domínio tributário foi concretizada apenas depois de muitos anos de discussão doutrinária sobre o tema e de uma discussão em que a doutrina tendia a rejeitar que os litígios em matéria tributária pudessem beneficiar deste meio de resolução, por razões de ordem diversa (...) [a] introdução da arbitragem em matéria tributária arrancou, portanto, de uma base doutrinária que lhe era tendencialmente contrária e que só progressivamente foi revendo as suas posições, à medida que se agravava a saturação dos tribunais judiciais e à medida também que a arbitragem se foi impondo no campo administrativo".

11 A competência dos tribunais arbitrais está, igualmente, limitada a litígios de valor superior a € 10.000.000,00, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.

12 Cfr., entre outras, a decisão arbitral de 28 de dezembro de 2018, proferida no processo n.º 142/2018-T, disponível em www.caad.org.pt.

13 Joaquim Freitas da Rocha *Lições de Procedimento e de Processo Tributário*, 4.ª Ed., 2011, p. 216, refere-se a um "conceito operativo de ilegalidade que significa, amplissimamente, desconformidade com o ordenamento jurídico (...): «qualquer acto tributário que, por qualquer motivo, se tenda violar normas jurídicas (constitucionais, internacionais, legais ou regulamentares) [que] será, para estes efeitos, entendido como um acto ilegal". Com efeito, o fundamento do pedido de pronúncia arbitral, com vista à declaração de ilegalidade dos atos administrativos, como o fundamento da impugnação judicial, é qualquer ilegalidade, incluindo-se também no âmbito da competência dos tribunais arbitrais em matéria tributária a anulação de atos com fundamento em violação da Constituição (isto é, de normas constitucionais), bem como dos atos que indeferiram reclamações apresentadas para reagir contra a liquidação de tributos também ferida de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

liquidação da referida contribuição, mas sim ao dispositivo legal que a instituiu - o que, cremos, não resulta do teor do pedido, expresso na decisão em apreço.

Segundo o entendimento da requerida, à luz da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março - a designada portaria de vinculação, através da qual a Autoridade Tributária se vinculou à jurisdição dos tribunais arbitrais em matéria tributária, em funcionamento no CAAD -, nomeadamente nos termos da alínea a) do seu artigo 2.º, apenas poderão estar em causa ações cujo objeto resida na apreciação de pretensões relativas a impostos cuja administração lhes esteja acometida, nos termos do n.º 1 do RJAT.

Para reforço da sua posição, a Autoridade Tributária alega, inclusive, que uma interpretação no sentido da competência do tribunal arbitral relativamente à questão em causa enferma de inconstitucionalidade¹⁴, com fundamento na violação do princípio da separação de poderes, previsto no artigo 111.º da Constituição da República Portuguesa e, bem assim, do princípio da legalidade, enquanto corolário do princípio da indisponibilidade dos créditos tributários, previsto no n.º 2 do artigo 30.º da Lei Geral Tributária.

Por outro lado, a Autoridade Tributária entende que, em virtude da natureza do tributo em causa - que considera tratar-se de uma contribuição (e não de um imposto) -, o Tribunal arbitral é, portanto, materialmente incompetente, trazendo à tona jurisprudência favorável à sua alegação, designadamente a veiculada no processo n.º 347/2017-T.

Ora, a competência dos tribunais em funcionamento no CAAD está, como acima se referiu, limitada às matérias elencadas no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, bem como pela mencionada portaria de vinculação, que fixa os termos em que a Autoridade Tributária se vinculou à jurisdição arbitral¹⁵.

A Autoridade Tributária entende que as contribuições não são tributos unilaterais, como é o caso dos impostos. Por seu turno, a requerente defende que se trata de um tributo administrado pela Autoridade Tributária, pelo que

não subsiste qualquer razão para que, *in casu*, a requerida não esteja vinculada à jurisdição arbitral.

Atendendo a uma interpretação sistemática dos preceitos legais em causa, acantonada nos elementos teleológico e racional da interpretação jurídica, concluímos que a referência, no artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, a "impostos", ao invés da expressão mais lata, "tributos", denuncia algum infortúnio na expressão adequada por parte do legislador na redação do referido diploma legal. Com efeito, considerando que na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do RJAT há uma referência expressa a "tributos", o que implica que possam ser impostos, taxas ou contribuições, somos forçados a concluir que, aquando da edição da portaria de vinculação, o legislador não pretendeu, na verdade, restringir a arbitrabilidade tão-só aos impostos. Se assim fosse, e porque no artigo 2.º se segue um elenco de exceções, faria sentido que o legislador tivesse contemplado essa mesma exceção no referido elenco¹⁶.

De resto, ainda que esteja em causa uma contribuição, é impossível vislumbrar qualquer diferenciação entre o seu procedimento de liquidação e de cobrança e aquele referente aos impostos. Sérgio Vasques e Carla Castelo Trindade escrevem que "*os serviços e organismos referidos no artigo anterior [hoje, a AT] vincularam-se à jurisdição dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD que tenham por objeto a apreciação das pretensões relativas a impostos cuja administração lhes esteja cometida referidas* (sic) *no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro*"¹⁷. Adicionalmente, se atentarmos no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15 de dezembro, que aprova a orgânica da Autoridade Tributária e Aduaneira, retiramos que a referida entidade tem, sob a sua égide, a administração dos direitos aduaneiros, impostos sobre o rendimento, sobre o património e sobre o consumo, mas também dos demais tributos que, nos termos da lei, lhes seja atribuída, como é o caso das contribuições especiais - onde, naturalmente, se enquadra a Contribuição sobre o Setor Bancário.

14 Não se diga, como defendido pela Autoridade Tributária neste caso - posição com que, desde já se frise, não sufragamos - que a requerente formulou um pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma, pois tal não corresponde à realidade. Em rigor, o que a requerente alegou foi a aplicação inconstitucional e ilegal do regime da Contribuição sobre o Setor Bancário. Como se pode ler na decisão arbitral de 10 de dezembro de 2018, proferida no processo n.º 211/2018-T, disponível em www.caad.org.pt, ainda que seja, "*nos termos da alínea a), n.º 1 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), é ao Tribunal Constitucional que cabe apreciar e declarar a inconstitucionalidade abstrata de quaisquer normas (controlo abstrato e concentrado)*", sendo certo que "*o Tribunal Arbitral, como qualquer outro tribunal, pode, rectius, deve, desaplicar, a título incidental, uma norma que considere inconstitucional (controlo difuso)*" (...). Aliás, relativamente aos tribunais arbitrais, é o que decorre do n.º 1 do artigo 25.º do RJAT quando refere "*A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada*".

Se a tese propugnada pela Autoridade Tributária, no sentido da incompetência dos tribunais arbitrais para conhecer os vícios relativos à inconstitucionalidade das normas obtivesse o correspondente acolhimento por parte da jurisprudência arbitral, então dificilmente se compreenderia a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional tendo por objeto uma decisão arbitral, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 25.º do RJAT. O tribunal arbitral é, por tudo isto, competente para ajuizar sobre a potencial anulação de um ato de liquidação contestado com fundamento na desaplicação da norma que o legitima, em razão da respetiva desconformidade com a Constituição.

15 Em rigor, tratando-se de uma matéria abrangida pelo artigo 2.º do RJAT, mas não plasmada na portaria de vinculação, o litígio não pode ser solucionado pelo Tribunal Arbitral.

16 Neste sentido, veja-se as decisões proferidas nos processos n.ºs 312/2015-T e 142/2018-T, ambos disponíveis em www.caad.org.pt.

17 Sérgio Vasques e Carla Castelo Trindade, *op. cit.*, p. 24.

As contribuições não são tributos unilaterais, pelo que a sua conformidade com a Constituição da República Portuguesa não é avaliada por referência ao princípio da capacidade contributiva, mas antes ao princípio da equivalência. Desde 2016, não há dúvidas de que a Contribuição sobre o Setor Bancário é, pois, uma contribuição, quer em sentido formal, quer em sentido material, pois *"é possível identificar uma contrapartida presumivelmente provocada ou aproveitada pelo sujeito passivo"*¹⁸, tendo em vista, como referido *supra*, não apenas o reforço do esforço fiscal por parte do setor financeiro mas, simultaneamente, amenizar o risco sistémico associado ao setor.

Coincidimos também com aquele que foi o entendimento veiculado por Rui Duarte Morais na declaração de voto por si emitida no âmbito da decisão arbitral de 14 de junho de 2018, proferida no processo n.º 347/2017-T, quando refere que *"o teor literal e a articulação sistemática dos preceitos não permitem um esclarecimento direto e evidente do sentido das normas. E se algum sentido se pode atribuir de forma mais próxima e fiel à interpretação literal-sistemática dos preceitos é o de que a referência a 'impostos' em vez de 'tributos' no artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, seguida da remissão expressa para o n.º 1 do artigo 2.º do RJAT e da enunciação expressa de um conjunto de exceções, indicia que o 'legislador' da Portaria não teve a intencionalidade restritiva clara que a AT invoca, pois se assim fosse teria feito alusão expressa a essa restrição no leque das alíneas que contemplam as exceções"* (sublinhado nosso).

Posto isto, concordamos inteiramente com aquela que foi a interpretação do tribunal no processo sob análise, relativamente ao artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro e ao artigo 2.º da designada portaria de vinculação, no sentido de que o âmbito da competência dos tribunais arbitrais em matéria tributária abrange *"a apreciação das pretensões relativas a tributos cuja administração esteja cometida à AT, com exceção dos casos enunciados nas alíneas do artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2011 - abrangendo, portanto, também as pretensões relativas a 'contribuições' por ela administradas. Sendo a Contribuição sobre o Setor Bancário um tributo administrado pela AT, cujo procedimento de liquidação e cobrança é estruturalmente idêntico ao dos impostos"*, pelo que a improcedência da exceção invocada pela Autoridade Tributária encontra, independentemente da qualificação do tributo – como imposto ou contribuição – sem dúvida, todo o arrimo legal.

O que o legislador pretendeu foi garantir que a Autoridade Tributária não se encontraria vinculada à jurisdição arbitral nos casos em que a atuação contestada não havia sido por si propugnada, mas antes, por exemplo, por uma autarquia ou outra entidade não integrada na administração fiscal estadual.

No entanto, sem prejuízo do entendimento que perfilhamos face à matéria sob discussão, que nos parece o mais correto em face da interpretação sistemática e dos objetivos do legislador na criação do regime da arbitragem em matéria tributária, a realidade é que não há uniformidade quanto à mesma em sede arbitral. Assim, a falta de consenso relativamente à competência material dos tribunais arbitrais para ajuizarem da legalidade da Contribuição sobre o Setor Bancário representa um claro problema de segurança jurídica, de instabilidade judicativa, não sendo possível ao contribuinte antever um sentido interpretativo e aplicativo para o caso concreto, vendo-se surpreendido pela decisão que, em rigor, estará dependente do árbitro ou coletivo de árbitros que, aleatoriamente (ou não, caso haja designação por parte dos intervenientes processuais), seja designado. No entanto, por forma a combater a surpresa de uma decisão inesperada no âmbito de uma temática como esta (tributária) que preconiza uma ingerência no património dos contribuintes e, como tal, reclama uma tutela mais eficaz dos interesses e expectativas dignas de tutela dos contribuintes, é crucial que a jurisprudência seja uniformizada, eliminando-se assim, no mais possível, as dúvidas que gravitam em torno da arbitrabilidade da questão.

3. Da (in)compatibilidade do regime da Contribuição sobre o Setor Bancário com o direito da União Europeia: um problema de discriminação

No presente caso, a requerente, sem prejuízo dos demais argumentos invocados, alegou no sentido da anulação da liquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário por violar o direito da União Europeia.

Como se pode ler na decisão em análise, *"[n]os termos da jurisprudência do TJUE, os artigos 52.º e 65.º do TFUE produzem efeito direto, pelo que o juiz nacional, enquanto juiz comum do direito da União, tem o dever de desaplicar no caso concreto a norma nacional incompatível com aquelas liberdades fundamentais e/ou interpretar o direito nacional de modo a harmonizá-lo com o direito da União, à luz dos princípios do primado e da interpretação conforme*

18 Cfr. a decisão arbitral de 28 de dezembro de 2018, proferida no processo n.º 142/2018-T, disponível em www.caad.org.pt.

do direito da União e do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa” (sublinhado nosso)¹⁹.

No pedido de pronúncia arbitral deduzido pela requerente, esta referiu que “os Estados membros conservam a liberdade de definir a organização e a concepção do seu sistema fiscal (Acórdão Bachmann, Proc. C-204/90) e de determinar a necessidade de repartir entre si o poder de tributação (Acórdão Saint-Gobain ZN, C-307/97 e, mais recentemente, Nordea Bank Denmark, C-48/13)”. Mas estes poderes não podem ser exercidos ilimitadamente, ou seja, implicam a procura pela compatibilização com a observância dos princípios e as liberdades fundamentais que decorrem dos Tratados, mas também com a jurisprudência emanada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). A requerente entendeu que as regras que são especificamente aplicáveis às sucursais sedeadas na União Europeia, nos termos da delimitação de incidência estabelecida pelo regime da Contribuição sobre o Setor Bancário, acarretam a discriminação da requerente, enquanto sujeito passivo da referida contribuição, quando em comparação com as instituições de crédito residentes em Portugal, envolvendo a aplicação de uma carga fiscal agravada e de uma taxa efetiva de tributação também mais elevada, o que, à luz do direito da União Europeia - mormente das suas regras e princípios - não é permitido. Assim, em face de uma incompatibilidade entre o regime da Contribuição sobre o Setor Bancário e o direito da União Europeia, o desfecho não poderia ser outro senão a declaração de ilegalidade do ato de autoliquidação, promovendo-se a desaplicação do regime.

Em face do exposto, a requerente peticionou junto do Tribunal arbitral que fosse acionado o mecanismo do reenvio prejudicial, previsto no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), para solicitar ao TJUE que se pronunciasse, entre outros pontos, sobre se “[o] artigo 56.º do TFUE se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no regime doméstico português da Contribuição sobre o Setor Bancário, que tributa as sucursais em Portugal de instituições financeiras residentes noutros Estados Membros da União Europeia sobre a totalidade do seu passivo, sem lhes dar a possibilidade de deduzir os capitais próprios, ao passo que essa possibilidade é expressamente reconhecida às instituições financeiras residentes, colocando as primeiras em situação desfavorável face às segundas?”.

Em primeira linha, e na senda do que foi invocado pela requerente, há uma liberdade fundamental que é transgredida: a liberdade de estabelecimento. Esta está prevista no artigo 49.º do TFUE²⁰, enquanto corolário da proibição da discriminação vigente no direito europeu. Pode ler-se no referido preceito que “são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro”.

Recorde-se que os direitos que são conferidos pela liberdade de estabelecimento não só têm efeito direto, como são incondicionais para os respetivos beneficiários, pelo que os Estados-Membros estão impedidos de os tornar dependentes da previsão em qualquer convenção celebrada com outro Estado-Membro ou de uma condição de reciprocidade.

Nas palavras de Bruno Ferreira, “[t]emos pois um duplo conteúdo do direito de estabelecimento: o direito estabelecimento propriamente dito, no sentido da possibilidade de implantação num qualquer Estado-membro, e o direito de não ser discriminado”, sendo que “[c]omo esteio do direito de estabelecimento, temos a necessidade de assegurar o respeito pelo princípio da não discriminação em razão da nacionalidade”²¹.

A jurisprudência do TJUE relativa aos critérios para aferir a existência de discriminação é vasta, entendendo que a discriminação, em termos genéricos, “consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou então na aplicação da mesma regra a situações diferentes”²². Por forma a perceber se estamos diante de uma situação objetivamente comparável, será de atender ao Acórdão do TJUE de 25 de fevereiro de 2010, proferido no processo C-337/08 (X Holding), que determina que a mesma é analisada (ou deve sê-lo) atendendo ao objetivo prosseguido pelo regime doméstico em questão.

Para efeitos da liberdade de estabelecimento, em concreto, o artigo 54.º do TFUE promove a equiparação das pessoas singulares nacionais dos Estados-Membros da União Europeia às sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que aí

19 Maria Rosa Oliveira Tching, “Juiz Nacional – Um Juiz cada vez mais europeu!”, in Revista JULGAR – n.º 14, Coimbra Editora, 2011, p. 1, refere - entendimento com que concordamos - que “[é] inquestionável que a integração europeia e o papel cada vez mais preponderantemente assumido pelo TJUE, como garante da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito Europeu e como agente integrador dos vazios de tutela jurisdicional, provou alterações significativas no exercício das funções do juiz nacional. (...) A par da aplicação do direito nacional, ao juiz nacional foi também acometida a função europeia de realizar e garantir a eficácia interna do Direito Europeu, em obediência ao princípio da cooperação legal enunciado no artigo 4.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia”.

20 Embora resulte, à partida, de uma leitura literal do artigo 49.º do TFUE pareça resultar que a liberdade de estabelecimento integra um elenco limitado de faculdade, tal não tem aderência com a realidade, pois a esfera de proteção atinente a esta liberdade fundamental vai bem para lá desse elenco, como é, de resto, confirmado pela jurisprudência do TJUE que tem tido um papel particularmente relevante na concretização do conteúdo e alcance desta liberdade. A proibição de obstaculização não se refere apenas à constituição (como parece resultar da norma), mas também do exercício da atividade de empresas, filiais, sucursais, criadas quer pelo Estado de acolhimento, quer pelo Estado de origem do titular da liberdade.

21 Bruno Ferreira, Passaporte comunitário bancário: sucursal e livre prestação de serviços, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69, Vol. I/II, 2009, pp. 5 e 6.

22 Cfr., entre muitos, o Acórdão do TJUE de 12 de dezembro de 2019, proferido no processo C-450/2018 (WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html>.

tenham a sua sede estatutária, administração central ou principal estabelecimento.

Como se pode ler na decisão sob análise, "[o] princípio da não discriminação proíbe não apenas as discriminações diretas ou ostensivas, baseadas na nacionalidade, mas também qualquer forma dissimulada de discriminação que, por aplicação de outros critérios de distinção, leve, de facto, ao mesmo resultado". Entre outros (muitos) aspetos que, infelizmente, não será possível aprofundar no presente estudo - ou, pelo menos, não o seria possível com a dignidade merecida -, é importante referir que os Estados-Membros não podem, nos termos do artigo 49.º do TFUE, tomar medidas favorecedoras das sociedades residentes, em detrimento das sociedades não residentes. No parágrafo 30. do Acórdão do TJUE de 14 de fevereiro de 1995, proferido no processo C-279/93 (Schumacker) pode ler-se que "a discriminação só pode consistir na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou da mesma regra a situações diferentes".

A discriminação com fundamento na residência é, pois, uma discriminação indireta - que, do mesmo modo, se encontra a coberto da proibição de discriminação que subjaz à liberdade de estabelecimento - porquanto, via de regra, os não residentes em determinado Estado-Membro são também nacionais desse Estado-Membro, "pelo que de acordo com a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça esta discriminação dissimulada é também proibida pois conduz, efectivamente, ao mesmo resultado que é discriminar não nacionais face a nacionais". Daí que resulte do preceito que institui a liberdade de estabelecimento a proibição, acima referida, da tomada de opções, pelos Estados-Membros, no sentido do favorecimento das sociedades residentes face às sociedades não residentes.

No caso *sub judice*, a requerente é, precisamente, uma sucursal de uma instituição de crédito não residente, com sede num Estado-Membro da União Europeia, que atua em Portugal ao abrigo da liberdade de estabelecimento. Por isso, as regras de determinação da base de incidência da Contribuição sobre o Setor Bancário são distintas das aplicáveis às instituições financeiras residentes em território português. As sucursais levam a cabo, diretamente, operações inerentes à atividade da instituição de crédito (não residente) de que são parte.

Não tendo as sucursais personalidade jurídica²³, também não têm capital social e, por isso, não são identificáveis capitais próprios, nos termos ponderados e registados no caso das instituições de crédito que tenham sede e administração efetiva em território português.

No caso das instituições de crédito residentes, a Contribuição sobre o Setor Bancário incide sobre o seu passivo líquido - isto é, depois de deduzidos os capitais próprios -, ao passo que no caso das sucursais, a referida contribuição incide sobre o seu passivo bruto, sem que se verifique qualquer redução atinente aos capitais próprios (que, em rigor, não é possível, nem tão-pouco aplicável). Esta diferenciação no tratamento faz, notoriamente, com que estas últimas (as sucursais) fiquem num plano de desigualdade quando em comparação com as instituições de crédito residentes. Como concluiu o Tribunal arbitral, está em causa um tratamento discriminatório, tão-só baseado na nacionalidade das entidades em causa, e por isso incompatível com o direito da União Europeia, mormente com a liberdade de estabelecimento. A instituição de crédito residente num Estado-Membro da União Europeia que constituiu um sucursal localizada em Portugal para aí exercer a sua atividade, ao abrigo da liberdade de estabelecimento - enquanto liberdade fundamental no tráfego comunitário - vê-se sujeita a um tratamento discriminatório que, não só não se compadece com a lógica de um mercado único, como, aliás, a contraria. E, aqui, recorde-se o que refere, tão cristalinamente, o TFUE, no sentido da proibição de "toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade",

A Contribuição sobre o Setor Bancário é (auto)liquidada anualmente, pelo sujeito passivo, através da respetiva declaração (modelo oficial n.º 26) a enviar por transmissão eletrónica até ao último dia do mês de junho do ano a que diz respeito, sendo também essa a data-limite para que seja efetuado o seu pagamento. Este modelo é igual para todas as entidades, embora haja campos cujo preenchimento apenas caberá às entidades munidas de personalidade jurídica.

Se a sucursal não tem, de acordo com a sua organização e regras jurídicas que a regem, capitais próprios, diferentemente do que sucede com a instituição financeira residente, a primeira deixa de poder, no cálculo do montante da Contribuição sobre o Setor Bancário, deduzir o que quer que seja, a título de capital próprio, ao valor do seu passivo. É, por isso, materialmente impossível a aplicação às sucursais com as características em apreço da dedução conferida às instituições residentes, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março.

23 As sucursais de uma sociedade são estabelecimentos desprovidos de personalidade jurídica, figurando como meras representações locais das sociedades que as constituíram, integrando-se na própria estrutura da sociedade. Bruno Ferreira, *op. cit.* escreve-nos, em pormenor, sobre a figura da sucursal bancária comunitária.

Em face de todo o exposto, entendemos que o Tribunal arbitral andou bem, tendo julgado procedente o pedido formulado pela requerente e, consequentemente, tendo anulado a autoliquidação da Contribuição sobre o Setor Bancário, por *"manifesta violação do Direito da União Europeia, em particular a violação do direito de estabelecimento e do princípio da não-discriminação, previstos nos art.os 49.º e 18.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia"*.

Há, inclusive, jurisprudência consolidada do TJUE relativa à violação do direito de estabelecimento por referência ao setor financeiro, no sentido da incompatibilidade, com as liberdades comunitárias fundamentais e, bem assim, com a proibição de discriminação entre nacionais de Estados-Membros distintos, dos casos em que se verifica um tratamento diferenciado (e discriminatório) de instituições financeiras residentes e não residentes. Sobre esta questão, veja-se o acórdão do TJUE de 13 de junho de 2016, proferido no processo C-18/15 (Brisal), em que o Estado Português figurou como parte, onde se sufragou que *"O artigo 49.º CE opõe-se a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que, regra geral, tributa as instituições financeiras não residentes pelos rendimentos de juros obtidos no interior do Estado Membro em causa, sem lhes dar a possibilidade de deduzir as despesas profissionais directamente relacionadas com a actividade em questão, ao passo que essa possibilidade é reconhecida às instituições financeiras residentes"*²⁴.

Por ser impossível dedicar tanto tempo - ou espaço - quanto este tema reclama e de que é merecedor, e sob pena de não o tratarmos nos termos em que desejamos, pouco nos podemos alongar. Todavia, recomendamos a leitura do acórdão arbitral em apreço, não apenas por ser revolucionário nesta matéria, no entendimento propugnado, mas sobretudo pela riqueza da fundamentação do tribunal, em que é vasta a jurisprudência comunitária evocada.

Mais se refira que, diante de um cenário discriminatório - talvez, admita-se, proporcionado pela própria diferença atinente à estrutura das sucursais face às instituições de crédito -, o Tribunal arbitral, referiu que *"poderia a Administração fiscal ter adoptado orientações para a incidência da CSB com base em pressupostos similares*

àqueles que fundaram as orientações que adoptou para efeitos de IRC, no que diz respeito ao designado free capital das sucursais". Assim, através da adoção de orientações que atendessem ao facto de as sucursais não disporem de capitais próprios, evitar-se-ia a perpetuação de um tratamento discriminatório e desconforme com o direito da União Europeia.

4. **"To be continued": a criação de novo adicional de solidariedade sobre o setor bancário**

Por fim, uma nota para referir a recente figura do adicional de solidariedade sobre o setor bancário, criado no passado mês de julho, através da Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho²⁵, que alterou a Lei do Orçamento do Estado para 2020, e cuja receita estimada é avultada - 33 milhões de euros, segundo as estimativas do Governo.

A criação deste tributo visa suportar os custos da resposta ao impacto da pandemia de Covid-19, consubstanciando um reforço dos mecanismos de financiamento do sistema de segurança social, estando prevista a consignação da receita alcançada ao Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social. À sua criação surge também associado um objetivo de compensação face à isenção do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) aplicável à generalidade dos serviços e operações financeiras²⁶.

A medida, porém, não é vista com bons olhos pela principal entidade que representa o setor bancário português²⁷, que entende que a *"saúde financeira da banca tem que ser preservada"*, o que não será possível face à criação de entraves à capacidade de os bancos financiarem a economia e, bem assim, serem competitivos no contexto europeu. Note-se que o setor bancário tem sido, provavelmente, o setor económico cujo esforço contributivo exigido pelo Estado nos últimos anos tem sido mais significativo, quando, por seu turno, a sua rentabilidade tem-se mostrado negativa, por registar vários milhões de euros em perdas acumuladas.

24 O TJUE concluiu que os não residentes devem ser tratados do mesmo modo que os residentes, podendo deduzir as despesas da mesma natureza, nomeadamente aquelas que os residentes têm a possibilidade de deduzir.

25 A referida Lei não só procedeu à (segunda) alteração à Lei n.º 2/2020, de 31 de março - Orçamento do Estado para 2020 - introduzindo um conjunto significativo de medidas fiscais, tendo procedido também à alteração de diversos diplomas.

26 A isenção de IVA aplicável ao setor financeiro, a qual não foi instituída tendo em vista gerar um benefício ou vantagem ao referido setor, tem acabado por se revelar, em boa verdade, mais desvantajosa para o setor financeiro do que o contrário. Ao não liquidarem o IVA inerente aos serviços prestados, tanto os bancos, como as seguradoras ficam impossibilitados de deduzir o imposto suportado nas aquisições de bens e serviços necessários ao exercício da sua atividade. Pelo exposto, se apenas uma percentagem diminuta dos serviços prestados pelos bancos aos seus clientes for onerada com IVA - que é, de resto, o cenário normal em Portugal - apenas essa percentagem diminuta, no universo da totalidade do IVA suportado pelos bancos, será dedutível. Este claro *handicap* face a outros setores, originador de uma distorção que não se compadece com a lógica e princípios estruturantes do IVA, foi já identificado pela própria Comissão Europeia e encontra-se sob análise, por forma a alcançar uma solução. As consequências da referida isenção acabam mesmo por se refletir nos próprios clientes (empresas) dos bancos, cuja carga fiscal suportada se vê aumentada em virtude de ser o cliente que suporta, em muitos dos serviços financeiros, o Imposto do Selo.

27 Nota da APB sobre o adicional de solidariedade sobre o setor bancário, disponível em https://www.apb.pt/sala_de_imprensa/comunicados/nota_da_apb_sobre_o_adicional_de_solidariedade_sobre_o_setor_bancario.

Ainda que, mesmo atualmente, permaneçam algumas dúvidas a respeito da natureza da Contribuição sobre o Setor Bancário, talvez possamos afirmar que as mesmas são transponíveis para este novo tributo, dado que a sua base de incidência (subjéctiva e objectiva) é idêntica à da Contribuição sobre o Setor Bancário. Assim, as regras aplicáveis ao adicional são objectivamente idênticas, na sua extensão, àquelas previstas originariamente para a Contribuição sobre o Setor Bancário.

O valor deste novo adicional de solidariedade corresponde à aplicação de uma taxa (adicional) de 0,02% sobre os valores dos elementos dos passivos das instituições bancárias abrangidas, acrescida da aplicação (também adicional) de uma taxa de 0,00005% sobre o valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço dessas entidades. No que respeita à liquidação (ou diga-se antes, autoliquidação) e pagamento do tributo, os prazos são os mesmos aplicáveis à Contribuição sobre o Setor Bancário.

Porém, importa mencionar que o legislador previu um regime transitório para 2020 e 2021, nos termos do qual a base de incidência deve ser calculada por referência à média semestral dos saldos finais de cada mês, que tenham correspondência nas contas relativas ao primeiro semestre de 2020 (no caso do adicional devido em 2020) e nas contas relativas ao segundo semestre de 2020 (no caso do adicional devido em 2021)²⁸.

Contudo, continua a ser identificável, por referência ao novo tributo, uma potencial discriminação das sucursais portuguesas de instituições de crédito não-residentes. No caso das sucursais, em que a Contribuição sobre o Setor Bancário e, conseqüentemente, o referido adicional, incide sobre o seu passivo bruto, sem qualquer dedução

relativa aos capitais próprios, é incontornável a manutenção numa posição desfavorável face às instituições de crédito residentes, como bem entendeu a decisão arbitral aqui em análise.

Adicionalmente, as sucursais portuguesas de instituições de crédito não residentes não beneficiam do seguro concedido pelo Fundo de Garantia de Depósitos²⁹, ainda que contribuam para o mesmo nos termos em que o faz qualquer outra instituição de crédito a operar em Portugal - o que reforça, pois, o tratamento discriminatório e desfavorável perpetrado através da aplicação da Contribuição sobre o Setor Bancário e, agora, respetivo adicional, face às sucursais portuguesas de instituições de crédito não residentes.

Em rigor, este novo tributo é um verdadeiro imposto sobre o setor bancário. Ainda que seja patente a sua conexão com a já existente (e sobrevivente) Contribuição sobre o Setor Bancário, o adicional assenta em pressupostos que se afastam, em absoluto, dessa noção. Não existe, pois, uma utilidade de grupo associada a este tributo, nem tão-pouco responsabilidade de grupo, porquanto os sujeitos passivos integrados no setor bancário não têm uma especial responsabilidade de financiamento face aos custos gerados pela pandemia de Covid-19.

Acreditamos que a instituição deste novo tributo, a par da subsistência, nos termos acima explicitados, da Contribuição sobre o Setor Bancário, abre portas ao contencioso na matéria, sobretudo junto dos tribunais arbitrais em matéria tributária, face à celeridade dos mesmos, ao acesso aventado ao TJUE através do mecanismo do reenvio prejudicial e, por fim, em razão de ser justamente no CAAD que têm corrido termos os processos mais recentes, atinentes a esta problemática.

²⁸ A autoliquidação e pagamento do adicional deverá, nestes casos, ser efetuada até 15 de dezembro de 2020 e 2021, respetivamente.

²⁹ O Fundo de Garantia de Depósitos é uma pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa e financeira e património próprio. O seu propósito é o de garantir o reembolso dos depósitos constituídos nas instituições de crédito suas participantes, na hipótese de se verificar uma situação de indisponibilidade dos depósitos nalgumas das instituições. Pode igualmente intervir ao nível da execução de medidas de resolução aplicadas a instituições de crédito suas participantes.

BRIEF NOTES ON THE INTERPRETATION OF AN ARBITRATION AGREEMENT IN A SHAREHOLDERS' AGREEMENT

COMMENTS ON THE HONG KONG DECISION OF
DICKSON HOLDINGS ENTERPRISE CO LTD V.
MORAVIA CV AND OTHERS (2019) HKCFI 1424;
(2019) HCMP 2665/2017 (30 MAY 2019)

Rute Alves

LL.M. Comparative and International Dispute
Resolution (Queen Mary University of London)
Master's Degree in Business Law (FDUNL)
Managing Associate PLMJ

Joana Costa Lopes

Currently studying for a master's degree in Civil
Law (FDUL)
Guest Lecturer (FDUL)
Trainee Lawyer PLMJ

Case no. HKCFI 1424; (2019) HCMP 2665/2017¹

Petitioner: Dickson Holdings Enterprise Company Limited
Respondent: Moravia CV/ Domingo Blanco Rodriguez/
Dickson Valora Group (Holdings) Company Limited

1. Summary

The case of Dickson Holdings Enterprise Co Ltd v. Moravia CV and Others (2019) addresses the question whether a particular dispute falls under the scope of the arbitration agreement established in the Shareholders' Agreement. The Petitioner commenced a judicial proceeding based on a breach of fiduciary duties of directors and also the failure to give notice of a board meeting and the Respondent applied for a stay of the court litigation in favour of arbitration.

2. Introduction

The Dickson Holdings Enterprise Co Ltd v. Moravia CV and Others case deals with the complex issue that is the interpretation of an arbitration agreement in a shareholders' agreement.

In this note, we will first analyse the criteria used by the High Court of Hong Kong to interpret the arbitration agreement in question and the standard of interpretation that would be used by state courts in Portugal. Next, we will address further issues that were not covered by the court, which we believe to be worthy of analysis not only from the perspective of Portuguese law, but also from the standpoint of international practice. Lastly, we shall identify some "takeaways" that can be useful while drafting arbitral clauses.

3. Background

In 2010, Dickson Holdings Enterprise ("DHE") and Moravia CV ("Moravia") set up a Hong Kong Company for the purpose of building a property development project in Mainland China². On 24 December 2010, the three parties – DHE, Moravia and the Company – jointly entered into a shareholders' agreement ("**Shareholders Agreement**")³, with various provisions regarding the raising of funds for the project and the management and organisation of the Company⁴.

In April 2012, Moravia found a new partner with whom it sought to complete and operate the project, fueling a deterioration of the relationship between the parties⁵. As a result, a dispute arose as to whether DHE's remaining shares in the company should be treated as already paid up. The company's board of directors subsequently held a meeting without duly notifying DHE, in which they passed a resolution to call on all of the company's unpaid shares, specifying that said shares would be forfeited in case of non-payment.

DHE alleged that Moravia caused the Company's board to pass a wrongful and arbitrary resolution and that they did not receive a convening notice for the board meeting where the aforementioned resolution was passed.

According to Moravia, its relationship with DHE failed because DHE failed to perform its side of the bargain in managing, supervising and sourcing external funding for the project⁶.

Five years later, on 4 December 2017, DHE presented a petition to the Hong Kong Court against Moravia and others⁷ in which it complained against the wrongful application for the forfeiture provisions to paid-up shares, and sought damages for the breach of fiduciary duties of directors and for the breach of the Company's articles of incorporation, given the failure to give notice of the board meeting.

1 Decision available at: [https://www.hklii.hk/cgi-bin/sinodisp/eng/hk/cases/hkcfi/2019/1424.html?stem=&synonyms=&query=\(arbitration\)%2520OR%2520n-cotherjcitationtitles\(arbitration\)](https://www.hklii.hk/cgi-bin/sinodisp/eng/hk/cases/hkcfi/2019/1424.html?stem=&synonyms=&query=(arbitration)%2520OR%2520n-cotherjcitationtitles(arbitration)).

2 "The two sides came together in around 2010 for the purpose of pursuing a business opportunity of building a shopping mall and hotel complex in the Gangyu district of Jiangsu Province in Mainland China in cooperation with Walmart." Cfr. Paragraph § 3 of the Decision.

3 "The initial shareholdings were equally held, with each side holding 500,000 shares out of a total of 1 million shares in the Company." Cfr. Paragraph § 4 of the Decision.

4 Cfr. Paragraph § 5 of this Decision.

5 "By April 2012, Moravia had found a new partner with whom to proceed to complete and operate the project." Cfr. Paragraph § 10 of this Decision.

6 Cfr. Paragraph § 9 of this Decision.

7 Rodriguez as the second respondent, and the Company as the third respondent. Cfr. Paragraph § 11 of this Decision.

The Respondent applied for a stay of the court proceeding in favour of arbitration, pursuant to an arbitration agreement in the Shareholders Agreement⁸.

Clause IX of the Shareholders Agreement contained an arbitration agreement⁹, which reads as follows: "*Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this Agreement, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration under the Hong Kong International Centre Administered Arbitration Rules¹⁰ in force at the date of this Agreement*"¹¹. It is important to note that the "*Arbitration cases are related to shareholders agreements because they often have to be of prompt and effective execution, incompatible with the system of common courts: therefore, the litigation surrounding the agreements does not pass through the forum of the State, except incidentally or on appeal.*"¹²

Therefore, the main question of this case was whether the dispute between DHE and Moravia is a matter which falls within the arguable scope of the parties' arbitration agreement or, on the contrary, should be held as going beyond the parties' agreement to arbitrate.

4. The High Court of Hong Kong's Decision

The application for the stay was dismissed as the Court found that "*the Shareholders Agreement makes no provision concerning notice of board meetings, payment for shares or forfeiture of shares*"¹³ and "*the proprietary rights of a member to its shares in the Company was [is] not the subject matter of the Shareholders Agreement at all, but governed by company law*"¹⁴. Thus, the Court concluded that the substance of the dispute was the breach of the Company's articles of association and the directors' fiduciary duties, and not the breach of the *Shareholders Agreement*¹⁵.

5. Comments on the Decision: the issues raised by the dispute

5.1. The approach of the High Court of Hong Kong: a shareholders' agreement regulation of the relationship between the shareholders themselves and the company does not necessarily result in it also governing disputes concerning corporate affairs

As mentioned above, the Shareholders Agreement contained an arbitration agreement stating as follows: "*Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this Agreement, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration under the Hong Kong International Centre Administered Arbitration Rules in force at the date of this Agreement*"¹⁶.

Moravia (Respondent) attempted to persuade the court that "*since the Shareholders Agreement expressly governs the relationship between Moravia and DHE as shareholders of the Company, concerns the management and affairs of the Company and is expressed to be complementary to the articles, DHE's complaints 'arise out of' or 'relate to' the Shareholders Agreement*"¹⁷. In other words, Respondent set out that any dispute between the parties about the affairs of the company falls within the agreement to arbitrate.

Respondent also stressed the reasoning of the English House of Lords in *Fiona Trust and Holding Corporation v. Privalov*¹⁸, highlighting that (i) any dispute arising out of the same relationship should be decided by the same tribunal, and (ii) "*ordinary business men would be surprised at the nice distinctions drawn in the cases and the time taken up by argument in debating whether a particular case falls within one set of words or another very similar set of words.*"¹⁹.

8 In order to argue that the arbitration agreement applied in the present case, Moravia claimed the application of the Article 8 of UNCITRAL: "Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court (1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed (2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court." Cfr. Paragraph § 29 of this Decision.

9 The UNCITRAL - Model Law on International Commercial Arbitration defines the Arbitration agreement in Article 7.⁹, stating that "*is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.*"

10 "The HKIAC Administered Arbitration Rules are the HKIAC's rules of choice for international arbitrations. Also the HKIAC Administered Arbitration Rules are based on the UNCITRAL Arbitration Rules, as well as the Swiss International Rules of Arbitration". Cfr. John Choong and Michael J. Moser, '4. Hong Kong SAR', in Michael J. Moser and John Choong (eds), *Asia Arbitration Handbook*, (Oxford University Press 2011), p. 201-202.

11 Paragraph § 6 of this Decision.

12 Cfr. Sofia Henriques, *Anotação ao artigo 17.º*, in Código das Sociedades Comerciais Anotado (Coord. António Menezes Cordeiro), 3.ª Ed., Almedina, 2020, p. 164. Also in this respect Rita Pinto Bairos, *Os Acordos Parassociais – breve caracterização*, RDS II (2010), p. 354.

13 Cfr. Paragraph § 41 of this Decision.

14 Cfr. Paragraph § 41 of this Decision.

15 Cfr. Paragraph § 41 of this Decision.

16 Cfr. Paragraph § 6 of this Decision.

17 Cfr. Paragraph § 37 of this Decision.

18 [2007] UKHL 40, available at <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/40.html>.

19 Cfr. Paragraph § 36 of this Decision.

In light of this, the court had to decide whether the agreement had a broad enough scope as to cover all disputes *arising out of* the relationship between the parties or whether it should be interpreted as covering only disputes directly related to the shareholders' agreement.

The High Court of Hong Kong recognised that the "*presumption of one-step adjudication*"²⁰ followed in *Fiona*²¹ could not be applied without considering the "*special features of company law*"²². The parties are also bound by rights and obligations that do not arise from the Shareholders Agreement, but instead are governed by ordinary company law of Hong Kong, as well as the articles of the Company.

5.2. The main issue: The interpretation of arbitration agreement in shareholders agreements

The matter of interpretation of arbitration agreements is one of the most frequent and important issues in arbitration, particularly when it concerns the scope of the agreement²³. The importance is twofold: on the one hand, the arbitration agreement empowers the arbitral tribunal to settle the dispute and limits the extent of such power and, on the other hand, the parties' agreement to arbitrate also entails arbitral tribunals' duty to settle the dispute through the delivery of an enforceable decision. Therefore, the most important issue in determining the enforceability of an arbitration agreement is whether the parties agreed to arbitrate a particular issue or dispute²⁴.

In this regard, the question often posed is therefore what categories of disputes or claims the parties have agreed

to submit to arbitration: whether there are particular contractual or statutory claims subject to arbitration pursuant to the parties' arbitration agreement²⁵.

As Gary B. Born underlines, "*in most jurisdictions, the starting point for the interpretation of international arbitration agreements is generally-applicable contract law and its principles of contract interpretation*"²⁶, and "*like other types of contract, arbitration agreements give rise to frequent questions of interpretation, particularly concerning the scope of the matters referred to arbitration*"²⁷. This would be the case if the arbitration agreement were construed under Portuguese law.

Considering that the arbitration agreement entails an "*agreement by which the parties agree to submit existing or future disputes to an arbitration tribunal*"²⁸ as a result of a combination of the will of the parties, the standards for the interpretation of arbitration agreements under Portuguese law follow the rules of interpretation of contracts. This is the position of Portuguese scholars²⁹ and Portuguese case law from superior courts³⁰.

In fact, if Portuguese law were applicable to this case³¹, one would first have to look at article 236 of the Portuguese Civil Code and apply the standard of a reasonable person, which determines that "*a declaration of intent shall have the meaning that any standard addressee, placed in the position of an actual addressee, may deduce from the behavior of the declarant, unless he or she cannot reasonably rely upon such behavior*". Moreover, one would also have to take into consideration (i) that the standard of a reasonable person entails a reasonable person who

20 Cfr. Paragraph § 39 of this Decision.

21 "In my opinion the construction of an arbitration clause should start from the assumption that the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of the relationship into which they have entered or purported to enter to be decided by the same tribunal. The clause should be construed in accordance with this presumption unless the language makes it clear that certain questions were intended to be excluded from the arbitrator's jurisdiction. As Longmore LJ remarked, at para 17: "if any businessman did want to exclude disputes about the validity of a contract, it would be comparatively easy to say so." Cfr. *Case Fiona Trust and Holding Corporation v. Privalov* - Decision available at <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/40.html>.

22 Cfr. Paragraph § 39 of this Decision.

23 Cfr. Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, p. 87, Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Volume I, Wolters Kluwer, p. 1318.

24 Cfr. Nicholas Oleski, *Arbitration Estoppel: Equitable Estoppel in Arbitration Contracts*, Cleveland-Marshall College of Law, p. 1033.

25 Cfr. Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, p. 87.

26 Cfr. Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, p. 88.

27 Cfr. Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2012, p. 88.

28 Cfr. Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2.^a Ed., LAV de 2011, Almedina, 2013, p. 169.

29 In Portuguese civil law, the interpretation of the arbitration agreement would be governed by Articles 236(1) and 238(1) of the Portuguese Civil Code, bearing in mind that this agreement is just a contract: that is, the agreement is valid in the sense that a normal person, placed in the position of the real person, can deduce from the behavior of the declarant, unless he cannot reasonably count on it; and, being a formal transaction, it cannot be valid in a sense that does not have a minimum of correspondence in the text of the respective document. Cfr. Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2.^a Ed., LAV de 2011, Almedina, 2013, p. 169. Also in this respect: Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução de Litígios*, Almedina, 2018, p. 125 and António P. Pinto Monteiro, Artur Flaminio da Silva, Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 75.

30 As the decision of the Lisbon Court of Appeal states:

"*The interpretation of the arbitration agreement, which in this case takes on the nature of an arbitration clause, because it relates to possible and future disputes arising from a concrete and specific contractual relationship (cf. art. 1, no. 2 of the LAV), is submitted to the rules for the interpretation of the contractual declarations, contained in articles 236 to 238 of the Civil Code*". Cfr. Judgement by the Lisbon Court of Appeal, 22 September 2015, Proc. No 1212/14.5T8LSB.L1-7, available at dgsi.pt.

With similar interpretation, the same Court has also determined that: "*there is a common understanding that the arbitration agreement is bound by the general rules for the interpretation of contracts, under the combined terms of Articles 236 and 238 of the Civil Code*". Cfr. Judgement by the Lisbon Court of Appeal, 17 December 2013, Proc. No 659/13.9YRLSB-2, available at dgsi.pt.

31 On the law applicable to the arbitration agreement, see in general Luís Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 600 e ss; Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2012, p. 40.

is guided by the dictates of good faith, is medium experienced, informed, intelligent and diligent³², and (ii) the particular elements related to the negotiation of the clause and the parties' conduct, as well as the connections between such conduct and the purpose pursued by the parties under such clause³³. In other words, the standard of this average addressee would be used to discover the intention of the parties and therefore determine the scope of the arbitration agreement.

Considering the above and taking into account the elements described in the case hereby analyzed, the interpretation of the arbitration agreement inserted in the Shareholders Agreement under Portuguese law would likely be similar to that of the ruling of the High Court of Hong Kong.

Firstly, although the Shareholders Agreement expresses the intention of the parties to regulate their relationship as shareholders in relation to the Company and the managing affairs of the Company, *"it makes only relatively limited provisions with regard to the affairs of the Company"*³⁴. Secondly, the petition *"is based on a breach of the article and of the fiduciary duty of directors"*, whilst the Shareholders Agreement does not include any provision *"concerning notice of board meetings, payment for shares or forfeiture of shares"*³⁵. Thirdly, the Shareholders Agreement was *"neither relied upon for the claim nor for the defence"*³⁶. Finally, the relationship between the parties was also *"governed by the company law of Hong Kong as well as the articles of the Company arising simply from the fact that they were shareholders in the Company"*³⁷.

Hence, without analyzing further facts related to the drafting phase of the Shareholders Agreement, and even considering the approach taken by the English House of Lords in *Fiona Trust and Holding Corporation v. Privalov* [2007] UKHL 40, – one of the best known decisions in English arbitration case law, where the strong presumption that commercial parties intend all disputes to be determined in a single forum was established – it would be difficult, pursuant to the rules of interpretation, to defend that the arbitration agreement extends to disputes outside the scope of the Shareholders Agreement.

On a different note, as mentioned in this case concerning the Hong Kong law, Portuguese law also foresees directors' fiduciary duties. These fiduciary duties include the duty of management, administration, loyalty, diligence and care, as set out in Article 64 of the Portuguese Companies Code³⁸. The duties of directors are guided by the fiduciary relationship that the management of assets and interests of the social legal entity implies and can be unfold into two fundamental duties: (i) the duty of care and (ii) the duty of loyalty. The duty of care consists of the obligation of directors to diligently fulfil the obligations derived from their mission, as well as the prescriptions and impositions that affect the company's activity, whilst the duty of loyalty binds directors, in the exercise of their duties, to consider and act in the interest of the company³⁹. Therefore, questions can also arise as to whether disputes related to such duties fall within the scope of an arbitration agreement or they should be considered statutory claims⁴⁰.

Similarly, in this regard, one may also raise further questions as to (i) whether shareholders are entitled to claim the breach of shareholders' obligations related to misconduct of directors appointed in accordance with the shareholders agreement, (ii) whether a claim framed as arising under a shareholders agreement may be exclusively considered a statutory claim for director misconduct entirely detached from the shareholder agreement, or (iii) how should courts/ tribunals qualify these issues: as jurisdictional challenges or objections to the merits of the claims?⁴¹ One thing cannot be more certain: shareholders disputes are generally very complex, as long as they are frequently founded on multiple and distinct causes⁴².

5.3. Abuse of the right of action: in particular, the possibility of a configuration of abuse in the modality of *supressio* under Portuguese law

If this case were decided under Portuguese law, Moravia could also consider invoking the abuse of the lawsuit as a result of its tacit renunciation of action (*Supressio*) bearing in mind that DHE filed the petition five years after the unlawful facts have taken place⁴³. The abuse

32 Cfr. Evaristo Mendes/ Fernando Sá, *Anotação ao artigo 236.º*, in *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Portuguesa, p. 540.

33 Antunes Varela/Pires de Lima, *Anotação ao artigo 236.º do Código Civil*, in *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, 1982, p. 222, also Maria Raquel Rei, *Anotação ao artigo 236.º do Código Civil*, in *Código Civil Comentado, Parte Geral* (coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 694-695.

34 Cfr. Paragraph § 39 of this Decision.

35 Cfr. Paragraph § 41 of this Decision.

36 Cfr. Paragraph § 41 of this Decision.

37 Cfr. Paragraph § 40 of this Decision.

38 Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2018, p. 236 and ss, Pedro Caetano Nunes, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2018, p. 441-467, and Hugo Moredo Santos/Orlando Vogler Guiné, *Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro)*, RDS V (2013), p. 693-702.

39 Cfr. Ricardo Costa/Gabriela Figueiredo Dias, *Anotação ao artigo 64.º*, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, 2.ª Ed., 2017, p. 772-787.

40 See Pacôme Ziegler, *The Jurisdiction of Arbitral Tribunals to Hear Statutory Claims*, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2019, Issue 1, p. 67-70.

41 Cfr. Pacôme Ziegler, *The Jurisdiction of Arbitral Tribunals to Hear Statutory Claims*, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2019, Issue 1, p. 67.

42 Cfr. R. Huang, 'Shareholder Disputes: Arbitrator's Power to Grant Statutory Oppression Remedy' (2010) Volume No. 36 The Advocates Quarterly, 457, at p. 460 and Rute Alves/Maria Berta Jerónimo, *De Singapura a Portugal: Caminho Social e Parassocial*, Questões e considerações preliminares, in *Revista PLMJ Arbitragem*, n.º 3, AAFDL, 2019, pp. 112-120.

43 Cfr. Paragraphs § 14 and 18 of this Decision.

of rights - Art. 334 of the Portuguese Civil Code - in the form of *supressio* takes place over a significant period of time which is likely to create in the counterpart the legitimate expectation that the right will no longer be exercised⁴⁴, and the exercise of the right of action, or any other procedural right, is subject to the limits imposed by the prohibition of abuse of rights and is subject to the principle of good faith⁴⁵.

In the Portuguese legal system, *supressio* "covers typical manifestations of abuse of rights in which a legal position which has not been exercised, in certain circumstances and for a certain period of time, can no longer be exercised because it would otherwise be contrary to good faith"⁴⁶ and manifests itself "when the holder of the right has allowed himself to fall into a long inertia without the exercise of the right, capable of creating in the counterpart the well-founded conviction that the right will no longer be exercised"⁴⁷.

Supressio (suppression) is a form of guardianship of the beneficiary, confident in the inaction of other entity. The requirements that must be met in order to be in a situation of abuse of the right of action in its modality of *supressio* can be drawn as follows: (i) a prolonged non-exercise of the right⁴⁸ which (ii) causes a situation of trust; (iii) a justification for that trust⁴⁹; (iii) an investment of trust; and finally, (iv) an imputation of trust to the non-exerciser⁵⁰.

Regarding the delay in bringing the action, the Lisbon Court of Appeal decided that "it constitutes an abuse of rights to wait six years before filing an action: stating that there has been an unreasonable increase in the benefit"⁵¹. In the Hong Kong case under analysis, DHE filed the lawsuit only after five years, which means that the first condition of the *supressio* - a long period of inaction by DHE in the exercise of its right - would be considered verified.

Nevertheless, from the analysis of the events contained in the decision of the High Court of Hong Kong, it is not possible to infer that DHE's action led to Moravia having generated trust, as per the aforementioned criterion.

5.4. Other relevant topics to consider: parties' intention, drafting phase, Kompetenz-kompetenz

The High Court of Hong Kong did not address the criteria/standards used to construe the scope of the arbitration agreement⁵². Instead, the approach was to directly analyse DHE's petition and Moravia's defence, concluding that the dispute was not covered by the scope of the arbitration clause. The court made no further considerations as to the interpretation of the actual intention of the parties other than that the parties could have specified the matters they intended to arbitrate, including any disputes concerning unfair prejudice, i.e., matters related to breaches of the articles of association, exclusion of shareholders from the management of the company, despite earlier agreements to the contrary, devaluation of the value of the shareholding, excessive awards of director's pay, serious mismanagement of the company, among others.

In light of this, there are two suggestions that may be drawn: first, at the drafting stage, parties should discuss whether a broader coverage would be appropriate, therefore including the specification of corporate affairs covered by the arbitration clause; second, parties may also consider expanding the arbitration clause itself by expanding the substance of the shareholders agreement (within the limits imposed by the applicable company law). This approach would allow the parties to cover certain matters of corporate governance, such as the fiduciary duties⁵³.

44 Cfr. Judgement by the Oporto Appeal Court, 13 June 2019 (PAULO DIAS DA SILVA), Proc. 1411/18.0T8GDM.P1, available at dgsi.pt.

45 Cfr. Pedro Albuquerque, *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso do Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*, Almedina, 2006, p. 78.

46 Cfr. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 1984, p. 797, António Menezes Cordeiro, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "in Agendo"*, 3.ª Ed., Almedina, 2016, p. 112.

47 Cfr. Judgement by the Supreme Court of Justice, 7 June 2001, (Ferreira de Almeida), Proc. 01B1334, available at dgsi.pt.

48 The *quantum* of non-exercise will be determined by the circumstances of the case: that which is necessary to convince the average person, placed in the real person, that there will no longer be any exercise of that right. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "in Agendo"*, 3.ª Ed., Almedina, 2016, p. 114.

49 According to Supreme Court of Justice the claim of simple non-exercise of the right and the course of time are not sufficient for the *supressio* to produce its effects, the justified/legitimate situation of confidence of the other party is also required. Cfr. Judgement by the Supreme Court of Justice, 11 December 2013, (Fernandes da Silva), Proc. 629/10.9TTBRG.P2.S1, available at dgsi.pt.

50 Cfr. António Menezes Cordeiro, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "in Agendo"*, 3.ª Ed., Almedina, 2016, p. 114 and António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. V, 3.ª Ed., Almedina, 2018, p. 360-361.

51 Cfr. Judgement by the Lisbon Court of Appeal, 16 January 2001, (Mário Rua Dias), CJ XXVI (2001) 1, 81-94 (84).

52 Cfr. 'Chapter 9: Interpretation of International Arbitration Agreements', in Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) pp. 1320-1321.

53 Cfr. Martin Kwan, 'Is The Scope Of Arbitration Agreement In Shareholders' Agreement Wide Enough? Lessons On Drafting From A Hong Kong Case', Kluwer Arbitration Blog, July 13 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/13/is-the-scope-of-arbitration-agreement-in-shareholders-agreement-wide-enough-lessons-on-drafting-from-a-hong-kong-case/>; See also Swanson v. Mitchell Bay Properties Ltd., 2002 BCSC 1434 available at <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2002/2002bcsc1434/2002bcsc1434.html?searchUrlHash=AAAAAQAmU3dhbnNvb2LiBnARjaGVsbCBCYXkgUHJvcGVydGllcyBMDGQAAAAAQ&resultIndex=1>

Finally, one may also underline that the case under analysis did not make any reference to the principle of Kompetenz-kompetenz⁵⁴. Indeed, the High Court of Hong Kong did not even consider that the issue of jurisdiction and the scope of the arbitration clause in circumstances where it is arguable that the dispute falls within the terms of the arbitration agreement are for the arbitrator to determine.

6. Conclusion

This commentary intended to draw the attention of the arbitral community to the issues of interpretation of arbitration agreements in shareholders agreements.

In brief note, we intended to emphasize that if it is true that arbitration agreements are all “creatures of contract”⁵⁵ with everything that this entails in terms of contractual interpretation, this complexity increases when they are inserted in shareholders agreements. Disputes between shareholders based on shareholders’ agreements may give rise to specific doubts of interpretation related to the potential overlap between contractual and statutory claims.

Despite referring to the pro-arbitration approach in international arbitration and the evolution of interpretation criteria based on Fiona case, the High Court of Hong Kong’s decision focused on the wording of the arbitration agreement and the content of the shareholders agreement, without analysing other issues that, in our opinion, were also relevant. Among these issues are: (i) the question whether – according to the kompetenz-kompetenz – the judicial court should have decided that it was for the arbitral tribunal to determine its own jurisdiction; (ii) whether, despite five years having elapsed since the facts, the Petitioner would still be entitled to bring the action without violating the Respondent’s rights / expectations; (iii) which concrete standard was used to construe the arbitration clause and, finally, (iv) whether the decision on the DHE’s claim would be covered by the shareholders agreement or not goes to the merits of the dispute.

Finally, the authors hope to have underlined the attention that is necessary when drafting arbitration clauses in shareholders agreements.

⁵⁴ According to the principle of Kompetenz-kompetenz the arbitration court is competent to decide on its own jurisdiction. The arbitration court is recognized as competent to decide on its own jurisdiction. This is the positive aspect of the principle of Kompetenz-kompetenz. Cfr. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução de Litígios*, Almedina, 2018, p. 183.

In this sense the Kompetenz-Kompetenz principle is, together with the rule of autonomy or separability of the arbitration agreement, one of the guiding principles in arbitration, both at national and international level. Cfr. António P. Pinto Monteiro, Artur Flaminio da Silva, Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p.187, 188, 189.

⁵⁵ Cfr. ‘Chapter 9: Interpretation of International Arbitration Agreements’, in Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) pp. 1317-1318.

REFLEXÕES SOBRE A ARBITRABILIDADE DA VALIDADE DE PATENTES

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO
DE LISBOA, DE 4 DE JUNHO DE 2019
(PROC. N.º 649/19.8YRLSB.L1-7)

Joaquim Shearman de Macedo

Co-coordenador da área de Resolução
de Litígios da PLMJ
Pós-Graduação em Arbitragem Interna
e Internacional (Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa)

Jeice Filipe

Mestranda em International Financial
& Commercial Law (King's College London);
Advogada-estagiária PLMJ Resolução de Litígios

Resumo:

1. Dos Factos

A., sociedade de direito norte-americano, detentora da patente europeia EP 9154894 e do Certificado Complementar de proteção n.º 202 ("CPP"), relativos ao medicamento TRUVADA, intentou um procedimento arbitral contra B., sociedade de direito dinamarquês e C., sociedade de direito português, com vista a impedir a comercialização de um medicamento genérico que, segundo a sua alegação, tinha a mesma composição que o medicamento alegadamente protegido pela patente detida pela A..

No âmbito do mesmo processo, A. requereu também a adoção de providências cautelares com vista a impedir a oferta, fornecimento, importação, fabricação, armazenamento e comercialização do produto em questão pela B. provisoriamente e até decisão final no procedimento arbitral. A. pediu também que se decretasse a fixação de uma sanção pecuniária a ser paga por B. por cada dia de atraso no cumprimento das ordens cautelar que viessem a ser emitidas.

As demandadas contestaram a ação arbitral e deduziram oposição ao procedimento cautelar. *Inter alia*, as demandadas invocaram a exceção da invalidade do CCP como fundamento da sua defesa.

O tribunal arbitral em questão proferiu: (i) Despacho, no qual declarou a sua competência para apreciar e conhecer da exceção de invalidade do CCP; e (ii) Acórdão Intercalar, no qual absolveu as demandadas dos referidos pedidos requeridos pela A.

Inconformada com o sentido do Despacho e Acórdão Intercalar proferidos pelo tribunal arbitral, A. interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

2. Entendimento do Tribunal sobre a exceção de invalidade

A presente anotação vai debruçar-se apenas sobre o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa quanto à competência do tribunal arbitral para apreciar a validade do CPP em apreço. A este respeito, a Relação de Lisboa decidiu que o tribunal arbitral tinha competência para aferir as questões sobre as quais decidiu, julgando totalmente improcedente o recurso em apreço e, por conseguinte, confirmando as duas decisões arbitrais recorridas.

Anotação

1. Introdução

A questão da admissibilidade da invocação da exceção de invalidade dos direitos de propriedade industrial nas arbitragens necessárias ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro provocou intensos e apaixonados debates na doutrina e na jurisprudência. O acórdão em comentário vem, de uma certa forma, colocar um ponto final nessas querelas, não apenas em apreço debate as questões constitucionais em discussão e opção feita, mas pelo reconhecimento da natureza interpretativa da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro à referida Lei n.º 62/2011.

Assim, em comentário, iremos refletir acerca da competência do tribunal arbitral para conhecer da validade de direitos de propriedade intelectual e também sobre a inconstitucionalidade da restrição aos meios de defesa outorgados aos demandados ao abrigo da antiga redação da Lei n.º 62/2011, sobre a natureza interpretativa da alteração legislativa e por último, apresentamos breves considerações finais¹.

¹ O comentário segue de perto também as considerações tecidas por um tribunal arbitral *ad hoc* constituído ao abrigo da Lei n.º 62/2011 em acórdão interlocutório por este proferido, composto pelo Dr. Lino Torgal, que presidiu, pelo Dr. Bernardo Castro Caldas e pelo autor Joaquim Shearman de Macedo, ambos co árbitros.

2. Da competência do tribunal arbitral para conhecer da validade de direitos de propriedade intelectual

O acórdão em comentário abordou e decidiu a questão de saber se os tribunais arbitrais constituídos para dirimir litígios “*emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na aceção da alínea ii) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, e medicamentos genéricos*”² podem apreciar e conhecer factos relativos à validade do CCP invocado pela demandante, mais especificamente factos que possam culminar no reconhecimento de vícios do título de propriedade intelectual e, por conseguinte, absolver as entidades demandadas, com meros efeitos *inter partes*.³

Esta questão surgiu em conexão com o carácter público dos títulos de propriedade industrial, que são emitidos pelas autoridades competentes e concedem aos titulares um monopólio ou um direito exclusivo relativo à respetiva propriedade (sendo assim oponíveis contra qualquer pessoa física ou moral), ainda que de forma temporária, como é o caso das patentes e dos certificados complementares de proteção.⁴

A partir do momento em que a Lei n.º 62/2011 introduziu um regime de arbitragem necessária entre os titulares dos direitos de propriedade industrial relativos a medicamentos, usualmente referidos como originadores, e os comercializadores de medicamentos genéricos, surgiu a dúvida de se saber se a validade dos títulos de propriedade industrial pode ou não ser colocada em crise e aferida por um tribunal arbitral, mesmo que apenas com efeitos entre as partes do processo.

As posições em confronto são conhecidas. A tese *negacionista* entende que o tribunal arbitral não tem competência para aferir a exceção de invalidade de patentes. Em síntese, sustentam os autores proponentes deste posicionamento que o direito da patente ou do CCP é um direito absoluto, oponível *erga omnes* e que tem por conteúdo um direito

exclusivo de exploração económica da invenção. Se o ato público de atribuição desse direito for inválido, por falta de capacidade inventiva, por descrição insuficiente ou por qualquer outra causa de nulidade, a correspondente declaração de nulidade deverá ser feita com eficácia geral, uma vez que a nulidade dos direitos de propriedade industrial é uma questão de interesse público económico (concorrencial), cfr. artigo 34.º, n.º 1 do CPI que prevê que a declaração de nulidade ou a anulação de patentes, só pode resultar de decisão judicial. Uma decisão de invalidade sem eficácia geral, como aquela que poderia ser tomada ante a invocação de uma exceção de invalidade em sede de um litígio arbitral *ex vi* Lei n.º 62/2011, teria um efeito de distorção da concorrência. Se a atribuição da patente conduz a uma limitação da iniciativa privada, da concorrência, qualquer decisão sobre a sua invalidade que não abranja todos os operadores económicos viola a igualdade concorrencial colocando em vantagem o autor da defesa de exceção, como que lhe outorgando, em conjunto com o titular do direito de propriedade industrial, um monopólio partilhado.

Como afirma César Bessa Monteiro, “as matérias que envolvam a titularidade ou validade de um direito de Propriedade Industrial não podem ser submetidas a arbitragem, nomeadamente porque nenhuma decisão arbitral poderia ser exequível *erga omnes*. Pode dizer-se que as matérias relativas à titularidade de um direito de propriedade industrial ou à sua validade não dizem respeito exclusivamente às partes interessadas, mas em muitos casos, estão também envolvidos terceiros e ainda interesses públicos, como é o caso, por exemplo, da protecção do consumidor. Além disso, o registo tem como finalidade alertar terceiros para a titularidade do direito e por isso mesmo qualquer decisão que implique a alteração do mesmo deveria, consequentemente, ser emitida somente por uma autoridade pública.”⁵ O mesmo defendem Evaristo Mendes⁶ e Manuel Oehen Mendes⁷.

O acórdão em comentário destaca também a corrente jurisprudencial maioritária que se pronunciou neste sentido, no sentido da defesa da tese negacionista, referindo os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.02.2014

² Art. 2.º da Lei n.º 62/2011.

³ Como bem resume Remédio Marques, coloca-se a questão de saber se os referidos tribunais arbitrais “podem apreciar e conhecer certos factos impeditivos da condenação peticionada pelo demandante alegados pelo demandado, a fim de, se for caso disso, absolverem este último (total ou parcialmente) do precípuo pedido condenatório de abstenção de introdução do medicamento genérico no mercado enquanto a patente ou o certificado complementar de proteção (CPP) que atinge o medicamento de referência produzirem efeitos.” (João Remédio Marques, “A arbitralidade da exceção de invalidade de patente no quadro da Lei n.º 62/2011 – Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa, de 13 de fevereiro de 2014 (proc. n.º 1053/13.7YRLSB-2)” in Revista de Direito Intelectual, n.º 2, 2014, p. 215).

⁴ Cit. 5.

⁵ *Apud.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16.11.2016 (Proc. 1053-16.5YRLSB.L1-2) disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁶ “A defesa por exceção não é a melhor forma de defender o interesse público na eliminação de exclusivos/monopólios injustificados; a ação de nulidade - com possível «legitimidade aberta» e intervenção de todos os interessados, incluindo o MP e a entidade cujo ato é contestado (no caso, o INPI), e com decisão eficaz *erga omnes* - é, pois, a via preferível”. (Evaristo Mendes, *Arbitragem necessária. Invalidade de patente, direito a uma tutela jurisdicional efetiva e questões conexas. Nota de jurisprudência*, disponível em [http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Patentes_de_medicamentos_\(PI3\)_Net.htm](http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Patentes_de_medicamentos_(PI3)_Net.htm)).

⁷ “Contudo, face à natureza não estadual da arbitragem e à disposição expressa do artº 35º, 1 CPI, a eventual «constatação» da invalidade de uma patente por um tribunal arbitral não poderia constituir *res judicata* para o titular da patente, em relação a terceiros que não tivessem intervindo nessa arbitragem, obrigando apenas as partes envolvidas e não podendo ser averbada no INPI (que, no entanto, publicará a decisão no BPI, nos termos do nº 6 do artº 3 da Lei nº 62/2011).” (Manuel Oehen Mendes, “Breves considerações sobre a incompetência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade das patentes e dos certificados complementares de proteção para medicamentos” in Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, 2014, Almedina, coord. por Dário Moura Vicente, et. al. pp. 928-929).

(Jorge Leal), Proc. 1053/13.7YRLSB-2, de 13.01.2015 (Rosa Ribeiro Coelho), Proc. 1356/13.0YRLSB.L1-7, de 21.05.2015 (Tomé Ramião), Proc. 1465/14.9YRLSB-6, de 04.02.2016 (Sacarrão Martins), Proc. 138/15.0YRLSB.L1-8, de 16.11.2016 (Maria José Mouro), Proc. 1053/16.5YRLSB.L1-2, de 21.06.2018 (Jorge Leal), Proc. 227/18.9YRLSB.L1-2 e de 07.02.2019 (Gabriela Cunha Rodrigues), Proc. 2552/18.0YRLSB.L1-2, de 02.05.2019 (Manuel Rodrigues), Proc. 1956/18.2YRLSB-6 e os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23.06.2016 (Lopes do Rego), Proc. 1248/14.6YRLSB.S1, de 14.12.2016 (Lopes do Rego), Proc. 1248/14.6YRLSB.S1, de 22.03.2018 (Fernanda Isabel Pereira), Proc. 1053/16.5YRLSB.S1.S1 e de 12.02.2019 (Henrique Araújo), Proc. 861/16.1YRLSB.L1.S1. Muito consciente das teses em confronto e da delicadeza do tema, que implicava a restrição parcial dos direitos de defesa da parte demandada, a referida corrente jurisprudencial entendia ainda assim que *“a tese que melhor se adequa aos fins e aos interesses em confronto, segundo os elementos de interpretação da lei que devem prevalecer (artigo 9.º do CC), será a que sustenta a inadmissibilidade do conhecimento pelo tribunal arbitral necessário da validade da patente em termos meramente incidentais, por via da exceção, ainda que com efeitos inter partes”* (cfr. ponto V do sumário do referido Acórdão de 22.03.2018 do Supremo Tribunal de Justiça).

A tese oposta, *tese ampliativa*, opõe-se à antecedente. Para esta corrente doutrinária e jurisprudencial, o conhecimento pelo tribunal arbitral da exceção de invalidade da patente, com efeitos *inter partes* é imperativo decorrente dos princípios estruturantes do direito processual e nos imperativos constitucionais do direito ao contraditório e do direito de defesa.

Os argumentos essenciais desta corrente encontram igualmente alicerces na lei. Desde logo a regra ínsita no artigo 91.º do Código de Processo Civil, ao abrigo da qual *o tribunal competente para a ação é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem e das questões que o réu suscite como meio de defesa* e o princípio da proibição da indefesa, consagrado no artigo 20.º da Constituição⁸. Entendem os defensores da tese ampliativa que o tribunal arbitral necessário constituído ao abrigo da Lei n.º 62/2011, sendo competente para apreciar a existência de direitos de propriedade industrial incompatíveis com a comercialização de medicamentos genéricos, serão competentes para apreciar a defesa apresentada por esses comercializadores que assente na invocação da invalidade dos direitos da propriedade

industrial invocados contra eles ao abrigo do direito ao contraditório e da proibição da indefesa.

A incompetência do tribunal arbitral necessário para conhecer da nulidade da patente impossibilita a utilização, nessa ação arbitral, de uma via de defesa pela parte demandada e, do ponto de vista constitucional, essa impossibilidade constitui uma restrição do direito fundamental de defesa em tribunal (cfr. artigo 20.º da Constituição).

Na doutrina, a tese ampliativa foi defendida, nomeadamente, por Dário Moura Vicente⁹, Remédio Marques¹⁰ e José Alberto Vieira¹¹. Porém, como nota o acórdão em comentário, a corrente ampliativa teve acolhimento jurisprudencial claramente minoritário. São exemplos o acórdão da Relação de Lisboa de 13.01.2015 (Rosa Ribeiro Coelho) Proc. 1356/13.0YRLSB.L1.7 e de 05.07.2018 (Mª de Deus Correia), Proc. 582/18.0YRLSB-6. Mas a esta parca jurisprudência ordinária dos tribunais superiores, em apelo da tese ampliativa veio juntar-se a opinião do Tribunal Constitucional, tirada no acórdão n.º 251/2017 (Maria de Fátima Mata-Mouros) e depois reiterada na decisão sumária n.º 160/2018, de 8 de março, ambos em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. O Tribunal Constitucional entendeu que, em face dos interesses em confronto e dos meios processuais à disposição do demandado para obter a tutela jurisdicional efetiva do seu (alegado) direito, não admitir a defesa por exceção criaria *dificuldades excessivas e materialmente injustificadas* ao direito de defesa, concluindo pela inconstitucionalidade da norma interpretativamente extraível do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro e artigos 35.º, n.º 1 e 101.º, n.º 2, do Código da Propriedade Industrial, ao estabelecer que, em sede de arbitragem necessária instaurada ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, a parte não se pode defender, por exceção, mediante invocação da invalidade da patente, com meros efeitos *inter partes*.¹²

Pela nossa parte, propendemos decididamente para a *tese ampliativa*. Sem embargo de reconhecer que existe uma razão forte contra a eficácia *inter partes* das decisões arbitrais em matéria de validade de patentes, a qual diz respeito à inoponibilidade *erga omnes* das decisões arbitrais ainda assim entendemos que este facto não deverá ser impeditivo de um tribunal arbitral vir a reconhecer a eventual (in)validade da patente a título incidental e, por conseguinte, julgar o direito alegado pela demandante como (in)oponível às partes litigantes. Os princípios da proibição da indefesa e do contraditório estão em jogo, como sustenta a tese ampliativa. Repescando duas definições da nossa jurisprudência, “[o] princípio da proibição da indefesa concretiza-se, fundamentalmente, na garantia de que a todo aquele que seja interpelado para

8 Cf. Acórdão do STJ, de 14.12.2016, em que foi Relator o Conselheiro Lopes do Rego, §6.

9 Dário Moura Vicente, “O Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (Lei n.º 62/2011)” in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, IV, 2012.

10 Cit. 3.

11 José Alberto Vieira, “A Competência do Tribunal Arbitral Necessário para Apreciar a Exceção de Invalidade de Patente Registrada. Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de janeiro de 2015” in Revista de Direito Intelectual, n.º 2, 2015.

12 cfr. Acórdão n.º 251/2017 do Tribunal Constitucional, pontos 21 e segs.

*aquiescer à pretensão de outrem seja dada a possibilidade de discutir a validade dessa pretensão perante um juiz.”*¹³

E o princípio do contraditório, “(…), *decorrência natural do princípio da igualdade das partes, consagrado no art. 4.º, na medida em que garante a igualdade das mesmas ao nível da possibilidade de pronúncia sobre os elementos suscetíveis de influenciar a decisão*”¹⁴. Como não considerar que são justamente estas duas dimensões as mais atingidas pela negação do direito à invocação da exceção de invalidade?

Em crítica da tese negacionista, entendemos também que não procede o argumento de que a apreciação da validade de patentes por tribunais arbitrais poderia resultar numa extra-polação dos seus poderes, porquanto não se pretende, por via de arbitragem, declarar a nulidade da patente¹⁵, mas sim conceder ao demandante um meio de defesa. Neste sentido, como sustenta Remédio Marques, “[o] *tribunal apenas aprecia uma circunstância impeditiva do direito invocado pelo autor (v.g. a falta de actividade inventiva), tornando, se a excepção for julgada procedente, a patente não oponível ao réu.*”¹⁶

Também consideramos que não resulta do artigo 34º, nº 1 do Código da Propriedade Intelectual - o qual estatui que a declaração de nulidade ou a anulação de patentes e de certificados complementares de proteção dependem de decisão judicial - que um tribunal arbitral não possa conhecer da legitimidade de uma patente ou de um certificado complementar de proteção, até pela equiparação constitucional entre tribunais judiciais e arbitrais, o denominado *princípio constitucional de paridade* entre tribunais judiciais e tribunais arbitrais¹⁷.

Mas o debate aceso entre estas duas correntes iria ainda conhecer uma alteração de fundo, que veio jogar a favor da segunda tese, no sentido de reconhecer a competência arbitral. Tratou-se da alteração legislativa introduzida à Lei n.º 62/2011 pelo Decreto-Lei n.º 110/2018.

3. A alteração da Lei n.º 62/2011 e considerações finais

O Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, pôs termo ao regime de arbitragem necessária vigente e retomou a competência dos tribunais judiciais para dirimir questões que viessem a surgir, mantendo o regime da ação especial da Lei n.º 62/2011. No entanto, não deixou de prever que esses litígios podem ser arbitráveis, em sede de arbitragem voluntária, expressamente consignando, no atual n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 62/2011¹⁸, que “[n] *o processo arbitral pode ser invocada e reconhecida a invalidade da patente com meros efeitos inter partes.*”

O Decreto-Lei n.º 110/2018 foi aprovado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 65/2018, de 30 de novembro. No entanto, o processo legislativo da referida autorização legislativa reflete que a proposta submetida pelo Governo à Assembleia da República em 15.5.2018¹⁹ que lhe deu origem não continha o embrião do atual artigo 3.º, n.º 3 da Lei 62/2011, ou seja não estava equacionada esta possibilidade de serem apreciadas em tribunal arbitral exceções consistentes na invalidade de patentes, pese embora com meros efeitos *inter partes*. Os trabalhos preparatórios refletem que foi ouvida, entre outros, a APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual, que emitiu parecer da coautoria de Dário Moura Vicente, João Paulo Remédio Marques, Alberto Ribeiro de Almeida, Maria Miguel Carvalho e Ana Pereira da Silva, que propôs fosse aditado à *proposta*, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional firmada no acórdão n.º 251/2017, a competência dos tribunais arbitrais para conhecerem, por via de exceção e com eficácia meramente *inter partes*, a validade de títulos da propriedade industrial. Em sentido idêntico se pronunciou a Associação Portuguesa de Medicamentos Genéricos e Similares em 15.9.2017. Na votação na especialidade, o Grupo Parlamentar do PS formulou proposta de alteração que refletia o conteúdo destes pareceres, prevendo a referida possibilidade de ser invocada e conhecida a invalidade das patentes pelos tribunais arbitrais.

¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06.12.2011 (Proc. 447/10.4TBLSB-A.L1-1), disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19.04.2018 (Proc. 533/04.OTMBRG-K.G1), disponível em <https://www.dgsi.pt/>.

¹⁵ “O réu de uma acção de infração de patente (ou PP) não invoca e não pede naturalmente (isto, bem entendido, nos tribunais estaduais) a declaração de nulidade do registo, por via de excepção peremptória, como causa impeditiva; invoca, isso sim, vícios do próprio direito registado”. (João Paulo Remédio Marques, “A arbitralidade da excepção de invalidade de patente no quadro da Lei n.º 62/2011 – Anotação ao acórdão da Relação de Lisboa, de 13 de fevereiro de 2014 (proc. n.º 1053.13/7YRLSB-2)” in Revista do Direito Intelectual, n.º 2, 2014, p. 233).

¹⁶ Ibid, p. 237.

¹⁷ José Alberto Vieira, “A Competência de Tribunal Arbitral Necessário para Apreciar a Excepção de Invalidade de Patente Registada. Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de janeiro de 2015” in Revista de Direito Intelectual, n.º 2, 2015, p. 198.

¹⁸ Alterado pelo artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 110/2018.

¹⁹ Proposta de lei n.º 132/XIII, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42628>.

Pode pensar-se que esta alteração resolve a questão, mas a verdade é que o caso dirimido no acórdão respeitava à Lei n.º 62/2011 antes da referida alteração, enquanto ainda se previa no diploma a arbitragem necessária destes litígios. Assim, surgiu a dúvida, que o acórdão em comentário teve de resolver: saber se esta disposição é também uma norma interpretativa, capaz de solucionar a *vexata questio* para o passado.

O acórdão em comentário entendeu que sim, na esteira do Acórdão do STJ, de 14.3.2019 (Nuno Pinto Oliveira), que a fórmula final consagrada na alteração da lei teve também (ou mesmo sobretudo) um propósito de assegurar a paz e a segurança jurídicas e acolher a jurisprudência do Tribunal Constitucional, dando uma diretriz ao aplicador da lei no sentido de reconhecer ao tribunal arbitral

a competência para apreciar a exceção da invalidade do título com meros efeitos *inter partes*.

Cremos, também nós, que o diferendo doutrinal e jurisprudencial terminou e foi definitivamente resolvido, apesar de existirem ainda algumas vozes dissonantes²⁰. Em qualquer caso, a verdade é o problema perdeu acuidade, fruto do sentido essencial da alteração legislativa que foi o de colocar fim à *arbitragem necessária de medicamentos e reprimir a competência dos tribunais estaduais. Em que medida essa foi uma decisão acertada e contribuirá para a resolução célere de disputas que previnem a entrada no mercado de medicamentos genéricos*²¹, com as inerentes substanciais poupanças para o orçamento do Estado é que não se sabe. Aguardemos os números.

20 Cf. Evaristo Mendes, que entende que "(...) o regime instituído vale para a «nova» arbitragem voluntária. Relativamente às ações arbitrais necessárias em curso, incluindo recursos, a situação não se alterou" (cf. O fim da arbitragem necessária em matéria de patentes farmacêuticas. Velhos e novos problemas, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 78, julho-dezembro 2018, p. 663).

21 Evaristo Mendes relata que "em julho de 2009, a Comissão Europeia aprovou e fez publicar o Relatório Final sobre um Inquérito ao Setor Farmacêutico, no qual se concluiu, *inter alia*, que as empresas farmacêuticas titulares de patentes e CCP tendiam muitas vezes a prolongar artificialmente os respetivos exclusivos, criando obstáculos à entrada dos medicamentos genéricos logo que terminado o direito privativo. Com duas consequências negativas: a restrição artificial e ilegítima à concorrência; e a oneração dos orçamentos dos EM." (Evaristo Mendes, "A revisão do CPI (2018). O «novo» modelo de arbitragem e medicamentos genéricos", disponível em http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_O_novo_modelo_de_arbitragem_e_medicamentos_genericos.htm).

ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA COM EXCLUSÃO DE ACIONISTA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SÃO PAULO (BRASIL),
DE 27 DE AGOSTO DE 2019

Camila Pinto de Lima

Consultora Sênior PLMJ

Betyna Jaques

Associada PLMJ

**Apelação Cível n.º: 1004882-
52.2018.8.26.0100 (SP/Brasil)
("Acórdão TJSP")¹**

Relator: Grava Brazil

Sumário:

Apelação – Ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada, com exclusão da acionista minoritária – Sentença que rejeitou a impugnação ao valor da causa, acolheu preliminar de convenção de arbitragem e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VII, do CPC – Inconformismo das partes.

Preliminar de existência de convenção de arbitragem Não acolhimento que se impunha Demanda cujo objeto é a dissolução parcial da sociedade Matéria não passível de disciplina em acordo de acionistas, em que inserta a cláusula compromissória suscitada Inexistência de cláusula compromissória no estatuto social Consequente inexistência de convenção de arbitragem que abranja a matéria objeto da demanda, aferível em mero exame perfunctório ("prima facie") Exceção ao princípio competência-competência Doutrina e jurisprudência do C. STJ Sentença reformada para rejeitar a preliminar e afastar a extinção do processo sem resolução do mérito.

Pedido de julgamento do mérito da demanda por este Tribunal, com fulcro no art. 1.013, § 3º, I, do CPC Feito maduro para julgamento.

Mérito Sociedade anônima fechada - Possibilidade jurídica do pedido de dissolução parcial fundado na impossibilidade de preenchimento do fim social Entendimento que já se havia firmado na jurisprudência e que restou pacificado com a entrada em vigor do CPC/15, que prevê expressamente essa hipótese Impossibilidade de preenchimento do fim social que está inequivocamente comprovada no caso, e que justificaria, inclusive, a dissolução total Peculiaridades do caso concreto que justificam, excepcionalmente, a dispensa do exame do cometimento de eventual falta grave pela ré, autorizando a exclusão da acionista que, há anos, não demonstra interesse em prosseguir na sociedade, e mantendo-a com a acionista que manifestou interesse na preservação Manutenção do statu quo que se mostra inconcebível no caso Decretação da dissolução parcial, com exclusão da ré, devendo-se proceder à apuração de eventuais haveres em liquidação de sentença.

Pedido condenatório para que, como consequência da dissolução parcial, fossem apurados em liquidação os ativos e passivos da companhia, condenando-se a ré ao

pagamento dos passivos, na proporção de sua participação acionária, caso superem os ativos Não acolhimento Sociedade anônima Responsabilidade dos sócios limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas Pedido indenizatório que não foi formulado Aparente tentativa da controladora, ao formular tal pedido, de obter, por via oblíqua, tutela indenizatória requerida e rechaçada em arbitragem anterior iniciada em face da ré e de seus sócios, com fulcro em contrato de compra de ações e no acordo de acionistas, bem como de recuperar parte do capital injetado na companhia, cujo passivo é, em grande parte, composto por dívidas de mútuos que lhe foram feitos pela controladora Inadmissibilidade de conduta processual deste jaez.

Impugnação ao valor da causa Acolhimento - Valor da causa fixado em montante irrisório - Circunstâncias do caso concreto que demonstram que o proveito econômico buscado com a demanda era mensurável quando do ajuizamento, sendo, inclusive, muito superior ao valor nominal da participação proporcional da ré no capital social Pretensão recursal que foi, contudo, limitada a este último valor, justificando-se sua adoção no caso Partes que deverão recolher as diferenças devidas a título de custas iniciais e preparo recursal, sob pena de inscrição na dívida ativa estadual.

Tutela provisória anteriormente deferida para constituir e restabelecer administradora judicial para a sociedade cuja dissolução parcial foi decretada que não mais se justifica Revogação.

Resultado: sentença reformada – Provido em parte o recurso das autoras, revogada a tutela provisória anteriormente deferida, e provido o recurso da ré.

Resumo:

Acórdão proferido no recurso de apelação cível, através do qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ("TJSP") julgou inexistente uma convenção de arbitragem relativamente ao objeto da ação, i.e., a dissolução parcial da sociedade, revertendo a decisão de primeiro grau que havia admitido preliminar de convenção de arbitragem e extinguido a ação, sem resolução do mérito da causa. Mais, foi decretada a dissolução parcial de GPAT S.A. Propaganda e Publicidade ("GPAT" ou "Sociedade"), com exclusão do acionista minoritário e posterior determinação dos valores a pagar em fase de liquidação de sentença, além de acolher a impugnação ao valor da causa para que correspondesse ao proveito econômico da ação.

De acordo com a factualidade apurada através da análise da decisão, o caso remonta ao ano de 2018, quando

¹ Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI00525XB0000&uuidCaptcha=sajcaptcha_3a1b3194091344e4aa4c-39fc507a148b.

Supermirella Participações Ltda. (“**Supermirella**” ou “**Recorrente**”) deduziu na esfera judicial ação de dissolução parcial de sociedade anônima, com a exclusão do acionista Mundopromo Participações Ltda. (“**Mundopromo**” ou “**Recorrido**”) na sociedade GPAT, invocando a quebra da *affectio societatis*, fruto da ausência permanente de interesse daquele acionista em prosseguir os fins sociais da sociedade.

Por sua vez, Mundopromo sustentou, preliminarmente, a incompetência do juízo estadual em virtude da existência de cláusula de arbitragem celebrada entre as Partes no âmbito de um acordo entre acionistas. No mérito, alegou a ausência de irregularidade dos atos por si praticados, pugnando pela improcedência da demanda.

Na primeira instância, a sentença acolheu a preliminar de incompetência do juízo estatal, com a extinção do processo sem julgamento do mérito da causa, acolhendo o argumento apresentado pelo Recorrido sobre a existência de convenção de arbitragem presente no acordo de acionistas, com necessária sujeição da matéria ao juízo arbitral.

Inconformada, Supermirella apelou desta decisão, reque-rendo a reforma da sentença para afastar o acolhimento da preliminar de convenção de arbitragem, alegando que a matéria objeto do litígio não era suscetível de regulação em acordo de acionistas. Requereu, por fim, o julgamento pelo TJSP do mérito da demanda.

Nesse contexto, o acórdão ora comentado parece traçar um limite ao alcance material das convenções de arbitragem parassociais no que diz respeito a questões que tocam a organização social ou que sejam puramente societárias. Mais, ao dar margem à inversão da prioridade cronológica do Tribunal Arbitral na análise da sua própria competência (sem apurar a fundo a inequívoca inexistência da convenção de arbitragem), a decisão acabou por reduzir a extensão do princípio da competência-competência, possivelmente de forma excessiva. No mérito, o presente acórdão parece eliminar um dos requisitos da admissibilidade da dissolução parcial de sociedade anônima fechada com exclusão de acionista minoritário.

É o que se passa a analisar.

Anotação

1. Introdução

É inegável o sucesso da experiência brasileira na utilização da arbitragem para dirimir os conflitos societários. Prestes a completar 20 anos, a Lei n.º 10.303/2001, que alterou a Lei das Sociedades por Ações (“**Lei das S/A**”) para autorizar a inclusão de cláusulas compromissórias nos estatutos das sociedades, propiciou maior eficiência e celeridade à resolução de disputas societárias em relação ao Poder Judiciário², além de ter contribuído para o desenvolvimento da comunidade arbitral brasileira neste tipo de contencioso, com alto grau de especialização de árbitros e advogados da área.

A experiência brasileira inspirou, em 2016, discussão análoga no seio da comunidade arbitral portuguesa, resultando na elaboração, pelos membros da Associação Portuguesa de Arbitragem (“**APA**”), de um projeto de lei especificamente concebido para os procedimentos arbitrais de cunho societário. No mesmo sentido, em 2018, o Gabinete da Secretaria de Estado da Justiça iniciou a audição formal de um Projeto de Decreto-Lei sobre arbitragem

societária³. Apesar da boa receção dos instrumentos pela generalidade dos utilizadores e estudiosos da matéria em Portugal, os projetos ainda aguardam discussão no parlamento, atrasando a implementação de uma prática que em muito poderia contribuir para uma mais célere e eficiente resolução das ações de natureza societária pendentes nos Juízos de Comércio em Portugal.

Visando fomentar a discussão da arbitragem societária, o presente comentário é focado na problemática da mitigação do princípio da competência-competência quando está em causa, por um lado, uma cláusula compromissória parassocial e, por outro lado, um pedido cujo objeto é puramente societário (“**Secção 2**”). Para além disso, será discutida a construção jurisprudencial brasileira que admite a dissolução parcial de sociedade anônima fechada com exclusão de acionista minoritário (“**Secção 3**”).

² Como exemplo da ineficiência e da morosidade do Poder Judiciário com relação às questões societárias, em especial aquelas referentes aos acordos de acionistas, ver acórdão conjunto da 17ª Câmara Cível do TJ/RS ao analisar os Agravos de Instrumento de nºs 70001191741, 70001191808, 70001323997 e 70001344738.

³ Sobre este projeto, 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, Ed. Almedina, 2019, pp. 11-19.

2. A controversa restrição do princípio da competência-competência na análise do alcance material da cláusula compromissória

O acórdão em causa (“**Acórdão TJSP**”), apesar de reconhecer a primazia do princípio da competência-competência no plano teórico⁴, restringiu, na prática, a sua aplicação nos casos em que a cláusula compromissória esteja presente apenas no acordo de acionistas (ou acordo parassocial), e não nos estatutos da sociedade anônima fechada objeto de dissolução⁵.

Nas palavras do TJSP⁶:

“A submissão à arbitragem de pleito de dissolução parcial de sociedade anônima, com exclusão de acionista, requereria a existência de cláusula compromissória no estatuto social, nos termos do art. 109, § 3º, da Lei n. 6.404/76, ou, na ausência desta, a celebração de compromisso arbitral com este objeto entre as acionistas e a sociedade.

[...]

Ante essa constatação, [...] o pedido formulado nesta demanda (dissolução parcial da sociedade) não se insere no escopo do acordo de acionistas e, consequentemente, da cláusula compromissória nele inserta

Não se desconhece o princípio competência-competência, que confere ao árbitro prioridade cronológica no exame de quaisquer questões relacionadas à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem, positivado nos arts. 8º, par. ún., e 20, da Lei n. 9.307/96, de modo que ao Poder Judiciário caberia, apenas, uma análise a posteriori, no âmbito de eventual ação anulatória de sentença arbitral ou impugnação ao seu cumprimento, caso venha a ser objeto de execução judicial. Essa, indiscutivelmente, é a regra.

Não obstante, tanto a doutrina especializada, quanto o C. Superior Tribunal de Justiça, têm admitido a modulação ou mitigação desse princípio, quando, em mero exame perfunctório (“prima facie”), verificar-se, desde logo, a manifesta inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, evitando-se, assim, tempo e custos adicionais desnecessários às próprias partes”.

À primeira vista, a leitura do corpo do Art. 118 da Lei das S/A parece corroborar o entendimento do Tribunal, pois: “Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda

de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede”. Assim, uma vez que a cláusula compromissória em disputa advém de um acordo de acionistas, faria algum sentido presumir que a dissolução da companhia GTA não estaria abrangida pelo seu escopo material, o que, consequentemente, levaria à incompetência de tribunal arbitral.

No entanto, há um conjunto de questões potencialmente relevantes para uma correta interpretação do alcance do acordo de acionistas que foi perentoriamente ignorado pela presente decisão, o que, de modo reflexo e sem ser a intenção do TJSP, acaba por reforçar toda a lógica construída por de trás do princípio da competência-competência, na vertente da prioridade cronológica do tribunal arbitral em decidir a sua própria competência.

2.1. A necessária cautela no uso do conceito da manifesta inexistência de cláusula arbitral

O Acórdão TJSP decidiu⁷:

“Em exame perfunctório (“prima facie”) do estatuto social de GPAT (fls. 61/73), verifica-se, desde logo, inexistir, nele, cláusula compromissória.

[...]

A exceção mais se justifica na hipótese de se verificar, desde logo, em exame “prima facie”, a inexistência de convenção de arbitragem abrangendo a matéria objeto da demanda (no caso, a inexistência de cláusula compromissória no estatuto social, ante o objeto do pedido formulado).

Observe-se que, diversamente do que ocorria em caso examinado em julgado mais recente do C. STJ, em que se confirmou a aplicação do princípio competência-competência, inexistiu, no caso em exame, ambiguidade relacionada ao texto da cláusula arbitral, que gere dúvida quanto a seu conteúdo, nem houve discussão nos autos sobre eventual extensão da cláusula compromissória no contexto de grupo de contratos, justificando-se, aqui, a exceção àquele princípio.

Em conclusão, ante a manifesta inexistência de cláusula compromissória no estatuto social de GPAT, constatável em mero exame “prima facie”, e tratando-se de pedido de dissolução parcial da sociedade, descabido o acolhimento da preliminar de convenção de arbitragem, sendo do juízo estatal a competência para o julgamento da demanda”.

⁴ Acórdão TJSP, p. 12.

⁵ Acórdão TJSP, p. 16.

⁶ Acórdão TJSP, pp. 11-12.

⁷ Acórdão TJSP, p. 11; pp. 15-16.

Ora, seja pelo exame de carácter perfunctório, seja pela falta da interpretação das nuances do relacionamento societário em questão, as circunstâncias do caso levam a crer que a presente decisão deixa a desejar no que diz respeito à conclusão⁸ pela manifesta inexistência da cláusula compromissória em relação à matéria objeto da demanda.

Em primeiro lugar, e talvez o ponto essencial deste caso, **o problema não se coloca no tocante à existência de convenção arbitral, mas de uma possível extensão dos seus efeitos a questões envolvendo a sociedade anónima fechada e os seus acionistas.**

Em segundo lugar, tendo o autor optado por propor ação na justiça estatal, era desejável que o TJSP tivesse optado por dar prioridade ao árbitro na decisão da sua competência para dirimir a questão litigiosa. Neste sentido, julga-se correta a interpretação adotada pela decisão proferida pelo juiz de primeira instância (**"Decisão Apelada"**)⁹, que seguiu entendimento do STJ brasileiro (**"STJ"**) sobre a interpretação do princípio da competência-competência¹⁰:

"(...) um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juízo estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida."

Em terceiro lugar, dada a complexidade da situação, precipitou-se o tribunal estatal em se contentar com a ausência de cláusula compromissória nos estatutos da Sociedade para decidir pela manifesta inaplicabilidade da cláusula compromissória parassocial ao objeto do litígio, uma vez que se discute, tanto no Brasil¹¹ quanto em Portugal¹², a especificidade dos efeitos dos acordos parassociais firmados pela totalidade dos sócios, exatamente a estrutura do caso em análise.

Em quarto lugar, a confidencialidade habitual dos acordos parassociais e sua frequente submissão à arbitragem dificultam a construção de uma jurisprudência sobre a matéria e, com isso, o desenvolvimento de um grau desejável de especialização dos tribunais estatais (apesar da

recente implantação, na Comarca de São Paulo, de varas especializadas em direito empresarial e em ações judiciais derivadas da Lei de Arbitragem Brasileira (**"LAB"**)¹³).

Assim, ainda que a regra seja pelo controlo meramente superficial, ou *prima facie*, do tribunal judicial no exame de uma potencial nulidade manifesta da convenção arbitral¹⁴, ao optar pela inversão da prioridade cronológica na análise da competência, a justiça estatal não estaria a realizar um mero controlo da decisão arbitral, mas a decidir ela própria a questão, sem dar a possibilidade do tribunal arbitral se manifestar. Por isso, ao optar por essa via (críticável), o acórdão deveria ter apresentado aprofundada indagação sobre os possíveis efeitos da cláusula compromissória emergente de acordo parassocial celebrado por todos os acionistas de sociedade anónima fechada.

Em última análise, e à luz dos (poucos) factos apresentados, não se pretende aqui defender a exclusiva competência do tribunal arbitral. Ao contrário, o que se critica é a forma simplista (ou, nos termos da própria decisão, superficial) com que o juízo estatal julgou manifestamente inexistente a cláusula arbitral ínsita no acordo parassocial – mas não prevista nos estatutos da Sociedade –, negando aos árbitros a possibilidade de se pronunciarem sobre a sua própria competência.

2.2. As peculiaridades dos acordos de acionistas omnilaterais no âmbito das sociedades anónimas fechadas

É importante salientar que, de acordo com a factualidade apurada no presente caso, estamos diante uma sociedade anónima fechada, no âmbito da qual as Partes subscritoras do acordo parassocial são as suas duas únicas acionistas¹⁵. Nesse contexto, parte da doutrina brasileira argumenta ser preciso compreender tais acordos *"na sua real motivação e utilização no bojo dos mais diversos relacionamentos empresariais"*¹⁶.

Por sua vez, parte da doutrina portuguesa admite a sobreposição da vontade dos acionistas subscritores dos acordos parassociais omnilaterais às regras societárias. É a tese defendida pelo Prof. Dr. Manuel Carneiro da Frada, onde conclui que¹⁷:

8 Acórdão TJSP, p. 15. Note-se que a decisão sequer consegue delimitar a patologia da presente cláusula arbitral, uma vez que ora cita inexistência, ora cita invalidade, ora cita ineficácia.

9 Decisão Apelada, 1ª Vara Empresarial e conflitos de arbitragem da Comarca de São Paulo, *Processo nº 1004882-52.2018.8.26.0100*, 21.09.2019.

10 Superior Tribunal de Justiça brasileiro, *Medida Cautelar nº 14.295-SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.06.2008.

11 Mariana Conti Craveiro, *'Cláusula Arbitral e Pacto Parassocial: Algumas Contribuições do Direito Societário para a Arbitragem'*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume XI, Issue 42, p. 69.

12 Manuel Carneiro da Frada, *'Acordos parassociais "omnilaterais": um novo caso de "desconsideração" da personalidade jurídica?' in Direito das Sociedades em Revista*, vol. 2, pp. 121-161.

13 Relatório Preliminar do Grupo de Trabalho para fortalecimento dos meios de tutela reparatória dos direitos dos acionistas, out. 2019, p. 10.

14 Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios – 3.ª ed., (Reimpressão)*, Almedina, 2019, p. 191.

15 Decisão Apelada, 1ª Vara Empresarial e conflitos de arbitragem da Comarca de São Paulo, *Processo nº 1004882-52.2018.8.26.0100*, 21.09.2019.

16 Mariana Conti Craveiro, *Contratos entre sócios – interpretação e direito societário*, Quartier Latin, 2013, p. 26.

17 Manuel Carneiro da Frada, *'Acordos parassociais "omnilaterais": um novo caso de "desconsideração" da personalidade jurídica?' in Direito das Sociedades em Revista*, vol. 2,

"não havendo sócios fora do acordo parassocial, e não existindo interesses desse gênero em jogo [...], a imposição de normas jus-societárias, contra a sua vontade, a esses sócios subscritores do acordo parassocial (omnilateral) deixa de fazer sentido. Em direito privado - e o direito societário é direito privado -, a regra é a da liberdade. Cumprem-se e respeitam-se as obrigações livremente assumidas. Não se afigura razoável restringir esse princípio quando não há interesses que o justifiquem".

Mais, nos casos das sociedades anônimas fechadas com número reduzido de acionistas, a personalidade da relação societária e o seu caráter mais contratual (em oposição ao caráter institucional) podem diminuir substancialmente o grau de autonomia entre o acordo parassocial e estatuto social¹⁸. Nesse sentido, Mariana Conti Craveira defende, através da intenção comum das partes, "ser preciso avaliar o relacionamento societário como um todo regrado por ambos os instrumentos" e que, **"a mera ausência de cláusula arbitral em estatuto da sociedade em que as mesmas partes são sócias não poderia, ao que parece, afastar, de plano, a arbitragem da sociedade e das questões que se coloquem entre ela e os seus sócios"**.

Ainda, no caso concreto e relativamente ao estado da arbitragem societária brasileira, tal entendimento está em estrita concordância com a ideia de que as cláusulas compromissórias sem reservas abraçam a controvérsia relativa à dissolução da sociedade, o que afastaria, pelo menos *in abstracto*, uma eventual questão de inarbitrabilidade objetiva do litígio.¹⁹

Apesar da necessidade de se compreender o relacionamento societário de cada caso para definir uma eventual extensão dos efeitos do acordo de acionistas em sociedades anônimas fechadas, a percepção que se tem é de que o juízo estatal brasileiro tem se restringido a buscar uma manifestação de vontade expressa das partes nesse sentido²⁰, o que, ao nosso ver, mostra-se excessivo, além de não condizer com a particularidade conexa às sociedades anônimas fechadas, onde é comum a total identificação entre os acionistas e as partes signatárias do acordo parassocial.

3. A admissibilidade da dissolução parcial de sociedade anônima fechada, com exclusão de acionista

O Acórdão TJSP decidiu dar provimento ao pedido de dissolução parcial de sociedade anônima fechada com exclusão do acionista minoritário, nos seguintes termos²¹:

[...] [À] luz das características da sociedade anônima fechada cuja dissolução parcial se pretende, está inequivocamente comprovado que GPAT não mais exerce seu objeto social, nem gera lucro, não mais preenchendo seu fim. Trata-se, inclusive, de situação configurada há muitos anos, a despeito de apenas em 2018, ter a autora ajuizado esta demanda.

Atendido, portanto, o requisito do art. 206, II, b, da Lei n. 6.404/76, que autoriza a dissolução total da sociedade. O pedido foi, contudo, de dissolução parcial, com exclusão da acionista minoritária.

É certo que, em regra, a dissolução parcial, com exclusão de sócio, exige prova de que o sócio a ser excluído cometeu falta grave, colocando em risco a própria sociedade, aplicando-se, no caso de sociedade anônima, por analogia, o que dispõe o art. 1.030, do CC. [...].

O caso concreto tem, contudo, peculiaridades, que justificam a decretação da dissolução parcial, com exclusão da ré Mundopromo, a despeito da discussão de ter ou não praticado falta grave

[...]

No caso em exame, o que não se pode conceber é a manutenção do statu quo, ou seja, manutenção de companhia, que se encontra em situação de total inoperância e apenas acumulando prejuízos, com duas sócias que, claramente e já há muitos anos, não têm mínimas condições de conviverem e não convivem no seio social.

Nesse contexto, considerando-se o pedido formulado e as circunstâncias do caso concreto, é de rigor o acolhimento do pleito dissolutório, para decretar a dissolução parcial de GPAT, com a exclusão da acionista Mundopromo e consequente apuração de seus haveres em sede de liquidação de sentença".

18 Mariana Conti Craveiro, 'Cláusula Arbitral e Pacto Parassocial: Algumas Contribuições do Direito Societário para a Arbitragem', in Revista Brasileira de Arbitragem, Volume XI, Issue 42, p. 68.

19 Pedro A. Batista Martins, *Arbitragem no direito societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 222.

20 Neste mesmo sentido, TJSP, *Apelação nº 0033878-23.2011.8.26.0068*, 11.12.2012.

21 Acórdão TJSP, pp. 23-25.

No âmbito do direito societário brasileiro, o Art.º 206, II, b, da Lei das S/A²², conjugado com a inovação legislativa trazida pelo Art.º 599, § 2.º²³, do Novo Código de Processo Civil brasileiro ("**Novo CPC brasileiro**" ou "**Novo CPC**"), admitem a dissolução parcial de sociedade anónima fechada, com a consequente exclusão do acionista. Mais, como bem sinalizado no Acórdão TJSP, mesmo antes da entrada em vigor no Novo CPC (ou seja, mesmo antes de 2015), a jurisprudência brasileira já admitia esta solução, nos casos em que, tendo em conta o carácter pessoal da sociedade (apesar da estrutura societária formalmente adotada), ficasse demonstrada a impossibilidade de preenchimento do fim social²⁴⁻²⁵.

A solução legislativa parece positiva, dado que, por questões de economia, a dissolução parcial com exclusão do acionista evita o desaparecimento da sociedade, a qual se mantém nas suas relações com os demais acionistas, trabalhadores e credores. É o que a doutrina chama de dissolução parcial inversa²⁶, um importante mecanismo a ser utilizado em defesa da sociedade e que corrobora com o princípio da preservação da sociedade e da sua função social.

Interessante notar que, no que se refere ao direito societário português, o regime geral da dissolução está previsto nos Art. 141-145.º do Código das Sociedades Comerciais ("**CSC**"), comportando um procedimento administrativo, mas que não invalida a competência dos tribunais nos casos omissos. Mais, a legislação portuguesa prevê a exclusão judicial de sócio apenas nas sociedades por quotas²⁷, apesar da doutrina mais recente considerar admissível a sua aplicação à exclusão de titulares de ações nominativas nas sociedades fechadas, por meio de analogia ou extensão teleológica do Art. 242.º, 1 do CSC²⁸.

Voltando à decisão ora comentada, para além da admissibilidade do pedido de dissolução, o Acórdão TJSP deu como provada, *in concreto*, a impossibilidade do preenchimento do fim social da Sociedade, porquanto²⁹:

"Os documentos contábeis de GPAT acostados aos autos (fls. 662/673), bem como reproduzidos nos relatórios da administradora judicial, demonstram que a sociedade vem, há anos, acumulando prejuízos, registrando, em 2018, patrimônio líquido negativo que se aproxima dos R\$ 200 milhões.

A administradora judicial KPMG confirmou que GPAT está inativa, que, há anos, não gera receitas, que caminha para o encerramento, e que foi apenas com sua nomeação que a falta de um dos diretores pode ser suprida, de modo a permitir que GPAT retomasse as atividades necessárias ao cumprimento de obrigações correntes".

Para além disso, por estarmos diante de um pedido de dissolução parcial, e por analogia ao que dispõe o Art. 1030 do Código Civil brasileiro ("**CC brasileiro**")³⁰, o STJ brasileiro costuma exigir prova de falta grave por parte do acionista³¹. Ora, como se viu do trecho da decisão transcrito no início desta secção, a verdade é que o voto do relator sequer buscou, no caso concreto, a prova da falta grave do acionista minoritário³². Diversamente, concluiu que a situação de total inoperância e prejuízos da sociedade, cumulada com a completa ausência de convivência entre os dois acionistas, dariam ensejo ao acolhimento do pedido dissolução parcial, com a exclusão do acionista minoritário³³.

22 Art. 206 da Lei das S/A: "Dissolve-se a companhia: [...] II - por decisão judicial: [...] b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social".

23 rt. 599, § 2º do Novo CPC: "A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim".

24 Em especial, REsp 1.321.263/PR, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 06.12.2016, DJe de 15.12.2016; REsp 917.531/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 17.11.2011, DJe de 01.02.2012; REsp 1.128.431/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 11.10.2011, DJe de 25.10.2011; REsp n. 507.490/RJ, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 19.09.2006, DJ de 13.11.2006; EREsp 111.294/PR, 2ª Seção, Rel. Min. Castro Filho, j. 28.06.2006, DJ de 10.09.2007.

25 Para definir o termo 'fim social' fim social, Nelson Eirizik avança os seguintes elementos essenciais: "(i) o preenchimento de seu objeto social; e (ii) a geração de lucros. Com efeito, a companhia existe para desempenhar determinadas atividades empresárias, definidas em seu objeto social, com intuito lucrativo", Nelson Eirizik, *Lei das S/A Comentada*, vol. 4, 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 33.

26 Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, 'A dissolução parcial inversa nas sociedades anônimas fechadas', in *Revista Da Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 96, 2008.

27 Art. 242.º do CSC: "1 - Pode ser excluído por decisão judicial o sócio que, com o seu comportamento desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade, lhe tenha causado ou possa vir a causar-lhe prejuízos relevantes".

28 Neste sentido, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial: das sociedades*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, vol. II., pp. 400-401. Ainda, Carolinha Cunha, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (obra coletiva) – coord. J.M. Coutinho de Abreu, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 600-602; e *A Exclusão de Sócios (Em particular, nas Sociedades por Quotas), Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, 2008, p. 212.

29 Acórdão TJSP, p. 20.

30 Art. 1.030 do CC brasileiro: "Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente."

31 REsp 917.531/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 17.11.2011, DJe de 01.02.2012.

32 Acórdão TJSP, p. 24: "O caso concreto tem, contudo, peculiaridades, que justificam a decretação da dissolução parcial, com exclusão da ré Mundopromo, a despeito da discussão de ter ou não praticado falta grave".

33 Acórdão TJSP, pp. 24-25.

Ora, parece-nos algo ligeira a desconsideração para efeitos de dissolução parcial com exclusão de um acionista, da demonstração de falta grave cometida pelo acionista que se quer ver excluído da sociedade, uma vez que o que justifica a sua exclusão é a sua conduta faltosa, por colocar em causa a prossecução do fim social da sociedade³⁴. Mais, não se compreende o motivo pelo qual o TJSP preferiu não valorar os atos do acionista minoritário, uma vez que a factualidade apresentada parece demonstrar a tipificação, no caso concreto, de falta grave.

Sendo assim, pensamos que teria sido mais acertada a decisão que levasse em conta a análise da conduta do acionista minoritário para determinar, *in concreto*, a verificação de eventual falta grave e então decidir pela dissolução parcial da sociedade com exclusão do acionista faltoso.

4. Conclusão

A decisão *sub júdice* parece sofrer de três fragilidades.

Sobre a preliminar de convenção de arbitragem, o Acórdão TJSP, por um lado, inverteu a prioridade cronológica do

tribunal arbitral na análise da sua própria competência, em claro desrespeito ao princípio da competência-competência. Por outro lado (e mais grave), ao violar o princípio, o TJSP contentou-se com a análise superficial do enquadramento da cláusula compromissória em causa. Em virtude desta abordagem superficial, o Tribunal deixou de verificar aspetos a ter em atenção que poderiam ter levado à aplicação da cláusula compromissória parassocial à matéria societária objeto do litígio, admitindo e validando a competência do tribunal arbitral.

Já no que se refere à dissolução parcial de sociedade anónima fechada com exclusão de acionista, a decisão parece algo ligeira ao ignorar o principal requisito legal que determina a exclusão do acionista: a falta grave. É a partir da conduta faltosa do acionista que surge o fundamento para a sua exclusão, através da dissolução parcial da sociedade. Não fosse assim, a mera impossibilidade do preenchimento do fim social da sociedade levaria à sua dissolução total, e não parcial.

Desta decisão, o Recorrido apresentou Recurso Especial, o qual aguarda julgamento perante o STJ.

34 Marcelo Vieira von Adamek, 'Exclusão de acionista em sociedade anónima fechada', in Lei das S.A. em seus 40 anos – coord. Alberto Venancia Filho, Carlos Augusto da Silveira Lobo, Luiz Alberto Colonna Rosman, 1.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Ainda, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, 'A dissolução parcial inversa nas sociedades anónimas fechadas', in Revista Da Associação dos Advogados de São Paulo, nº 96, 2008.

ALEMANHA: DECRETAMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES POR TRIBUNAIS ESTADUAIS PERANTE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

**BUNDESGERICHTSHOF
(SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ALEMÃO)
ACÓRDÃO DE 19 DE SETEMBRO DE 2019**

Anja Noack

Associada sénior PLMJ

Samantha Zürn

Associada sénior PLMJ

Em processo de verificação de admissibilidade de processo arbitral

Referência I ZB 4/19

Sumário:

1) Um requerimento nos termos do § 1032 (2)¹ do Código de Processo Civil alemão pode dizer especificamente respeito à questão da admissibilidade do processo arbitral no que diz respeito ao objeto do litígio, como seja, por exemplo, o pedido de prestação de uma garantia de pagamento.

2) A disposição do § 1033² do Código de Processo Civil alemão limita-se às providências cautelares em sentido processual. Uma ação principal de prestação de garantia de pagamento ao abrigo do § 648a do Código Civil alemão³ não é abrangida pela competência partilhada prevista no § 1033 do Código de Processo Civil alemão, mesmo que seja de uma medida de natureza cautelar, caindo a mesma no âmbito de aplicação da convenção de arbitragem.

Resumo:

A factualidade subjacente ao Acórdão em análise é, resumidamente, a seguinte:

Um dono de obra (adiante designado por “Requerente”) e um empreiteiro (adiante designado por “Requerido”) celebraram um contrato de gestão de projeto que contém uma cláusula que estipula que as partes acordam que “*todos os litígios decorrentes e relacionados com o presente contrato serão resolvidos segundo as Regras de Arbitragem [...], com exclusão da jurisdição nacional*”.

No âmbito da execução do contrato, o Requerente veio deduzir um pedido de pagamento contra o Requerido em sede de processo de arbitragem por pagamento excessivo e danos. O Requerido, por seu lado, alega ter também ele um crédito de pagamento contra o Requerente e exigiu

que o Requerente prestasse uma garantia de pagamento nos termos do disposto no § 648a do Código Civil alemão.

Nessa sequência, o Requerente apresentou os seguintes pedidos junto do Oberlandesgericht de Karlsruhe (“OLG” – tribunal estadual): (i) a declaração de validade da convenção de arbitragem contratualmente acordada e da consequente admissibilidade do recurso ao processo arbitral para a resolução de todos os litígios decorrentes e relacionados com o contrato de gestão de projeto, e (ii) a declaração de que quaisquer pedidos formulados pelo Requerido nos termos do disposto no § 648a do Código Civil alemão estão também sujeitos à convenção de arbitragem.

Passados 3 meses o Requerido intentou junto do Landgericht de Stuttgart (tribunal estadual) uma ação de prestação de garantia de pagamento nos termos do disposto no § 648a do Código Civil alemão.

O OLG decidiu então que os pedidos apresentados pelo Requerente eram admissíveis, nomeadamente o pedido (ii), ou seja, o pedido de uma decisão declarativa de que a convenção de arbitragem se aplicaria também a possíveis reivindicações do Requerido para a prestação de garantia nos termos do disposto no § 648a do Código Civil alemão. A justificação dessa admissibilidade seria que **o objeto de um pedido formulado ao abrigo do § 1032 (2) do Código de Processo Civil alemão poderia ser não só a validade de uma convenção de arbitragem enquanto tal, mas também o seu âmbito de aplicação.**

O recurso deduzido pelo Requerido contra esta decisão foi julgado improcedente: o pedido de declaração da sujeição à convenção de arbitragem de quaisquer reclamações do Requerido formuladas ao abrigo do § 648a do Código Civil é também objeto admissível de um requerimento formulado nos termos do disposto no § 1032 (2) do Código de Processo Civil alemão.

Nos termos do disposto no § 1032 (2) do Código de Processo Civil alemão é permitido apresentar um pedido junto de um tribunal estadual (neste caso o OLG) para

1 Versão oficial em língua inglesa: “**Section 1032 – Arbitration agreement and proceedings brought before the courts**

(1) Should proceedings be brought before a court regarding a matter that is subject to an arbitration agreement, the court is to dismiss the complaint as inadmissible provided the defendant has raised the corresponding objection prior to the hearing on the merits of the case commencing, unless the court determines the arbitration agreement to be null and void, invalid, or impossible to implement.

(2) Until the arbitral tribunal has been formed, a petition may be filed with the courts to have it determine the admissibility or inadmissibility of arbitration proceedings. (...)”

2 Versão oficial em língua inglesa: “**Section 1033 – Arbitration agreement and preliminary measures taken by the court**

An arbitration agreement does not rule out that a court may order, before or after arbitration proceedings have commenced, and upon a party having filed a corresponding petition, that a provisional measure or one serving to provide security be taken with regard to the subject matter of the dispute being dealt with in the arbitration proceedings.”

3 Do Código Civil alemão na versão antiga; versão oficial em língua inglesa: “**Section 648a - Builder's security**

(1) A contractor for a building, outdoor facilities or a part thereof may demand a security from the customer for the remuneration also agreed in additional commissions and not yet paid, including associated incidental claims, which are to be estimated at ten per cent of the remuneration claim to be secured. Sentence 1 also applies to the same degree to claims replacing the remuneration. The claim of the contractor for a security is not ruled out by the customer being able to demand fulfilment or having accepted the work. Claims with which the customer is able to offset against the contractors right to remuneration are disregarded when calculating the remuneration unless they are non-contentious or have been ascertained with the force of law. The security is to be deemed sufficient even if the provider of the security reserves the right to revoke his promise, in case of substantial deterioration of the financial circumstances of the customer, with effect for claims to remuneration for building work that the contractor has not yet performed when the declaration of revocation is received.

(...)”

proferimento de uma sentença declarativa sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade do processo arbitral, até que o tribunal arbitral seja formado. No contexto de tal pedido, o tribunal estadual examinará se existe uma convenção de arbitragem válida, se esta é viável e se o objeto do processo de arbitragem está abrangido pela convenção de arbitragem. A competência para um exame específico também em relação ao objeto do litígio decorre do § 1032 (2) e (1) do Código de Processo Civil e é reflexo do princípio da economia processual, pois permite clarificar a questão da jurisdição numa fase inicial.

Por este motivo, o pedido que diz especificamente respeito à determinação da admissibilidade do processo arbitral para as reivindicações do Requerido ao abrigo do § 648a do Código Civil alemão é admissível, uma vez que visa determinar o âmbito e a extensão da convenção de arbitragem.

A circunstância de o Requerido ter intentado ação para prestação de garantia nos termos do disposto no § 648a do Código Civil alemão junto do Landgericht na pendência do processo no OLG também não afeta a admissibilidade do pedido nos termos do § 1032 (2) do Código de Processo Civil. Tal pedido continua a ser admissível mesmo após a litispendência da ação principal a que respeita, podendo servir para esclarecer se o tribunal arbitral é competente para essa ação principal intentada pelo Requerido.

A intervenção antecipada do OLG garante que as questões de jurisdição do processo arbitral não sejam tratadas pelo OLG apenas em processos posteriores de anulação ou exequibilidade da sentença arbitral e serve assim a economia do processo. Uma duplicação indesejável de exame da mesma questão pelos dois tribunais estaduais, bem como o perigo de decisões contraditórias, pode ser evitado suspendendo o processo principal, de acordo com o § 148 do Código de Processo Civil alemão⁴.

No que concerne à segunda questão suscitada pelo Requerente, o OLG conclui que a convenção de arbitragem abrange também as reivindicações do Requerido formuladas na ação proposta perante o *Landgericht*, incluindo a prestação de garantia ao abrigo do § 648a do Código Civil alemão, por não cair na previsão legal do § 1033 do Código de Processo Civil alemão.

Nos termos do § 1033 do Código de Processo Civil alemão, uma convenção de arbitragem não impede um tribunal estadual de decretar uma medida provisória ou cautelar relativamente ao objeto do litígio, a pedido de uma das partes, antes ou depois do início do processo arbitral. Contudo, a disposição do § 1033 do Código de Processo Civil alemão refere-se a providências cautelares no sentido do direito processual, tais como arresto ou outras providências cautelares. Consequentemente, uma ação principal para a prestação de garantia ao abrigo do § 648a do Código Civil alemão não é abrangida pelo § 1033 do Código de Processo Civil alemão e é da competência exclusiva do tribunal arbitral nos termos da convenção de arbitragem.

Esta interpretação do § 1033 do Código de Processo Civil alemão é apoiado pela exposição de motivos daquele diploma legal. Segundo esta, a competência originária dos tribunais estaduais para o decretamento de providências cautelares não deve ser sujeita a quaisquer restrições para além da competência originária simultânea dos tribunais arbitrais para ordenar tais providências cautelares, tal como previsto no § 1041⁵ do Código de Processo Civil alemão. A razão para esta competência concorrente é que em certos casos os processos perante os tribunais estaduais podem permitir alcançar mais rapidamente o resultado pretendido. Isto é particularmente verdade porque as providências cautelares decretadas por tribunal arbitral carecem de uma declaração de exequibilidade pelo tribunal estadual, enquanto que as providências cautelares decretadas pelo tribunal estadual são exequíveis em si mesmas.

O sentido e a finalidade do § 1033 do Código de Processo Civil alemão, de permitir o recurso ao tribunal estadual em casos urgentes sustenta, portanto, **a aplicação desta disposição apenas aos casos de providências cautelares no sentido processual, não conferindo, portanto, competência aos tribunais estaduais para ações tendentes ao decretamento de outras medidas provisórias, como seja a ação de prestação de garantia de pagamento nos termos do § 648a do Código Civil alemão quando o objeto do litígio a que essa prestação de garantia respeita está abrangido por uma convenção arbitral.**

4 Versão oficial em língua inglesa: "**Section 148 - Suspension if a decision in another matter is anticipated**

(1) Where the decision on a legal dispute depends either wholly or in part on the question of whether a legal relationship does or does not exist, and this relationship forms the subject matter of another legal dispute that is pending, or that is to be determined by an administrative agency, the court may direct that the hearing be suspended until the other legal dispute has been dealt with and terminated, or until the administrative agency has issued its decision.
(...)"

5 Versão oficial em língua inglesa: "**Section 1041 - Measures of temporary relief**

(1) Unless the parties to the dispute have agreed otherwise, the arbitral tribunal may direct, upon a party having filed a corresponding petition, provisional measures or measures serving to provide security as it deems fit with a view to the subject matter of the litigation. The arbitral tribunal may demand, in connection with such measure, that each of the parties provide reasonable security.
(...)"

Anotação

1. Introdução

O acórdão do Bundesgerichtshof alemão (BGH), de 19 de setembro de 2019, versa, essencialmente sobre duas questões: (i) a competência do tribunal estadual para apreciar a admissibilidade de um processo arbitral, incluindo a questão de saber qual é o âmbito de aplicação da convenção arbitral subjacente; (ii) a competência do tribunal estadual para a apreciação de um pedido de decretamento de uma medida cautelar relacionada com o objeto do litígio sujeito a convenção arbitral.

Remetendo este acórdão do tribunal superior alemão para a solução consagrada na legislação alemã, iremos analisar qual é a solução encontrada pelo legislador português para estas duas questões.

2. A solução portuguesa

2.1. A apreciação da admissibilidade de um processo arbitral

No caso alemão, concluiu o BGH no acórdão *supra* resumido que à luz da lei alemã o tribunal estadual é competente não só para apreciar a admissibilidade de um processo arbitral para determinado litígio, mas também o âmbito de aplicação da convenção de arbitragem que remete o objeto do litígio para a competência dos tribunais arbitrais. A questão da admissibilidade do processo arbitral, isto é, da competência de um tribunal arbitral para julgar determinado litígio, pode na Alemanha ser colocada por si só perante o tribunal estadual antes de ser iniciado o litígio respetivo. O tribunal estadual alemão pode, assim, ser chamado a pronunciar-se sobre a competência do tribunal arbitral para julgar determinado litígio antes que qualquer das partes venha sequer a demandar a outra.

No caso português o legislador prevê que em primeiro lugar seja o próprio tribunal arbitral que deve aferir a sua competência para julgar determinado litígio (artigo 18.º, n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária ou LAV), prevendo-se que um tribunal estadual faça essa apreciação apenas (i) se no âmbito de ação proposta perante o tribunal estadual for arguida pelo Réu a preterição de tribunal arbitral (artigos 96.º, al. b) e 97.º, n.º 1 do Código de Processo Civil ou CPC e artigo 5.º, n.º 1 da LAV) ou (ii) se for chamado a pronunciar-se sobre essa questão no âmbito de impugnação de decisão interlocutória ou da sentença arbitral na qual o tribunal arbitral se tenha declarado competente (artigos 18.º, n.º 9, 46.º, n.º 3, al. i) e iii) e 59.º, n.º 1, al. f) e g) da LAV).

Ao contrário do caso alemão não está, assim, prevista pelo legislador português a possibilidade de um tribunal estadual ser chamado antecipadamente a pronunciar-se unicamente sobre a admissibilidade de um processo arbitral, isto é, sobre a competência do tribunal, podendo fazê-lo apenas no âmbito do processo principal intentado perante o tribunal estadual ou na sequência de impugnação da decisão do tribunal arbitral que confirme a sua própria competência.

Tem esta solução portuguesa, a nosso ver, a desvantagem de uma possível inadmissibilidade do processo arbitral, no caso de o Autor optar por propor a ação desde logo no tribunal arbitral e este se julgar competente, ser decretada pelo tribunal estadual apenas após o decurso do processo arbitral, retirando qualquer utilidade ao processo arbitral que já decorreu, o que prejudica a economia e a celeridade processual.

2.2. A apreciação de um pedido de decretamento de uma medida cautelar relacionada com o objeto do litígio sujeito a convenção arbitral

No âmbito do acórdão do BGH *supra* identificado e resumido o tribunal alemão concluiu que à luz da lei alemã quer os tribunais estaduais quer os tribunais arbitrais são competentes para decretar providências cautelares, mas que tal se aplica apenas a providências cautelares no sentido do direito processual civil alemão e não a outras medidas cautelares não qualificáveis como providências cautelares.

No que respeita à primeira parte, o legislador português adotou a mesma solução que o alemão, permitindo que as providências cautelares relacionadas com o objeto de litígio sujeito a convenção arbitral possam ser decretadas tanto por tribunais estaduais como por tribunais arbitrais (artigos 7.º e 20.º, n.º 1 da LAV).

A ratio principal desta competência partilhada é também em Portugal a invocada no acórdão *supra* do BGH: (i) a constituição dos tribunais arbitrais é, em regra, lenta, o que não se coaduna com a necessidade subjacente ao procedimento cautelar de proteção urgente de um direito e (ii) a providência cautelar decretada por um tribunal estadual é diretamente exequível, enquanto que a providência cautelar decretada por tribunal arbitral, muito embora seja vinculativa para as partes, tem de ser reconhecida ou aplicada por tribunal estadual para se tornar exequível (artigo 27.º da LAV).

Compreende-se, assim, que uma parte ainda que tenha querido sujeitar determinada relação contratual a uma convenção de arbitragem, opte por requerer o decretamento de uma providência cautelar a um tribunal estatal e não ao tribunal arbitral, sendo que esta opção não significa qualquer derrogação ou renúncia à convenção arbitral.

No que respeita à segunda parte, há que entender se no sistema jurídico português e para efeitos dos artigos 7.º e 20.º, n.º 1 da LAV também se deve distinguir entre providências cautelares e outras medidas cautelares.

Ora, determina o artigo 364.º, n.º 1 do CPC que o procedimento cautelar, destinado a decretar uma providência cautelar, está dependente de uma ação principal, ou seja, que o mesmo é instaurado como preliminar ou incidente de uma ação principal.

Atendendo a esta definição, uma ação autónoma, destinada, como foi o caso no acórdão do BGH em questão, ao decretamento de uma medida, ainda que cautelar, em concreto a prestação de uma garantia no âmbito de um

contrato de empreitada, não pode ser qualificada como um procedimento cautelar, visto que não depende de qualquer outra ação para que a medida que venha a ser decretada mantenha a sua eficácia.

E se, então, a medida visada por essa ação autónoma não pode ser qualificada como uma providência cautelar, não poderá ser aplicada a regra da competência partilhada dos tribunais estaduais e arbitrais contida nos artigos 7.º e 20.º, n.º 1 da LAV. A competência para o decretamento de uma tal medida, isto é, para o julgamento do pedido contido em tal ação autónoma deve ser apreciada segundo as regras gerais e se a convenção de arbitragem abrange todo e qualquer litígio emergente ou relacionado com o contrato, então também essa ação será da competência do tribunal arbitral.

Conclui-se, assim, que também aqui a solução legal portuguesa é semelhante à alemã, havendo que distinguir entre providências cautelares no sentido processual e outras medidas cautelares não qualificáveis como providências cautelares para aferir quem é competente para as decretar.

UMA TERCEIRA VIA NO DIREITO DE RECONHECIMENTO INTERNO MOÇAMBICANO: UM CAMINHO A EVITAR

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPREMO, PROCESSO
N.º 32/2018 DE 26 DE SETEMBRO DE 2019

Tomás Timbane

Sócio TTA
Doutorado (Universidade Eduardo Mondlane)

Iñaki Carrera

Associado PLMJ
Doutorando em Direito (Carlos III de Madrid)
Mestre em Direito (FDUCP)

Tribunal Supremo ¹

Processo n.º: 32/2018 (Revisão e Confirmação de Sentença Estrangeira)

Acórdão em Conferência, na Secção Cível do Tribunal Supremo

Juízes: Adelino Muchanga (Relator), Joaquim Madeira, Matilde Monjane de Almeida e Osvalda Joana.

Resumo:

Uma empresa com sede na República da África do Sul (doravante "Requerente") intentou acção de revisão e confirmação de sentença arbitral estrangeira nos termos dos artigos 1094.º e ss. do CPC contra uma empresa com sede em Moçambique (doravante "Requerida").

Numa ação arbitral que correu termos na Internacional Cotton Association Limited, com sede em Liverpool, no Reino Unido, a Requerida foi condenada nos seguintes termos: (i) pagamento de USD 515.809,83 referente à quantia pré-paga pelo algodão não entregue nos termos dos contratos celebrados; (ii) pagamento de USD 136.724,77 a título de juros sobre o montante de USD 515.809,83 a uma taxa de 7.5 % ao ano, devidos desde 01 de Janeiro de 2014 a 14 de Julho de 2017; (iii) pagamento de USD 1.247,13 e USD 269,31 referentes ao montante pago pelos serviços aduaneiros ao abrigo dos contratos celebrados; (iv) pagamento de USD 7.248,30 referentes ao valor da perda em peso de um dos contratos celebrados; (v) pagamento de USD 988,30 referentes aos custos de financiamento; (vi) pagamento de USD 16.868,36 referentes ao montante líquido pelo encargo e os custos de compensação ao abrigo de um dos contratos celebrados; (vii) pagamento de USD 4.000,00 referentes ao valor do subsídio de qualidade acordado entre as partes; (viii) pagamento de USD 1.782,22 a título de juros a uma taxa de 7.5% por ano, de 4 de Outubro de 2016 a 14 de Julho de 2017; (x) pagamento de juros correspondente ao total acumulado dos valores descritos, a uma taxa de 4,25 % ao ano sobre a taxa de juro de Nova Iorque Prime (New York Prime) ou, se for o caso, a taxa de juro média, calculada desde 4 de Agosto de 2017 até à data de pagamento.

O processo arbitral assentou em vários contratos relativos ao fornecimento de algodão em rama que continham a seguinte cláusula: "Este contrato incorporará os regulamentos e regras do International Cotton Association Ltd em vigor na data em que este contrato foi celebrado e: (i) Disputas de qualidade tal como definido por tais regulamentos e regras; e (ii) Todos os litígios, para além dos relativos à qualidade, referentes ou decorrentes do presente contrato, serão submetidos à arbitragem de acordo com tais regulamentos e regras".

O Tribunal Supremo invocou os requisitos previstos no artigo 1096.º do Código de Processo Civil (doravante "CPC") para a confirmação de sentença estrangeira e os previstos nos artigos II, III e V da Convenção de Nova Iorque (doravante "CNI"). Na sua análise identificou 7 requisitos: (1) Autenticidade do documento contendo a decisão arbitral; (2) Do trânsito em julgado da decisão arbitral; (3) Da Competência do tribunal arbitral de acordo com as regras de conflito de jurisdição moçambicanas; (4) Litispendência ou caso julgado; (5) Do chamamento do réu para o processo e exercício do contraditório; (6) Não ofensa à ordem pública moçambicana; (7) Da não ofensa ao direito privado interno.

No que diz respeito à autenticidade do documento nos termos dos artigos II e III da CNI e do artigo 1096.º, alínea a) do CPC, o Tribunal entendeu que apenas se deveria legalizar o Acórdão Arbitral (nos termos do artigo. 540.º do CPC) se houvesse dúvidas quanto à sua autenticidade. No caso em apreço estas dúvidas não se levantavam, tendo em conta que (i) a Requerida citada não apresentou contraditório; e (ii) a Adida Consular Moçambicana no Reino Unido atestou a veracidade da assinatura da pessoa que assinou a certidão, pelo que este requisito estava preenchido.

No que diz respeito ao trânsito em julgado, o Tribunal considerou que a decisão arbitral revivenda era definitiva e executória, pelo que também estava preenchido o requisito previsto na alínea b) do artigo 1096.º do CPC e não ocorria a situação prevista no artigo V da CNI.

No que diz respeito à competência do tribunal arbitral de acordo com as regras de conflito de jurisdição moçambicanas, o Tribunal entrou a analisar os requisitos previstos no artigo 99.º do CPC, em particular quis saber se os três requisitos cumulativos de validade da designação convencional de jurisdição previstos no seu n.º 3 estavam preenchidos, tendo concluído que estavam preenchidas as referidas exigências legais "respeitantes à designação da via arbitral para a resolução de litígios".

No que diz respeito à litispendência ou caso julgado, o Tribunal considerou não ter havido qualquer repetição da causa em tribunais moçambicanos, com identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir.

No que diz respeito ao chamamento do réu para o processo e exercício do contraditório, o Tribunal entendeu que a Requerida foi citada e teve oportunidade para exercer o seu contraditório no processo arbitral, pelo que estava preenchido o requisito previsto na al. e) do artigo 1096.º do CPC e na alínea b) do número 1 do artigo V da CNI.

No que diz respeito à não ofensa à ordem pública moçambicana, o Tribunal não define a ordem pública moçambicana,

¹ Acórdão reproduzido em Anexo ao presente comentário.

afirmando que não transparece que a decisão arbitral contenha decisões que possam provocar um efeito intolerável na ordem jurídica moçambicana. Entendeu que “[a] exigência de uma indemnização por incumprimento dum contrato de compra e venda não afecta qualquer postulado basilar da ordem jurídica nacional; aliás, a nossa lei também admite a responsabilidade civil contratual na situação de inadimplemento”. Conclui que está preenchido o requisito da alínea f) do artigo 1096.º do CPC e da alínea b) do n.º 2 do artigo V da CNI.

No que diz respeito à não ofensa ao direito privado interno, o Tribunal afirma que na alínea g) do artigo 1096.º do CPC é exigido que a decisão, tendo sido proferida contra moçambicano, não ofenda o direito privado moçambicano quando seja esse o aplicável de acordo com as suas normas de conflitos. Entende que estamos perante um instituto do privilégio da nacionalidade que faz operar as normas

de conflitos internas do Estado moçambicano. Nos termos do direito de conflitos moçambicano as partes podem escolher a lei aplicável, quando a mesma vise regular as obrigações provenientes de negócios jurídicos ou com estas conexas nos termos do artigo 41.º do CC. As partes escolheram a lei inglesa como aplicável. Analisa ainda a questão do reenvio, aplicando a regra geral da referência material prevista no artigo 16.º do CC. Conclui por isso que “[n]ão sendo a lei moçambicana a aplicável, torna-se inútil sindicar o mérito da decisão para aferir se ofende o direito privado interno”.

Conclui o Tribunal Supremo que estavam preenchidos os requisitos previstos no CPC e no CNI, pelo que confirmou a decisão arbitral proferida no dia 14 de julho de 2017 e que passava a produzir efeitos na ordem jurídica moçambicana.

ANOTAÇÃO

1. Introdução

O Acórdão que agora se anota, já foi objecto de uma análise sumária no nosso recente artigo.² Devemos dizer que é um Acórdão bem feito e que levanta as questões essenciais que devem ser analisadas, mas não tem em conta a doutrina e jurisprudência, já existente, sobre a conjugação dos requisitos previstos no direito interno. Antes de analisar com detalhe a decisão do Tribunal Supremo iremos descrever o processo de reconhecimento interno em Moçambique, aproveitando os estudos que já escrevemos. O pedido de revisão tinha como fundamento o seguinte:

Como anteriormente assinalámos, um dos problemas da arbitragem em Moçambique continua a ser o facto de existir pouca experiência no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Contudo, o crescente desenvolvimento económico de Moçambique exige melhor estudo do regime de reconhecimento. Efetivamente, o aumento do investimento traz consigo um crescente recurso à arbitragem sediada fora de Moçambique o que obriga a uma análise

mais detalhada do Direito de Reconhecimento de Direito Internacional Privado de Moçambique, pois, o reconhecimento das decisões arbitrais estrangeiras é importante para o desenvolvimento do comércio internacional.

A falta de experiência e de estudo dos tribunais moçambicanos é, em nossa opinião, um dos grandes problemas do desenvolvimento do reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras. Pretendemos, com estes nossos contributos, ajudar neste processo complexo. Há que acrescentar o facto de muitas arbitragens serem em inglês ou aplicarem direito da *common law* o que dificulta o reconhecimento. De facto, sendo Moçambique um país do sistema romano-germânico, a crescente inserção nos contratos da aplicação de uma lei de um sistema diferente, como o sul-africano e a *common law*, trazem, igualmente problemas de interpretação que podem ser prejudiciais às partes.³

Assim, esperemos que este comentário, sendo uma sumula do que já escrevemos, venha a ajudar neste caminho tortuoso que é o Direito de Reconhecimento.

2 Tomás Timbane/Iñaki Carrera, *A Convenção de Nova Iorque e o Direito de Reconhecimento Interno Moçambicano*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. XII, 2019, p. 77 e bibliografia aí citada.

3 Tomás Timbane, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em Moçambique: o que devemos prever*, in VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, 2014, pp. 131-132. Outra questão relevante que não tem sido tomada em conta é a língua não só dos contratos, mas da arbitragem, que, invariavelmente, é o inglês. Para mais considerações sobre a escolha da língua, v. Tomás Timbane, *Língua portuguesa, arbitragem e interesse nacional* (<http://opais.sapo.mz/lingua-portuguesa-arbitragem-e-interesse-nacional>, consultado a 27 de Maio de 2020).

2. O Regime de Revisão e Confirmação de Sentença Arbitral Estrangeira ⁴

Em Moçambique existem normas de reconhecimento de fonte interna e de fonte internacional. Estas normas encontram-se respetivamente nos artigos 1094.º e ss. do CPC e na CNI ⁵. Pelo que em primeiro lugar cabe tratar da questão da prevalência da fonte internacional sobre a fonte interna (**subcapítulo 2.1**) e depois trataremos especificamente de como se processa o reconhecimento em Moçambique (**subcapítulo 2.2**).

2.1. Prevalência das normas de reconhecimento de fonte internacional

A CNI entrou em vigor em Moçambique no dia 11 de Setembro de 1998 e o artigo 1094.º, n.º 1 do CPC ⁶ parte do pressuposto, controverso para o direito moçambicano, de que vigora o princípio da predominância do direito internacional sobre o direito interno ⁷, pelo que o CPC teria carácter subsidiário em relação ao sistema convencional, ou seja, as convenções ou tratados internacionais prevalecem sobre o direito interno. Parece que o artigo 18, n.º 2 da Constituição da República dá uma resposta: as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção. Isso significa que as normas internacionais constantes de tratados têm um valor inferior à Constituição, mas tem o mesmo valor que as normas infraconstitucionais, mas, considerando tratar-se de normas especiais, podem considerar-se que prevalecem sobre o direito nacional de reconhecimento, nos termos do disposto no artigo 1094.º, n.º 1 do CPC.

Assim, sendo norma especial, questiona-se se a CNI prevalece ou não sobre as normas do CPC, considerando que no presente caso, o Tribunal Supremo considerou, em simultâneo, as normas da CNI e do CPC. No entanto, a CNI foi recepcionada em Moçambique através de uma Resolução do Conselho de Ministros, um acto normativo

inferior ao Decreto-Lei que aprovou o CPC, pelo que a possível prevalência da CNI deve ser vista tendo em conta a forma como os instrumentos internacionais são recepcionados no direito moçambicano. Se é bem verdade que o acórdão que se comenta foi proferido em 2019, verdade é que a questão da recepção da CNI tem de ser vista não só tendo em conta o que prevê a Constituição de 2004, mas também a Constituição de 1990, que vigorava no momento em que tal convenção internacional foi incorporada em Moçambique.

Se tendo em conta a Constituição de 2004 a questão se coloca com bastante intensidade uma vez que o artigo 18, n.º 2 refere que os instrumentos internacionais têm o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República, aí também se poderia colocar a questão da validade dos instrumentos internacionais. Para além disso, também, se poderia dizer que os instrumentos internacionais têm um valor normativo de normas inferiores aos actos normativos da Assembleia da República e do Governo, verdade é que para os instrumentos anteriores a 2004, impõem-se outras considerações.

Na aludida Constituição de 1990, o regime de ratificação de tratados e acordos internacionais encontrava-se repartido entre o Presidente da República, que no domínio das relações internacionais celebrava tratados [artigo 123, alínea b)] ⁸, a Assembleia da República, na ratificação e denuncia dos tratados internacionais [artigo 135, n.º 2, alínea k)] ⁹ e no Governo, na preparação da celebração de tratados internacionais e celebração, ratificação, adesão e denúncia de acordos internacionais [artigo 153, n.º 1, alínea f)] ¹⁰.

Nada se dizia sobre as convenções internacionais, mas a doutrina nacional ¹¹, entendia que as convenções internacionais eram um género e os tratados e acordos internacionais espécies daquele. Contrariamente ao que ocorre com a Constituição de 2004, a ausência de uma disposição geral sobre o posicionamento do direito internacional colocava inúmeras questões, havendo quem defendesse a prevalência do direito constitucional ¹² – por

4 Veja-se também Mariana França Gouveia, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras nos países lusófonos*, in III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2010, pp. 95 e ss.

5 Tomás Timbane/Iñaki Carrera, *A Convenção de Nova Iorque...*, p. 78.

6 "Sem prejuízo do que se acha estabelecido em tratados e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro ou por árbitros no estrangeiro, tem eficácia em Moçambique, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada".

7 Há várias tomadas de posição sobre o direito internacional na ordem jurídica moçambicana, nomeadamente em Gilles Cistac, *Questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique*, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Vol. VI, Setembro, 2004; Fernando Loureiro Bastos, *O Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, in O Direito, 142, n.º 3, 2010; e Francisco Pereira Coutinho, *O Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia/Francisco Pereira Coutinho, *O Direito Internacional Público nos direitos de Língua Portuguesa*, CEDIS, Lisboa, 2018.

8 "No domínio da defesa nacional e da ordem pública, compete ao Presidente da República: (...) b) celebrar tratados;"

9 "2. Compete, nomeadamente, à Assembleia da República: (...) k) ratificar e denunciar os tratados internacionais;"

10 "1. Compete, nomeadamente, ao Conselho de Ministros: (...) f) preparar a celebração de tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir e denunciar acordos internacionais;"

11 Armando César Dimande, *Os tratados internacionais na ordem jurídica moçambicana*, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Vol. II, Junho, 1997, pp. 69-70; Gilles Cistac, *Questão do Direito Internacional...*, pp. 23-28; e Augusto Raúl Paulino, *Regime jurídico de recepção das Convenções internacionais no ordenamento jurídico moçambicano*, in O Rugido da toga: lições do juiz Paulino (I), Alcance Editores, 2016, pp. 32-33.

12 Armando César Dimande, *Os tratados internacionais...*, pp. 69-70.

entender que sendo a Constituição o texto supremo de um país, ele deve prevalecer sobre os demais instrumentos normativos -, mas havia também quem defendesse a prevalência do direito internacional ¹³.

Considerando que a CNI foi ratificada por uma Resolução do Conselho de Ministros, colocava-se o problema de saber qual era o seu lugar nas fontes de direito. É que uma Resolução do Conselho de Ministros, do ponto de vista de hierarquia das leis tem um valor *infra* legal, ou seja, tem um valor jurídico inferior das normas da Assembleia da República, como as leis e as resoluções, pelo que, numa primeira perspectiva, todas as normas de grau superior prevaleciam sobre tal resolução. Se é bem verdade que o artigo 1094.º do CPC admite a existência de tratados e convenções internacionais, o facto de a CNI ter sido ratificada por uma Resolução do Conselho de Ministros poderia levar a que se concluísse que o CPC, tendo sido aprovado por um decreto-lei, por isso, de grau superior, prevalecia sobre as regras de reconhecimento previstas na CNI. Se assim fosse, poderíamos concluir que a CNI não teria aplicação no direito interno quando perante um conflito entre um diploma aprovado por um decreto-lei e outro aprovado por uma Resolução do Conselho de Ministros, o juiz moçambicano optaria pela norma de grau superior, *in casu* o CPC. No caso que se comenta, o juiz moçambicano não tomou posição sobre essa aparente divergência, tendo optado pela aplicação das duas normas, o que agrava, ainda mais, os requisitos impostos pelo direito de reconhecimento.

Pensando nessa divergência, foi por isso que se escreveu no passado que "*analisando o carácter literal do n.º 1 do artigo 1094.º podemos adiantar que aí se refere a tratados e leis especiais, ou seja, mesmo que se trate de diplomas legais hierarquicamente inferiores (Resolução do Conselho de Ministros), não deixaria de ser lei especial para efeito do previsto no Código, podendo, deste modo, estabelecer-se um regime especial e diferente do que consta do Código de Processo Civil.*" ¹⁴ No entanto, como referido, uma Resolução do Conselho de Ministros, do ponto de vista de hierarquia das leis, tem um valor *infra* legal, ou seja, tem um valor jurídico inferior às normas da Assembleia da República, como as leis e as resoluções e aos decretos-lei, pelo que não poderia ser colocada no mesmo grau que uma norma de grau superior como o CPC.

Se é bem verdade que a questão tem um elevado interesse teórico fora da CNI, no presente caso, o interesse prático é fácil de compreender e olhando para o contexto e o momento em que foi ratificada a CNI (1998), compreende-se ter sido numa altura em que o país estava a abrir-se ao investimento estrangeiro (com a aprovação em 1993 da Lei do Investimento, que admitia o recurso a Convenção de Washington de 1965), aderindo a diversos instrumentos internacionais em matéria de arbitragem internacional, como é o caso da Convenção de Washington de 1965 (1992) e adoptando na Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação (doravante "LACM") (1999) as opções trazidas pela Lei Modelo (1986).

Tomando posição sobre a hierarquia das convenções internacionais em matéria de arbitragem comercial, a Lei da Arbitragem estabeleceu no artigo 67 que "*Os acordos e ou convenções internacionais multilaterais ou bilaterais celebrados pelo Estado de Moçambique no âmbito da arbitragem, conciliação e mediação prevalecem sobre as disposições da presente Lei.*" É uma disposição que estabelece o primado das normas internacionais, seja qual for a norma de recepção, sobre a Lei da Arbitragem semelhante à norma presente no artigo 1094.º do CPC pelo que facilmente se deve admitir a tese de que as convenções internacionais têm um carácter infraconstitucional, mas supra legislativo ¹⁵. Acresce a este nosso entendimento o facto de na Convenção de Viena, ratificada por Resolução da Assembleia da República ¹⁶, o artigo 27.º estabelece o princípio de que nenhuma parte contratante pode alegar o seu direito interno para justificar a não execução de um tratado, estabelecendo o artigo 46.º da mesma Convenção, a responsabilidade internacional do Estado face aos actos e omissões decorrentes das convenções internacionais. Assim, o sistema na sua globalidade estabelece a solução da prevalência dos tratados internacionais, sob pena de violação da CNI. Logo surge a pergunta: o juiz moçambicano estará vinculado, deixando de aplicar as normas do CPC tendo em conta esses princípios?

Não havendo uma posição constitucionalmente clara sobre o assunto – ainda que AUGUSTO RAÚL PAULINO ¹⁷ aponte na supremacia do direito internacional convencional -, verdade é que existem situações em que a supremacia ¹⁸ é prevista pela própria Constituição, como no caso da Carta das Nações Unidas e da Carta das Organizações da Unidade Africana (artigo 62.º), nos termos do qual "*A República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da ONU e Carta da OUA.*" Dispondo o artigo 2.º, n.º 2 que a Carta das Nações Unidas estabelece que os seus membros deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas, o que significa que "as

13 Augusto Raúl Paulino, *Regime jurídico de recepção...*, pp. 44-46.

14 Tomás Timbane, *O Reconhecimento...*, pp. 124-125.

15 V. nesse sentido Gilles Cistac, *Questão do Direito Internacional...*, p. 50.

16 V. Resolução n.º 22/2000, de 19 de Setembro.

17 Augusto Raúl Paulino, *Regime jurídico de recepção das Convenções internacionais no ordenamento jurídico moçambicano*, cit., p. 33.

18 V. nesse sentido Gilles Cistac, *Questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique*, cit., p. 53.

*obrigações assumidas prevalecem sobre as normas não constitucionais praticadas pelos órgãos de soberania da República.”*¹⁹ Há, pois, aqui uma hierarquização a favor dos princípios como normas internacionais comparativamente às normas infraconstitucionais.

Assim, não deverá o juiz moçambicano afastar o Tratado, ainda que tenha sido recepcionado por uma norma de hierarquia interior àquela que pretende aplicar.

Duas razões sustentam o nosso entendimento da prevalência da CNI sobre as normas internas de Direito de Reconhecimento: em primeiro lugar, o artigo 1094.º, n.º 1 do CPC tem que ser habilmente interpretado, justamente porque exige que o regime estabelecido nos tratados e em leis especiais, prevaleça sobre o regime aí estabelecido. De igual forma, a Lei da Arbitragem estabeleceu um regime que determina a prevalência dos acordos ou convenções multilaterais ou bilaterais celebradas pelo Estado de Moçambique, é a coerência do sistema. Em segundo lugar, tendo a Convenção de Viena sido ratificada em 2000 através de uma Resolução da Assembleia da República estabelecido no artigo 27 o princípio de que nenhuma parte contratante pode alegar o seu direito interno (CPC) para justificar a não execução de um tratado (CNI), o juiz moçambicano não pode afastar a aplicação do CNI a favor do CPC. Entendemos que, tal como aponta GILLES CISTAC²⁰, o juiz moçambicano tem que conciliar os dois princípios que se impõe a ele: a primazia das normas constitucionais e o primado do Direito Internacional sobre as normas infraconstitucionais.

Caso o juiz não respeite esta prevalência, não só estaria a violar as próprias normas de fonte interna (o artigo 1094.º do CPC), como estaria a colocar o Estado Moçambicano em incumprimento da CNI e da Convenção de Viena.

2.2. O processo de reconhecimento em Moçambique²¹

Partindo, então, do pressuposto que a CNI prevalece sobre o CPC, devemos saber se estamos perante uma sentença arbitral “estrangeira”, i.e., ato externo que carece de ser reconhecido no ordenamento jurídico moçambicano de forma a ser atribuída relevância jurídica interna²².

Nos termos do artigo I da CNI é o Direito interno Moçambicano que vai determinar a “nacionalidade” da sentença, sendo relevante para o efeito o que determina a LACM. O artigo 68.º da Lei de Arbitragem determina que a lei é aplicável às arbitragens que tenham lugar em território nacional, sendo que nos termos do artigo 67.º LACM, os acordos e convenções multilaterais ou bilaterais

prevalecem sobre as disposições nela estabelecidas. Nos termos do artigo 39.º, 1, alínea e) da Lei de Arbitragem, deve constar na sentença o lugar da arbitragem e o local em que a decisão foi proferida. Ora, tal como fazia a Lei de Arbitragem portuguesa de 1986, a LACM distingue entre o lugar da arbitragem e o local onde a decisão foi proferida, sendo certo que para efeitos de considerar nacional interessa o lugar da arbitragem (artigo 68.º LACM).

No que diz respeito às condições estabelecidas no Direito de Reconhecimento interno moçambicano, o CPC prevê um sistema de assimilação, isto é, o regime estabelecido para o reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras aplica-se também às sentenças arbitrais estrangeiras, com as devidas adaptações (artigos 1094.º, 1 e 1097.º do CPC).

Nas normas de reconhecimento podemos encontrar os requisitos para que o Tribunal Supremo, enquanto órgão de reconhecimento, possa dar relevância jurídica interna à sentença arbitral estrangeira, sempre dentro do limite estabelecido no artigo III da CNI que impede que os requisitos aplicáveis sejam sensivelmente mais rigorosos que aqueles previstos na mencionada Convenção e o artigo VII que consagra a cláusula de regime mais favorável. Assim, aquando do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira dever-se-á ter em conta a relação entre a CNI e o Direito de reconhecimento interno moçambicano, tendo em conta os artigos III e VII da CNI.

Nos termos do artigo III da CNI, o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira será realizada nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada, mas nas condições estabelecidas nos artigos IV (documentos que deverão ser juntos com o pedido de reconhecimento) e V (fundamentos de recusa de reconhecimento).

Acresce que nos termos da segunda parte do artigo III: “[p]ara o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais às quais se aplica a presente Convenção, não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custos sensivelmente mais elevados, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais”. No que concerne a esta segunda parte do preceito, é entendimento que a referência a condições significam condições estabelecidas como regras processuais para o reconhecimento que podem ser de três formas: (i) regras específicas; (ii) relevância jurídica como se de uma decisão judicial estrangeira se tratasse; ou (iii) reconhecimento semelhante ao de uma sentença nacional. Contudo, este preceito não se aplica aos específicos fundamentos de recusa, pois estes estão

19 Gilles Cistac, *Questão do Direito Internacional...*, cit., p. 54.

20 Gilles Cistac, *Questão do Direito Internacional...*, cit., pp. 56-57.

21 Veja-se Tomás Timbane/Iñaki Carrera, *A Convenção de Nova Iorque...*, pp.78-90.

22 Como diz o Acórdão, p. 5: “A questão a resolver é saber se a decisão arbitral reúne todos os requisitos para ser confirmada e, desta forma, produzir efeitos na ordem jurídica moçambicana”.

estabelecidos de forma taxativa no artigo V da CNI, devendo ser estes aplicáveis e não outros²³.

O artigo III não pretende afastar a necessidade de reconhecimento. O que apenas se pretende é que nos países onde exista a obrigatoriedade de reconhecer (“*exequatur*”) uma sentença arbitral nacional previamente à execução não se aplica condições mais gravosas para as sentenças arbitrais estrangeiras.

No artigo VII, 1 da CNI está previsto a cláusula de regime mais favorável, o que significa que a parte que requer o reconhecimento pode invocar as normas previstas no Direito de Reconhecimento interno sempre e quando este seja mais favorável, mas há quem entenda que este direito não pode ser aplicado oficiosamente pelo Tribunal²⁴.

Acresce que existem duas posições antagónicas quanto à aplicação deste artigo, havendo quem defenda que uma parte pode invocar tanto o Direito de Reconhecimento interno como a CNI (que denominamos “*doutrina cherry picking*”) ²⁵; e, por outro lado, VAN DEN BERG defende que ou bem se invoca um ou bem se invoca o outro, com base no princípio da interdependência da Convenção (que denominamos “*doutrina in toto*”) ²⁶.

Tendo em conta os artigos III e VII da CNI, devemos indagar se as condições e fundamentos previstos no CPC para o reconhecimento são mais favoráveis do que aqueles estabelecidos nos artigos IV, V e VI. Se seguirmos a posição que chamámos *cherry picking* então devemos seleccionar aquelas condições e fundamentos mais favoráveis, se a posição for *in toto*, então devemos escolher entre o sistema da CNI ou do CPC moçambicano.

Nos termos da análise por nós já realizada, o CPC de Moçambique prevê em geral condições mais gravosas que as estabelecidas na CNI, pelo que, nos casos de decisões que devam ser submetidas a confirmação, a parte que requeira o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira não terá qualquer vantagem em invocar o Direito de Reconhecimento interno moçambicano. Mesmo que se defenda a possibilidade de escolher algumas normas específicas de reconhecimento que sejam mais vantajosas seguindo a posição que denominamos *cherry picking*, não vemos qual poderia ser a norma mais vantajosa face ao regime permissivo da CNI ²⁷.

No caso sob análise o Tribunal Supremo aplicou uma terceira via mais gravosa, considerou como aplicável todos os fundamentos previstos no CNI e no CPC. O que poderíamos chamar de *doutrina da terceira via*.

3. A análise feita pelo Tribunal Supremo

Antes de entrar nos aspetos específicos da nossa análise, diremos em primeiro lugar que os procedimentos para o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira são simples e idênticos aos que ocorrem quando se instaura uma acção: apresentando o requerimento a solicitar o reconhecimento (petição inicial), segue-se a contestação e, em determinados casos, a resposta à contestação e um articulado nominado²⁸. Depois disso segue-se a instrução do processo, podendo o Relator ordenar as diligências que considere indispensáveis, findo os quais o processo é facultado para exame das partes e do Ministério Público, seguida de julgamento. Com os articulados devem ser requeridas as provas que cada uma das partes considere necessárias. No presente caso o Requerido não apresentou contestação.

Passemos então à análise do Acórdão.

23 Albert Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer law and taxation publishers, 1981, p. 236; Maria Cristina Pimenta Coelho, *A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 Relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, in Revista Jurídica, n.º 20 Outubro 1996, AAFDL, p. 50; Andreas Börner, *Article III*, in AAVV, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, 2010, p. 121.

24 Neste sentido Luis de Lima Pinheiro, *Reconhecimento ...*, pp. 318-319 e António Sampaio Caramelo, *Reconhecimento...*, p. 225. Em sentido contrário Albert Jan van den Berg, *The New York Convention...*, p. 85, n. 216.

25 Parece-nos que é este o entendimento de Luis de Lima Pinheiro, *Reconhecimento...*, p. 319, n. 1146.

26 Albert Jan van den Berg, *The New York Convention...*, pp. 85-86.

27 Tomás Timbane/Iñaki Carrera, *A Convenção de Nova Iorque e o Direito de Reconhecimento Interno Moçambicano*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. XII, 2019, pp. 89-90.

28 No processo civil moçambicano admite-se, também, a apresentação de um articulado nominado posterior à resposta à contestação, nos casos em que neste último articulado o autor tiver modificado o pedido ou a causa de pedir ou se, no caso de reconvenção, o autor tiver deduzido uma excepção (art. 502.º, n.º 4 CPC). Sobre este articulado, v. Tomás Timbane, *Lições de Processo Civil I*, 2.ª Edição, Escolar Editora, Maputo, pp. 402-403.

3.1. Da autenticidade do documento contendo a decisão arbitral

Nos termos do artigo IV da CNI, quem invoca a sentença tem que juntar: o original devidamente autenticado da sentença, ou uma cópia do mesmo²⁹, verificadas as condições exigidas para a sua autenticidade e o original da convenção referida no artigo II da CNI ou uma cópia da mesma. Caso a sentença esteja em língua diferente da oficial do país em que for invocada, deverá ser apresentada uma tradução autenticada por um tradutor oficial ou por um agente diplomático ou consular dos documentos.

Já nos termos dos artigos 1096.º, alínea a) e 1098.º do CPC, para que a sentença seja confirmada é necessário apresentar o documento de que consta a decisão a rever e que não haja dúvidas sobre a sua autenticidade nem sobre a inteligência da decisão, pelo que também é necessária a junção e tradução da sentença. Contudo, nada se diz sobre a apresentação da convenção de arbitragem. De qualquer maneira, tal como afirma Maria Cristina Pimenta Coelho³⁰, mesmo que o preceito não indique a necessidade de apresentar a convenção de arbitragem, esta é necessária pois dela resulta a competência do tribunal arbitral.

No âmbito do caso em análise, o Ministério Público sugeriu que a requerente fosse convidada a legalizar os documentos nos termos do artigo 540.º do CPC³¹, mas o Tribunal Supremo considerou que do artigo 540.º do CPC não resulta que a legalização seja uma exigência *sine qua non* para que o documento produza efeitos em Moçambique. Pelo contrário, citando o artigo 365.º do Código Civil Moçambicano retira que a legalização não é indispensável para que o documento passado fora do país produza

efeitos, sendo apenas um expediente de que se pode lançar mão quando haja fundadas dúvidas acerca da sua autenticidade ou da autenticidade do reconhecimento³².

Em sentido contrário Carlos Pedro Mondlane cita o Acórdão de 24 de novembro de 2010 do Tribunal Supremo:

*"Os documentos que acompanham a petição inicial e que consta terem sido emitidos pelo Supremo Tribunal de Justiça da Inglaterra não se mostram formalizados em conformidade com o disposto no n.º 1 do art. 540.º do CPC, na redacção introduzida pelo DL. n.º 1/2005, de 27 de Dezembro, por não se mostrarem reconhecidos ou autenticados pelas autoridades consulares da República de Moçambique junto do Reino Unido. Esta questão processual condiciona o prosseguimento dos demais actos"*³³

Do que consta do Acórdão, podemos concluir que o requerente juntou a decisão arbitral certificada e que a Adida Consular Moçambicana³⁴ atestou a veracidade da assinatura da pessoa que assinou a certidão. Juntou também a cópia da convenção de arbitragem e a tradução oficial destes documentos³⁵.

Considerou o Tribunal Supremo que não existem dúvidas sobre a autenticidade dos documentos contendo a decisão em revisão, respeitando-se os requisitos previstos na alínea a) do artigo 1096.º do CPC e do artigo III, conjugado com o artigo II, ambos da CNI.

O Tribunal aplicou, pois, de forma cumulativa os requisitos previstos nas normas de reconhecimento de fonte interna e de fonte internacional. Sem entrar a saber qual

29 Diz-nos Albert Van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, p. 251: "The first question is the distinction between an authenticated original of the award, on the one hand, and a certified copy of the award and the agreement, on the other. The authentication of a document is the formality by which the signature thereon is attested to be genuine. The certification of a copy is the formality by which the copy is attested to be a true copy of the original. The authentication therefore concerns the signature, whilst the certification concerns the document as a whole".

30 Maria Cristina Pimenta Coelho, *A Convenção de Nova Iorque...*, p. 65.

31 "1. Os documentos autênticos passados em país estrangeiro, na conformidade da lei desse país, consideram-se legalizados, desde que a assinatura do funcionário público esteja reconhecida por agente diplomático ou consular moçambicano no Estado respectivo, autenticado com selo branco consular. 2. Se os documentos particulares lavrados fora de Moçambique estiverem legalizados por funcionário público estrangeiro, a legalização carece de valor enquanto não estiver reconhecida por agente diplomático ou consular moçambicano no Estado respectivo, autenticado com selo branco consular".

32 Acórdão do Tribunal Supremo, p. 8.

33 Carlos Pedro Mondlane, *Código de Processo Civil, Anotado e Comentado*, 2.ª Ed., 2016, p. 1014.

34 Diz-nos Albert Van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, pp. 255-256: "The fourth question is which is the authority is competent to authenticate or certify. The answer to this question depends in the first place on the law applied to the authentication and certification. As observed above, the courts have refrained from referring to a specific law in regard of this question, with the exception of the Austrian Supreme Court. They appear, however, to be quite liberal in accepting that an original award is authenticated or a copy of an award or agreement is certified. This may at least be inferred from the cases decided so far in none of which it has been held that the authentication or certification was insufficient.

For the authentication of the original award it is generally sufficient to have this formality accomplished by a diplomatic or consular agent of the country in which the enforcement is sought located in the country where the award was made (...) The production of a certified copy of the award occurs frequently in practice. This is not so surprising since arbitral institutions or arbitrators often keep the original in their files and provide the parties with a copy. The authority competent for the certification of the copy is, in principle, the same as the one competent for the authentication. Certain courts have also accepted a copy of the original award which was certified by the Secretary of the arbitral institution under whose auspices the arbitration had taken place".

35 Conforme se diz no Acórdão, pp. 5-6: "Não foi feita a legalização do documento contendo a decisão revivenda, nos precisos termos do artigo 540.º do C.P. Civil, mas a Adida Consular no Alto Comissariado da República de Moçambique no Reino Unido reconheceu a assinatura do funcionário autorizado pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros e Assuntos da Commonwealth do Reino Unido, na pessoa que atesta como original e válida a assinatura de Steven J. Wbna, Notário Público, que certifica a autenticidade da assinatura de John Gibson, aposta na certidão da decisão arbitral".

é a lei aplicável à forma de certificação e autentificação, aplicando diretamente a lei moçambicana³⁶. A aplicação da lei moçambicana conforme fez o Tribunal Supremo acabou por ser uma posição liberal ao ter considerado que qualquer legalização documental apenas é necessária se houver fundadas dúvidas acerca da sua autenticidade.

3.2. Da competência do tribunal arbitral de acordo com as regras de conflito de jurisdição moçambicanas

O CPC Moçambicano, no artigo 1096.º, estabelece como requisito que a sentença provenha de tribunal competente segundo as regras de conflitos de jurisdições da lei moçambicana. Requisito este não previsto na CNI.

O Tribunal Supremo, mencionando o n.º 3 do artigo 99.º do CPC, afirma que se estabelece três requisitos cumulativos e imperativos para a validade da designação convencional de jurisdição: a) corresponder, tal designação, a um interesse sério das partes ou de uma delas, desde que não envolva inconveniente grave para a outra; b) não dizer respeito a questões sobre direitos indisponíveis nem a questões abrangidas pelas alíneas d) e g) do artigo 65.º do CPC; e c) observar a norma do n.º 2 do artigo 100.º do CPC.

Afirma, ainda, o Tribunal Supremo que: “[a] exigência de interesse sério na escolha do tribunal visa evitar que as partes designem, por acordo, uma jurisdição sem qualquer conexão relevante com as partes ou a causa. A escolha dum tribunal arbitral, no caso, não pode ser considerada arbitrária, caprichosa ou sem qualquer sentido. Aliás, sendo os contratos de fornecimento de algodão, nada melhor que a opção pela arbitragem conduzida por um organismo especializado na matéria que diz respeito ao objecto do negócio (a International Cotton Association, Limited). De resto, tratando-se de matéria não excluída da disponibilidade das partes, no âmbito da autonomia privada, elas gozam duma ampla liberdade de convencionar os procedimentos para a resolução das suas disputas, incluindo por via arbitral. Resulta igualmente do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 2 da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho (Lei da Arbitragem), que um dos princípios basilares da arbitragem na ordem jurídica moçambicana é o da liberdade, que se traduz no ‘reconhecimento da autonomia das partes na escolha e adopção de meios alternativos ao poder judicial para a resolução de conflitos’³⁷.

Diz-nos CARLOS PEDRO MONDLANE quanto ao artigo 99.º,1 que:

“O n.º 1 aplica-se a todos os pactos privativos da jurisdição dos tribunais moçambicanos, quer a privação se faça em benefício de tribunais estrangeiros, quer em benefício de tribunal arbitral a funcionar em país estrangeiro, ainda que os árbitros sejam cidadãos moçambicanos. O que interessa é o aspecto da privação da jurisdição dos tribunais moçambicanos num caso em que a teriam segundo as regras do artigo 65.º; já interessa menos que a privação se faça em benefício da jurisdição estrangeira ou em um tribunal arbitral a instalar em território estrangeiro”³⁸

Entendemos que o Tribunal Supremo não deveria aplicar o requisito previsto no artigo 1096.º do CPC, por duas ordens de razão:

- Ao prevalecer a CNI, ao não estar este requisito aí previsto, o único que pode averiguar o Tribunal Supremo é saber se a Convenção de Arbitragem é válida e se o litígio em causa é arbitrável nos termos do artigo V do CNI;
- Mesmo que não prevalecesse, este requisito não deve ser interpretado no sentido de se aplicar o artigo 99.º do CPC, pois, tratando-se de decisão arbitral, o Tribunal Supremo deveria interpretar este preceito como remetendo para a LACM, pelo que teria que averiguar da validade da Convenção de Arbitragem e saber se o litígio é arbitrável à luz dessa lei.

3.3. Da litispendência ou caso julgado.

No que diz respeito à litispendência e caso julgado, existe divergência doutrinária, por um lado, há quem defenda que os casos de litispendência e caso julgado não podem obstar ao reconhecimento pois não são fundamentos previstos no artigo V da CNI, impedindo o artigo III a sua aplicação³⁹. Por outro lado, há quem defenda que a alegação e litispendência e caso julgado insere-se na violação da ordem pública internacional⁴⁰.

36 Diz-nos Albert Van den Berg, *The New York Arbitration Convention...*, p. 252: “The third question is according to which law the original award should be authenticated or the copy of the agreement and award should be certified. This law is not mentioned in Article IV, having been deliberately omitted by the drafters of the Convention. (...) The omission is not to be interpreted in the sense that the question of authentication and certification is now left exclusively to the law of the country in which the enforcement of the award is sought (lex fori), as certain authors maintain. This interpretation is too restrictive. Rather, the ‘greater latitude’ allowed the court before which the enforcement is sought must be understood to mean that the court may apply, instead of the law of the country in which the award is made (...)”.

37 Acórdão do Tribunal Supremo, p. 10.

38 Carlos Pedro Mondlane, *Código de Processo Civil...*, p. 279.

39 Paula Costa e Silva, *A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, Ano 67, vol. II.

40 António Sampaio Caramelo, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, Almedina, 2016, p. 215; Luis de Lima Pinheiro, *Reconhecimento...*, p. 326.

O Tribunal Supremo aplicou este requisito baseado no artigo 1096.º do CPC, sem entrar em grandes detalhes, meramente concluindo que não existe qualquer situação de litispendência ou de caso julgado⁴¹.

3.4. Da não ofensa à ordem pública moçambicana

Em primeiro lugar, devemos ter como ponto assente que o reconhecimento não visa analisar o mérito da causa revivenda⁴².

Em segundo lugar, importa destacar que a sentença não deve conter decisões contrárias aos princípios da ordem pública moçambicana, entendida como ordem pública internacional, tal como também o considerou o Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de dezembro de 1980 aquando da aplicação do mesmo requisito previsto no CPC português⁴³.

Diz-nos Carlos Pedro Mondlane que:

"A exceção de ordem pública internacional ou reserva de ordem pública prevista na alínea f) deve ser conjugada com o previsto no artigo 22.º do C. Civil. Ela só tem cabimento quando da aplicação do direito estrangeiro cogente resulte contradição flagrante e atropelo grosseiro ou ofensa intolerável dos princípios fundamentais que enformam a ordem jurídica internacional e, assim, a concepção de justiça do direito material, tal como o Estado a entende. Só há que negar a confirmação das sentenças estrangeiras quando contiverem em si mesmas, e não nos seus fundamentos, decisões contrárias à ordem pública internacional do Estado Moçambicano – núcleo mais limitado que o correspondente à chamada ordem pública interna, por aquele historicamente definido em função das valorações económicas, sociais e políticas de que a sociedade não pode prescindir, e que opera em cada caso concreto para afastar os resultados chocantes eventualmente advenientes da aplicação da lei estrangeira. Ou seja, o cabimento da reserva da ordem pública só se verifica quando o resultado da aplicação do direito estrangeiro contrarie ou abale os princípios fundamentais da ordem jurídica interna, pondo em causa interesses da maior dignidade e transcendência levando a um choque de consciência e provocando exclamação por banda da comunidade..." Carlos Pedro Mondlane, Código de Processo Civil..., p. 279.

Embora concordando com Carlos Mondlane que a ordem pública em causa é a internacional, não podemos concordar com a afirmação comum de que se trata também da reserva de ordem pública internacional previsto no artigo 22.º do CC com o fundamento de recusa de reconhecimento por violação de ordem pública. Como já foi dito, não estamos perante a preocupação do "salto no desconhecido", mas sim de evitar de reconhecer sentenças arbitrais que irão produzir efeitos em Moçambique⁴⁴.

O Tribunal não definiu a ordem pública moçambicana, afirmando que não transparece que a decisão arbitral contenha decisões que possam provocar um efeito intolerável na ordem jurídica moçambicana. Entendeu que "[a] exigência de uma indemnização por incumprimento dum contrato de compra e venda não afecta qualquer postulado basilar da ordem jurídica nacional; aliás, a nossa lei também admite a responsabilidade civil contratual na situação de inadimplemento". Parece-nos que parte do pressuposto de que o presente requisito faz referência à Ordem Pública Interna ("postulado basilar da ordem jurídica nacional").

3.5. Da não ofensa ao direito privado interno⁴⁵

Conforme referimos, para nós é ponto assente que o reconhecimento não visa analisar o mérito da causa revivenda. Contudo, o CPC moçambicano, no artigo 1096.º, alínea g), prevê um requisito inusual que passamos a transcrever: "[t]endo sido proferida contra moçambicano, não ofenda as disposições do direito privado moçambicano, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as regras de conflitos do direito moçambicano".

O Tribunal Supremo afirma no presente caso que na alínea g) do art. 1096.º do CPC é exigido que a decisão, tendo sido proferida contra moçambicano, não ofenda o direito privado moçambicano quando seja esse o aplicável de acordo com as suas normas de conflitos de moçambique. Entende que estamos perante um instituto do privilégio da nacionalidade que faz operar as normas de conflitos internas do Estado moçambicano. Nos termos do direito de conflitos moçambicano as partes podem escolher a lei aplicável, quando a mesma vise regular as obrigações provenientes de negócios jurídicos ou com estas conexas nos termos do artigo 41.º do CC. As partes escolheram a lei inglesa como aplicável. Analisa ainda a questão do reenvio, aplicando a regra geral da referência material prevista no artigo 16.º do CC. Conclui por isso que "[n]ão sendo a lei moçambicana a aplicável, torna-se inútil

41 Acórdão do Tribunal Supremo, p. 12.

42 Em sentido contrário António Sampaio Caramelo, *A chamada proibição de os tribunais estaduais reexaminarem o mérito da sentença arbitral: mito ou realidade?*, 18 de julho de 2019, disponível em <https://lisbonarbitration.mlgts.pt/pt/artigos/a-chamada-proibicao-de-os-tribunais-estaduais-reexaminarem-o-merito-da-sentenca-arbitral-mito-ou-88/>.

43 Citado em Raul José Dias Leite de Campos, *A Revisão e a Confirmação de Sentenças Estrangeiras na Jurisprudência Portuguesa*, 1986, p. 66.

44 Rute Alves/Iñaki Carrera, *(Des)ordem pública internacional*, in PLMJ Arbitration Review, n.º 1, 2017, pp. 66-67 e Robin de Andrade, *Decisão Arbitral e Ordem Pública*, p. 3.

45 Sobre o controlo de mérito por via do controlo da violação de normas de conflitos, veja-se Iñaki Carrera, *Anotação ao acórdão Chromalloy*, in 100 anos de Arbitragem, Os cassos essenciais comentados, Coimbra Editora, 2015, pp. 165 e ss. (168-177).

sindicar o mérito da decisão para aferir se ofende o direito privado interno”.

Numa perspetiva teórica significa dar prevalência, em primeiro lugar, à norma de conflitos moçambicana e, em segundo lugar, ao direito interno moçambicano, pelo que se permite um duplo controlo ao Tribunal Supremo.

Com efeito, em primeiro lugar, o Tribunal Supremo irá analisar a norma de conflitos moçambicana em contraste com a norma de conflitos aplicada pelo Tribunal Arbitral. No presente caso, cremos que o Tribunal Supremo identificou de forma errada a norma de conflitos aplicável, pois, estando perante reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, a norma de conflitos moçambicana a ter em conta é a presente no artigo 54.º da Lei de Arbitragem que passamos a transcrever:

“1. O tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras de Direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao fundo da causa. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado país será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como designando directamente as regras jurídicas materiais desse país e não as suas regras de conflitos de leis.

2. Na falta de uma tal designação pelas partes, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie.

(...)

4. Em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e terá em conta os usos do comércio aplicáveis à transação”

Da leitura desta norma de conflitos, concluímos que sempre que as partes escolherem o direito aplicável ao litígio, e este não seja o moçambicano, o Tribunal Moçambicano não entraria a aplicar o requisito previsto na alínea g) do artigo 1096.º. Se as partes escolhessem o direito moçambicano, parece que o preceito permitiria ao Tribunal Supremo entrar a sindicá-la aplicação do direito interno realizado pelo Tribunal Arbitral.

Agora, se as partes não tiverem designado o direito aplicável, este preceito permitiria ao Tribunal Supremo indagar se o Direito moçambicano seria aplicável *“pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie”*.

Diríamos que o Tribunal Supremo estaria inclinado a aplicar a norma de conflitos supletiva prevista no artigo 42.º do Código Civil, isto é: *“1. Na falta de determinação da lei competente, atende-se, nos negócios jurídicos unilaterais, à lei da residência habitual do declarante e, nos contratos, à lei da residência habitual comum das partes. 2. Na falta de residência comum, é aplicável, nos contratos gratuitos, a lei da residência habitual daquele que atribui o benefício e, nos restantes contratos, a lei do lugar da celebração”*. No caso de se aplicar Direito moçambicano à luz do critério supletivo, então o Tribunal Supremo iria avaliar se a sentença arbitral ofende o direito privado moçambicano.

Ora, por um lado, entendemos que este requisito previsto na alínea g) do artigo 1096.º do CPC não se aplica tendo em conta a prevalência da CNI. Por outro lado, este requisito permite uma clara revisão do mérito da sentença que contraria o instituto do reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras. Estamos perante um abusivo duplo controlo, de facto, não só se dá relevância às normas de conflitos moçambicanas como ainda se pretende rever o mérito da decisão controlando a violação de direito privado moçambicano.

4. Conclusões

Como vimos, os requisitos previstos na CNI devem prevalecer sobre os requisitos previstos no CPC sempre e quando estes forem mais favoráveis. Se seguirmos uma posição *cherry picking*, a parte pode escolher o que for mais favorável, se for a posição *in toto*, tem que escolher um ou outro. Em Moçambique, tendo em conta o regime do reconhecimento interno, cremos que a parte e o Tribunal Supremo devem simplesmente aplicar os requisitos previstos na CNI na sua globalidade, sendo irrelevante a posição que se escolha.

O Tribunal Supremo, neste caso, adoptou uma terceira via, ainda mais gravosa, e, por isso censurável, ao ter decidido cumular todos os requisitos, sejam os previstos na CNI, como os previstos no CPC, entrando a analisar um por um. No caso em apreço, todos os requisitos estavam preenchidos pelo que não houve consequências negativas, mas para o futuro, e para a eficácia da arbitragem em Moçambique, entendemos que deve o Tribunal Supremo aplicar apenas os requisitos da CNI, socorrendo-se da doutrina que o têm analisado e da jurisprudência que o têm aplicado.



TRIBUNAL SUPREMO

Cópia

Processo n.º 32/2018 (Revisão e Confirmação de Sentença Estrangeira)

Requerente: [REDACTED]

Requerido: [REDACTED]

ACÓRDÃO

Acordam, em Conferência, na Secção Cível do Tribunal Supremo:

[REDACTED] sociedade comercial com sede na Hilton Avenue, n.º 6, Durban, República da África do Sul, veio, nos termos do artigo 1094.º e seguintes do Código de Processo Civil (C.P. Civil), intentar a presente acção de revisão e confirmação de sentença estrangeira, contra

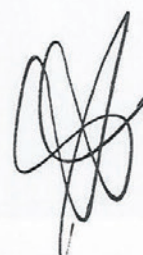
[REDACTED] com sede na Avenida Eduardo Mondlane, n.º 26910, Distrito de Mocuba, Zambézia, Moçambique, invocando, em síntese, os seguintes fundamentos:

- as sociedades comerciais [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] são empresas do mesmo grupo;
- a [REDACTED] cedeu à [REDACTED] todos os direitos, créditos, títulos e juros reclamados contra a sociedade comercial [REDACTED];
- na “International Cotton Association Limited” (ICA), com sede em Liverpool, Reino Unido, correu termos um processo arbitral registado sob

18
7

o nº A01 2016/34, em que eram partes a [REDACTED] e a [REDACTED]

- a competência do ICA resulta de convenções arbitrais incluídas nos contratos assinados pelas partes;
- em conformidade com as regras aplicáveis ao processo arbitral, a [REDACTED] foi citada para contestar, tendo sido informada, no acto de citação, sobre os procedimentos necessários para nomear um árbitro e para, querendo, beneficiar-se de assistência técnica especializada;
- a [REDACTED] exerceu o direito ao contraditório nos dias 13 e 28 de Dezembro de 2016;
- julgada a causa, a [REDACTED] foi condenada no seguinte:
 - (i) pagamento de USD 515.809,83 (quinhentos e quinze mil, oitocentos e nove dólares americanos e oitenta e três cêntimos) à [REDACTED] referente à quantia pré-paga pelo algodão não entregue nos termos dos contratos P5310, P5319 e P5326;
 - (ii) pagamento de USD 136.724,77 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro dólares americanos e sete cêntimos) à [REDACTED] a título de juros sobre o montante de USD 515.809,83 (quinhentos e quinze mil, oitocentos e nove dólares americanos e oitenta e três cêntimos), a uma taxa de 7.5% ao ano, devidos desde 01 de Janeiro de 2014 a 14 de Julho de 2017;
 - (iii) pagamento de USD 1.247,13 (mil e duzentos e quarenta e sete dólares americanos e treze cêntimos) à [REDACTED] referentes ao montante pago pelos serviços aduaneiros em nome da [REDACTED] ao abrigo do contrato P3639;
 - (iv) pagamento de USD 269,31 (duzentos e noventa e seis dólares americanos e trinta e um cêntimos) à [REDACTED] referentes ao montante pago pelos serviços aduaneiros em nome da [REDACTED] ao abrigo do contrato P3639;



- 18
7
- (v) pagamento de USD 7.248,30 (sete mil e duzentos e quarenta e oito dólares americanos e trinta centavos) à [REDACTED] [REDACTED] referentes ao valor da perda em peso do contrato P5392;
 - (vi) pagamento de USD 988,30 (novecentos e oitenta e oito dólares americanos e trinta centavos) à [REDACTED] [REDACTED] referentes aos custos de financiamento pagos em nome da [REDACTED] [REDACTED];
 - (vii) pagamento de USD 16.868,35 (dezasseis mil, oitocentos e sessenta e oito dólares e trinta e cinco centavos) à [REDACTED] [REDACTED] referentes ao montante líquido pelo encargo e os custos de compensação em nome da [REDACTED] ao abrigo do contrato P5319;
 - (viii) pagamento de USD 4.000,00 (quatro mil dólares americanos) à [REDACTED] referentes ao valor do subsídio de qualidade acordado entre as partes;
 - (ix) pagamento de USD 1.782,22 (mil e setecentos e oitenta e dois dólares americanos e vinte e dois centavos) à [REDACTED] a título de juros sobre o montante de USD 30.648,36 (trinta mil, seiscentos e quarenta e oito dólares americanos e trinta e seis centavos), correspondentes à soma dos valores mencionados nas alíneas iii), iv), v), vi), vii) e viii) a uma taxa de 7,5% por ano, de 4 de Outubro de 2016 a 14 de Julho de 2017; e
 - (x) pagamento de juros à [REDACTED] sobre o valor de USD 684.965,39 (seiscentos e oitenta e quatro mil e novecentos e sessenta e cinco dólares americanos e nove centavos) correspondente ao total acumulado dos valores descritos nas alíneas i) a ix), a uma taxa de 4,25% ao ano sobre a taxa de juro de Nova Iorque Prime (New York Prime) ou, se for o caso, a taxa de juro média, calculada desde 4 de Agosto de 2017 até à data de pagamento) à [REDACTED]



- Além da condenação acima descrita, a ICA proferiu decisão sobre custas e demais despesas do processo, definindo as responsabilidades das partes nos seguintes termos:
 - (i) O custo total do processo é fixado em 9.360,14 Libras Esterlinas, acrescidas de uma taxa de selo de 800,00 Libras Esterlinas;
 - (ii) À data da decisão arbitral, apenas a [REDACTED] tinha pago 4.000,00 Libras Esterlinas referentes ao depósito solicitado;
 - (iii) Caso a [REDACTED] pague o valor em falta de 6.160,14 Libras Esterlinas, como condição para ter acesso à decisão arbitral, deverá recuperar este valor da [REDACTED] porque cada parte deverá pagar as respectivas despesas.
- A decisão já transitou em julgado e reúne os requisitos para ser confirmada, o que se pede, com todas as consequências legais e, especificamente, para que a mesma produza efeitos na República de Moçambique.

Juntou oito documentos (fls. 5 a 154).

Em cumprimento do disposto no artigo 1098.º do C.P. Civil, a requerida foi citada para, querendo, deduzir oposição no prazo legal (fl. 163), mas não o fez.

No prosseguimento da lide, a requerente, notificada para o efeito, apresentou as suas alegações em cumprimento do disposto no artigo 1099.º do C.P. Civil, conforme consta de fls. 167 a 172, pugnando pela confirmação da decisão arbitral revidenda.

A requerida, apesar de notificada, conforme certidão de fl. 176, não apresentou alegações.

O Ministério Público considerou, nas suas alegações, que estavam reunidos todos os requisitos previstos no artigo 1096.º do C.P. Civil; porém, suscitou uma questão de natureza processual, que tem a ver com a não legalização dos documentos contendo a decisão cuja revisão e confirmação se solicita, ao abrigo



18
7

do artigo 540.º do C.P. Civil, aplicável por remissão feita pela alínea a) do artigo 1096.º do C.P. Civil.

O Ministério Público terminou as suas alegações promovendo que a requerente fosse convidada a proceder à legalização dos documentos nos termos do artigo 540.º do C.P. Civil.

Colhidos os vistos legais, cumpre agora apreciar e decidir.

A questão a resolver é saber se a decisão arbitral reúne todos os requisitos para ser confirmada e, desta forma, produzir efeitos na ordem jurídica moçambicana.

De interesse para a decisão, resulta dos autos como assente o seguinte:

- A [REDACTED] e a [REDACTED] celebraram vários contratos relativos ao fornecimento de algodão em rama, como resulta de documentos de fls 117 a 134;
- Nos referidos contratos, estão inclusas cláusulas com o seguinte teor:
"Este contrato incorporará os regulamentos e regras do International Cotton Association Ltd em vigor na data em que este contrato foi celebrado e:
 - (i) *Disputas de qualidade tal como definido por tais regulamentos e regras; e*
 - (ii) *Todos os litígios, para além dos relativos à qualidade, referentes ou decorrentes do presente contrato, serão submetidos à arbitragem de acordo com tais regulamentos e regras".*
- A [REDACTED] foi informada do início do processo de arbitragem, tendo tido intervenção no mesmo, como resulta da sentença arbitral e da correspondência relativa ao processo (fls. 135 a 154).
- Não foi feita a legalização do documento contendo a decisão revidenda, nos precisos termos do artigo 540.º do C.P. Civil, mas a Adida Consular no Alto Comissariado da República de Moçambique no Reino Unido reconheceu a assinatura do funcionário autorizado pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros e Assuntos da Commonwealth do Reino Unido, na



19
7

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34.

35.

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

48.

49.

50.

51.

52.

53.

54.

55.

56.

57.

58.

59.

60.

61.

62.

63.

64.

65.

66.

67.

68.

69.

70.

71.

72.

73.

74.

75.

76.

77.

78.

79.

80.

81.

82.

83.

84.

85.

86.

87.

88.

89.

90.

91.

92.

93.

94.

95.

96.

97.

98.

99.

100.

101.

102.

103.

104.

105.

106.

107.

108.

109.

110.

111.

112.

113.

114.

115.

116.

117.

118.

119.

120.

121.

122.

123.

124.

125.

126.

127.

128.

129.

130.

131.

132.

133.

134.

135.

136.

137.

138.

139.

140.

141.

142.

143.

144.

145.

146.

147.

148.

149.

150.

151.

152.

153.

154.

155.

156.

157.

158.

159.

160.

161.

162.

163.

164.

165.

166.

167.

168.

169.

170.

171.

172.

173.

174.

175.

176.

177.

178.

179.

180.

181.

182.

183.

184.

185.

186.

187.

188.

189.

190.

191.

192.

193.

194.

195.

196.

197.

198.

199.

200.

201.

202.

203.

204.

205.

206.

207.

208.

209.

210.

211.

212.

213.

214.

215.

216.

217.

218.

219.

220.

221.

222.

223.

224.

225.

226.

227.

228.

229.

230.

231.

232.

233.

234.

235.

236.

237.

238.

239.

240.

241.

242.

243.

244.

245.

246.

247.

248.

249.

250.

251.

252.

253.

254.

255.

256.

257.

258.

259.

260.

261.

262.

263.

264.

265.

266.

267.

268.

269.

270.

271.

272.

273.

274.

275.

276.

277.

278.

279.

280.

281.

282.

283.

284.

285.

286.

287.

288.

289.

290.

291.

292.

293.

294.

295.

296.

297.

298.

299.

300.

301.

302.

303.

304.

305.

306.

307.

308.

309.

310.

311.

312.

313.

314.

315.

316.

317.

318.

319.

320.

321.

322.

323.

324.

325.

326.

327.

328.

329.

330.

331.

332.

333.

334.

335.

336.

337.

338.

339.

340.

341.

342.

343.

344.

345.

346.

347.

348.

349.

350.

351.

352.

353.

354.

355.

356.

357.

358.

359.

360.

361.

362.

363.

364.

365.

366.

367.

368.

369.

370.

371.

372.

373.

374.

375.

376.

377.

378.

379.

380.

381.

382.

383.

384.

385.

386.

387.

388.

389.

390.

391.

392.

393.

394.

395.

396.

397.

398.

399.

400.

401.

402.

403.

404.

405.

406.

407.

408.

409.

410.

411.

412.

413.

414.

415.

416.

417.

418.

419.

420.

421.

422.

423.

424.

425.

426.

427.

428.

429.

430.

431.

432.

433.

434.

435.

436.

437.

438.

439.

440.

441.

442.

443.

444.

445.

446.

447.

448.

449.

450.

451.

452.

453.

454.

455.

456.

457.

458.

459.

460.

461.

462.

463.

464.

465.

466.

467.

468.

469.

470.

471.

472.

473.

474.

475.

476.

477.

478.

479.

480.

481.

482.

483.

484.

485.

486.

487.

488.

489.

490.

491.

492.

493.

494.

495.

496.

497.

498.

499.

500.

501.

502.

503.

504.

505.

506.

507.

508.

509.

510.

511.

512.

513.

514.

515.

516.

517.

518.

519.

520.

521.

522.

523.

524.

525.

526.

527.

528.

529.

530.

531.

532.

533.

534.

535.

536.

537.

538.

539.

540.

541.

542.

543.

544.

545.

546.

547.

548.

549.

550.

551.

552.

553.

554.

555.

556.

557.

558.

559.

560.

561.

562.

563.

564.

565.

566.

567.

568.

569.

570.

571.

572.

573.

574.

575.

576.

577.

578.

579.

580.

581.

582.

583.

584.

585.

586.

587.

588.

589.

590.

591.

592.

593.

594.

595.

596.

597.

598.

599.

600.

601.

602.

603.

604.

605.

606.

607.

608.

609.

610.

611.

612.

613.

614.

615.

616.

617.

618.

619.

620.

621.

622.

623.

624.

625.

626.

627.

628.

629.

630.

631.

632.

633.

634.

635.

636.

637.

638.

639.

640.

641.

642.

643.

644.

645.

646.

647.

648.

649.

650.

651.

652.

653.

654.

655.

656.

657.

658.

659.

660.

661.

662.

663.

664.

665.

666.

667.

668.

669.

670.

671.

672.

673.

674.

675.

676.

677.

678.

679.

680.

681.

682.

683.

684.

685.

686.

687.

688.

689.

690.

691.

692.

693.

694.

695.

696.

697.

698.

699.

700.

701.

702.

703.

704.

705.

706.

707.

708.

709.

710.

711.

712.

713.

714.

715.

716.

717.

718.

719.

720.

721.

722.

723.

724.

725.

726.

727.

728.

729.

730.

731.

732.

733.

734.

735.

736.

737.

738.

739.

740.

741.

742.

743.

744.

745.

746.

747.

748.

749.

750.

751.

752.

753.

754.

755.

756.

757.

758.

759.

760.

761.

762.

763.

764.

765.

766.

767.

768.

769.

770.

771.

772.

773.

774.

775.

776.

777.

778.

779.

780.

781.

782.

783.

784.

785.

786.

787.

788.

789.

790.

791.

792.

793.

794.

795.

796.

797.

798.

799.

800.

801.

802.

803.

804.

805.

806.

807.

808.

809.

810.

811.

812.

813.

814.

815.

816.

817.

818.

819.

820.

821.

822.

823.

824.

825.

826.

827.

828.

829.

830.

831.

832.

833.

834.

835.

836.

837.

838.

839.

840.

841.

842.

843.

844.

845.

846.

847.

848.

849.

850.

851.

852.

853.

854.

855.

856.

857.

858.

859.

860.

861.

862.

863.

864.

865.

866.

867.

868.

869.

870.

871.

872.

873.

874.

875.

876.

877.

878.

879.

880.

881.

882.

883.

884.

885.

886.

887.

888.

889.

890.

891.

892.

893.

894.

895.

896.

897.

898.

899.

900.

901.

902.

903.

904.

905.

906.

907.

908.

909.

910.

911.

912.

913.

914.

915.

916.

917.

918.

919.

920.

921.

922.

923.

924.

925.

926.

927.

928.

929.

930.

931.

932.

933.

934.

935.

936.

937.

938.

939.

940.

941.

942.

943.

944.

945.

946.

947.

948.

949.

950.

951.

952.

953.

954.

955.

956.

957.

958.

959.

960.

961.

962.

963.

964.

965.

966.

967.

968.

969.

970.

971.

972.

973.

974.

975.

976.

977.

978.

979.

980.

981.

982.

983.

984.

985.

986.

987.

988.

989.

990.

991.

992.

993.

994.

995.

996.

997.

998.

999.

1000.

1001.

1002.

1003.

1004.

1005.

1006.

1007.

1008.

1009.

1010.

1011.

1012.

1013.

1014.

1015.

1016.

1017.

1018.

1019.

1020.

1021.

1022.

1023.

1024.

1025.

1026.

1027.

1028.

1029.

1030.

1031.

1032.

1033.

1034.

1035.

1036.

1037.

1038.

1039.

1040.

1041.

1042.

1043.

1044.

1045.

1046.

1047.

1048.

1049.

1050.

1051.

1052.

1053.

1054.

1055.

1056.

1057.

1058.

1059.

1060.

1061.

1062.

1063.

1064.

1065.

1066.

1067.

1068.

1069.

1070.

1071.

1072.

1073.

1074.

1075.

1076.

1077.

1078.

1079.

1080.

1081.

1082.

1083.

1084.

1085.

1086.

1087.

1088.

1089.

1090.

1091.

1092.

1093.

1094.

1095.

1096.

1097.

1098.

1099.

1100.

1101.

1102.

1103.

1104.

1105.

1106.

1107.

1108.

1109.

1110.

1111.

1112.

1113.

1114.

1115.

1116.

1117.

1118.

1119.

1120.

1121.

1122.

1123.

1124.

1125.

1126.

1127.

1128.

1129.

1130.

1131.

1132.

1133.

1134.

1135.

1136.

1137.

1138.

1139.

1140.

1141.

1142.

1143.

1144.

1145.

1146.

1147.

1148.

1149.

1150.

1151.

1152.

1153.

1154.

1155.

1156.

1157.

1158.

1159.

1160.

1161.

1162.

1163.

1164.

1165.

1166.

1167.

1168.

1169.

1170.

1171.

1172.

1173.

1174.

1175.

1176.

1177.

1178.

1179.

1180.

1181.

1182.

1183.

1184.

1185.

1186.

1187.

1188.

1189.

1190.

1191.

1192.

1193.

1194.

1195.

1196.

1197.

1198.

1199.

1200.

1201.

1202.

1203.

1204.

1205.

1206.

1207.

1208.

1209.

1210.

1211.

1212.

1213.

1214.

1215.

1216.

1217.

1218.

1219.

1220.

1221.

1222.

1223.

1224.

1225.

1226.

1227.

1228.

1229.

1230.

1231.

1232.

1233.

1234.

1235.

1236.

1237.

1238.

1239.

1240.

1241.

1242.

1243.

1244.

1245.

1246.

1247.

1248.

1249.

1250.

1251.

1252.

1253.

1254.

1255.

1256.

1257.

1258.

1259.

1260.

1261.

1262.

1263.

1264.

1265.

1266.

1267.

1268.

1269.

1270.

1271.

1272.

1273.

1274.

1275.

1276.

1277.

1278.

1279.

1280.

1281.

1282.

1283.

1284.

1285.

1286.

1287.

1288.

1289.

1290.

1291.

1292.

1293.

1294.

1295.

1296.

1297.

1298.

1299.

1300.

1301.

1302.

1303.

1304.

1305.

1306.

1307.

1308.

1309.

1310.

1311.

1312.

1313.

1314.

1315.

1316.

1317.

1318.

1319.

1320.

1321.

1322.

1323.

1324.

1325.

1326.

1327.

1328.

1329.

1330.

1331.

1332.

1333.

1334.

1335.

1336.

1337.

1338.

1339.

1340.

1341.

1342.

1343.

1344.

1345.

1346.

1347.

1348.

1349.

1350.

1351.

1352.

1353.

1354.

1355.

1356.

1357.

1358.

1359.

1360.

1361.

1362.

1363.

1364.

1365.

1366.

1367.

1368.

1369.

1370.

1371.

1372.

1373.

1374.

1375.

1376.

1377.

1378.

1379.

1380.

1381.

1382.

1383.

1384.

1385.

1386.

1387.

1388.

1389.

1390.

1391.

1392.

1393.

1394.

1395.

1396.

1397.

1398.

1399.

1400.

1401.

1402.

1403.

1404.

1405.

1406.

1407.

1408.

1409.

1410.

1411.

1412.

1413.

1414.

1415.

1416.

1417.

1418.

1419.

1420.

1421.

1422.

1423.

1424.

1425.

1426.

1427.

1428.

1429.

1430.

1431.

1432.

1433.

1434.

1435.

1436.

1437.

1438.

1439.

1440.

1441.

1442.

1443.

1444.

1445.

1446.

1447.

1448.

1449.

1450.

1451.

1452.

1453.

1454.

1455.

1456.

1457.

1458.

1459.

1460.

1461.

1462.

1463.

1464.

1465.

1466.

1467.

1468.

1469.

1470.

1471.

1472.

1473.

1474.

1475.

1476.

1477.

1478.

1479.

1480.

1481.

1482.

1483.

1484.

1485.

1486.

1487.

1488.

<

- 49
7
- b) Original da convenção de arbitragem ou cópia, verificadas as condições exigidas para a sua autenticidade;
 - c) Tradução oficial, caso a sentença não tenha sido redigida em Português, língua oficial da República de Moçambique.

Nos termos da Convenção de Nova Iorque, o reconhecimento só pode ser recusado, a pedido da parte contra a qual tal reconhecimento é solicitado, desde que verificados os requisitos negativos previstos no n.º 1 do artigo V, cujo conteúdo, em síntese, é o seguinte:

- a) Incapacidade das partes outorgantes da convenção arbitral ou sua invalidade;
- b) Não informação à parte contra a qual a sentença é invocada, quer da designação do árbitro, quer do processo de arbitragem, ou impossibilidade de deduzir contestação;
- c) Ser objecto de decisão arbitral matéria não contemplada na convenção de arbitragem ou cláusula compromissória;
- d) Constituição irregular do tribunal arbitral;
- e) Não ter ainda a sentença arbitral se tornado obrigatória para as partes ou ter sido anulada ou suspensa por autoridade competente.

O n.º 2 do artigo V da Convenção de Nova Iorque acrescenta dois fundamentos para a recusa do reconhecimento, que são:

- a) Impossibilidade de o objecto do litígio ser resolvido por via arbitral, nos termos da lei moçambicana;
- b) Ofensa à ordem pública moçambicana.

Passemos, então, à verificação do cumprimento das exigências legais:



1. Autenticidade do documento contendo a decisão arbitral

Como foi referido, na sua promoção, o Ministério Público, considerando que todos os requisitos se mostram preenchidos, sugere que a requerente seja convidada a legalizar os documentos nos termos do artigo 540.º do C.P. Civil. *Quid jûris?*

A exigência da autenticidade do documento de que consta a decisão objecto de revisão resulta da alínea a) do artigo 1096.º do C. P. Civil e do artigo III da Convenção de Nova Iorque. Tal exigência, como é óbvio, visa assegurar que a decisão revidenda corresponda à que tenha sido proferida, evitando-se, desta forma, qualquer tipo de falsificação.

O artigo 540.º do C.P. Civil trata do procedimento que deve ser seguido para a legalização dos documentos autênticos ou particulares passados em país estrangeiro; não resulta do artigo 540.º do C.P. Civil que a legalização seja uma exigência *sine qua non* para que o documento produza efeitos em Moçambique. Aliás, outra não poderia ser a solução, se consideramos que as normas de processo integram o direito adjectivo.

No campo do direito substantivo, é esclarecedor o n.º 1 do artigo 365.º do C. Civil, ao estabelecer que *“os documentos autênticos ou particulares passados em país estrangeiro, na conformidade da respectiva lei, fazem prova como o fariam os documentos da mesma natureza exarados em Moçambique”*.

O n.º 2 do já citado artigo 365.º do C. Civil, refere que *“se o documento não estiver legalizado, nos termos da lei processual, e houver fundadas dúvidas acerca da sua autenticidade ou da autenticidade do reconhecimento, pode ser exigida a legalização”* (sublinhado é nosso).

Daquela disposição, extrai-se, claramente, que a legalização não é indispensável para que o documento passado fora do país produza efeitos, sendo apenas um expediente de que se pode lançar mão quando haja *“fundadas dúvidas acerca da sua autenticidade ou da autenticidade do reconhecimento”*.



O entendimento da não obrigatoriedade da legalização de documentos passados no estrangeiro, incluindo sentenças, para que façam prova em Moçambique, já foi sufragado por este egrégio Tribunal, em inúmeras ocasiões, como se alcança, designadamente, dos acórdãos proferidos nos processos com o n.º 51/09 (em que é requerente [REDACTED] e requerido [REDACTED] e n.º 05/12 (em que é requerente Inês Damasco Marques e requerido Arnaldo José de Sousa e Silva).

Para o caso em análise, não há razões para que se suscitem dúvidas quanto à autenticidade da decisão arbitral cuja confirmação se peticiona. Na verdade, apesar de não ter sido observado escrupulosamente o previsto no artigo 540.º do C.P. Civil, houve intervenção da Adida Consular Moçambicana no país em que foi proferida a decisão, atestando a veracidade da assinatura da pessoa que assinou a certidão.

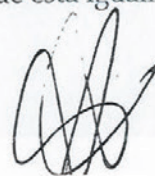
No âmbito do presente processo de revisão e confirmação de sentença, a requerida foi convidada a contestar e a apresentar alegações, mas não o fez nas duas ocasiões. A existirem dúvidas sobre a autenticidade dos documentos contendo a decisão em revisão, a requerida seria a maior interessada em suscitá-las.

A requerente juntou ao seu pedido, não apenas cópias da decisão, mas também os documentos contendo a convenção de arbitragem, todas elas com tradução oficial, respeitando o exigido no artigo III da Convenção de Nova Iorque.

Assim, não se suscitam dúvidas quanto à autenticidade do documento contendo a decisão arbitral em revisão e foram satisfeitas as demais exigências resultantes da alínea a) do artigo 1096.º do C. P. Civil e do artigo III, conjugado com o artigo II, ambos da Convenção de Nova Iorque.

2. Do trânsito em julgado

A decisão arbitral revidenda, proferida no dia 14 de Julho de 2017, é definitiva e executória, conforme atesta a certidão de fl. 17. Tal significa que está igualmente



192
7

preenchido o requisito previsto na alínea b) do artigo 1096.º do C. P. Civil e não ocorre a situação prevista no artigo V da Convenção de Nova Iorque.

3. Da competência do tribunal arbitral de acordo com as regras de conflito de jurisdição moçambicanas

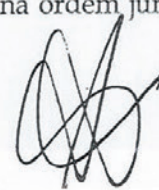
Dos n.ºs 1 e 2 do artigo 99.º do C.P. Civil, resulta, como princípio geral, a admissibilidade dos pactos que visam atribuir jurisdição a tribunais estrangeiros ou internacionais, como os que visam atribuir jurisdição aos tribunais moçambicanos.

O n.º 3 do mesmo artigo 99.º prevê, de forma imperativa, três requisitos cumulativos de validade da designação convencional de jurisdição, a saber:

- a) Corresponder, tal designação, a um interesse sério das partes ou de uma delas, desde que não envolva inconveniente grave para a outra;
- b) Não dizer respeito a questões sobre direitos indisponíveis nem a questões abrangidas pelas alíneas d) e g) do artigo 65.º do C.P.Civil;
- c) Observar a norma do n.º 2 do artigo 100.º do C.P.Civil.

A exigência de interesse sério na escolha do tribunal visa evitar que as partes designem, por acordo, uma jurisdição sem qualquer conexão relevante com as partes ou a causa.

A escolha dum tribunal arbitral, no caso, não pode ser considerada arbitrária, caprichosa ou sem qualquer sentido. Aliás, sendo os contratos de fornecimento de algodão, nada melhor que a opção pela arbitragem conduzida por um organismo especializado na matéria que diz respeito ao objecto do negócio (a International Cotton Association, Limited"). De resto, tratando-se de matéria não excluída da disponibilidade das partes, no âmbito da autonomia privada, elas gozam duma ampla liberdade de convencionar os procedimentos para a resolução das suas disputas, incluindo por via arbitral. Resulta igualmente do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 2 da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho (Lei da Arbitragem), que um dos princípios basilares da arbitragem na ordem jurídica



moçambicana é o da liberdade, que se traduz no *"reconhecimento da autonomia das partes na escolha e adopção de meios alternativos ao poder judicial para a resolução de conflitos"*.

A outra exigência da lei, com o propósito primário de defesa da parte mais fraca, é a de que o pacto de jurisdição não deve envolver inconveniente grave. Não está demonstrado nos autos que a escolha da arbitragem da ICA poderia ser inconveniente para qualquer das partes.

Da alínea b) do n.º 3 do artigo 99.º do C.P. Civil se extrai que a escolha do tribunal não deve corresponder a direitos indisponíveis e, na mesma perspectiva, o artigo V, n.º 2, alínea a), da Convenção de Nova Iorque, admite que o reconhecimento de decisão arbitral estrangeira possa ser recusado quando se constate que, de acordo com a lei do país onde tal reconhecimento se pede (no caso Moçambique) *"o objecto do litígio não é susceptível de ser resolvido por via arbitral"*.

Também no que respeita à matéria objecto de arbitragem, o n.º 2 do artigo 5 da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, considera não poderem ser sujeitos ao regime de arbitragem os litígios que: a) por lei devam ser submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou regime especial de arbitragem e b) os que respeitam a direitos indisponíveis ou não transacionáveis.

A decisão arbitral em revisão foi proferida na sequência de litígios resultantes da execução de contratos de fornecimento de algodão em rama. Não se está perante questões sobre direitos indisponíveis ou não transacionáveis, nem de matéria que, ao abrigo da lei moçambicana, não possa ser sujeita à arbitragem.

O último requisito mencionado no n.º 3 do artigo 99.º do C.P. Civil é da observância do disposto no n.º 2 do artigo 100.º do C.P. Civil.

O n.º 2 do artigo 100.º do C.P. Civil prevê o regime da forma, conteúdo e eficácia da cláusula de designação da jurisdição; assim, a cláusula deve (i) ser reduzida à escrito, (ii) satisfazer os requisitos de forma do contrato, fonte da obrigação, (iii) designar as questões a que se refere e (iv) o tribunal que fica sendo competente.



19

No caso, as cláusulas contendo a convenção de arbitragem foram reduzidas a escrito, especificam as questões para as quais se escolheu a arbitragem e também clarificam que tal arbitragem será conduzida de acordo com as regras da ICA. Com efeito, como foi referido antes, as cláusulas de arbitragem têm o seguinte conteúdo:

“Este contrato incorporará os regulamentos e regras do International Cotton Association Ltd em vigor na data em que este contrato foi celebrado e:

- (iii) Disputas de qualidade tal como definido por tais regulamentos e regras e*
- (iv) Todos os litígios, para além dos relativos à qualidade, referentes ou decorrentes do presente contrato, serão submetidos à arbitragem de acordo com tais regulamentos e regras”*

A exigência de redução a escrito da convenção de arbitragem e da indicação das matérias a serem sujeitas à arbitragem, resulta também do artigo 10 da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, e do artigo II da Convenção de Nova Iorque.

As referidas exigências legais, respeitantes à designação da via arbitral para a resolução de litígios, foram, no presente caso, observadas pelas partes à sociedade.

4. Litispendência ou caso julgado

Não ocorre, no presente caso, qualquer situação de litispendência ou de caso julgado, por não ter havido qualquer repetição da causa em tribunais moçambicanos, com identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir.

5. Do chamamento do réu para o processo e exercício do contraditório.

Também não se vislumbram dúvidas quanto à citação da requerida Mocotex, SA, para o processo de arbitragem e do exercício do contraditório no âmbito do mesmo.



12

19
7

Pelo exposto, concluiu-se que estão reunidos os requisitos previstos na alínea e) do artigo 1096.º do C. P. Civil e não ocorre a situação impeditiva do reconhecimento prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo V da Convenção de Nova Iorque.

6. Não ofensa à ordem pública moçambicana

Exige-se, como condição para o reconhecimento ou execução de sentença estrangeira, que a mesma não contenha decisões contrárias aos princípios da ordem pública moçambicana.

Analisada a decisão arbitral revidenda, não transparece que ela contenha decisões que possam provocar um efeito intolerável na ordem jurídica moçambicana. A exigência de indemnização por incumprimento dum contrato de compra e venda não afecta qualquer postulado basilar da ordem jurídica nacional; aliás, a nossa lei também admite a responsabilidade civil contratual na situação de inadimplemento.

Está, assim, preenchido o requisito da alínea f) do artigo 1096.º do C.P. Civil e não ocorre a situação negativa prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo V da Convenção de Nova Iorque.

7. Da não ofensa ao direito privado interno

Na alínea g) do artigo 1096.º do C.P. Civil exige-se que a decisão, tendo sido proferida contra moçambicano, não ofenda o direito privado moçambicano, quando seja esse o aplicável de acordo com as suas normas de conflito.

Para fazer funcionar o instituto do privilégio da nacionalidade, há que determinar, antes de mais, qual a lei aplicável à situação controvertida, de acordo com as nossas normas de conflito.



191
7

Se da aplicação das nossas normas de conflito se concluir que a *lex causae* seria a moçambicana, então recorre-se ao instituto do privilégio da nacionalidade, que permite confrontar os fundamentos de mérito da decisão revidenda com o direito privado interno. Se, pelo contrário, as nossas normas de conflito apontam como competente uma lei estrangeira, então não há lugar ao privilégio da nacionalidade, ainda que a decisão tenha sido tomada contra moçambicano.

O que sucede no presente caso?

A decisão foi proferida contra uma empresa moçambicana, a [REDACTED]

Do que ficou dito, torna-se claro que só se justificaria sindicar o mérito da decisão revidenda, para aferir se viola o direito privado interno, se do exercício da determinação da lei aplicável com recurso às nossas normas de conflito se concluísse pela eleição da lei moçambicana.

Nos diversos contratos, as partes escolheram a lei inglesa como aplicável aos mesmos.

Nos termos das nossas normas de conflito, admite-se como válida a escolha da lei aplicável pelas partes, quando a mesma vise regular as obrigações provenientes de negócios jurídicos ou com estes conexas, designadamente para tratar das indemnizações, nos termos do artigo 41.º do C. Civil.

Porque a escolha pelas partes da lei aplicável é admitida pelas nossas normas de conflito e é válida, o n.º 2 do artigo 19.º do C. Civil determina que não há lugar ao reenvio. Não havendo lugar ao reenvio, aplica-se a regra geral da referência material contida no artigo 16.º do C. Civil, ou seja, serão aplicáveis as normas materiais da lei inglesa para regular a questão da responsabilidade civil decorrente da violação dos contratos entre as partes.

Não sendo a lei moçambicana a aplicável, torna-se inútil sindicar o mérito da decisão para aferir se ofende o direito privado interno.

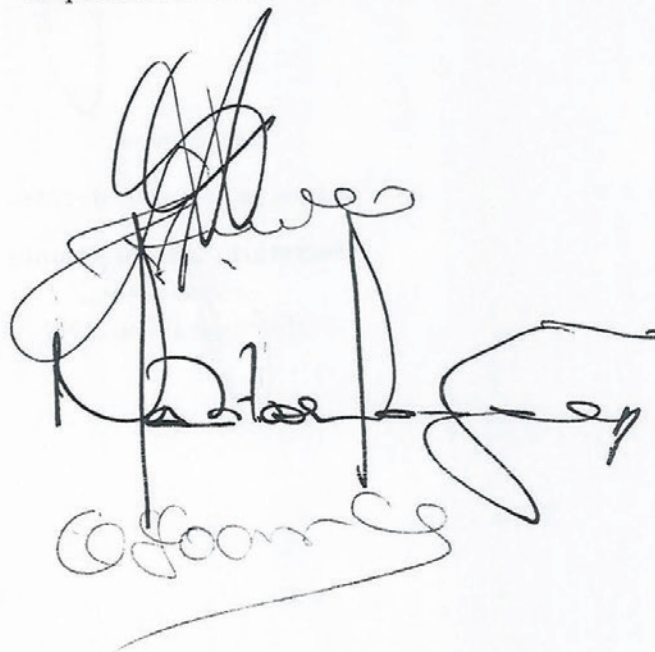


Decisão

Pelo exposto, vai confirmada a decisão arbitral proferida no dia 14 de Julho de 2017, no processo de arbitragem entre [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] que tem como referência A01 2016/34, que passa a produzir efeitos na ordem jurídica moçambicana.

Custas pela Requerente.

Maputo, 26 de Setembro de 2019

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to a judge or official, written over the date.

TRIBUNAIS COMERCIAIS INTERNACIONAIS E ARBITRAGEM: “THE CHINESE APPROACH”

**COMENTÁRIO À DECISÃO LUCK TREAT C. ZHONG
YUAN CHENG, SEC. CIVIL 1 DO TRIBUNAL
COMERCIAL INTERNACIONAL CHINÊS DE
29.09.2019**

Ana Coimbra Trigo

Associada PLMJ

1. Resumo do Caso

1.1. Factos

Na decisão em análise,¹ a Requerente era a sociedade Luck Treat, Co. Ltd (doravante “*Luck Treat*” ou “Requerente”), com sede nas Ilhas Virgens Britânicas, e a Requerida a sociedade Shenzhen Zhong Yuan Cheng Commercial Investment Holdings Co., Ltd. (doravante “*Zhong Yuan Cheng*” ou “Requerida”), com sede na República Popular da China (doravante “China” ou “RPC”).

Resumidamente, a *Luck Treat* anunciou através da China Beijing Equity Exchange (doravante “CBEX”) o seu interesse em transferir 100% da sua participação na sociedade Newpower Enterprises Inc. (doravante “New Power”), e a *Zhong Yuan Cheng* foi identificada como a única compradora elegível. Desde então, as partes negociaram, através de repetidas trocas de e-mails, dois acordos, o Contrato de Venda de Ações e o Acordo de Liquidação de Dívida (conjuntamente “os Contratos”). Nas versões trocadas, constava uma cláusula de arbitragem.

No entanto, a *Luck Treat* requereu o cancelamento da transação, alegando que a *Zhong Yuan Cheng* não tinha dado cumprimento aos procedimentos necessários para poder investir no exterior da China, nem procedido ao respetivo pagamento em moeda estrangeira.

A *Luck Treat* iniciou a arbitragem, mas depois veio requerer aos tribunais populares chineses a confirmação da inexistência de uma cláusula arbitral válida que abrangesse os litígios emergentes dos Contratos entre a *Luck Treat* e a *Zhong Yuan Cheng*.

A *Zhong Yuan Cheng*, defendeu-se, rejeitando este pedido, e pediu que a *Luck Treat*, a New Power, a Shenzhen Metropark Hotel Co., Ltd. (doravante “Metropark”), a Beijing Grand Metropark International Hotel Management Co., Ltd. (doravante “Metropark International”) (doravante designadas em conjunto “*Luck Treat* e outras empresas”) assinassem os referidos Contratos, conforme acordado.

Esta ação foi remetida para o **Tribunal Comercial Internacional da China** (“TCIC”), entidade que é parte do Supremo Tribunal Popular da República Popular Chinesa, tendo sido proferida decisão final em 18 de setembro de 2019, acórdão este publicado a 29 do mesmo mês.

1.2. Argumentos das Partes

Para fundamentar a inexistência de uma cláusula arbitral válida, a *Luck Treat* apresentou três argumentos.

Primeiro, alegou que os Contratos não tinham sido celebrados.

Em concreto, a *Luck Treat* alegou que nas negociações contratuais, ficou claro que os dois documentos, na sua versão rubricada, só seriam assinados após a respetiva aprovação pela CBEX e pelas empresas do grupo de China National Travel Service Group Corporation (doravante “China Travel Corporation”), ao qual pertencia a *Luck Treat*.

Ora, a *Luck Treat* requereu que a *Zhong Yuan Cheng* tratasse dos procedimentos de investimento no exterior da China e pagasse o preço da transação em moeda estrangeira e no exterior, tudo de acordo com os regulamentos estaduais relevantes. Alegadamente, a *Zhong Yuan Cheng* não cumpriu estas obrigações legais, pelo que a *Luck Treat*, depois de ter interpelado aquela empresa sem sucesso, notificou-a de que iria cancelar a transação.

Face a este alegado incumprimento, defendeu não se poder concluir que as partes chegaram a acordo, e muito menos que poderiam ter assinado qualquer acordo.² Acrescentou ainda que as partes não concluíram o processo de formação contratual de proposta e aceitação, pelo que os Contratos não foram celebrados.

Segundo, alegou não existir uma cláusula arbitral válida entre a *Luck Treat* e a *Zhong Yuan Cheng* sobre litígios relativos ao Contrato de Venda de Ações.

As duas minutas dos Contratos, rubricadas, continham cláusulas arbitrais que remetiam litígios relativos a estes para arbitragem junto do Tribunal Internacional de Arbitragem de Shenzhen (*Shenzhen Court of International Arbitration* ou “SCIA”). No entanto, tal era irrelevante perante a não celebração dos mesmos. No mais, alegou *Zhong Yuan Cheng* que a cláusula arbitral não podia ser celebrada separadamente do contrato principal, e as partes não tinham manifestado claramente a intenção de estabelecer uma qualquer convenção de arbitragem separada.

Terceiro, a *Luck Treat* não era parte do Acordo de Liquidação de Dívida, portanto, a cláusula arbitral daquele contrato não podia vincular a *Luck Treat*.

1 A Autora traduziu e sumariou os elementos mais relevantes da decisão – “2019 Zuigaofa Minte 1 hao” [2019 Supremo Tribunal Popular, Secção de Assuntos Cíveis, Secção 1], original em mandarim disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/180/221/1340.html>.

2 Esta sociedade citou o artigo 32.º da Lei de Contratos da RPC, que prevê que: “Se as partes concluírem um contrato em forma escrita, o contrato ficará concluído quando as partes o assinarem ou nele apuserem o seu selo”, tradução não oficial da tradução inglesa “Contract Law of the People’s Republic of China, Order [1999] No. 15 of the President of the People’s Republic of China promulgated on October 1, 1999, adopted at the Second Session of the Ninth National People’s Congress on March 15, 1999”, disponível em: <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=2367b1767194112cbdffb&lib=law>. Citou ainda o artigo 17.º da versão rubricada do Contrato de Venda de Ações, conforme vertido da sentença, que estipulava que: “O contrato deve ser assinado e selado pelo representante legal ou representante autorizado de ambas as partes e produzirá efeitos ao mesmo tempo que o Acordo de Liquidação de Dívida”, tradução não oficial.

Por sua vez, a **Zhong Yuan Cheng** respondeu, espelhando a argumentação da Requerente.

Primeiro, alegou que os contratos em discussão tinham sido celebrados e estavam em vigor. No seu entendimento, a transferência do direito de propriedade das ações, neste caso, ocorreu sob os auspícios da CBEX e a transação foi concluída de acordo com as regras comerciais relevantes, sendo assim válida e eficaz perante a Lei de Contratos da RPC.

A **Zhong Yuan Cheng** subdividiu este argumento em várias partes, tendo defendido que:

- As duas partes concluíram o processo de formação do contrato referente à transferência do direito de propriedade das ações: (i) a *Luck Treat* confiou à CBEX a emissão de um anúncio de transação, que divulgou todas as informações da transação e assumiu os relevantes compromissos – constituindo o convite a contratar por parte *Luck Treat e outras empresas*; (ii) a *Zhong Yuan Cheng* enviou um pedido de transferência à CBEX, que emitiu um “Aviso de Aceitação” dirigido à *Zhong Yuan Cheng*, solicitando que esta pagasse um depósito antes de 4 de maio de 2017 - constituindo a proposta da *Luck Treat*; e (iii) no mesmo dia a *Zhong Yuan Cheng* pagou um depósito de RMB 270 milhões e obteve a única autorização que foi emitida para a transferência – constituindo a sua aceitação.
- Naquele momento, as duas partes chegaram a um acordo em relação aos termos substanciais do contrato (as vertidas no anúncio, como sejam objeto, preço em RMB, quantidade, método de implementação e pré-condições) e começaram a conduzir as restantes negociações para concluir a transação, de acordo com as regras da CBEX;
- Não estando contrato este sujeito a quaisquer formalidades legais para aprovação, o Contrato de Venda de Ações considerou-se celebrado e em vigor;
- Depois disto, a *Luck Treat e outras empresas* exigiram que a *Zhong Yuan Cheng* pagasse em moeda estrangeira e fora da China, em violação dos termos da sua própria proposta e das regras das transações na CBEX;
- De acordo com o anúncio da *Luck Treat* e as regras das transações da CBEX, a *Luck Treat e outras empresas* estavam obrigadas a, após confirmar junto da *Zhong Yuan Cheng* que esta era a compradora final, dentro do prazo de 5 dias úteis e de acordo com as condições do anúncio, assinar e carimbar os Contratos;
- A minuta do Contrato de Venda de Ações não era o único documento legalmente relevante entre as duas partes nesta transação. Nos documentos que determinam a existência da relação contratual entre as duas partes na venda das ações em causa, e as vinculam incluem-se solicitações, aceitações, anúncios, avisos e comprovativos de pagamento de depósito enviados à CBEX pelas partes, entre outros. A presente venda de ações não era um assunto de investimento no exterior que precisasse de ser aprovado pelas autoridades competentes de investimento estrangeiro, mas necessitava somente de ser registada junto do relevante departamento governamental. A assinatura do Contrato de Venda de Ações era o único pré-requisito para o registo do mesmo.

Segundo, a *Zhong Yuan Cheng* afirmou que a cláusula arbitral foi celebrada e cumpriu todas as condições necessárias estipuladas na Lei de Arbitragem da RPC em termos de forma e conteúdo para se considerar válida. Explicou assim que:

- Em 11 de maio de 2017, a *Luck Treat e outras empresas* enviaram à *Zhong Yuan Cheng* por email uma minuta do Contrato de Venda de Ações denominado “versão rubricada”, que propunha explicitamente que as inerentes disputas fossem submetidas ao SCIA para arbitragem; no mesmo dia, a *Zhong Yuan Cheng* assinou e carimbou este documento, devolvendo por email com assinatura eletrónica e os originais assinados e carimbados via correio - nesse momento, as duas partes chegaram a um acordo sobre a cláusula arbitral, que permaneceu inalterado;
- O princípio da autonomia da cláusula arbitral determina que a respetiva existência e a validade não são afetadas, mesmo que as duas partes não assinem o contrato onde esta se insere, conforme o disposto no artigo 19.º da Lei de Arbitragem da RPC³ e o artigo 10.º da Interpretação do Supremo Tribunal Popular sobre várias questões relativas à aplicação da Lei

3 No artigo 19.º da Lei de Arbitragem da RPC lê-se “An arbitration agreement shall exist independently. The amendment, rescission, termination or invalidity of a contract shall not affect the validity of the arbitration agreement. The arbitral tribunal shall have the power to affirm the validity of a contract.” – tradução inglesa “Arbitration Law of the People’s Republic of China, Promulgated by Order No. 31 of the President of the People’s Republic of China on August 31, 1994, adopted at the Ninth Session of the Standing Committee of the Eighth National People’s Congress on August 31, 1994 into force on September 1, 1995; Modified by the decision of the Standing Committee of the Eighth National People’s Congress promulgated on and effective from August 27, 2009” disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/638.html>.

de Arbitragem da RPC (doravante “Interpretação da Lei de Arbitragem”);⁴ assim a cláusula arbitral em análise foi celebrada, existe de forma independente e produz efeitos; tanto mais que a *Luck Treat* alega que “cancelou a transação”, mas nunca solicitou a retratação da convenção de arbitragem;

- O argumento de que a cláusula arbitral constante do contrato na sua “versão rubricada” não é vinculativa para ambas as partes porque o texto do Contrato de Venda de Ações não havia sido aprovado ou assinado pelo grupo da *Luck Treat* confunde relações internas de gestão e relações jurídicas externas, e pretende impor a (in)eficácia das aprovações internas da *Luck Treat* à *Zhong Yuan Cheng*, o que é de rejeitar.

Terceiro, a *Luck Treat* e outras empresas, apesar de constituírem diferentes entidades, pertencem à China Tourism Company. Os Contratos constituem o conteúdo completo da transação, estão coligados e o vendedor deve executar as obrigações emergentes de ambos, vinculando-se assim à cláusula arbitral.

1.3. Decisão do Tribunal

O TCIC entendeu que a questão central a decidir era saber se a cláusula arbitral em discussão tinha sido celebrada, e, antecipando a conclusão, decidiu pelo indeferimento do pedido da *Luck Treat*.

Primeiramente, o TCIC referiu que a questão da existência da cláusula arbitral, questão distinta da respetiva validade, mas abrangida por esta, era também uma questão preliminar a decidir nos termos do n.º 1 do artigo 20.º da Lei de Arbitragem da RPC,⁵ para o qual se considerou competente.

Concluindo preliminarmente que a lei aplicável à convenção de arbitragem era a lei chinesa, mediante concordância das partes,⁶ o TCIC passou para a análise do princípio da independência da convenção arbitral.

Neste contexto, explicitou que este princípio da independência da convenção de arbitragem era um princípio jurídico fundamental amplamente reconhecido, por via do qual a convenção de arbitragem e o contrato principal eram considerados independentes um do outro, sendo a respetiva existência e validade, bem como a respetiva lei aplicável, separáveis. Assim, lembrou que o n.º 1 do artigo 19.º da Lei de Arbitragem da RPC estabelece que: “*A convenção de arbitragem existe de forma independente, e a modificação, cessação, resolução ou invalidade do contrato não afetam a validade da convenção de arbitragem*”.⁷

Quanto a saber se a cláusula arbitral, uma das modalidades de convenção de arbitragem reconhecida pela lei,⁸ pode ser celebrada de forma totalmente independente do contrato, o TCIC referiu que as disposições da Lei de Arbitragem da RPC não pareciam ser particularmente claras quanto a esse ponto, e que na prática a questão de saber se o contrato foi celebrado e se a cláusula arbitral foi celebrada, estavam muitas vezes interrelacionadas. No entanto, o TCIC entendeu que a determinação da validade da cláusula arbitral, e, portanto, de que foi celebrada, deve ser feita autónoma e previamente à análise do contrato onde esta se insere, com base nas circunstâncias do caso concreto. Só se for necessário é que se deve partir para a determinação de que o contrato é válido, e, portanto, foi celebrado. Tal decorre da interpretação conjunta da primeira parte do n.º 1 do artigo 19.º, citado (“*A convenção de arbitragem existe de forma independente*.”)⁹ e do disposto no n.º 2 do artigo 10.º da Interpretação da Lei de Arbitragem (“*Se as partes concluírem uma convenção de arbitragem quando celebram um contrato, a validade dessa convenção de arbitragem não será afetada se esse contrato se considerar não concluído*.”).¹⁰

4 Tradução inglesa “*Interpretation of the Supreme People’s Court concerning Some Issues on the Application of the “Arbitration Law of the People’s Republic of China, Fashi [2006] No. 7, adopted at the 1,375th Meeting of the Judicial Committee of the SPC on December 26, 2005, promulgated and in effect on 8 September 2006*”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/201/672.html>. O artigo 10.º desta Interpretação da Lei de Arbitragem refere que “*Where a concluded contract has not taken effect or has been revoked, the provisions in the first paragraph of Article 19 of the Arbitration Law shall apply in the determination of the arbitration agreement’s validity. Where the parties reach an arbitration agreement at the time when they conclude the contract, the validity of the arbitration agreement shall not be affected by the contract that has not yet formed*.”

5 Diz o artigo 20.º da Lei de Arbitragem da RPC que: “*If a party challenges the validity of the arbitration agreement, he may request the arbitration commission to make a decision or apply to the people’s court for a ruling. If one party requests the arbitration commission to make a decision and the other party applies to the people’s court for a ruling, the people’s court shall give a ruling. A party’s challenge of the validity of the arbitration agreement shall be raised prior to the arbitral tribunal’s first hearing*.”

6 Cf. a Lei sobre a Lei Aplicável às Relações Cíveis com Elementos Estrangeiros da República Popular da China, tradução inglesa “*Law of the People’s Republic of China on the Law Applicable to Foreign-Related Civil Relationships, Order of the President of the People’s Republic of China (No. 36), adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People’s Congress on October 28, 2010, promulgated and into force on April 1, 2011*”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/649.html>. O respetivo artigo 18.º dispõe que “*The parties concerned may choose the laws applicable to arbitral agreement by agreement. If the parties do not choose, the laws at the locality of the arbitral authority or of the arbitration shall apply*.”

7 Tradução não oficial, da tradução inglesa: “*An arbitration agreement shall exist independently. The amendment, rescission, termination or invalidity of a contract shall not affect the validity of the arbitration agreement*.”

8 O n.º 1 do artigo 16.º da Lei de Arbitragem da RPC estabelece que “*An arbitration agreement shall include arbitration clauses stipulated in the contract and agreements of submission to arbitration that are concluded in other written forms before or after disputes arise*”.

9 Ver nota 3 supra.

10 Ver nota 4 supra.

Acrescentou o TCIC que, sendo a cláusula arbitral também um tipo de contrato, as disposições da Lei de Contratos da RPC sobre proposta e aceitação devem ser consideradas para aferir da respetiva celebração.

Olhando para o caso concreto, o TCIC verificou que a minuta do Contrato de Venda de Ações inicial era um texto padrão fornecido pela CBEX, juntamente com o Acordo de Liquidação de Dívida enviado pela *Luck Treat e outras empresas* para a *Zhong Yuan Cheng*, e ambos continham uma cláusula arbitral que remetia para a Comissão Arbitral de Pequim (*Beijing Arbitration Commission*, ou “BAC”).

Dado que a *Luck Treat* enviou para a *Zhong Yuan Cheng* uma minuta contratual que, em derrogação da minuta original, previa a indicação não daquela comissão, mas sim do SCIA, resulta que esta cláusula foi negociada pelas partes. Na sequência deste envio, a *Zhong Yuan Cheng* afixou um selo nessa versão do contrato, que rubricou, entregando tal documento à *Luck Treat* em 11 de maio de 2017. Esta troca de correspondência entre as partes demonstra a proposta e aceitação da cláusula arbitral. Ora, de acordo com o disposto nos artigos 25.º e 26.º da Lei de Contratos da RPC, a aceitação produz efeitos quando chega ao proponente e o contrato considera-se celebrado quando a aceitação se torna efetiva. Sendo assim, as cláusulas arbitrais vertidas nos contratos em análise devem considerar-se autonomamente celebradas entre as partes a 11 de maio de 2017. É certo que as

partes seguiram negociando outros temas vertidos no contrato, mas não voltaram a discutir nem a contestar a cláusula arbitral.

Mais, o TCIC acrescentou que, dado que à luz do n.º 2 do artigo 10.º da Interpretação da Lei de Arbitragem, mesmo que o contrato não seja celebrado, a existência da cláusula arbitral não será afetada, é irrelevante que a *Luck Treat e outras empresas* não tenham apostado o respetivo carimbo no texto final do contrato e o respetivo representante legal não tenha assinado o texto (requisitos relevantes para que o contrato entrasse em vigor à luz da lei chinesa, mas que deverão ser discutidos e resolvidos no âmbito do processo arbitral).

Chegando a esta conclusão, e porque a *Luck Treat* estava vinculada à cláusula arbitral contida no Contrato de Venda de Ações, accionada no processo, o TCIC entendeu não ser necessário apreciar a afirmação da *Luck Treat* de que esta não seria parte do Acordo de Liquidação de Dívida.

Dado que a *Luck Treat e outras empresas* não alegaram que a cláusula arbitral era legalmente inválida, entendeu o Tribunal ser de determinar a existência de uma cláusula de arbitragem válida entre as duas partes, nos termos dos artigos 16.º, 19.º e 20.º da Lei de Arbitragem da RPC, devendo a disputa entre as ambas ser ouvida sob a égide do SCIA.

Anotação

1. Panorama da arbitragem na República Popular da China e o TCIC

A **República Popular da China** conta com uma longa e estabelecida tradição arbitral.¹¹ A Lei de Arbitragem da RPC data de 1994 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, a arbitragem doméstica, que é aquela cujo litígio apresenta todos os respetivos elementos em conexão com a China, podendo esta apenas ser administrada por uma instituição arbitral chinesa¹². Por outro lado, a

11 Para uma análise mais profunda, 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.

12 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.

arbitragem com elementos estrangeiros (“*foreign-related*”), será aquela que tem lugar quando o procedimento é administrado por uma comissão arbitral na China, mas tem um elemento estrangeiro.¹³ Aos litígios que envolvam Macau, Hong Kong e Taiwan é aplicável o mesmo regime.¹⁴ Por último, a arbitragem estrangeira, que é relativa a um litígio envolve interesses estrangeiros, seja arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional administrada por uma instituição com sede fora da China.¹⁵ 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 de Arbitragem da RPC.¹⁶ São já conhecidos esforços no sentido de se prever para breve uma revisão da mesma.¹⁷

Releva igualmente que o Supremo Tribunal Popular da RPC (“STP”) publica interpretações judiciais (sob a forma de respostas ou notificações) sobre a Lei de Arbitragem da RPC, agindo como um “*de facto regulator*”, que clarificam aspetos práticos ou preenchem lacunas relevantes.¹⁸

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).¹⁹

Em 2013, a China anunciou a iniciativa “**Uma faixa, uma rota**”, baseada na vontade institucional de promover o desenvolvimento económico e consequentemente sociocultural das várias jurisdições envolvidas, criando ligações terrestres e marítimas para facilitar 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, apesar de não ter aderido formalmente.²⁰ 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 tecnologia.²¹ São já vários os projetos de infraestrutura e energia concluídos ao abrigo desta iniciativa, como por exemplo o porto marítimo de Gwadar no Paquistão, plataforma de transbordo de Khorgos no Cazaquistão, linhas férreas entre Londres-Europa-Teerão-Laos, pontes no Bangladesh, gasodutos da Sibéria e de Kyaukpyu, Myanmar.²²

13 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, mormente a Interpretação do Supremo Tribunal Popular sobre a Aplicação da Lei de Processo Civil da RPC, tradução inglesa “*Interpretation of the Supreme People’s Court on the Application of the “Civil Procedure Law of the People’s Republic of China”*”, *Fashi* [2015] No. 5, adopted at the 1,636th Meeting of the Judicial Committee of the SPC on December 18, 2014, promulgated on January 30, 2015, effective as of February 4, 2015”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/201/676.html>. No artigo 522.º desta interpretação ficou estabelecido 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, 06.03.2015; Gu Weixia, “Arbitration in China – Chapter 3”, *International Commercial Arbitration in Asia*, JurisNet, LLC 77, 2013, p. 91.

14 Cf. Interpretação do Supremo Tribunal Popular sobre a Aplicação da Lei de Processo Civil da RPC, artigo 551.º.

15 Vejam-se os arts. 65.º a 73.º da Lei de Arbitragem da RPC. 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, 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, 1, 2017, pp. 75-96.

16 Cf. Ana Coimbra Trigo, “Recent Developments...”, cit., pp. 78-79.

17 Cf. China Trade News Agency (ed.), “Xiugai ZhongCaiFa Xingcheng Zhongguo Zhongcai Wanzheng Tixi” [Alterar a lei de arbitragem para formar um sistema completo de arbitragem na China], China Council for the Promotion of International Trade, 22.11.2018, original chinês disponível em: http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4131/2018/1122/1090875/content_1090875.htm. Concretamente, mesmo com as alterações implementadas na Lei de Processo Civil da RPC 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 artigo 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, 6, 2012, p. 247.

18 Gu Weixia, “Chapter 3 – Arbitration in China”, cit., p. 82. Sobre organização judicial chinesa, cf. Kun Fan, *Arbitration in China – A Legal and Cultural Analysis*, Hart Publishing, 2013, p. 10; Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities for the China International Commercial Court”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol 68, outubro de 2019, p. 872: “China has a multilayered court system. The SPC has jurisdiction over the whole nation and supervises all ‘local people’s courts’ and ‘special people’s courts’. Local people’s courts can be divided into three levels in the following order of seniority: high people’s courts at the level of provinces, special municipalities and autonomous regions (in total 32); intermediate people’s courts at the level of prefectures or their equivalent; and basic people’s courts at the level of counties, municipal districts or their equivalent. In China, the courts at a higher level supervise the trial work of lower-level courts under their jurisdiction. Special people’s courts only have jurisdictions in respect of special cases and include military courts, maritime courts, intellectual property courts and financial courts, etc. As the CICC is a division of the SPC, it should not be considered to be part of the local or special people’s court system.”

19 Conforme reportado pelo *China Justice Observer*, “8 Minutes to Get a Complete Picture of Chinese Arbitration in 2018”, 25.04.2019, disponível em: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/8-minutes-to-get-a-complete-picture-of-chinese-arbitration-in-2018>.

20 Cf. “Com 17 acordos, Portugal e China dão “passos concretos na relação””, Público, 05.12.2018, disponível em: <https://www.publico.pt/2018/12/05/economia/noticia/assinatura-17-acordos-sao-passos-concretos-relacao-china-portugal-1853603>.

21 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.

22 Cf. David Holloway, “The New Chinese International Commercial Court and the Future of Dispute Resolution in the Belt and Road Initiative”, in *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2018, pp. 101-102.

No sentido de providenciar plataformas viáveis para receber os litígios contratuais que advenham de conflitos emergentes das relações transnacionais estabelecidas ao abrigo desta iniciativa, a China tem dinamizado várias iniciativas no campo do contencioso judicial, arbitragem e mediação.

O Tribunal Comercial Internacional da China surge precisamente para receber disputas comerciais internacionais, emergentes da iniciativa “Uma faixa, uma rota”.²³⁻²⁴

Este tribunal foi implementado em 28 de junho de 2018, com efeitos a 1 de julho de 2018, pelo STP como um órgão adjudicativo permanente.²⁵ Este tribunal é composto por uma secção em Shenzhen, na província de Cantão, e outra em Xian, na província de Shanxi (designadas também por primeiro e segundo tribunal comercial internacional) e integra uma divisão do STP.

Os casos serão ouvidos perante um colégio de três ou mais juízes, e o painel de juízes do tribunal será selecionado pelo STP. Os juízes deverão ser nomeados com base na respetiva experiência em litigância, familiaridade com direito internacional, bem como com o comércio e boas práticas comerciais internacionais, estando aptos a

trabalhar em chinês e inglês.²⁶ Foram até ao momento nomeados 16 juízes.²⁷

Este tribunal pretende ser uma plataforma de resolução de litígios *one-stop-shop*, promovendo ligação com mediação e arbitragem, no sentido de em cada caso os juízes do TCIC proporem às partes que mobilizem estas vias alternativas.²⁸ Espera-se que os litígios emergentes desta iniciativa cresçam paulatinamente e representem uma percentagem considerável de disputas internacionais.²⁹

Assim, o STP estabeleceu em 26 de agosto de 2018 um Comité de Peritos Comerciais Internacionais (*International Commercial Expert Committee*), por forma a, agregando algumas instituições de arbitragem e mediação, criar uma plataforma de resolução de litígios interligada, e promover a resolução de litígios comerciais de forma mais eficaz, conveniente e económica.³⁰ Instituições já colaboradoras são a Comissão Económica e de Comércio Internacional da China (*China International Economic and Trade Commission* ou “CIETAC”), o Centro de Arbitragem Internacional de Shanghai (*Shanghai International Arbitration Center* ou “SHIAC”), o SCIA, a BAC, a Comissão de Arbitragem Marítima da China (*China Maritime Arbitration Commission* ou “CMAC”), o Centro de Mediação do Conselho para a Promoção do Comércio Internacional da China (*China*

23 Veja-se a Comunicação do Presidente do Supremo Tribunal Popular de 09.03.2018, onde já mencionava o estabelecimento de tribunais comerciais internacionais para implementar os mecanismos e instituições de resolução de litígios para a iniciativa “Uma faixa, uma rota” - tradução inglesa “*Work Report on Supreme People’s Court (Excerpt), On the 1st Session of the Thirteenth Plenary Session of the Eighteenth National People’s Congress on March 9, 2018 Zhou Qiang, the President of the Supreme People’s Court*”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/777.html>, e a anterior Opinião sobre o estabelecimento de mecanismos e instituições de resolução de litígios para a iniciativa “Uma Faixa, uma Rota”, emitida pelo Comité Central do Partido Comunista Chinês em 23.01.2018 - tradução inglesa “*Opinion Concerning the Establishment of the Belt And Road International Commercial Dispute Resolution Mechanism and Institutions*”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/819.html>. Em comentário, ver 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* (Ramesh Weeramantry e John Choong (eds.)), Hong Kong International Arbitration Centre, vol. 20, 3, 2018, p. 128; e ainda Zhengxin Huo e Man Yip, “Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, outubro 2019, pp. 906-909.

24 Os artigos que analisam este tribunal mencionam uma divisão não estrita temática entre estes tribunais, atribuindo à secção de Shenzhen os casos que envolvem a “faixa” marítima, e à secção de Xian os casos que envolvem a “rota” terrestre - cf. Yu Chen, “Review: The First Anniversary of China International Commercial Courts”, in *China Justice Observer*, 18.08.2019, disponível em: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/review-the-first-anniversary-of-china-international-commercial-courts>; e ainda Matthew Erie, “Update on the China International Commercial Court”, in *OpinioJuris*, 13.05.2019, disponível em: <https://opiniojuris.org/2019/05/13/update-on-the-china-international-commercial-court%Ef%BB%BF/>.

25 Cf. artigo 1.º das Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, tradução inglesa “*Judicial Interpretation of the Supreme People’s Court of the People’s Republic of China Fa Shi [2018] 11, Provisions of the Supreme People’s Court on Several Issues Regarding the Establishment of the International Commercial Court, adopted at the 1743rd meeting of the Adjudication Committee of the Supreme People’s Court on June 25, 2018, effective from July 1, 2018*”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/817.html>.

26 Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 4.º.

27 Uma lista atualizada dos juízes a servir funções neste tribunal, cf. link do site oficial: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/193/196/index.html>.

28 Cf. capítulo 4, inteiramente dedicado a mediação pré-litígio, das Regras Processuais do TCIC (de implementação experimental), em vigor desde 05.12.2018 - tradução inglesa “*Procedural Rules for the China International Commercial Court of the Supreme People’s Court (For Trial Implementation)*”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/1183.html>. Da posição que há um ênfase processual e institucional na mediação - Matthew Erie, “Update on the China International Commercial Court”, cit. Cf. também descrição sobre a relevância e práticas de mediação nos tribunais chineses, Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., pp. 894-896.

29 Veja-se a descrição de Chiann Bao, de 2019, sobre o volume já verificado de disputas arbitrais relativas a esta iniciativa: “*While BRI disputes have only recently begun to surface in the last few years (which is consistent with the expected three-to-five year gestation period of disputes for complex infrastructure projects), several arbitration institutions are beginning to report BRI-related statistics. In 2018, out of a total of 2,962 new arbitration cases, CIETAC had 73 cases involving parties from 23 Belt and Road countries. HKIAC logged 170 cases involving parties from 17 Belt and Road countries out of a total of 286 new arbitration cases. The ICC reported that 46% of the parties came from BRI countries in its 842 new cases in 2018. SIAC reported that more than half of the parties in the 402 new cases filed in 2018 came from China and a BRI jurisdiction.*” - “Negotiating the Potholes Along the Belt and Road” in *Asian Dispute Review* (Ramesh Weeramantry e John Choong (eds.)), Hong Kong International Arbitration Centre, vol. 21, 4, 2019, pp. 155.

30 Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 11.º; cf. ainda Nota do SPC sobre o Primeiro Grupo de Instituições de Arbitragem e Mediação Internacional incluídas no Mecanismo “One-Stop” para a Resolução de Litígios Internacionais Comerciais - tradução inglesa “*Faban [2018] No.212, Notice by the General Office of the SPC of Determining the First Group of International Commercial Arbitration and Mediation Institutions Included in the “One-Stop” Diversified Settlement Mechanism for International Commercial Disputes*”, promulgada em 13.11.2018 e com efeitos em 05.12.2018, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/1144.html>.

Council for the Promotion of International Trade ou “CCPIT”), e o Centro de Mediação Comercial de Shanghai (*Shanghai Commercial Mediation Centre* ou “SCMC”).³¹

Por outro lado, este Comité é composto por (à data) 31 membros, especialistas chineses e estrangeiros nomeados pelo STP, que exercem funções por 4 anos. Estes poderão também mediar casos submetidos ao TCIC, emitir opiniões sobre temas jurídicos específicos e aplicação de direito estrangeiro, e ainda contribuir com sugestões para as alterações e desenvolvimentos do TCIC (quase como um *think tank*)³², bem como comentar interpretações e políticas judiciais formuladas pelo STP.³³ Estas nomeações servem como uma forma de envolver peritos estrangeiros no funcionamento do TCIC e beneficiar da respetiva *expertise* e reputação, dado que não é possível convidar estrangeiros para o exercício de funções de juiz na China.³⁴

Os casos que poderão ser ouvidos perante este tribunal podem ser remetidos pelas partes ou por indicação do STP, mais detalhadamente da seguinte forma:

- Processos de primeira instância relativos a disputas comerciais internacionais cujo montante em disputa seja até 300 milhões de RMB, quando as partes tenham escolhido o foro do STP nos termos do artigo 34.º da Lei de Processo Civil da RPC;³⁵
- Processos de primeira instância relativos a disputas comerciais internacionais sujeitas ao foro dos tribunais de segunda instância (*Higher People’s Courts*) e que estes remetem para o TCIC, com autorização do STP;
- Processos de primeira instância relativos a disputas comerciais internacionais com elevada importância nacional (conforme decidido pelo STP);
- Pedidos de ordens de conservação (como conservação de bens ou prova) em auxílio de processos arbitrais (solicitados pelas partes antes ou depois do início do processo arbitral) e de anulação ou execução de sentenças arbitrais emergentes de processos arbitrais iniciados na plataforma do TCIC;³⁶⁻³⁷ e

31 Cf. a já citada Nota do SPC sobre o Primeiro Grupo de Instituições de Arbitragem e Mediação Internacional incluídas no Mecanismo “One-Stop” para a Resolução de Litígios Internacionais Comerciais. Instituições estrangeiras não podem ainda desempenhar funções em solo chinês, como relembra Wei Sun, “International Commercial Court in China: Innovations, Misunderstandings and Clarifications”, in *Kluwer Arbitration Blog*, 04.07.2018, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/04/international-commercial-court-china-innovations-misunderstandings-clarifications/>; entendimento este que no entanto sofreu evoluções, havendo agora a possibilidade de instituições arbitrais estrangeiras se registarem junto das autoridades de Shanghai para poderem abrir escritórios na Área Lingang na Zona de Comércio Livre de Shanghai, implementada em outubro de 2019, e que permitirá a estas instituições a partir de 2020 administrar processos arbitrais com elementos estrangeiros, sobre temas comerciais, marítimos e de investimento internacionais; esta possibilidade vai além da já disponível abertura de um escritório de representação, que, por exemplo, já tem o HKIAC, a CCI e a SIAC desde 2015 – cf. Sheng Zhang, “China’s International Commercial Court: Background, Obstacles and the Road Ahead”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 11, 2020, pp. 170-171; e “China’s Lin-gang Free Trade Zone in Shanghai Opens to Foreign Arbitration Institutions from 2020”, in HSF Arbitration Notes, 12.11.2019, disponível em: <https://hsfnotes.com/arbitration/2019/11/12/chinas-lin-gang-free-trade-zone-in-shanghai-opens-to-foreign-arbitration-institutions-from-2020/>.

32 Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 48.

33 Cf. Decisão do SPC sobre o Estabelecimento do Comité de Peritos Comerciais Internacionais do STP de 24.08.2018 - tradução inglesa “*Decision on the Establishment of International Commercial Expert Committee of the Supreme People’s Court*”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/989.html>. Uma lista dos peritos atualmente neste comité está disponível aqui: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/235/237/index.html>.

34 Esta limitação decorre do artigo 12.º da Lei de Juízes da RPC, promulgada em 23.04.2019 e em vigor desde 01.10.2019, tradução inglesa disponível em: <https://www.chinalawtranslate.com/en/judges-law-of-the-prc-2019/>. Cf. também Susan Finder, “China International Commercial Court & the Supreme People’s Court Monitor”, in *Supreme People’s Court Monitor Blog*, 31.08.2018, disponível em: <https://supremepeoplescourtmonitor.com/2018/08/31/china-international-commercial-court-the-supreme-peoples-court-monitor/>.

35 Lei de Processo Civil da RPC, tradução inglesa “*Civil Procedure Law of the People’s Republic of China, Adopted at the fourth Session of the seventh National People’s Congress on April 9, 1991 and amended for the first time in accordance with the Decision on Amending the Civil Procedure Law of the People’s Republic of China at the 30th session of the Standing Committee of the tenth National People’s Congress on October 28, 2007 and amended for the second time in accordance with the Decision on Amending the Civil Procedure Law of the People’s Republic of China at the 28th session of the Standing Committee of the 11th National People’s Congress on August 31, 2012, and amended for the third time in accordance with the Decision on Revising the Civil Procedure Law of the People’s Republic of China and the Administrative Procedure Law of the People’s Republic of China at the 28th session of the Standing Committee of the 12th National People’s Congress on June 27, 2017*”, disponível em <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/644.html>, artigo 34.º: “*The parties to a contractual dispute or any other property dispute may agree in writing to be subject to the jurisdiction of the people’s court at the place having connection with the dispute, such as where the defendant is domiciled, where the contract is performed, where the contract is signed, where the plaintiff is domiciled or where the subject matter is located, etc., provided that such agreement does not violate the provisions of the Law regarding court-level jurisdictions and exclusive jurisdictions*”. Para uma análise aprofundada sobre a exigência de elemento de conexão com o território chinês nestes acordos de eleição de foro, e que estes autores defendem dever ser abolido, cf. Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 883-890.

36 Cf. Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigos 2.º, n.º 4, 14.º, e 11.º, n.º 1.; cf. ainda a Nota do SPC sobre o Primeiro Grupo de Instituições de Arbitragem e Mediação Internacional incluídas no Mecanismo “One-Stop” para a Resolução de Litígios Internacionais Comerciais. De uma interpretação conjunta das normas, parece que em causa estão apenas decisões emergentes de processos arbitrais com sede na China, nas suas várias categorias (doméstica, com elementos estrangeiros, e estrangeira), o que, no entanto, carece de futura clarificação.

37 Relembre-se que estes pedidos de providências cautelares na China apenas estão disponíveis para partes cuja arbitragem tem sede em território chinês, o que decorre da Lei de Arbitragem da RPC, artigos 28.º, 46.º e 68.º, e desde 2019 também a partes cuja arbitragem tenha sede em Hong Kong e beneficiem do Acordo de Cooperação Mútua dos Tribunais do 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*”, assinado em 02.04.2019, e em vigor desde 01.10.2019, versão inglesa disponível em: https://gia.info.gov.hk/general/201904/02/P2019040200782_307637_1_1554256987961.pdf. Cf. Wei Sun, “International Commercial Court in China...”, citado.

Com mais detalhe ver Ana Coimbra Trigo, “Arbitragem e Providências Cautelares no Delta do Rio das Pérolas. Comentário ao Ac. do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau de 15 de março de 2018”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, N. 3, 2019. Uma outra nota relevante é o facto de, dado o TCIC ser parte do STP, ter, nos termos do artigo 6.º das Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, poderes executórios relevantes, em comparação com outros tribunais chineses, podendo designar tribunais de primeira instância para executar ordens de preservação de bens emitidas pelos seus juízes.

- Outros processos relativos a disputas comerciais internacionais que o STP entenda serem apropriados para o TCIC julgar.³⁸

As regras do tribunal prevêem que são disputas comerciais “internacionais” todos os casos em que:

- Uma ou ambas as partes são estrangeiros, apátridas, empresas estrangeiras ou outras organizações; ou
- Uma ou ambas as partes têm a sua residência habitual fora do território chinês; ou
- O objeto da disputa está situado fora do território chinês; ou
- Os factos juridicamente relevantes que dão origem, alteram ou extinguem a relação comercial têm lugar fora do território chinês.³⁹

Como se vê, o âmbito de disputas cinge-se ao foro comercial entre particulares excluindo qualquer processo que envolva uma ou mais entidades estaduais.⁴⁰

A doutrina sinaliza também que a classificação de uma disputa com internacional no contexto judiciário chinês é muito relevante, seja porque neste caso o TCIC só pode receber casos internacionais, seja porque apenas em processos como um elemento internacional podem as partes eleger lei que não a da RPC para regular as suas relações, seja porque as autoridades chinesas têm especial cautela em casos internacionais.⁴¹

Quanto às regras de processo do TCIC, a doutrina salienta que as regras processuais são em geral semelhantes às que correm nos restantes tribunais populares chineses, decorrendo os processos em língua chinesa e com a participação de representantes de partes que sejam advogados formados na China, limitações decorrentes da lei processual chinesa.⁴² No entanto, é de referir que as regras apresentam um foco especial na resolução eficiente de litígios, e mesmo com a promoção do uso de instituições chinesas de resolução de litígios, o *input* de experiência internacional e adquirida noutras jurisdições é valorizado.⁴³

38 Cf. Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 2.º. Veja-se ainda a página informativa deste tribunal: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/193/195/index.html/>.

39 Cf. Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 3.º. Veja-se ainda a página informativa deste tribunal: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/193/195/index.html/>.

Quanto à definição do termo “comerciais”, a regulamentação não menciona qualquer definição, havendo doutrina que sugere que se atente, como indicação, para a reserva feita pela China quando aderiu à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, 1958, clarificando que só aplicaria esta convenção a litígios emergentes de relações jurídicas consideradas comerciais ante a lei doméstica chinesa, e a Nota do STP sobre a Implementação da Convenção de Nova Iorque na China de 10.04.1987 - tradução inglesa “*Notice of the Supreme People’s Court on Implementing the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Acceded to by China*, Fafa [1987] No. 5 of the Supreme People’s Court, April 10, 1987, pursuant to the decision adopted at the 18th session of the Standing Committee of the Sixth National People’s Congress on December 2, 1986”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/201/698.html>. Esta estipula que relações jurídicas comerciais incluem direitos e obrigações económicos emergentes de contratos, ilícitos extracontratuais (*torts*) ou outras disposições jurídicas relevantes, excluindo litígios entre investidores estrangeiros e o estado de acolhimento.

Quanto aos três elementos citados para considerar um conflito “internacional”, há autores que criticam a adoção destes critérios, advertindo que os tribunais chineses já vinham adotando um critério mais flexível e considerando como “estrangeiro” todo o caso que tivesse conexões substanciais com outras jurisdições, ao abrigo de duas interpretações judiciais do STP – artigo 1.º da Interpretação 1 do STP sobre Questões relativas à Aplicação da Lei sobre a Lei Aplicável às Relações Cíveis com Elementos Estrangeiros da República Popular da China - tradução inglesa “*Interpretation of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Application of the Law of the People’s Republic of China on the Law Applicable to Foreign-Related Civil Relationships*” (I), Fashi [2012] No. 24, adopted at the 1,563rd Session of the Judicial Committee of the Supreme People’s Court on December 10, 2012, issued on December 28, 2012, into force on January 7, 2013” disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/201/679.html>, e o artigo 522.º da Interpretação do Supremo Tribunal Popular sobre a Aplicação da Lei de Processo Civil da RPC, já mencionado.

40 Sejam disputas entre investidores e estados, ao abrigo de tratados bilaterais de investimentos e outros instrumentos, sejam disputas entre estados resolvidas no âmbito da Organização Mundial do Comércio, dois tipos de disputas também identificados como potencialmente emergentes da iniciativa “Uma faixa, uma rota” e que estão assim excluídas do âmbito da competência deste tribunal – cf. Jue Jun Lu, “Dispute resolution along the Belt and Road: what does the future hold?”, 02.08.2018, *Practical Law Arbitration Blog*, disponível em: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/dispute-resolution-along-the-belt-and-road-what-does-the-future-hold/>; ver ainda Wei Sun, “International Commercial Court in China...”, citada.

41 Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 882. Os autores assinalam que esta questão da qualificação de disputas como domésticas ou estrangeiras é ainda um tema sujeito no passado a decisões contraditórias, e que está sujeito às regras de processo civil chinês, sendo ainda pouco claro os critérios de exercício de supervisão do STP na jurisdição do TCIC.

42 O artigo 262.º da Lei de Processo Civil da RPC prevê que deve ser usada a língua chinesa mesmo em processos com elementos estrangeiros – “*In trying civil cases involving foreign parties, a people’s court shall use the written and spoken language commonly used in the People’s Republic of China. At the request of a party, translation may be provided at the expense of such party.*”; o artigo 263.º desta lei prevê que uma pessoa ou entidade estrangeira deve ser representada nos tribunais chineses através de um advogado chinês – “*An alien, stateless person or foreign enterprise or organization that needs to be represented by a lawyer as his or its agent ad litem in instituting and responding to an action in a people’s court shall appoint a lawyer of the People’s Republic of China.*”.

43 Cf. Susan Finder, “Comments on China’s international commercial courts”, in *Supreme People’s Court Monitor Blog*, 09.07.2018, disponível em: <https://supremepeoplescourtmonitor.com/2018/07/09/comments-on-chinas-international-commercial-courts/>; e ainda “Some comments on the China International Commercial Court rules”, in *Supreme People’s Court Monitor Blog*, 11.02.2019, disponível em: <https://supremepeoplescourtmonitor.com/2019/02/11/some-comments-on-the-china-international-commercial-court-rules/>.

Salientam-se algumas particularidades inovadoras que o TCIC pretende implementar:

- Métodos mais flexíveis na determinação de direito estrangeiro, através do apoio das instituições existentes para o efeito ou através do Comité de Peritos;⁴⁴
- Flexibilidade na recolha e admissão de prova recolhida no estrangeiro ou em língua estrangeira, como a possibilidade de submeter prova em inglês se as partes concordarem, isenção de certificação de documentos estrangeiros, e ainda a possibilidade de usar meios audiovisuais e online para recolher prova e realizar inquirições;⁴⁵
- Inovação no método de redação das sentenças, que podem agora incluir votos de vencido;^{46- 47}
- Serviços de litigância informatizados, através da utilização de plataformas eletrónicas onde serão submetidos documentos e requerimentos necessários, pagamentos devidos, e troca de prova, e terão lugar audiências por videoconferência.⁴⁸

As sentenças emitidas no tribunal são consideradas finais, não havendo recurso, e são vinculativas para as partes.⁴⁹ As partes podem solicitar a emissão pelo juiz de uma declaração de conciliação ou a homologação do acordo

de mediação a que cheguem, tendo este último assim os mesmos efeitos que uma decisão judicial do TCIC.⁵⁰ Quanto à revisão e execução de sentenças emitidas pelo TCIC no estrangeiro, nada de específico surge na regulação relevante, devendo o reconhecimento e execução de acórdãos do TCIC estar dependente de existentes regimes bilaterais (estão em vigor 34 tratados bilaterais que envolvem a China)⁵¹ ou do regime de reciprocidade conforme o estado de reconhecimento.

Os trabalhos deste tribunal tiveram início em final de maio de 2019.⁵² A primeira sentença emitida por este Tribunal Comercial Internacional da China é a que ora se analisa, com data de 18 de setembro de 2019. Sabe-se que até maio de 2020 este tribunal aceitou 13 casos envolvendo partes chinesas e de outros países como Itália, Japão, Hong Kong, Tailândia, BVI, entre outros.⁵³

2. Separabilidade da convenção de arbitragem

O tema analisado na sentença que comentamos⁵⁴ é sobejamente conhecido no âmbito da arbitragem internacional. Ora, o princípio da autonomia ou separabilidade da cláusula compromissória em relação ao contrato principal em que esta se insere, tem o efeito de destacar a convenção de arbitragem das demais cláusulas do contrato. No fundo,

44 Cf. Disposições do STP sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 8.º. Como explicam os autores, a lei chinesa entende que o direito estrangeiro deve ser determinado pelo tribunal com base nos argumentos das partes, sem necessidade de ouvir peritos legais - Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 893. Ver ainda algumas considerações críticas sobre a regulamentação deste ponto, Zhengxin Huo e Man Yip, “Comparing the International Commercial Courts of China...”, cit., pp. 927-928.

45 Cf. Disposições do STP sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigos 9.º e 10.º. Note-se que a China não é parte da Convenção Relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Actos Públicos Estrangeiros de 1961, pelo que em contencioso judicial, a certificação por notário e legalização de documentos estrangeiros é frequentemente solicitada. Para mais informações ver o site da Conferência da Haia - <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=41>.

46 Cf. Disposições do SPC sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 5.º.

47 A título de referência, cf. Yu Chen, “Review: The First Anniversary of China International Commercial Courts”, in China Justice Observer, 18.08.2019, disponível em: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/review-the-first-anniversary-of-china-international-commercial-courts>.

48 Cf. Disposições do STP sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 18.º. Ver ainda Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit. p., 50, referindo o objetivo de condução de *smart trials*.

49 Criticando este ponto, de eventual difícil aceitação para utilizadores estrangeiros, cf. Zhengxin Huo e Man Yip, “Comparing the International Commercial Courts of China...”, cit., pp. 928-929. Todas as sentenças judiciais chinesas, incluindo as do TCIC estão sujeitas, porém, a uma possibilidade de “*retrial*” junto do STP, questão controversa, nos termos dos artigos 200.º da Lei de Processo Civil Chinês da RPC, que prevê 13 circunstâncias onde tal possa acontecer - sobre este tema cf. Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., pp. 898-899; e ainda Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 53, indicando esta característica como uma vantagem comparativa.

50 Cf. Disposições do STP sobre o Estabelecimento do Tribunal Comercial Internacional, artigo 13.º. As regras não mencionam expressamente que os próprios juízes possam exercer funções como mediadores ou conciliadores no processo, no entanto a interpretação conjunta das Provisões gera alguma ambiguidade, pois não é claro se o “*mediation statement made by the CICC*” mencionado no n.º 2 do artigo 15.º se refere ao processo de homologação pelo TCIC do acordo resultante de mediação, ou se se refere a outro documento, potencialmente uma declaração feita pelos juízes do TCIC agindo como mediadores - questão levantada em Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 894.

51 Dan Xie e Chengjie Wang, “Do International Commercial Courts Compete with International Arbitration? - The Experience of China International Commercial Court”, in TDM, vol. 17, 4, 2020, p. 17, disponível em: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2750.

52 Veja-se mais informação na página de apresentação do TCIC: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/209/1316.html>.

53 Cf. Guodong Du, “SPC Judge Talks about China’s Approach in International Commercial Disputes Resolution”, in China Justice Observer, 12.05.2020, disponível em: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/spc-judge-talks-about-chinas-approach-in-international-commercial-disputes-resolution>; e Yu Chen, “Review: The First Anniversary of China International Commercial Courts”, in China Justice Observer, 18.08.2019, disponível em: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/review-the-first-anniversary-of-china-international-commercial-courts>; Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach to International Commercial Dispute Resolution: The China International Commercial Court”, in *The Chinese Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1, 2020, p. 47.

54 Que é aliás das poucas questões arbitrais que recebe supervisão judicial - veja-se a mais recente Interpretação do STP sobre questões relativas ao julgamento de processos de exame judicial em arbitragem, “*Fashi 2017 22 Hao*”, disponível no original em chinês em: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-75872.html>.

presume-se que as partes quiseram celebrar dois acordos autónomos.⁵⁵

Como primeiro corolário deste princípio, entende-se que não relevará para a validade, a eficácia e a existência jurídica da cláusula arbitral, a eventual invalidade, ineficácia ou inexistência jurídica do contrato em que tal cláusula se insira. Assim, um tribunal arbitral que se depare com o tema poderá, com base na competência que lhe é conferida pela cláusula arbitral, apreciar os litígios que se incluam no respetivo escopo material, ainda que uma das partes invoque aqueles vícios contratuais.⁵⁶

Como ensina Eduardo Silva Romero, esta é uma “ficção jurídica” que permite de forma imediata conferir poderes para que os árbitros decidam sobre a (in)validade do contrato principal, onde a cláusula arbitral se insere, e de forma mediata garantir a autonomia e integridade da justiça arbitral, sem a qual a mera alegação de invalidade do contrato bastaria para obstar à competência dos árbitros.⁵⁷ Previne-se assim “a invocação da nulidade do contrato como expediente de desaforamento do tribunal arbitral”.⁵⁸ Esta é entendida como o segundo corolário deste princípio.

Como terceiro corolário, entende-se poder ser aplicável à convenção arbitral uma lei distinta daquela que é aplicável ao contrato.⁵⁹

Este princípio é amplamente reconhecido pelas leis de arbitragem de diferentes países, além de ser comumente aplicado por tribunais arbitrais e judiciais, como descreve

Gary Born, salientando as jurisdições do Reino Unido, Estados Unidos, França, Suíça, Alemanha, Japão,⁶⁰⁻⁶¹ mas também por diversos instrumentos internacionais, como a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da CNUDCI (UNCITRAL) de 1985 com atualização em 2006.⁶² Já quanto à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (doravante “Convenção de Nova Iorque”), a doutrina diverge, entendendo alguns autores que este princípio vale apenas como uma presunção de que a convenção de arbitragem é querida pelas partes.⁶³

Não obstante a aceitação generalizada deste princípio, a sua aplicação prática continua a ser discutida nos casos em que se alega que o contrato subjacente nunca chegou a existir.

Em Portugal, conforme o estipulado no artigo 18.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa (“LAV”), “*uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo*”. Como explicita o número seguinte do mesmo artigo, tal implicará que a decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não determina, só por si, a nulidade da cláusula compromissória, pois sobre aquele e sobre esta se aplicam critérios próprios, não necessariamente idênticos.⁶⁴

Neste sentido, é entendimento maioritário da doutrina portuguesa, conforme explica Lima Pinheiro, que “[a] cláusula compromissória é tratada, para o efeito de fundamentar a competência do tribunal arbitral, como um

55 Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration* (ed. Emmanuel Gaillard e John Savage), The Hague, 1999, pp. 199-200. Para ilidir esta presunção será necessário demonstrar que foi intenção das partes, desde o início, negociar a cláusula arbitral e o contrato em que esta se insere como um todo, e que não se chegou a um mútuo acordo, nem mesmo em relação à cláusula arbitral – cf. Kaj Hobér e Annette Magnusson, “The Special Status Agreements to Arbitrate: The Separability Doctrine; Mandatory Stay of Litigation”, in *Dispute Resolution International*, vol. 2, 1, 2008, p. 64.

56 António Sampaio Caramelo, “A ‘Autonomia’ da Cláusula Compromissória e a Competência do Tribunal Arbitral”, in *Revista da OA*, 2008, Ano 68 – vol. I. Este autor bate-se pela expressão “separabilidade” da convenção arbitral, atenta a sua conexão com o contrato principal. Veja-se neste ponto também Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2.ª ed, Kluwer Law International, 2014, pp. 352-353.

57 Ensinamentos recolhidos em aula leccionada pelo Prof. Eduardo Silva Romero no Curso de Verão de Direito Internacional Privado em Haia, “Legal Fictions in International Arbitration”, 2019.

58 Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2019, p. 135.

59 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 351.

60 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 362-375. Prevê o “Arbitration Act 1996” inglês no seu artigo 7.º que “*Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.*”. Nos Estados Unidos, este princípio decorre dos §§ 2, 3 e 4 do “Federal Arbitration Act”. O artigo 1447.º do Código de Processo Civil francês que “*An arbitration agreement is independent of the contract to which it relates. It shall not be affected if such contract is void. If an arbitration clause is void, it shall be deemed not written.*” (tradução disponível em: http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION.pdf). A lei suíça sobre Direito Internacional Privado prevê no artigo 178(3) este princípio, traduzido para inglês da seguinte forma “*The arbitration agreement cannot be contested on the grounds that the main contract is not valid or that the arbitration agreement concerns a dispute which had not as yet arisen*” (disponível em <https://www.arbitration-ch.org/assets/92989ed67945478fc27d8b28ce80276e/iprg-english-version.pdf>). A lei alemã adotou a formulação da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional. A lei japonesa prevê no seu artigo 13.º, n.º 6 que “*Even if in a particular contract containing an arbitration agreement, any or all of the contractual provisions, excluding the arbitration agreement, are found to be null and void, cancelled or for other reasons invalid, the validity of the arbitration agreement shall not necessarily be affected.*” (tradução para inglês disponível em: <https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>).

61 Questionando a consagração deste “princípio” como tal, e defendendo a consagração legal apenas dos respetivos efeitos, cf. Philip Landolt, “The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 30, pp. 511-514.

62 Que refere no seu artigo 16.º, n.º 1, que: “*The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.*”

63 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 356-357.

64 Pedro Siza Vieira e Nuno Ferreira Lousa, in Dário Moura Vicente (ed.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 4.ª ed, Almedina, 2019, p. 82.

*negócio jurídico autónomo. (...) Isto mesmo que esteja em causa a existência do contrato.”*⁶⁵ Decorre do artigo 18.º, n.º 1, que a LAV distingue a validade da convenção arbitral, dependente das condições vertidas no artigo 3.º da LAV, da respetiva existência ou eficácia.

Mais concretamente, um contrato existe quando há um acordo fundado em duas ou mais declarações de vontade opostas (em geral, uma proposta e uma aceitação) perfeitamente consonantes e que visam estabelecer uma composição de interesses unitária.⁶⁶ Havendo falta de declaração de vontade – seja porque nunca foi prestada, seja porque há uma declaração mas é desprovida de qualquer vontade destinada à produção de efeitos jurídicos – então aquela inexistente, conduzindo à inexistência material do negócio.⁶⁷ Não havendo regulação distinta na LAV, o mesmo se dirá para a existência de uma convenção de arbitragem.

Diversamente um contrato é válido quando as declarações negociais que o compõem não apresentam nenhuma “deficiência”, isto é, a vontade não foi invalidamente formada ou manifestada, nos termos legalmente exigidos⁶⁸. A LAV exige neste âmbito a existência de um acordo das partes com forma escrita, sem necessidade de assinatura,⁶⁹ que determine a relação jurídica ou objeto do litígio a que a cláusula arbitral ou compromisso arbitral digam respeito, respetivamente, sendo estes arbitráveis (artigos 1.º a 3.º da LAV).⁷⁰

Na China, demonstrando uma evolução dos anos 90 quanto a este ponto,⁷¹ o princípio da separabilidade está previsto no artigo 19.º da Lei de Arbitragem da RPC, que dita que a convenção de arbitragem existirá independentemente dos vícios que possam afetar o contrato onde esta se insere, como sejam qualquer alteração, cessação ou invalidade:

“An arbitration agreement shall exist independently. The amendment, rescission, termination or invalidity of

*a contract shall not affect the validity of the arbitration agreement. The arbitral tribunal shall have the power to affirm the validity of a contract”.*⁷²

Note-se que este artigo não prevê se vale a presunção caso uma das partes invoque a inexistência do contrato – esta refere somente a alteração, cessação ou invalidade do mesmo. No entanto, em agosto de 2006, o STP emitiu a Interpretação da Lei de Arbitragem, já citada, onde sobre este artigo se clarifica que, por um lado, quando um contrato concluído não produza efeitos ou seja terminado, o artigo 19.º, n.º 1 da Lei de Arbitragem da RPC é aplicável à validade da convenção de arbitragem, e por outro, se as partes concluírem uma convenção de arbitragem no momento da celebração do contrato, a validade daquela não é afetada pelo contrato que ainda não se tenha celebrado:

“Where a concluded contract has not taken effect or has been revoked, the provisions in the first paragraph of Article 19 of the Arbitration Law shall apply in the determination of the arbitration agreement’s validity.

*Where the parties reach an arbitration agreement at the time when they conclude the contract, the validity of the arbitration agreement shall not be affected by the contract that has not yet formed.”*⁷³

Este excerto é, aliás, citado no acórdão em análise.

Não há dúvidas de que a existência da convenção de arbitragem é essencial, como decorre do exposto, para fundar a competência do tribunal arbitral, e tal vale igualmente em solo chinês. Como explicam Sun e Willems:

“Arbitration of course depends on the existence of an arbitration agreement between the parties. It is only through that agreement that the parties can opt out of the jurisdiction of the people’s court (or any other

65 Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 120. No mesmo sentido, v. M. Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, 2013, pp. 148-151; P. Siza Vieira, N. Ferreira Lousa, ‘Capítulo III – Da competência do tribunal arbitral’, in *Lei da Arbitragem Voluntária* Anotada, 4.ª ed., Almedina, 2019, pp. 81-82; Mariana França Gouveia, *Curso ...*, cit., p. 184.

66 Antunes Varela, *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 212. Note-se que apenas a absoluta falta de forma gera a inexistência de um contrato, e a falta de forma legalmente imposta gera nulidade – Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil II – Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 5.ª ed., UCE, pp. 289-301.

67 Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do código civil português – teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 41; Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2005, pp. 413-414.

68 Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do código civil português ...*, cit., pp. 418-419.

69 Prevê o artigo 2.º da LAV que “A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação. 3 - Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”. Neste mesmo sentido, também os artigos 7.º da Lei Modelo e II.2. da Convenção de Nova Iorque consideram satisfeito o requisito de forma escrita das convenções de arbitragem caso delas haja prova escrita. Como se pode ver, dispensa-se a necessidade de assinatura.

70 Com uma análise jurisprudencial internacional relevante, cf. José Miguel Júdice e João Tornada, “The Separability of Arbitration Agreements in Public Tenders: Do Birds of a (Different) Feather Flock (And Fall) Together? Portuguese Supreme Court Of Justice’s Judgment of 6 April 2017”, *Revista PLMJ Arbitragem*, N. 2, 2018.

71 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 384-385.

72 No mesmo sentido, o artigo 57.º da Lei de Contratos da RPC, prevê que: “The invalidation, cancellation or discharge of a contract does not impair the validity of the contract provision concerning the method of dispute resolution, which exists independently in the contract.” Apesar da redação distinta, não há dúvidas que ambos estabelecem a autonomia da cláusula de resolução de litígios, ou em concreto da convenção arbitral.

73 Interpretação da Lei de Arbitragem. Suscitando dúvidas advenientes da expressão “has not yet been formed”, cf. Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015, p. 46.

court) that would otherwise be competent to decide the matter.”⁷⁴

No entanto, os mesmos autores salientam que se tal é claro na teoria, na prática serão raros os casos em que exista uma convenção arbitral e não um contrato subjacente onde aquela se insira, atentas as regras de formação dos contratos vertidos na Lei de Contratos da RPC e os vícios invocados.⁷⁵

Sun e Willems citam estudos do Departamento de Investigação do STP onde se alerta que se uma parte faz uma proposta, e a contraparte propõe alterações, esta última comunicação constituirá uma contra proposta ou uma nova proposta. Se a cláusula arbitral constar da proposta inicial, e sobre ela não houver concordância expressa na resposta da contraparte, não se poderá presumir que sobre esta houve acordo. Se a cláusula arbitral constar da contraproposta ou nova proposta da contraparte, sempre será necessária uma posterior aceitação da mesma.⁷⁶ No mais, relembram estes autores que sempre deverá haver registo escrito da convenção de arbitragem, pois o direito chinês não admite convenções de arbitragem orais.⁷⁷

No caso em análise, porém, o TCIC entendeu que o processo de formação da convenção arbitral foi concluído, havendo quer encontro de vontades das partes quer respeito das exigências legais de forma. Relembra-se que ficou demonstrado que as primeiras minutas dos contratos relevantes enviados pela *Luck Treat* e outras empresas para a *Zhong Yuan Cheng* continham uma cláusula arbitral que remetia para a BAC; já uma segunda minuta enviada pelas mesmas partes fazia menção ao SCIA, em derrogação da primeira comissão arbitral indicada. Ora, em resposta a esta minuta, que o TCIC entendeu ser a proposta de

convenção arbitral feita pela *Luck Treat*, a *Zhong Yuan Cheng* afixou o seu selo nessa versão do contrato, que rubricou, entregando tal documento à *Luck Treat* em 11 de maio de 2017. O TCIC limitou-se a esta apreciação, não entrando na análise da conclusão do contrato subjacente, que aliás, caberá ao tribunal arbitral.

Salienta-se ainda que, apesar de aceitar este princípio da separabilidade, a Lei de Arbitragem da RPC apresenta algumas peculiaridades a salientar.

Um exemplo são as condições de validade da convenção de arbitragem impostas pelo artigo 16.º da Lei de Arbitragem da RPC, exigindo que a convenção de arbitragem (i) seja celebrada por escrito (documento assinado pelas partes ou troca eletrónica), (ii) remeta o litígio de forma clara e definitiva para arbitragem, (iii) indique o objeto do litígio submetido a arbitragem e (iv) indique uma comissão arbitral.⁷⁸ Note-se que os últimos dois pontos podem ser objeto de um acordo suplementar posterior, por via do artigo 18.º da mesma lei.⁷⁹ Estes requisitos foram objeto de interpretação judicial em 2006 na Interpretação Judicial sobre Alguns Assuntos da Aplicação da Lei de Arbitragem da RPC, que veio conferir diretrizes aos tribunais sobre a análise da validade da cláusula arbitral, sendo que, ainda assim, a doutrina chinesa, que amplamente tem comentado estes requisitos, entende que a lei deve ser alterada por forma a deixar cair requisitos que podem entrar em confronto com o princípio da autonomia privada.⁸⁰

Outro exemplo relevante de uma particularidade da lei de arbitragem chinesa é o facto de prever que é a comissão de arbitragem que decide sobre a jurisdição do tribunal arbitral, ou seja, sobre existência e validade da cláusula, salvo se a mesma questão for submetida aos tribunais

⁷⁴ Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., p. 21.

⁷⁵ Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., p. 46: “Some caution is required when it comes to the ‘non-existence of the contract’. In theory, parties might agree that any dispute which arises regarding a prospective agreement between them will be subject to arbitration. A dispute about whether that prospective agreement was ever concluded would then be subject to arbitration. In that sense, it is strictly correct that the validity of an arbitration clause is not affected by the nonexistence of the contract. In practice, however, it will rarely be the case that there will be an agreement to arbitrate but then no agreement is reached on any other term. Where there was no agreement on the substantive terms of a contract (as in the example of a party who claims his signature on a contract has been forged) then the arbitration clause it contains will not have been agreed either.”

⁷⁶ Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., p. 46, citando o Research Office of the Supreme People’s Court, 4th Civil Division (ed.), *The Understanding and Application of the Interpretations of the Supreme People’s Court on Arbitration*, People’s Court Publishing, 2007, p. 99: “If the parties did not challenge the arbitration clause during their negotiations, but failed to agree on the other terms of the contract which meant that the contract did not come into force, then it cannot be assumed that the parties concluded an arbitration agreement over their dispute. This is because if one of the parties proposes the contract which contains the arbitration clause, it makes a form of offer. If the other party proposes amendments, then that is a counteroffer or a new offer. The arbitration clause, as part of a counteroffer or new offer, still needs the consensus from the other party in order to constitute a valid arbitration agreement. One party may propose a standard form contract which contains an arbitration clause. If the arbitration clause were valid even though there was no consensus between the parties as to all the clauses of the standard form, it would mean that an arbitration clause prepared unilaterally by one party would apply to both parties. This could lead to extremely unfair results in practice”.

⁷⁷ Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., p. 161.

⁷⁸ Artigo 16.º da Lei de Arbitragem da RPC: “An arbitration agreement shall include arbitration clauses stipulated in the contract and agreements of submission to arbitration that are concluded in other written forms before or after disputes arise. An arbitration agreement shall contain the following particulars: (1) an expression of intention to apply for arbitration; (2) matters for arbitration; and (3) a designated arbitration commission.”. Sobre o primeiro requisito, de uma convenção arbitral ser reduzida a escrito, conclui a doutrina que: “(...) in mainland China, the requirement for arbitration agreements to be ‘in writing’ has been interpreted as follows. First, the arbitration agreement does not require ‘a piece of paper’. Written letters and electronic transmissions or messages (including, for example, telegram, telex, fax, electronic data exchange and email), which can visibly express the contents contained therein, are accepted. Second, where a contract states that an effective arbitration clause set out in another contract or document is to be applicable, the parties to that contract should refer any dispute to arbitration in accordance with the provisions of that arbitration clause. All the relevant ‘contract documents’, however, need to be in writing.” - Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., p. 40.

⁷⁹ Artigo 18.º da Lei de Arbitragem da RPC: “If an arbitration agreement contains no or unclear provisions concerning the matters for arbitration or the arbitration commission, the parties may reach a supplementary agreement. If no such supplementary agreement can be reached, the arbitration agreement shall be null and void.”.

⁸⁰ A título de exemplo, cf. Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., pp. 26-27.

judiciais (e a comissão não tiver decidido), situação em que estes terão prioridade. Tal decorre dos artigos 4.º e 20.º da Lei de Arbitragem da RPC,⁸¹ e destas regras resulta então que não são os tribunais arbitrais que aferem da sua própria competência, a não ser que a comissão arbitral neles delegue esse poder.⁸²

Ora, noutras jurisdições o tribunal arbitral tem prioridade na aferição da sua competência. Este é o efeito positivo da convenção de arbitragem, determinado pelo princípio da *kompetenz-kompetenz*, por via do qual o tribunal arbitral é competente para aferir da sua própria competência. Se é certo que há uma ligação direta entre a separabilidade da cláusula arbitral e o poder do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, a verdade é que estes são princípios com conteúdos distintos. Se o princípio da *kompetenz-kompetenz* permite aos árbitros examinarem a sua própria jurisdição, o princípio da separabilidade permite que os árbitros declarem um contrato ineficaz sem concluir necessariamente que a cláusula arbitral também o é, e assim declinarem a respetiva jurisdição.⁸³

Tal posição da lei chinesa justifica que, no caso concreto, tenha sido o TCIC a decidir sobre esta questão.

3. Observações finais: O TCIC no mercado da litigância global

Atento o exposto, resulta que coube ao TCIC analisar no primeiro acórdão desde a sua constituição o importante tema da existência da cláusula arbitral, análise esta em linha com as funções que motivaram a razão de ser deste tribunal, e que inclui a distinta função de prolação de decisões importantes (apesar de não vinculativas para os tribunais inferiores) que apliquem direito chinês e preencham lacunas no âmbito da regulamentação arbitral na China⁸⁴.

Relembrando e sumariando, pretende-se que as secções de Shenzhen e Xian se debrucem sobre a interpretação de regras internacionais e que julguem disputas emergentes da iniciativa “Uma faixa, uma rota”, como esclareceu o vice-presidente do STP numa entrevista em janeiro de 2019:

“The two courts are responsible for dealing with large or complicated international commercial disputes, such as those involving over 300 million yuan (\$44.5 million), those that may affect relationships between

81 Artigo 4.º da Lei de Arbitragem da RPC: “The parties’ submission to arbitration to resolve their dispute shall be on the basis of both parties’ free will and an arbitration agreement reached between them. If a party applies for arbitration in the absence of an arbitration agreement, the arbitration commission shall not accept the case.”; artigo 20.º: “If a party challenges the validity of the arbitration agreement, he may request the arbitration commission to make a decision or apply to the people’s court for a ruling. If one party requests the arbitration commission to make a decision and the other party applies to the people’s court for a ruling, the people’s court shall give a ruling. A party’s challenge of the validity of the arbitration agreement shall be raised prior to the arbitral tribunal’s first hearing.”.

82 Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., p. 165; ver ainda a Resposta do STP a Questões sobre a Validade da Convenção Arbitral de 12.10.1998 – tradução inglesa “Reply of the Supreme People’s Court Regarding Several Issues Relating the Validity of Arbitration Agreements, Fashi [1998] No. 27, adopted at the 1,029th meeting of the Judicial Committee of the Supreme People’s Court on October 12, 1998” disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/201/708.html>, artigos 3.º e 4.º: “3. In the case where the parties are against the validity of the arbitration agreement, if one party applies to the arbitration institution to confirm the validity of the arbitration agreement while the other party requests the people’s court to decide that the arbitration agreement is invalid. If the arbitration institution has accepted the application before the people’s court and has made a decision, the people’s court shall not accept the case; If the arbitration institution has not made a decision after accepting the application, the people’s court shall accept the application and notify the arbitration institution to terminate the arbitration proceeding. 4. Where one party applies for arbitration in respect of a contract dispute or other property rights dispute, while the other party challenges the validity of the arbitration agreement and requests the people’s court to confirm that the arbitration agreement is invalid and files a lawsuit with the court regarding the contract dispute or other property rights dispute, the people’s court shall accept the suit and notify the arbitration institution to suspend the arbitration proceeding. Where a people’s court makes a ruling on the validity of an arbitration agreement, it shall serve a copy of the written decision on the arbitration institution, and the arbitration institution shall resume the arbitration proceeding or revoke the arbitration case according to the ruling of the people’s court.”, disponível em: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/201/708.html> – citadas em Wei Sun e Melanie Willems, *Arbitration in China*, cit., p. 169.

83 António Sampaio Caramelo, “A ‘Autonomia’ da Cláusula Compromissória e a Competência do Tribunal Arbitral”, cit.: “Enquanto o princípio da autonomia ou separabilidade da cláusula arbitral é um princípio de direito substantivo, o princípio da competência da competência do tribunal arbitral tem essencialmente uma dimensão processual. Como observam Poudret et Besson (citando Pieter Sanders), se as sortes do contrato e da cláusula arbitral não fossem distintas, o árbitro, ao admitir a nulidade do contrato principal deveria, do mesmo passo, negar a sua própria competência, de tal modo que não poderia decidir sobre o fundo da causa e declarar a nulidade assim constatada. Chegar-se-ia assim a um impasse que só poderia ser resolvido mediante a instauração um novo processo perante o juiz estadual. Por outras palavras, a autonomia (ou separabilidade) significa que, se o árbitro constatar que o contrato principal é inválido, ele não perde por esse facto a sua competência. A competência da competência do árbitro pode ser considerada como o instrumento processual do princípio de autonomia (ou separabilidade) da cláusula arbitral, que o habilita a decidir, ele próprio, sobre a nulidade do contrato principal. (...) Além disso, a separabilidade requer que os tribunais estaduais, quando tiverem de decidir sobre se a arbitragem deve ou não prosseguir, examinem apenas a validade da convenção de arbitragem. (...) Por seu turno, o princípio da ‘competence-competence’ permite aos árbitros examinar a causa da arguida invalidez ou ineficácia não só do contrato principal mas da própria cláusula arbitral (embora se sujeitem porventura a uma subsequente impugnação judicial)”.

84 Qiao WenXin, “Zuigao Fayuan Diyi Guojie Shangshi Fating Gaoxiao Shenjie Shoupi 5 An” [“O primeiro Tribunal Comercial Internacional do Supremo Tribunal Popular concluiu os primeiros 5 casos de forma eficiente”], 30.12.2019, original chinês disponível em: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-213181.html>; tradução inglesa disponível em: <https://supremepoplescourtmonitor.com/2019/12/31/the-china-international-commercial-court-the-development-of-case-law-with-chinese-characteristics/>: “The CICC has been in operation a short time and it is early days to provide a more detailed analysis of its operations. What is clear from its operations so far is that it is carefully choosing its cases, only selecting cases that will have an impact on the development of relevant Chinese law. What seems evident from the initial rulings, at least, is that the judgments and rulings of the CICC are likely to be significant for lower court judges and members of the legal community as “soft precedents,” authoritative decisions that are highly persuasive although not binding on the lower courts. Authoritative commentators in China and abroad have noted that the arbitration rulings fill a gap in Chinese arbitration law. The rulings are also consistent with the position taken by courts in some major jurisdictions that also find that the parties expressed their intent to arbitrate any dispute although their contract was never finalized. In the view of this commentator, they are part of China developing its own case guidance system, highlighted in item #26 of the 5th Judicial Reform Outline”; “CICC decisions, whether rulings or judgments, will send important signals to the market, and are likely to be significant worldwide, as there is a documented increase in international arbitration cases where either the contract in dispute is governed by Chinese law or Chinese law is relevant in various ways.”.

*China and BRI-related countries, or those that need to interpret international rules.”.*⁸⁵

A doutrina chinesa vem fazendo vários comentários de relevo sobre sucesso deste TCIC.

Em primeiro lugar, para além do simbolismo associado ao estabelecimento do TCIC e apesar do ritmo lento de evolução antevisto, esta é uma oportunidade de crescimento mútuo. Por um lado, permitindo ao STP experimentar novas regras e procedimentos em casos transnacionais, por referência a boas práticas no direito comercial internacional, permitindo que quem está de fora observe essa evolução.⁸⁶ Por outro lado, discute-se se o TCIC será uma forma viável de promover a perspectiva chinesa nas relações de comércio internacional. Através da sedimentação de uma jurisprudência “Uma faixa, uma rota”, será possível divulgar princípios e normas chinesas em outras jurisdições, promovendo a posição chinesa na *lex mercatoria* (no limite desafiando uma alegada supremacia ocidental) e integrando a China em processos de cooperação judicial internacionais.⁸⁷ Referem os críticos

que tal objetivo não seria atingido por via da arbitragem, atenta a confidencialidade da maioria dos processos.⁸⁸

Neste sentido, e *em segundo lugar*, vários têm sido os tribunais comerciais internacionais criados pelo globo, integrados nas respetivas jurisdições nacionais, visando atrair disputas comerciais internacionais. Estes surgem no “mercado” da litigância internacional em reação a uma aparente insatisfação dos litigantes internacionais, quer com os tribunais domésticos existentes, quer com os tribunais arbitrais, em geral inspirados na tradição de *common law*.⁸⁹ Em 2018 havia já 24 instituições como estas, como no Dubai (*Dubai International Financial Centre Courts*), Qatar (*Civil and Commercial Court of the Qatar Financial Centre*), Abu Dhabi (*Abu Dhabi Global Market Courts*), Singapura (*Singapore International Commercial Court*), Cazaquistão (*Astana International Financial Centre*) Frankfurt (*Chamber for International Commercial Disputes no Landgericht Frankfurt am Main*), Paris (uma câmara internacional no *Tribunal de Commerce de Paris*), Dublin (*Dublin Commercial Division no High Court* irlandês),

⁸⁵ Cao Yin, “International commercial courts eye expanded role”, *China Daily*, 30.01.2019, entrevista a Luo Dongchuan, vice-presidente do STP, disponível em: <http://www.chinadaily.com.cn/a/201901/30/WS5c50dce6a3106c65c34e72f1.html> : “One aspect that can greatly assist China in this endeavor is incorporation of Chinese understandings of law. With the potential of resolving disputes among dozens of sovereigns arising from thousands of commercial disputes in the coming years, China stands to develop a substantial case law on dispute resolution (here). The successful implementation of BRI resolved litigation under the auspices of Chinese courts could serve not only to challenge the U.S.-led Western dominance in dispute resolution but as a conduit of legal norms and values. By astutely establishing special courts to mediate, arbitrate and litigate BRI-related commercial disputes (International commercial courts eye expanded role). Chinese courts may develop a critical mass of BRI jurisprudence that is viewed as fair and incorporates (at least initially) basic Western notions of procedural and substantive due process. Crucially, by linking the economies of dozens of nations, and having BRI commercial disputes resolved within the rubric of the BRI courts, Chinese legal norms will inherently become incorporated into the BRI decisions and possibly migrate to an extent into other systems as well. Taken to its logical conclusion, Chinese law, over the long-term, could ultimately be viewed as a real alternative (or even superior) to the U.S.-led paradigm with respect to property, process, rights and other basic legal norms and procedures. At a minimum, even if not completely successful, developing case-law on disputes and having these decisions rendered by Chinese courts will proximately cause China’s imprint on global governance to significantly strengthen”

⁸⁶ Matthew Erie, “Update on the China International Commercial Court”, cit., “Looking ahead, it is likely that the CICC will grow slowly. Among seasoned lawyers in China, there is scepticism towards the CICC as to whether it can gain international legitimacy and also provide dispute resolution services that are otherwise unmet by existing options for international commercial arbitration. This is somewhat striking given that in the U.S. and its allies, among some experts, there is a kind of fascination with the institution (see e.g., “BRI jurisprudence” above). Nonetheless, beyond the symbolism of establishing an international commercial court, the CICC will potentially serve as a learning device writ large, a means of two-way socialization to both increase foreign parties’ awareness of and appreciation for Chinese legal institutions and Chinese legal and judicial experts’ exposure to best practices in international commercial law.”; ver também Susan Finder, “Some comments on the China International Commercial Court rules”, in *Supreme People’s Court Monitor Blog*, 11.02.2019, disponível em: <https://supremepeoples-courtmonitor.com/2019/02/11/some-comments-on-the-china-international-commercial-court-rules/>; “Piloting new rules and procedures—The CICC also presents the SPC with opportunities to pilot new rules and procedures in cross-border cases and to make appropriate reference to foreign beneficial experience. (For the avoidance of doubt, the Monitor is not advocating that the SPC import foreign law wholesale (照搬外國法).”); e Eriks Selga, “China’s New International Commercial Courts: Threat or Opportunity?”, *Foreign Policy Research Institute*, 29.05.2019, disponível em: <https://www.fpri.org/article/2019/05/chinas-new-international-commercial-courts-threat-or-opportunity/>; “It is unlikely that the courts will amass the prestige to become a true competitor to other international commercial courts, especially at this early of a stage. What remains unanswered is the extent to which it will veer BRI investment parties to accept the CICC as their courts of choice. The Chinese could use their financing capacity to pressure the use of these courts. This could lead to a steady stream of cases allowing the court to quickly gain experience and, depending on how it fares, trust. The cases will also provide important insight for the West into how the Party-led judiciary functions.”

⁸⁷ Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 781; Joel Slawotsky, “The Longer-Term Ramifications of China’s BRI Jurisprudence”, *Law at the End of the Day Blog*, 15.04.2019, disponível em <http://lbackerblog.blogspot.com/2019/04/joel-slawotsky-longer-term.html>: “While different, an alternative offered by China may be palatable and over the longer-term even embraced. After all in certain respects, Chinese vision is about a means to an end – and the end is the same goal as in Western nations. Such ends include public security, criminal deterrence, protection of important industries and domestic champions through state ownership and state-centric economic intervention. Whether based upon self-interest and strategic alignment or endeavoring to imitate a successful model or being required to as part of participating in global economic governance, China’s alternative vision may become a viable option. Developing case-law under the rubric of the BRI is an important milestone in this endeavor”.

⁸⁸ Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 901: “The CICC should be of benefit to China in promoting its participation in global business law-making, and better integrating China into global arrangements for judicial cooperation and recognition. This is in accordance with China’s desire to play a more positive and influential role in rule making for international business and other affairs. Although China has some influential arbitration centres, such as the China International Economic and Trade Arbitration Commission, their ability to promote the development of substantive commercial law appears to be limited because of their ad hoc nature and the confidential nature of arbitration awards.”.

⁸⁹ Marta Requejo Isidro, “International Commercial Courts in the Litigation Market”, *MPLux Research Paper Series*, 2, 2019, disponível em: www.mpi.lu, pp. 5-6.

Amsterdão (*Netherlands Commercial Court*), Bruxelas (*Brussels International Business Court*), entre outros.⁹⁰

Em terceiro lugar, apesar de o TCIC oferecer regras de produção de prova mais acessíveis, facilitar a execução de sentenças no foro chinês, bem como a execução dos pedidos de providências cautelares em arbitragens a correr na China, este apresenta limitações advenientes do respetivo enquadramento legal nacional e internacional, que podem interferir na aceitação do mesmo por partes estrangeiras, em contraste com os outros tribunais internacionais comerciais já instalados.⁹¹

Em concreto, outros tribunais comerciais internacionais contam com o contributo de juizes internacionais, mas não o TCIC, levantando questões de neutralidade aos olhos das partes estrangeiras. No entanto, se por um lado têm sido implementadas reformas no sistema judicial chinês para o combate à corrupção e promoção da independência, imparcialidade e eficiência dos mesmos,⁹² o TCIC conta com o Comité de Peritos Comerciais Internacionais, que se apresenta como uma significativa inovação e manifestação de uma posição de abertura relevante por parte do STP, que pode e deve fazer uso desse dispositivo.

Ainda quanto ao comité, e no tocante à sua faceta de internacionalização e transparência, sugere-se igualmente o alargamento da *pool* de instituições arbitrais e de mediação envolvidas com este,⁹³ o alargamento do número de membros e das funções do comité que permita a atuação

como *amicus curiae* junto dos juizes do TCIC.⁹⁴ Sugere-se ainda a utilização do inglês nos processos do TCIC,⁹⁵ e no que toca à representação das partes, critica-se a atual previsão de as partes litigantes apenas poderem optar por advogados chineses.⁹⁶

Ainda quanto ao âmbito de litígios admitidos perante o TCIC, vários autores defendem um alargamento deste escopo, seja sugerindo a eliminação da exigência de um elemento de conexão com o território chinês nos acordos de eleição de foro que escolhem o STP,⁹⁷ seja abolindo o critério monetário previsto,⁹⁸ seja clarificando o tipo de litígio que o TCIC albergará,⁹⁹ por forma a promover a autonomia privada das partes e o respetivo acesso a este tribunal.

No plano internacional, um dos pontos que se prevê ser relevante para o sucesso deste tribunal será a exequutoriedade de sentenças do TCIC no estrangeiro.¹⁰⁰ Até setembro de 2018, a China tinha concluído 80 tratados de cooperação judiciária, 39 destes sobre questões civis e comerciais, sendo que, destes, 26 tinham sido concluídos com países aderentes à iniciativa “Uma faixa, uma rota”.¹⁰¹ Sem o benefício destes tratados, serão aplicáveis as regras domésticas relevantes. Esta multiplicidade de regimes e incerteza jurídica surge como um fator desfavorável para potenciais utilizadores do TCIC, apesar de virem surgindo no panorama internacional soluções que promovem precisamente o reconhecimento e a execução de acordos

90 Para uma análise detalhada das características destes tribunais, sua comparação entre eles e ainda com a arbitragem, cf. Marta Requejo Isidro, “International Commercial Courts in the Litigation Market”, cit.; David Holloway, “The New Chinese International Commercial Court...”, cit., p. 97; Ioana Knoll-Tudor, “The European and Singapore International Commercial Courts: Several Movements, a Single Symphony”, *Kluwer Arbitration Blog*, 06.03.2019, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/06/the-european-and-singapore-international-commercial-courts-several-movements-a-single-symphony/>; Gary Bell, “The New International Commercial Courts – Competing with Arbitration? The Example of the Singapore International Commercial Court?”, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 11, No. 2, 2018, prevê no p. 207 uma tabela comparativa ilustrativa; Zhengxin Huo e Man Yip, “Comparing the International Commercial Courts of China ...”, cit.

91 Cf. David Holloway, “The New Chinese International Commercial Court...”, cit., pp. 111-114, que analisa o TCIC de uma perspectiva de *common law*, referindo temas como a língua dos vários tribunais, questões que se colocam para o desenvolvimento consistente da *common law*.

92 Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 873-874, onde descrevem estes esforços, que consistem na centralização de tesouraria dos tribunais ao nível das províncias, criação de novos tribunais do STP a nível local, melhoramento de remuneração e carreira para juizes, e publicidade da maioria das sentenças judiciais.

93 Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 52; Shen Zhang, “China’s International Commercial Court...”, cit., p. 171; e David Holloway, “The New Chinese International Commercial Court...”, cit., p. 124.

94 Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 50.

95 Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 52; Zhengxin Huo e Man Yip, “Comparing the International Commercial Courts of China ...”, cit., p. 940.

96 Neste sentido, cf. Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 901; em sentido contrário Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 52. Sobre o tema da admissão de advogados estrangeiros em processos domésticos, cf. Mariana França Gouveia e Ana Coimbra Trigo, “Ad-Hoc Admission of Foreign Counsel in International Arbitration-Related Proceedings – Case note on the Singapore High Court Judg. of 2 August 2016”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, N. 1, 2017, pp. 79-92.

97 Neste sentido, cf. Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 52; Shen Zhang, “China’s International Commercial Court: ...”, cit., p. 162; Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 883-890; Zhengxin Huo e Man Yip, “Comparing the International Commercial Courts of China ...”, cit., p. 940.

98 Wei Sun, “International Commercial Court in China: ...”, cit.; Lu Huanzhi, “China’s International Commercial Court: A Strong Competitor to Arbitration?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 30.09.2018, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/30/chinas-international-commercial-court-a-strong-competitor-to-arbitration/>, propondo que o TCIC adopte uma cláusula-modelo não exclusiva, em que litígios avaliados em mais de 300 milhões de RMB sejam submetidos ao TCIC e outros litígios sejam submetidos a tribunais judiciais chineses ou a arbitragem.

99 David Holloway, “The New Chinese International Commercial Court...”, cit., p. 124.

100 Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach...”, cit., p. 50; Sheng Zhang, “China’s International Commercial Court...”, cit., p. 166.

101 David Holloway, “The New Chinese International Commercial Court...”, cit., p. 114.

de eleição de foro e, mais recentemente, de sentenças judiciais e de acordos resultantes de mediação.¹⁰²

O contraste das regras e funcionamento do TCIC com o regime da arbitragem internacional é manifesto. Na arbitragem as partes podem livremente escolher os decisores, os seus representantes, as suas regras, e que litígios submeter a arbitragem. Esta vantagem comparativa de flexibilidade processual parece ser notória.¹⁰³ As partes podem beneficiar do regime da Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, que conta hoje com 165 membros signatários, entre eles a China e a larga maioria dos países da iniciativa “Uma faixa, uma rota”. A arbitragem é percebida como um meio neutro, consensual e privado para resolver litígios.¹⁰⁴

No entanto, várias são as preocupações frequentemente levantadas em relação a este meio de resolução de litígios, entre eles a respetiva judicialização, falta de padrões éticos, imprevisibilidade na execução dada a supervisão limitada por tribunais judiciais, imprevisibilidade das decisões arbitrais dada a falta de jurisprudência publicada,¹⁰⁵ limitada eficiência de custos e de tempo ou passibilidade de sancionar as partes no processo e chegar a terceiros.¹⁰⁶ Aliás, em relação aos custos, já há inclusive estudos comparativos de custas arbitrais e do TCIC.¹⁰⁷

No entanto, como refere Zhang:

*"Although arbitration is still the most important way to resolve commercial disputes, international commercial courts can make up for the shortcomings of international commercial arbitration and guarantee the fairness of judgments to a greater extent. In a sense, international commercial courts are not in competition commercial arbitration. They two are complementary. Although the construction of international commercial courts in various countries has not followed a unified paradigm, the rise of commercial courts can promote the unification of substantive legal principles and litigation procedures for commercial dispute resolution, enhance the confidence of businessmen in participating in dispute settlement procedures and provide them with higher certainty. This will be helpful to reduce transaction costs and ultimately it will contribute to the growth of global trade and investment."*¹⁰⁸

Em conclusão, o estabelecimento do TCIC foi um passo decisivo no desenvolvimento do sistema judicial chinês, permitindo explorar e testar regras e procedimentos inovadores, promovendo a consistência e a uniformidade na aplicação do direito, e será interessante acompanhar o cumprimento dos objetivos a que se propôs, enquanto salvaguarda da iniciativa “Uma faixa, uma rota”. Da análise empreendida, resulta que o TCIC pretende encorajar também a opção dos utilizadores pela arbitragem e mediação. Será interessante ver como evoluem estes *fora* no futuro, podendo esperar-se que concretizem uma relação de complementaridade mútua, na implementação do “Chinese Approach”.

102 A China assinou mas não ratificou a Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro de 2005, em vigor desde o 01.10.2015 – mais detalhes em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>. A China foi parte ativa nas negociações da Convenção de Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras, adotada em 02.07.2019, apesar de não a ter ainda assinado. Por outro lado, a China já assinou a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Internacionais resultantes de Mediação, 2018, também conhecida como a “Convenção de Singapura” – cf. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status. Cf. ainda outras iniciativas analisadas em David Holloway, “The New Chinese International Commercial Court...”, cit., p. 114-116.

103 Dan Xie e Chengjie Wang, “Do International Commercial Courts ...”, cit., p. 18.

104 Xianzhuang Sun, “A Chinese Approach ...”, cit., p. 45.

105 Wei Can e Andrew Godwin, “Challenges and Opportunities ...”, cit., p. 870, citando S. Menon, “The Transnational Protection of Private Rights: Issues, Challenges, and Possible Solutions”, in *Asian Journal of International Law*, 5, 2015, pp. 226-9; problemática mais evidenciada nos países de *common law*, cf. ainda Lord Thomas of Cwmgiedd (Lord Chief Justice of England and Wales), Bailii Lecture, 09.03.2016, disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf>.

106 Para um resumo destas questões, Marta Requejo Isidro, “International Commercial Courts in the Litigation Market”, cit., pp. 25-26.

107 Dan Xie e Chengjie Wang, “Do International Commercial Courts...”, cit., pp. 12-13.

108 Shen Zhang, “China’s International Commercial Court: ...”, cit., p. 173.

A DECISÃO SOBRE A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO NA SEQUÊNCIA DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DE RECONHECIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL

O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE LISBOA DE 10.10.2019
(PROCESSO N.º 1667/18.9YRLSB-B-2) ¹

Carla Góis Coelho

Associada coordenadora na área de Resolução
de Litígios da PLMJ
Mestre em Ciências Jurídicas (FDUL)
Pós-graduada em Arbitragem (FDUNL)

Mariana Guisado

Advogada estagiária na área de Resolução de
Litígios da PLMJ
Mestranda em Direito Empresarial (FDUCP)

¹ Um agradecimento à Dra. Camila de Arruda Xavier
pelo auxílio na pesquisa para a elaboração deste
comentário.

Sumário:

"I – Considera-se provável que o acórdão arbitral de que se pede o reconhecimento no processo principal venha a ser anulado, ou que, pelo menos, não venha a ser reconhecido, por tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português.

II – Isto por se considerar que existe um conjunto de indícios graves, precisos e concordantes de que o contrato a que respeita o preço que a requerida foi condenada a pagar foi obtido através de atos de corrupção e que o acórdão arbitral só assim não entendeu por ter feito uma exigência excessiva da prova dessa corrupção.

III – E, assim sendo, não se justifica que a requerida seja obrigada a prestar caução requerida para o período em que o reconhecimento da decisão está pendente."

Resumo:

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa ("TRL") proferido em 10.10.2019 decide a Reclamação apresentada por uma das partes quanto à Decisão Singular, proferida em 25.03.2019, pelo Juiz Relator¹ no âmbito de um processo de reconhecimento de uma sentença arbitral.

A decisão judicial objeto deste comentário foi proferida no âmbito de um intrincado complexo processual, cujo prévio enquadramento se revela imprescindível para a correta compreensão dos factos e da decisão: duas sociedades comerciais² (que denominaremos "W" e "B", respetivamente, vendedora e compradora) celebraram, entre si, um contrato de compra e venda de material de perfuração para a exploração de petróleo.

Posteriormente, e em virtude do incumprimento contratual verificado, um acórdão arbitral holandês, proferido no âmbito de uma arbitragem regulada pela lei do mesmo ordenamento jurídico, condenou a B no pagamento, à W, do preço contratualmente estipulado pela entrega daqueles materiais.

Munida desta sentença arbitral, a W instaurou dois processos judiciais nos tribunais judiciais portugueses: no primeiro, requereu o arresto das contas tituladas pela B

em bancos portugueses, por forma a garantir não só o pagamento do valor da condenação, como também todos os custos inerentes ao processo arbitral (os quais totalizavam um avultado montante: EUR 15.454.251,22), arresto esse que veio a ser decretado; no segundo, requereu, perante o TRL, o reconhecimento do acórdão arbitral.

Na sequência dos processos contra si movidos, a B apresentou oposição quer ao arresto, quer ao pedido de reconhecimento do referido acórdão arbitral.

Ainda em momento anterior à apresentação das aludidas oposições, a B, não se conformando com a decisão de condenação ínsita no acórdão arbitral, veio requerer a anulação deste ao tribunal de apelação holandês 3 (conforme se analisará, esta ação assume verdadeira preponderância entre todas as ações pendentes, estando no âmago da Decisão Singular reclamada e do Acórdão sob comentário, que a confirma).

Ao tomar conhecimento da instauração da ação de anulação, o TRL proferiu, em 25.12.2018, um Despacho que determinou o diferimento da decisão de reconhecimento da sentença arbitral, determinando, assim, a suspensão do mesmo: em concreto, o Tribunal adiou a sua tomada de decisão para momento posterior ao da decisão da ação de anulação pelo tribunal judicial de recurso holandês.

Para fundamentar a sua decisão, o Juiz Relator lançou mão de uma solução processual que lhe é facultada pelo legislador: o diferimento da decisão relativa ao reconhecimento (ou execução⁴) de uma sentença arbitral quando esteja pendente uma ação de anulação (ou um pedido de suspensão) dessa mesma sentença (conforme disposto no artigo VI da Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958, doravante apenas "CNI"⁵).

Diferida a decisão (em bom rigor, suspensa a instância do processo relativo ao reconhecimento da sentença arbitral), a W requereu ao TRL a prestação, pela B, de uma caução pelo valor da dívida, tendo encontrado a base legal para esta pretensão também no artigo VI da CNI. A B opôs-se a este pedido.

A contenda sobre a prestação de caução veio a ser decidida por Decisão Singular do Juiz Relator, proferida em 25.03.2019, na qual se entendeu inexistir fundamento

1 O Juiz Relator é o Exmo. Senhor Juiz Desembargador Dr. Pedro Martins.

2 Embora a lei pessoal destas sociedades comerciais não seja um facto relevante para os temas objeto da análise desta anotação, adianta-se que a sociedade vendedora era uma sociedade norte-americana e a sociedade compradora, por sua vez, uma sociedade venezuelana.

3 Por via de regra, as sentenças arbitrais são irrecorríveis. Contudo, se verificados os requisitos legalmente estabelecidos, é admissível a instauração de uma ação de anulação da sentença arbitral, para a qual será competente o tribunal judicial da sede da arbitragem (geralmente designado "seat of arbitration"), por força do disposto no artigo V, n.º 1, alínea e) da CNI: precisamente, um tribunal judicial holandês.

4 Na verdade, não é claro se a Convenção de Nova Iorque também admite este diferimento no âmbito de uma ação de reconhecimento (e não de execução) da sentença. Esta questão será brevemente analisada adiante.

5 Precisamente no mesmo sentido, veja-se o artigo 56.º, n.º 2, da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (doravante, "LAV"). Não obstante a correspondência entre preceitos, a aplicabilidade da CNI ao presente caso determina que a mesma prevaleça sobre a LAV, também ela aplicável. Como tal, a CNI será considerada como lei aplicável, incidindo esta análise primordialmente sobre a mesma.

para a prestação de caução. Em desacordo, a W apresentou Reclamação da sobredita Decisão Singular para a conferência do TRL, cuja decisão se traduz no Acórdão sob comentário.

Este Acórdão veio confirmar o sentido daquela Decisão Singular, considerando que não se afigurava necessária nem justificada a prestação de caução pela B.

Para este efeito, é rigoroso afirmar que o TRL (quer na Decisão Singular de 25.03.2019, quer no Acórdão de 10.10.2019) identifica duas grandes ordens de motivos para sustentar a desnecessidade de prestação de caução: (i) a elevada probabilidade de anulação da sentença arbitral em resultado da procedência do processo de anulação pendente perante os tribunais holandeses e (ii) a elevada probabilidade de improcedência do pedido de reconhecimento da sentença arbitral, por aplicação da exceção da ordem pública internacional.

A cada um dos dois motivos enunciados estão subjacentes determinados factos cuja valoração, pelo TRL, conduziu ao preenchimento do critério (indeterminado) da *elevada probabilidade*.

Por outras palavras, o TRL fundamentou a sua decisão não apenas em factos já assentes com autoridade de caso julgado entre as partes (porque constantes dos factos provados no âmbito da sentença arbitral), mas sobretudo na realização de um verdadeiro juízo de prognose quanto à probabilidade de sucesso dos pedidos de anulação e de reconhecimento da sentença arbitral (não se ignorando, evidentemente, que o reconhecimento da sentença arbitral seria decidido por este mesmo Tribunal). Este exercício de prognose figura como tema central desta anotação, com o inerente escrutínio dos factos a ele subjacentes.

O TRL considerou que era provável a anulação da sentença arbitral por considerar "(...) *que existe um conjunto de indícios graves, precisos e concordantes de que o contrato*

a que respeita o preço que a requerida foi condenada a pagar foi obtido através de atos de corrupção e que o acórdão arbitral só assim não entendeu por ter feito uma exigência excessiva de prova dessa corrupção"⁶.

Embora os fortes indícios de corrupção, aliados ao que o TRL entende ser uma *probatio diabolica* exigida pelo tribunal arbitral, constituam os principais factos cuja valoração conduzirá, no entender do TRL, à anulação da sentença, é ainda referido um outro motivo para a antecipação da anulação: a "*fundamentação perfeitamente insuficiente*"⁷ do acórdão arbitral (o que, para todos os efeitos, tem uma estreita relação com o primeiro motivo).

Já no que concerne à segunda ordem de motivos, o Tribunal antevê (aqui, com um grau superior de previsibilidade, já que esta questão será por si decidida, em momento posterior) que os factos apurados no âmbito do processo arbitral, por corresponderem a fortes indícios de corrupção, conduzirão à procedência da exceção de ordem pública internacional (que, por princípio, sanciona a corrupção e impede a execução de um contrato que foi celebrado com base em atos de corrupção), o que implicará o não reconhecimento da sentença.

Finalmente, não é de omitir um fundamento adicional, de carácter eminentemente "técnico", ao qual o TRL⁸ recorre (ainda que muito residualmente, sendo por isso que não o destacámos *supra* enquanto fundamento da decisão *sub judice*) para justificar a desnecessidade da caução: o arresto dos bens da B, correspondente a cerca ¾ do valor de que esta é devedora à W, é apto à satisfação de, pelo menos, uma das finalidades invocadas pela W para a pretendida prestação de caução pela B - o incentivo a que esta última promovesse o regular andamento do processo de anulação, evitando a protelação inútil do mesmo - sendo também idóneo, pelo menos parcialmente, à garantia do crédito da W.

⁶ Cfr. parágrafo II do sumário do Acórdão sob anotação.

⁷ Cfr. página 5 do Acórdão sob anotação.

⁸ Em bom rigor, o Acórdão sob anotação apenas refere este fundamento com o propósito de demonstrar como a W, aqui recorrente, foca a sua defesa na parte menos relevante do Acórdão reclamado (p. 3). Porém, não é possível negar que este foi um dos argumentos aduzidos pelo Relator, na Decisão Singular, para justificar a desnecessidade de prestação de caução e, como tal, merece ser abordado.

Anotação

1. Introdução

Uma decisão arbitral estrangeira não é automaticamente exequível no ordenamento jurídico português, não constituindo, por isso, título executivo. Assim, é obrigatório que as sentenças arbitrais estrangeiras sejam submetidas ao processo de revisão e confirmação (também denominado processo de reconhecimento) pelo tribunal judicial competente.

O Acórdão sob comentário surge, justamente, no contexto de um processo de reconhecimento de uma sentença arbitral (proferida no âmbito de uma arbitragem regida pela lei holandesa). Em termos processuais, este Acórdão decide sobre a Reclamação apresentada quanto à Decisão Singular do Juiz Relator, na qual este decidiu no sentido da desnecessidade de prestação de caução pela recorrida, na sequência do Despacho proferido em 25.12.2018, que diferiu a decisão sobre o reconhecimento da sentença arbitral, suspendendo, assim, a instância do processo de reconhecimento.

O Acórdão sob comentário reveste particular interesse pela sua multiplicidade temática, versando sobre questões que vão desde a aplicação da exceção da ordem pública internacional até ao crime de corrupção, passando pela litigância de má-fé e, evidentemente e com particular destaque na presente anotação, a aplicação de um juízo de prognose (relativamente ao desfecho dos processos de anulação e de reconhecimento de uma sentença arbitral) à decisão sobre a prestação de caução quando seja diferida a decisão sobre o reconhecimento da sentença arbitral. Por motivos que facilmente se intuem, não nos será possível abordar cada um destes temas.

Assim, a análise a este Acórdão do TRL incidirá, sobretudo, sobre o juízo de prognose como critério subjacente à decisão de prestação, ou não, de caução pela parte condenada pela sentença arbitral quando o Tribunal judicial decida diferir para momento posterior a decisão sobre o reconhecimento dessa sentença.

2. O diferimento da decisão sobre o reconhecimento da sentença arbitral

Nos termos do artigo VI da CNI⁹,

"[s]e a anulação ou a suspensão for requerida à autoridade competente prevista no artigo V, nº 1, alínea e)¹⁰, a autoridade perante a qual a sentença for invocada poderá, se o considerar adequado, diferir o momento da sua decisão relativa à execução da sentença; poderá igualmente, a requerimento da parte que solicitar a execução da sentença, exigir da outra parte a prestação das garantias adequadas"

De uma leitura preliminar da primeira parte deste preceito retira-se que o Tribunal competente para o julgamento do processo de reconhecimento da sentença arbitral pode diferir o momento da sua decisão se estiver pendente um processo de anulação / suspensão dessa mesma sentença perante o Tribunal judicial do país em que / segundo a lei do qual a sentença arbitral tenha sido proferida. Por outras palavras, e para efeitos de melhor compreensão, a pendência de uma ação de anulação de uma sentença arbitral permite ao Tribunal de um outro ordenamento jurídico, no qual corra termos uma ação de reconhecimento dessa mesma sentença arbitral, diferir a decisão sobre o reconhecimento da mesma para momento posterior. Em bom rigor, a CNI refere apenas o diferimento *da execução* da sentença arbitral, não incluindo o reconhecimento da mesma (ao contrário da LAV, que refere ambos), o que poderá dar azo a dúvidas (pelo menos, num plano puramente teórico), conquanto o reconhecimento e a execução da sentença arbitral não são conceitos coincidentes¹¹.

O pressuposto que, nos termos da lei, deve estar verificado é a pendência de uma ação de anulação da sentença arbitral cujo reconhecimento foi requerido. Assim, é bastante a pendência de uma ação de anulação. Embora a CNI não fixe um limite temporal ao diferimento, cremos que, tendencialmente e porque é o que melhor serve a *ratio* subjacente ao diferimento, o Tribunal diferirá a decisão até que transite em julgado a decisão sobre a ação de anulação pendente – precisamente como o declarou que faria o TRL, em 25.12.2018.

9 Na LAV, o correspondente é o artigo 56.º, n.º 2. No entanto, o texto não é exatamente coincidente: em concreto, na LAV são referidos o reconhecimento e execução da sentença arbitral, ao passo que na CNI apenas a execução; além disso, a LAV refere expressamente a caução, ao passo que a CNI tem uma formulação mais genérica: "*garantias adequadas*". Estas ligeiras divergências podem ser interessantes de analisar.

10 "O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução forem pedidos a prova:

(...) De que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, *foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida.*" (sublinhado nosso). No caso concreto, esta autoridade é o tribunal de apelação holandês.

11 Para uma sintética distinção e referências bibliográficas, veja-se António Pedro Pinto Monteiro, Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, p. 419 e 420.

A doutrina internacional refere ¹² que esta possibilidade de diferimento / suspensão é corolário do amplamente reconhecido princípio da exclusiva competência dos tribunais do país de origem (*i.e.*, o país sede do processo arbitral ou ao abrigo de cuja lei processual foi decidido o processo arbitral) para a anulação da sentença arbitral, estabelecido no artigo V, n.º 1, alínea e) (*vide* nota de rodapé n.º 10). Mas, mais do que isso, a razão de ser desta norma é a de evitar potenciais futuras contradições entre julgados (o julgamento arbitral já produzido e entretanto objeto de sindicância via ação de anulação por um lado e, por outro lado, o julgamento do processo de reconhecimento), com prevalência do primeiro julgamento sobre o segundo, o que resulta claro e compreensível do facto de o objeto do processo de reconhecimento se esgotar, apenas e em exclusivo, no dito julgamento arbitral que, se destruído via procedência de uma ação de anulação, deixará de fundamentar a pendência (muito menos, a procedência) de um processo de reconhecimento (via uma impossibilidade superveniente da sua lide) ¹³.

É uma questão pacífica (até porque a letra da lei é clara) que esta é uma mera faculdade ao dispor do Juiz ¹⁴, isto é, não é obrigatório que, verificada a pendência da ação de anulação, o Tribunal tenha de diferir a sua decisão sobre o reconhecimento, devendo assim decidir apenas “se o considerar adequado”.

É, portanto, reconhecido ao Tribunal um amplo espaço de discricionariedade. Que critérios deverão orientar a decisão de diferimento? A lei não os enuncia. Segundo alguma doutrina, o Tribunal irá decidir diferir a sua decisão se, *prima facie*, ficar convencido de que a instauração da ação de anulação da sentença arbitral não se trata de um mero expediente dilatatório, mas sim de uma ação com fundamento mínimo (com aparência de fundamento). Como tal, esta mesma doutrina entende que sobre a parte que instaurou a ação de anulação recai o ónus da prova (no processo de reconhecimento pendente), não apenas quanto à instauração e pendência da referida ação, mas também quanto aos factos que indiciem que a sentença padece de vícios que, provavelmente, conduzirão à sua anulação ¹⁵. Neste sentido, o Tribunal terá que proceder a um juízo de oportunidade (a que já apelidámos *juízo de prognose*) quanto à existência de alguma probabilidade mínima de a sentença arbitral vir a ser anulada. A provável duração do processo de anulação da sentença arbitral pode também ser um dado a ponderar na decisão de diferimento / suspensão do reconhecimento.

De acordo com uma interpretação literal da CNI, nada obriga que o Tribunal analise, sequer, esta probabilidade ou que procure compreender se a instauração da ação de anulação se trata de um mero expediente dilatatório, bastando a pendência da ação de anulação para o diferimento da decisão de reconhecimento.

No caso do Acórdão sob comentário, a questão é curiosa. A B deu conhecimento ao Tribunal da pendência do processo de anulação e, no mais, limitou-se a referir que “*está convicta de que o recurso de anulação por si interposto obterá provimento*” ¹⁶, o que, no entender da Decisão Singular do Juiz Relator (que, embora apenas tenha decidido sobre a prestação de caução, dedicou parte da análise à decisão de diferimento do reconhecimento da sentença, determinada pelo Despacho de 25.12.2018), consubstanciou um incumprimento do ónus de alegação e de prova que sobre si recaía:

“É a parte que, em oposição ao reconhecimento, invoca a pendência de ação de anulação da sentença arbitral que tem o ónus de demonstrar a “manifesta invalidade” da sentença arbitral. (...) Sem que, para tal, tenha alegado [a B] - como lhe cabia - qualquer facto concreto que demonstre a probabilidade de sucesso da referida ação de anulação” ¹⁷.

Não obstante, o TRL decidiu (através de Despacho datado de 25.12.2018, recorda-se) diferir a decisão sobre o reconhecimento, nos seguintes termos:

“(...) para já - e dependendo da forma como estiver a correr aquele processo (de que se espera que as partes vão dando devida notícia minimamente autenticada a estes autos) e do comportamento das partes, bem como daquilo que vier a ocorrer quanto à carta rogatória expedida para Espanha” ¹⁸, ou do mais que vier a ocorrer no processo”

Este excerto decisório demonstra que o TRL interpretou de modo material (e não literal), e especialmente exigente, a prerrogativa, que ao abrigo da CNI lhe assiste, de suspensão do processo de reconhecimento, tendo exigido algo mais para além da mera pendência do processo arbitral. Não obstante a parca prova oferecida pela B, o TRL terá certamente - e de modo oficioso - analisado a matéria factual provada no âmbito do processo arbitral (e que, na medida em que é matéria que aponta em sentido contrário ao da posição da W / ao da validade da sentença arbitral,

¹² Albert Jan van der Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, T.M.C. Asser Institute - The Hague, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994 (reimpressão), p. 20 e 350.

¹³ Contudo, refira-se, de passagem, que a harmonização destes dois preceitos (e destes com o artigo VII, n.º 1) não é um tema pacífico, conquanto alguma jurisprudência admite o *exequatur* da sentença arbitral mesmo quando a mesma tenha sido anulada no país de origem. Para melhores desenvolvimentos, no contexto do comentário ao correspondente artigo 56.º, n.º 2, da LAV, *vide* Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 205-207. Será também o caso quando a anulação da sentença arbitral resulta numa violação da ordem pública do país no qual corre o processo de reconhecimento.

¹⁴ Neste sentido, Albert Jan van der Berg, na obra já citada (p. 350) e Manuel Pereira Barrocas, na obra já citada (p. 207).

¹⁵ Albert Jan van der Berg, na obra já citada (p. 353)

¹⁶ *Cfr.* p. 3 da Decisão Singular de 25.03.2019.

¹⁷ P. 3 da Decisão Singular de 25.03.2019.

¹⁸ Como adiante será brevemente referido, em Espanha decorria uma investigação criminal a propósito dos alegados crimes de corrupção cometidos pelos dirigentes da W.

não será, nem poderá ser, valorada de forma diferente, isto é, de forma favorável à W), e que foi colocada em crise no âmbito da ação de anulação bem como a argumentação fático-jurídica subjacente ao processo de anulação, por forma a exercer um juízo de prognose quanto ao grau de probabilidade da procedência da ação de anulação. Exigiu, ainda, ser informado sobre a tramitação do processo de anulação, desse modo procurando despistar a existência de um uso abusivo (designadamente, como expediente dilatório) do mesmo.

No nosso entender, o TRL decidiu bem porque, embora de um ponto de vista estritamente literal baste a pendência do processo de anulação para diferir a decisão sobre o reconhecimento, a observância da *ratio* da CNI e da prerrogativa da CNI concretamente em apreço e, bem assim, a observância do princípio de boa gestão processual¹⁹ justificam que, pelo menos, se despiste se não está em causa a mera criação de um expediente dilatório pela parte que instaurou o processo de anulação. Com efeito, a discricionariedade não é – não pode ser – sinónimo de aleatoriedade e incerteza: como bem assinala António Sampaio Caramelo²⁰, acompanhando a doutrina internacional, “há que não sobrevalorizar essa discricionariedade, para não prejudicar a certeza e previsibilidade na aplicação da CNI”.

3. A prestação de caução na sequência do diferimento da decisão sobre o reconhecimento da sentença arbitral

Aqui chegados, encontramos-nos no âmago da Decisão Singular, do Acórdão sob comentário e, necessariamente, desta anotação. A prestação de uma garantia adequada (termos da CNI) ou de uma caução (termos da LAV) pode ser requerida pela parte que desencadeou o reconhecimento da sentença arbitral quando seja decidido o diferimento da decisão deste processo – neste sentido, a segunda parte do artigo VI da CNI (e a segunda parte do n.º 2 do artigo 56.º da LAV)²¹.

Segundo o *Guia do Secretariado da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional*²², o objetivo desta disposição é triplo: (i) evitar a dissipação e a ocultação de bens na pendência de decisão no processo

de anulação da sentença, garantindo que a mesma possa vir a ser executada se a anulação for indeferida; (ii) incentivo para que a parte que instaurou a ação de anulação prossiga com este processo o mais rapidamente possível, por forma a evitar atrasos; e (iii) assegurar o pagamento imediato à parte que instaurou a ação de reconhecimento da sentença arbitral assim que o litígio for resolvido.

À semelhança da decisão de diferimento, também aqui o Tribunal se move num espaço de discricionariedade quanto à decisão sobre a prestação de garantia e, ainda, sobre o montante da mesma²³. Todavia, esta discricionariedade é aqui particularmente acentuada: se para o diferimento a CNI se limita a prever, como pressuposto, a pendência de uma ação de anulação, para a prestação de garantia adequada a lei não fornece qualquer critério orientador. Mas mais: a CNI refere-se, de modo muito abrangente, a uma “garantia adequada” (ao contrário da LAV, que refere apenas a caução), o que mais amplifica a liberdade de decisão do Tribunal (se bem que limitada pelo que for requerido pela parte).

A posição mais amplamente sufragada pela doutrina internacional é a de que se o Tribunal entender adiar a decisão sobre o reconhecimento deverá, em regra, e na sequência de requerimento da parte, solicitar à parte requerida no processo de reconhecimento (autora da ação de anulação) que preste uma garantia adequada. Na verdade, alguns autores chegam mesmo a afirmar que a prestação de garantia adequada deveria funcionar sempre como condição prévia da decisão de diferir / suspender o reconhecimento²⁴.

Na ausência de critérios legais, parece-nos útil a condensação, feita por António Sampaio Caramelo²⁵, dos fatores mais comumente considerados relevantes pelos Tribunais no momento de decidir sobre a prestação, ou não, de caução:

“(...) a probabilidade de sucesso do pedido de anulação ou suspensão da sentença no país de origem, a probabilidade de subsistirem ativos suficientes para a execução da sentença, caso esta seja suspensa, e os custos e benefícios resultantes da caução para cada uma das partes”

19 Formalmente consagrado no artigo 6.º do Código de Processo Civil, mas aplicável não obstante e independentemente esta previsão legal.

20 António Sampaio Caramelo, *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, Almedina, 2016, p. 133. A referência à doutrina internacional cujo entendimento é acompanhado consta da nota de rodapé n.º 357.

21 Para um desenvolvimento e ponderação de questões associadas, na doutrina nacional, vide o Acórdão do TRL, de 30.06.2011, proferido no âmbito do processo n.º 2004/08.6TVLSB-A-7, Relator Abrantes Gerales, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>.

22 P. 280. Versão inglesa disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf.

23 Neste sentido, vide *Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 29 June 1987, 663 F. Supp. 871; *Consortio Rive, S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun, Inc., David Briggs Enterprises, Inc.*, District Court, Eastern District of Louisiana, United States of America, 26 January 2000, 99-2205, XXV Y.B. Com. Arb. 1115 (2000); *Yukos Oil Co. v. Dardana Ltd.*, Court of Appeal, England and Wales, 18 April 2002, [2002] EWCA Civ 543; *IPCO v. Nigeria (NNPC)*, High Court of Justice, England and Wales, 27 April 2005, [2005] EWHC 726 (Comm); *The Republic of Gabon v. Swiss Oil Corporation*, Grand Court, Cayman Island, 17 June 1988, XIV Y.B. Com. Arb. 621 (1989).

24 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2009; W. Michael Tupman, “Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention” in *Arbitration International*, 1987.

25 P. 125 da obra já citada. Na doutrina internacional, veja-se a obra já citada de Albert Jan van der Berg, p. 356.

A aplicação destes critérios é ponderada em inúmeras decisões de tribunais de diversos ordenamentos jurídicos. Na impossibilidade de os citar a todos, escolhemos um Acórdão proferido pelo tribunal de apelação da Inglaterra e País de Gales²⁶, cuja abordagem é interessante porque faz depender a prestação de caução diretamente da probabilidade de sucesso da ação de anulação da sentença:

*"Se a sentença for manifestamente inválida, deve ser diferido o reconhecimento e não ser decidida a prestação de garantia; se for manifestamente válida, ou deve decidir-se imediatamente o seu reconhecimento ou, então, solicitar-se a prestação de uma garantia substancial"*²⁷.

Conforme inicialmente se referiu, a W, na senda do diferimento da decisão sobre o reconhecimento, requereu ao TRL, alicerçada no artigo VI da CNI e, ainda, nos artigos 905.º e 906.º do Código de Processo Civil ("CPC"), que a B fosse obrigada a prestar caução. Este pedido veio a ser rejeitado pela Decisão Singular do Juiz Relator e, tendo tal rejeição sido confirmada no Acórdão sob comentário.

Segundo o TRL, era muito provável que esta sentença arbitral viesse a ser anulada ou, caso assim não fosse, que não viesse a ser reconhecida em Portugal. Sem prejuízo de retomar esta questão adiante, sublinhe-se desde já que a decisão do TRL se baseou em dois juízos de prognose chave: a forte probabilidade de anulação da sentença e, também, a forte probabilidade de improcedência do processo de reconhecimento. Vejamos, em detalhe, cada um destes juízos:

A séria probabilidade de anulação da sentença pelo tribunal de apelação dos Países Baixos não tinha como principal argumento um formal vício de que a sentença arbitral padecesse. De facto, o TRL anteviu que a parca fundamentação da sentença arbitral pudesse contribuir para a anulação, mas seria isso mesmo: uma mera contribuição. Na verdade, o grande argumento foi o de que a sentença arbitral virá, provavelmente, a ser anulada, porque o contrato de compra e venda celebrado entre as partes, e a cujo pagamento do preço a B havia sido condenada, tinha na sua base a prática de atos de corrupção pela W.

Sem entrar em detalhes que não se justificam, o contrato teria sido celebrado na sequência de subornos ao pessoal da B²⁸, efetuados por elementos de uma associação criminosa à qual pertenciam dois sócios (e seus familiares) da W, a própria W, e outras empresas. Deste contrato, além do prejuízo para a B, resultaram benefícios ilícitos para a W.

Ora, o tribunal arbitral apurou e julgou como provados estes e muitos outros factos correlacionados²⁹, tendo os membros da associação criminosa confessado vários crimes, que claramente indiciavam que a celebração deste contrato de compra e venda tinha surgido na prática desses atos penalmente relevantes. No entanto, e de forma considerada surpreendente por ambas as decisões do TRL em análise, o tribunal arbitral holandês decidiu dar como não provado que o contrato foi celebrado como consequência de atos de corrupção. Segundo este tribunal, os indícios não eram suficientes para sustentar esta consideração, que era também o principal argumento de defesa da B no referido processo.

Encetando uma dura crítica a esta decisão, o Acórdão do TRL sob comentário afirma que a corrupção só não se deu por provada porque o critério probatório adotado pelo tribunal arbitral foi claramente excessivo, configurando uma verdadeira *probatio diabolica* ao exigir que de cada facto criminoso individualmente considerado se pudesse – com absoluta certeza probatória – retirar a conclusão de que este contrato de compra e venda tinha sido celebrado através de práticas corruptivas. Ainda segundo o entendimento do TRL, este grau excessivo de prova está *"perfeitamente em desacordo com a conceção dominante de que a prova da corrupção deve ser feita através de um conjunto de indícios graves, precisos e concordantes entre si"*³⁰.

Pelo exposto, o TRL considerou que, neste caso, existe *"um conjunto de indícios graves, precisos e concordantes de que o contrato a que respeita o preço que a requerida foi condenada a pagar foi obtido através de atos de corrupção"* e que, em consequência, é muito provável que o tribunal de apelação dos Países Baixos venha, por esse motivo, a julgar procedente o pedido de anulação da sentença arbitral por violação da ordem pública internacional dos Países Baixos, e isto na medida em que a ordem pública internacional da lei holandesa conflitua com a produção de efeitos de um contrato cuja vontade negocial estava inquinada de atos criminosos³¹ e, ainda, com a circunstância de os infratores serem beneficiados com tal decisão.

Este é, então, o primeiro e principal juízo de prognose que o TRL enceta para não ordenar a prestação de caução pela B: considera-se provável que a sentença arbitral venha a ser anulada (e, com isso, mostrar-se-á automática e absolutamente inquinado o processo de reconhecimento, por impossibilidade superveniente da sua lide), e, portanto não se mostra justificada a prestação de caução. O direito da

26 Caso *Soleh Boneh International Ltd. v. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, Court of Appeal, England and Wales, 12 de março de 1993.

27 Tradução livre.

28 A sociedade comercial B integrava um grupo de sociedades.

29 Vide a transcrição traduzida de um excerto da sentença arbitral que consta da p. 5 do Acórdão sob comentário.

30 P. 3 do Acórdão sob comentário.

31 Explicado com maior detalhe na Decisão Singular e abordado, do ponto de vista da dicotomia anulabilidade / nulidade, comparando ordenamentos jurídicos, na p. 11 do Acórdão sob comentário.

W não seria, em virtude desta probabilidade, merecedor da tutela que a caução a prestar pelo B consubstanciaria.

Este juízo de prognose do TRL está alinhado com os já enunciados fatores mais comumente valorados pelos Tribunais aquando da decisão sobre a prestação de caução (tendo sido também valorado na própria decisão de diferimento) e, no nosso entender, foi bem aplicado.

Com efeito, e embora nesta sede não se possa relatar com propriedade os factos, no âmbito do processo arbitral ficaram provados factos muito relevantes e suficientemente indiciários da prática de atos de corrupção com respeito à celebração do contrato objeto de discussão naquela sede arbitral (factos esses que, precisamente por sustentarem o pedido de anulação, não são por essa via colocados em crise, motivo pelo qual se mostram consolidados naquele processo). Ademais, à data em que foi proferida a Decisão Singular, corria termos uma investigação criminal em Espanha e existiam inúmeras acusações nos EUA contra os integrantes da W. Por fim, o TRL considerou demonstrada a existência de uma tendência jurisprudencial dos Países Baixos no sentido da anulação de sentenças arbitrais em casos semelhantes³². Em suma, trata-se, por um lado, da adopção de critérios decisórios sólidos, consistentes e que justificam o entendimento do TRL e, por outro, que não põem em causa a certeza e segurança jurídicas (e, em concreto, o direito de crédito reconhecido à W sobre a B, considerando que, para todos os efeitos, o acórdão arbitral ainda não havia sido anulado, embora ³⁴ do crédito da W estivessem já acautelados por via do arresto.

No mais, o TRL antecipa ainda que a sentença arbitral (mesmo que não anulada) não será, provavelmente, reconhecida, por via do acionamento da exceção de ordem pública internacional, que impedirá o reconhecimento – e, portanto, a exequibilidade – da sentença arbitral no ordenamento jurídico português³³.

Este acaba por ser, na verdade, o argumento mais forte, que reveste uma altíssima probabilidade de verificação: é que será o próprio TRL (e o próprio Coletivo de Juizes Desembargadores) que, em caso de não anulação da sentença, irá decidir sobre o seu reconhecimento. No fundo, o TRL está já a antecipar a sua futura decisão em caso de não anulação (fá-lo, naturalmente, sem prejuízo do surgimento de "(...) novos elementos de prova obtidos no decurso do próprio processo de anulação").

Em concreto, o TRL entende que o resultado da sentença arbitral e, como tal, do seu reconhecimento – a produção de efeitos de um contrato celebrado através da prática de atos de corrupção – seria manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do estado português.

A recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral com base na contrariedade à ordem pública internacional de um Estado encontra fundamento no artigo V, n.º 2, alínea b), da CNI (e no artigo 56.º, n.º 1, alínea b), subalínea ii) da LAV). Embora este comentário não tenha pretensões de analisar questões de Direito Internacional Privado, parece-nos ter cabimento referir que a interpretação do conceito de ordem pública internacional que consta da CNI não é, evidentemente, uniforme. A posição que pugna pela interpretação restritiva do conceito na CNI é expressa em diversas decisões, destacando-se, para esta análise, o caso *Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*³⁴, em que se entendeu assim:

"o conceito "ordem pública" que é usado na Convenção de Nova Iorque de 1958, e em muitos outros tratados, inclui os princípios fundamentais substantivos do direito e da justiça e, também, os princípios da ordem processual. Assim, questões como a corrupção ou a fraude e factos graves similares constituem fundamento de recusa de reconhecimento e execução".

Esta decisão, que é meramente ilustrativa de outras, demonstra que a provável decisão do TRL quanto a não reconhecer a sentença arbitral porque tal contrariaria a ordem pública internacional portuguesa (já que tal corresponderia à aceitação de produção de efeitos de um contrato celebrado através de corrupção) será uma decisão acertada e com fundamento. Neste sentido, tendemos a acompanhar o entendimento do TRL, posto que um entendimento diferente não se coadunaria com o sistema penal português, de acordo com o qual *"a organização criminosa não pode beneficiar do produto do seu crime, mesmo que esse produto seja o preço de um contrato que não foi invalidado"*³⁵ pois que, se assim não fosse, *"o tribunal estaria a ser apenas um outro elo na engrenagem de uma organização destinada à prática de atos criminosos de corrupção"*³⁶, o que é inadmissível.

No mais, se a condenação da corrupção integrar – como integra – a ordem pública internacional, à W não pode ser reconhecida uma expectativa legítima de que a sentença arbitral venha a ser reconhecida em Portugal, não podendo alegar-se nunca o desconhecimento ou a supletividade deste princípio e, bem assim, das regras e princípios da CNI.

32 P. 7 do Acórdão sob comentário, remetendo para a Decisão Singular.

33 Sobre este tema, e com um bom enquadramento, vide o Acórdão do STJ, de 14.03.2017, proferido no âmbito do processo n.º 103/13.1YRLSB.S1, Relator Alexandre Reis, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>.

34 Sentença proferida pelo Court of Queen's Bench, Alberta, Canadá (86), em 27.06.2007.

35 P. 11 do Acórdão sob comentário.

36 P. 13 do Acórdão sob comentário.

Em suma, sufragamos o entendimento expresso pelo TRL neste Acórdão, pois os juízos de prognose que serviram de base à decisão de não determinar a prestação de caução pela B (e, claro, antes, à decisão de diferir o reconhecimento) foram realizados de forma prudente, razoável e fundamentada, e em consonância com os “critérios” seguidos pela jurisprudência internacional, amplamente aceites pela doutrina mais avisada e, principalmente, sem prejudicar a observância da segurança e certeza jurídicas e a posição da W, enquanto parte que, por ora, ainda dispõe de uma sentença arbitral que lhe reconheceu um direito de crédito sobre a B e também de um arresto decretado com respeito a EUR 11.429.467,23 do valor desse crédito.

4. Breve nota sobre a inadmissibilidade da revisão de mérito das decisões arbitrais: o (juízo de prognose sobre a probabilidade de) não reconhecimento da sentença arbitral viola a inadmissibilidade de revisão de mérito?

De modo expectável, a W reclama da Decisão Singular por considerar, também, que a mesma “foi além do objeto do processo”³⁷, tendo infringido a proibição de revisão de mérito da sentença arbitral. Para tanto, foca-se, essencialmente, na fundamentação relativa à exceção de ordem pública internacional.

O TRL põe cobro à questão através da citação de um muito relevante Acórdão proferido pelo STJ em 14.03.2017³⁸, que já havia sido citado na Decisão Singular, e que versa assim

*“Ainda assim, apesar de se afirmar que, em Portugal, o reconhecimento de sentenças (nomeadamente) arbitrais estrangeiras observa o sistema de revisão formal ou delibação, não apreciando o juiz, em regra, o mérito da causa, convém esclarecer que se, em geral, assim é, o nosso sistema também contém inegáveis pontos de aproximação a elementos próprios dos de revisão de mérito. Realmente, **quando o controlo se destina a verificar se o resultado da decisão é manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado, poderá não bastar a análise do dispositivo da sentença, por este ser, em geral, neutro, se desligado da vistoria ao raciocínio até ele percorrido pelo Tribunal. Tendo a aludida contrariedade natureza, necessariamente, substancial, não se alcança a sua constatação sem que tal exame passe também pelo raciocínio trilhado até ao dispositivo da sentença** – o que, evidentemente, não se identifica com um novo julgamento do litígio, ou um reexame dos respectivos fundamentos de facto e de direito. É o*

que, afinal, também sugere a ILA, como acima se viu (recomendação 3-c) ((21))” (destaques nossos)

Assim, o princípio de proibição da revisão de mérito da sentença arbitral não pode ser afirmado acriticamente e sem mais. Aliás, a necessidade de aferir se a sentença objeto de um processo de reconhecimento é conforme a ordem pública internacional do país do reconhecimento implica, forçosamente, que seja analisada a matéria substantiva desta sentença – como bem explica o STJ, no Acórdão agora citado.

Acompanhamos, assim, António Sampaio Caramelo³⁹, quando este escreve que “o tribunal estadual não detém o poder de substituir a decisão do tribunal arbitral a respeito do mérito pela sua própria decisão, ainda que os tribunais tenham cometido um erro de facto ou de direito”, o que conduz à conclusão que “não se trata de uma “proibição de reexame de mérito” “que é, aliás, desmentida sempre que o juiz de controlo seja chamado a apreciar a contrariedade da sentença arbitral com a ordem pública ou a ordem pública internacional”.

Considerando como limite o critério da proibição de substituição da decisão do tribunal arbitral, não há como defender que este tenha sido violado pela Decisão Singular e, agora, pelo Acórdão sob comentário. E assim é porquanto o TRL não substitui a decisão do tribunal arbitral holandês, na parte em que esta considera válido o contrato de compra e venda, por uma decisão no sentido da invalidade do mesmo. O contrato mantém-se válido, mas a sentença arbitral não é reconhecida no ordenamento jurídico português, o que tem como natural (embora indireta) consequência que este contrato não possa (pelo menos, no que se prende com o segmento decisório da sentença arbitral) produzir efeitos em Portugal, não sendo, por isso, devido à W o pagamento do preço pela B. E tudo isto porque, independentemente da invalidade do contrato, a sua execução implicaria que o TRL contribuísse, como “elo”, para um sistema criminoso.

Pese embora se admita que a delimitação da fronteira entre a análise do conteúdo finalístico da decisão (com vista a despistar a observância da cláusula de ordem pública internacional) e o reexame de mérito da sentença arbitral nem sempre seja líquida, quando está em causa aferir da incompatibilidade do reconhecimento e execução da sentença arbitral com a ordem pública internacional de um determinado ordenamento jurídico – como é o caso – alguma ponderação quanto ao conteúdo decisório e ao mérito deste (por reporte à cláusula de ordem pública internacional do país do reconhecimento) terá sempre que ser feita, sem que tal todavia implique, a sindicância do julgamento do mérito do acórdão arbitral ou, muito menos, a revisão deste.

³⁷ Esta questão é abordada nas p. 13 a 15 do Acórdão sob comentário.

³⁸ Acórdão do STJ, de 14.03.2017, proferido no âmbito do processo n.º 103/13.1YRLSB.S1, Relator Alexandre Reis, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>.

³⁹ António Sampaio Caramelo, p. 128 e seguintes da obra já citada.

5. Conclusão

O Acórdão cujo comentário agora se termina é profuso em factos e análise jurídica relevante. Por escrutinar ficaram, por exemplo, (i) a possível litigância de má-fé da W (a este respeito, aconselhamos vivamente a leitura do Acórdão, por forma a compreender o quão inusitada foi a conduta processual da W), (ii) saber se o contrato que tem como objeto um ato de corrupção é nulo ou anulável, (iii) questões sobre a dificuldade de prova da corrupção e, em concreto, a denominada “doutrina das mãos limpas” e, ainda, (iv) as divergências e semelhanças entre os conceitos de ordem pública internacional na CNI e na LAV. Esta enumeração (meramente exemplificativa) demonstra bem o quão cativante e passível de comentários é este Acórdão.

No mais, e embora pareça incontroversa, por se poder basear num critério legalmente definido, a decisão de diferimento do reconhecimento da sentença encerra questões que dão azo a debate. Desde logo, relativamente à atuação do Juiz no espaço de discricionariedade que, apesar de tudo, lhe é concedido pela CNI (e LAV) quanto a esta questão: é certo que o Juiz, sem analisar os dados do caso, se baste com a pendência de uma ação de anulação da sentença para decidir, sem mais, pelo diferimento do reconhecimento? Não deverá, pelo menos, indagar sobre a possibilidade de estar em causa um mero expediente dilatório, instaurado por forma a protelar a exequibilidade da sentença arbitral? E quanto à parte requerida no processo de reconhecimento, até que ponto vai o seu ónus da prova no sentido de demonstrar o fundamento da sua pretensão anulatória? São questões controversas e, claro, cuja resposta depende sempre dos dados do caso concreto.

Mas é, sobretudo, de destacar que o espaço de discricionariedade conferido pela CNI (e pela LAV) quanto ao diferimento da decisão de reconhecimento e também quanto à prestação de “garantia adequada” e/ou caução foi bem

trilhado pelo TRL neste Acórdão. Com efeito, embora o juízo de prognose seja *per se* um juízo antecipatório e com um grau de incerteza subjacente, que pode potencialmente fazer perigar as posições jurídicas das partes e, em geral, a segurança e certeza jurídicas, a sua aplicação, neste caso, foi correta, bem guiada e fundamentada com base em fatores / “critérios” tidos em conta pela jurisprudência nacional e internacional.

No fundo, trata-se de um caso paradigmático em que uma inflexível aplicação da solução primeira da lei (a prestação de caução) conduziria a um resultado potencialmente injusto ou, no mínimo, desproporcional. Com efeito, se o TRL tivesse determinado a prestação de caução pela B, caução cujo valor haveria então que somar-se ao do arresto já decretado, os direitos patrimoniais da B seriam fortemente restringidos, e isto quando vários factos indiciam a possibilidade de a sentença arbitral ser anulada ou, pelo menos (e aí com maior grau de possibilidade) não reconhecida. Adicionalmente, quer a imediata (se não sobrestada) decisão de reconhecimento, quer a decisão de prestação de caução implicariam um expediente processual adicional, potencialmente inútil e, como tal, contrário à celeridade processual e, bem vistas as coisas, também contrário à segurança jurídica, conquanto era expectável que a sentença arbitral visse, num processo ou no outro, os seus efeitos coartados.

Um facto particularmente relevante neste Acórdão, e que no fundo seria suficiente, por si só, para justificar esta decisão do TRL, é que este Tribunal estava a antever a sua própria decisão. Se, analisados os factos, este Tribunal considera estarem verificados os pressupostos para a aplicação da exceção de ordem pública internacional, não há como refutar que o juízo de prognose do TRL era - quase - um facto certo.

Terminamos, assim, louvando a decisão do TRL neste Acórdão, de cujo processo de reconhecimento esperamos conhecer o desfecho a breve trecho.

SÓ NO FINAL É QUE SE DESCOBRIU QUE NÃO HAVIA POR ONDE COMEÇAR

ODED BESSERGLIK V. REPUBLIC
OF MOZAMBIQUE
28/10/2019

Tiago Duarte

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

ACÓRDÃO ODED BESSERGLIK V. República de MOÇAMBIQUE

Processo n.º : ICSID case n.º ARB(AF)/14/2
Árbitros: Makhdoom Ali Hhan (Presidente), Yves Fortier
(co-árbitro) e Claus von Wobeser (co-árbitro)

ANOTAÇÃO

1. Introdução

O litígio que motiva a presente decisão arbitral prende-se com uma alegada violação, por parte da República de Moçambique, do conteúdo do *Bilateral Investment Treaty* (BIT) celebrado entre a República de Moçambique e a República da África do Sul, em 6 de maio de 1997, bem como da Lei Moçambicana de Protecção de Investimentos (Lei n.º 3/93, de 24 de Junho). A alegada violação do BIT e da Lei reportava-se à prática de um conjunto de actos danosos, alegadamente imputáveis a empresas públicas moçambicanas, no contexto de uma *joint venture* entre um investidor sul africano e essas mesmas empresas públicas, no domínio da pesca de camarões.

O investidor entendia que tais actos, que envolviam uma expropriação de barcos de pesca, bem como a apropriação ilegítima das participações sociais do investidor na empresa veículo do investimento, eram internacionalmente imputáveis à República de Moçambique e violadores do BIT celebrado entre a República de Moçambique e a República de África do Sul, bem como da legislação moçambicana. Neste contexto, pedia uma indemnização de cerca de 100 milhões de dólares.

O presente caso assume uma particular importância, na medida em que é bem o exemplo de como uma arbitragem que não seja bem preparada por todas as partes envolvidas, não só implica um gasto muito relevante de tempo e de dinheiro, para ambas as partes, como permite ser usada como exemplo para todos os que criticam esta forma de resolução alternativa de litígios, ainda que, naturalmente, uma má andorinha não faça uma má primavera.

2. Os factos

mais importantes do que os factos relativos ao litígio propriamente dito, que não chegaram a ser apreciados pelo Tribunal, o que se torna relevante no comentário a este acórdão é a identificação de alguns factos processuais, que ajudam a perceber o modo “patológico” como esta arbitragem se foi desenrolando desde o princípio.

Em primeiro lugar, é de salientar o facto de a República de Moçambique ter indicado Juan C. Basombrio como árbitro, no dia 25 de novembro de 2014, para, logo no dia 9 de dezembro, o substituir por outro árbitro, assumindo Juan C. Basombrio o papel de advogado de Moçambique nessa mesma arbitragem, o que não deixa de ser muito invulgar.

Em segundo lugar, é de estranhar que o secretário da arbitragem, indicado pelo ICSID, tenha sido substituído 3 vezes ao longo do decurso da arbitragem, o que levou a que esta arbitragem tenha tido quatro secretários. Por outro lado, o tribunal entendeu nomear, 3 anos após o início da arbitragem, um “assistente” do tribunal, no dia 15 de maio de 2017, tendo o mesmo deixado, no entanto, de assistir o tribunal no dia 11 de abril de 2018, ou seja, menos de um ano depois de ter sido nomeado.

Mas, naturalmente muito mais estranho do que as vicissitudes invulgares acima relatadas foi o facto de apenas um ano e dois meses após ter apresentado o seu “*Counter-Memorial on Jurisdiction and Liability*”, onde, ao longo de 46 páginas, elencou objeções à jurisdição do Tribunal, é que Moçambique veio suscitar perante o Tribunal o facto de, no seu entender, o BIT nunca ter entrado em vigor, razão pela qual não havia consentimento de Moçambique para os litígios com investidores sul africanos poderem ser dirimidos com recurso à arbitragem, pelo que o tribunal carecia, assim, de competência para decidir o litígio em causa.

Com efeito, foi só em 20 de junho de 2017, depois de ter já apresentado dois articulados com objecções sobre a jurisdição do tribunal, mas sem nunca referir a questão da não entrada em vigor do BIT, é que, menos de 2 meses antes do *hearing* das testemunhas, a República Moçambique apresentou uma *"Motion to Dismiss"* solicitando uma *"immediate and summary dismissal of all Claimant's claims on the basis of a newly raised objection that the Mozambique-South Africa BIT never entered into force"*.

Perante esta circunstância absolutamente central para o desenvolvimento da arbitragem, as três principais questões com que o tribunal se debateu foram as seguintes:

- A possibilidade de a República de Moçambique suscitar uma objecção relativa à falta de competência do tribunal, numa fase muito tardia do processo arbitral;
- A análise sobre se o BIT estava ou não efectivamente em vigor;
- A análise sobre se a Lei Moçambicana poderia conter o consentimento de Moçambique para o recurso à arbitragem por parte de investidores estrangeiros.

3. A competência do tribunal – *Ratione Voluntatis* – com base no BIT

Para que um tribunal arbitral tenha competência para decidir um litígio submetido pelo Demandante, será necessário verificar se se encontram preenchidos todos os requisitos de que depende essa mesma competência.

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* é aplicável aos factos, tendo em conta a data dos mesmos.

No caso concreto, foi invocado (ainda que tardiamente) que o BIT não estava em vigor, o que, a suceder, implicava, desde logo, que não havia consentimento de Moçambique, no sentido de permitir a submissão do litígio à arbitragem, neste caso através da utilização das *additional facility rules* do ICSID¹.

Com efeito, nos termos do n.º 1 do art. 24.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, *"um tratado entra em vigor nos termos e na data nele previstos ou acordados pelos Estados que tenham participado na negociação"*.

Ora, no caso do BIT celebrado entre Moçambique e a África do Sul², o próprio tratado previa a data da sua entrada em vigor. Assim, nos termos do art. 12 (1) do BIT previa-se que, *"as partes constituintes notificar-se-ão prontamente assim que os seus respectivos requisitos constitucionais para a entrada em vigor do presente Acordo tenham sido cumpridos. O Acordo entrará em vigor no dia seguinte ao da data da recepção da última notificação"*

Perante a invocação, por parte da República de Moçambique, de que o BIT nunca tinha entrado em vigor, porque as partes nunca se tinham notificado mutuamente sobre a aprovação do referido BIT nas respectivas ordens jurídicas internas, o Tribunal começou por se confrontar com a questão de saber se essa objecção tinha sido apresentada dentro do prazo.

3.1. O prazo para se invocar uma objecção relativa à jurisdição do tribunal

Confrontado com uma objecção sobre a competência do Tribunal, apresentada pela República de Moçambique, mais de 2 anos depois de Moçambique ter tomado conhecimento, pela primeira vez, desta arbitragem e mais de 1 ano depois de Moçambique ter apresentado as suas objecções quanto à competência do Tribunal (*Counter-Memorial*), sem nunca levantar esta questão, o tribunal começou por analisar se Moçambique podia ainda invocar esta objecção, numa fase tão adiantado do processo.

Co efeito, nos termos do art. 45(2) das *Arbitration Rules*, pode ler-se que, *"any objection that the dispute is not within the competence of the Tribunal shall be filed with the Secretary-General as soon as possible after the constitution of the Tribunal and in any event no later than the expiration of the time limit fixed for the filing of the counter-memorial or, if the objection relates to an ancillary claim, for the filing of the rejoinder – unless the facts on which the objection is based are unknown to the party at that time"*.

Segundo o tribunal (p. 267) o ónus da prova quanto à demonstração de que Moçambique desconhecia que o BIT não estava em vigor antes de 20 de junho de 2017, quando essa objecção foi apresentada, e que só tomou conhecimento desse facto mais tarde, recaia sobre Moçambique, sendo

1 O Secretariado do ICSID está autorizado a administrar arbitragens às quais não se aplique directamente a Convenção de Washington, que criou o ICSID, por um dos Estados envolvidos (Estado da nacionalidade do Investidor ou o Estado onde o investimento foi realizado) não sejam partes na Convenção de Washington. Com efeito, a República da África do Sul não é parte na Convenção de Washington, razão pela qual esta arbitragem estava a ser administrada pelo Secretariado do ICSID, ao abrigo das *"ICSID Additional Facility Rules"*, não sendo assim uma arbitragem ao abrigo da Convenção de Washington e das suas regras.

2 O BIT foi publicado no Diário da República de Moçambique, através da Resolução n.º 48/98, de 28 de Julho, com menção à sua ratificação por Moçambique.

que, segundo o Tribunal, Moçambique não fez prova disso mesmo, não tendo apresentado uma justificação credível e sustentada sobre as razões pelas quais demorou tanto tempo até invocar que o BIT não estava em vigor.

O Tribunal considerou, pelo contrário, (p. 268) "*difficult to conceive of circumstances where a respondent State which, after signing and ratifying a treaty, has not issued a notification to give effect to it, yet can claim that this fact «was unknown» to it. It is even more difficult to accept that such a fact continued to remain so unknown in spite of: (i) the filing, against the State, of a significant financial claim, based on that very treaty; and (ii) the preparation and filing of a counter-memorial raising several jurisdictional objections. The latter, at the very least, would have required an examination by Respondent of its records. Such examination would have made it evident that the treaty was not in force as the necessary notification had not been issued.*"

Em qualquer caso, e provavelmente antecipando que Moçambique não tivesse qualquer interesse em "guardar" essa informação, para a usar apenas numa altura tardia da arbitragem, e antecipando, assim, que, efectivamente, fosse mesmo verdade que Moçambique apenas se tivesse apercebido desse facto na altura em que o invocou, o Tribunal recordou que (p. 269) "*in the tribunal's view, knowledge of the facts for the purpose of Article 45(2) means facts which were known to Respondent or ought reasonably to have been so known*".

Quer isto dizer que, no entendimento do Tribunal, com apoio nalguma jurisprudência, não bastaria a demonstração de que o Estado efectivamente não conhecia aquele facto (o facto de o BIT não estar em vigor) antes sendo igualmente necessário demonstrar que não só não conhecia, como era razoável que não conhecesse esse facto, algo que o Tribunal não aceitou dar como provado.

Assim, o tribunal considerou ser justificado (p. 271) "*drawing the inference that, on a reasonable examination made within a reasonable time, Respondent would have known or indeed ought to have known the fact that the notifications necessary to bring the treaty in force had, in its view, not been issued either by Respondent or by South Africa. In this case in particular, proof that Respondent actually knew such a fact is unnecessary as it is inconceivable that Respondent, on a reasonable examination of its records, could possibly remained unaware of such a fundamental objection to the competence of the tribunal*".

Perante esta apreciação, e após duas peças processuais de cada uma das partes e um *hearing* para ouvir testemunhas e peritos especificamente sobre esta nova, mas tardia, questão da alegada não entrada em vigor do BIT, o tribunal decidiu que a objecção apresentada por Moçambique tinha sido efectuada tardiamente e, como tal, em violação do disposto no art. 45(2) das *Arbitration Rules*, não podendo ser aceite.

3.2. A competência do tribunal para – *ex officio* – decidir sobre a sua própria competência

Apesar disso, o tribunal, tendo tomado conhecimento de que o BIT provavelmente não estaria em vigor, entendeu que não poderia ignorar o conhecimento dessa questão.

Com efeito, nos termos do art. 45 (3) das *Arbitration Rules*, pode ler-se que, "*the Tribunal may on its own initiative consider, at any stage of the proceeding, whether the dispute before it is within its competence*". O tribunal reconheceu, assim, que tal possibilidade era uma decorrência do princípio da *kompetenz-kompetenz*, aflorado também no art. 41 (1) da própria Convenção de Washington, quando refere que, "*the tribunal shall be the judge of its own competence*".

O tribunal entendeu, então, (p. 315) que, "*would have been inclined to rule the objection out of consideration had the matter been one where Respondent by its delay had secured a procedural advantage or raised a defense of a non-fundamental nature. The objection in this case, however, is that the BIT is not in force. If that be the case, then Respondent cannot be said to have given its consent to ICSID arbitration. Without consent there can be no ICSID arbitration. The objection, therefore, goes to the very root of the jurisdiction of this Tribunal*".

Com efeito, o tribunal reconheceu (p. 316) que "*a treaty which is not in force cannot be deemed in force due to the delay or silence of a party in this regard*". Assim, o tribunal acabou por considerar (p. 322) que, "*the tribunal, therefore, has no discretion in this matter. Once its attention has been drawn – it does not matter how – to the fact that the dispute may not be within its competence, it must consider and decide the question*".

Ora, após analisar os termos em que as partes tinham acordado quanto à entrada em vigor do BIT, o tribunal concluiu (p. 331) que "*the language suggests that the State parties agreed to a formalistic approach to the entry into force of the BIT. The two States were to notify one another when their respective constitutional requirements for entry into force of the BIT (i.e., ratification) had been fulfilled. The agreement was not that the BIT would enter into force when the constitutional requirements for entry into force in both States were effected. The agreement was that it would enter into force «on the day following the date of receipt of the last notification» of compliance with such requirements*".

Perante esta conclusão, e, não obstante o Tribunal tenha reconhecido que o BIT tinha sido ratificado pelas autoridades moçambicanas e publicado no Diário Oficial, o certo é que não ficou provado que Moçambique tenha enviado a notificação relativa a essa mesma ratificação para as autoridades da África do Sul, o mesmo sucedendo com as autoridades da África do Sul, sendo que, neste caso, era ainda duvidoso se o processo de ratificação tinha

seguido as regras constitucionais aplicáveis na África do Sul quanto à necessidade de aprovação parlamentar. O tribunal entendeu, no entanto, ser desnecessário analisar a questão relativa ao procedimento de aprovação e ratificação dos BIT à luz do ordenamento jurídico da África do Sul, tendo em conta o facto de não ter havido notificação, por parte da África do Sul, dessa mesma ratificação, o que era suficiente para demonstrar a falta de entrada em vigor do BIT, também pelo lado da África do Sul.

Quanto à questão da não entrada em vigor do BIT, importa ainda notar o facto, também invulgar, de ambos os Estados terem mutuamente confirmado, já depois de a arbitragem se ter iniciado, através de troca de notas diplomáticas, que o BIT não tinha entrado em vigor, sendo de estranhar o facto de a República da África do Sul se ter disponibilizado para confirmar formalmente a não entrada em vigor de um BIT, assim colocando em causa os interesses comerciais de um investidor sul africano face a um investimento realizado em Moçambique.

A este propósito, apesar de o tribunal ter considerado que não tinha ficado provada a existência de "*conspiracy*" ou de "*collusion*" entre ambos os Estados, como havia sido sugerido pelo investidor, não deixou de referir (p. 369) que "*no plausible explanation has been offered as to why South Africa would go such lengths to support Respondent and undermine the claim of its citizen*".

Face a tudo o exposto, o Tribunal concluiu que, efectivamente, o BIT não tinha entrado em vigor, razão pela qual o tribunal não tinha competência para decidir o litígio com base nesse mesmo BIT.

4. A competência do tribunal – *Ratione Voluntatis* – com base na lei moçambicana de investimentos

Finalmente, o tribunal analisou ainda a questão de saber se o tribunal não poderia ter competência para dirimir o litígio, já não com base no BIT, que não tinha entrado em vigor, mas antes com base na Lei Moçambicana de Investimentos (Lei n.º 3/93, de 24 de junho), na medida em que o investidor entendia que as actuações das autoridades moçambicanas violavam igualmente os "*standards*" de protecção previstos na referida lei.

Nos termos do art. 25.º da referida lei, para que um investidor estrangeiro pudesse recorrer à arbitragem internacional, invocando a violação, por parte das autoridades moçambicanas, dos direitos conferidos aos investidores nessa mesma Lei, era necessária "*a prévia concordância expressa de ambas as partes*", ou seja, neste caso, o consentimento para o efeito por parte do investidor sul africano e por parte de Moçambique, não se prevendo na lei o modo como essa "*prévia concordância expressa*" poderia ser obtida.

Ora, segundo o investidor, o consentimento de Moçambique encontrava-se no próprio BIT, não tendo o investidor argumentado no sentido de ser viável considerar existir um consentimento por parte de Moçambique para o recurso à arbitragem internacional em caso de litígios com investidores estrangeiros, ainda que o BIT não tivesse entrado em vigor e tendo em conta apenas que, apesar de o BIT não ter entrado em vigor, o certo é que tinha sido aprovado, ratificado e publicado no ordenamento jurídico moçambicano.

Com efeito, o tribunal reconheceu que o investidor insistiu sempre (e apenas) no sentido de que o consentimento de Moçambique para o recurso à arbitragem se encontrava no BIT que, segundo o investidor, estava em vigor. O tribunal reconheceu (p. 407) que "*no alternative argument was made*". Na verdade, o tribunal demonstrou que o investidor teve várias oportunidades, seja nas peças escritas, seja durante o *hearing*, para tentar demonstrar que a não entrada em vigor do BIT não prejudicava a existência de um "*express agreement*" por parte de Moçambique quanto à possibilidade de recurso à arbitragem com base na Lei Moçambicana.

Perante o silêncio do investidor quanto a essa possível argumentação, o tribunal acabou por concluir (p. 416) que, "*in view of the above and due to the repeated failure of Claimant's counsel, in spite of having several opportunities to do so, to submit any cogent pleadings in this regard or to respond to the submissions of counsel for Respondent or to cross-examine on this point, the Tribunal has no alternative but to accept the submission of Respondent that the only basis upon which Claimant has asserted a claim under MIL [Mozambique's Investment Law] is the consent given by Mozambique under the BIT. That is also clear from the submissions of Claimant*".

Desta passagem do acórdão parece ficar implícito que o Tribunal estaria disponível para analisar a possibilidade de o consentimento prestado por Moçambique, através da ratificação do BIT, mesmo que o mesmo não tenha entrado em vigor, pudesse ser considerado relevante, para efeitos da Lei Moçambicana de Investimentos, na medida em que tal ratificação do BIT podia ser considerada demonstração suficiente de uma "*prévia concordância expressa*" de Moçambique quanto à possibilidade de litígios com investidores estrangeiros sul africanos, em alegada violação da legislação moçambicana, poderem ser dirimidos através do recurso à arbitragem internacional, já não por violação do BIT, mas por violação da lei moçambicana de investimentos.

Quanto à repartição dos custos da arbitragem, o tribunal decidiu, por um lado, responsabilizar Moçambique, por ter suscitado muito tardiamente a questão da não entrada em vigor do BIT, mas também responsabilizar o investidor, já que o seu advogado tinha sido informado, ainda antes do início da arbitragem, pelas autoridades de África do Sul, de que o BIT não estaria em vigor e, mesmo assim, iniciou

a arbitragem, omitindo a existência dessa comunicação. Perante esta repartição de “culpas”, o tribunal decidiu (p. 452) que, “*each party will bear its own legal costs and the administrative costs will be shared by them equally*”.

Isto significou que Moçambique despendeu com esta arbitragem, que se iniciou em Março de 2014 e terminou em Outubro de 2019, o valor global de USD 2.155.406,82, para além dos recursos humanos que foram consumidos durante todo este tempo, com base numa arbitragem que nunca devia sequer ter começado e que, seguramente, poderia bem ter terminado mais cedo e com menos custos.

5. CONCLUSÃO

O presente acórdão permite-nos tirar duas lições muito relevantes, uma para o lado do *Claimant* e outra para o lado do *Respondent State*.

Quanto ao investidor, a presente arbitragem demonstra que as arbitragens devem ser muito bem preparadas, através de uma rigorosa *due diligence* prévia à decisão de iniciar formalmente o procedimento arbitral. Com efeito, de acordo com as estatísticas do ICSID, no ano de 2020, 12% das decisões dos tribunais consideraram que o tribunal não tinha competência para decidir o litígio, sem sequer tomar conhecimento dos *merits*.

Quanto ao Estado onde o investimento foi realizado, a presente arbitragem mostra bem que a promoção e a protecção de investidores estrangeiros pode ser deixada a perder por questões aparentemente menores, como seja a falta de notificação de que um tratado foi ratificado ou a falta de percepção de que o outro Estado também não tinha enviado essa mesma notificação.

Para além disso, fica também claro como a preparação atempada e profissional de uma arbitragem em que o Estado surge na posição de Demandado, e em que estava em causa um pedido de indemnização superior a 100 milhões de euros, deve ser considerada uma prioridade nacional, sendo que a contratação de advogados externos para representarem o Estado na arbitragem, não dispensa o envolvimento de uma equipa interna responsável pela obtenção e organização de toda a documentação necessária para a defesa na arbitragem. Neste caso, a existência de um arquivo bem organizado relativamente a cada BIT, onde constassem os vários documentos do processo de negociação, aprovação, ratificação e notificação desse mesmo BIT teria sido suficiente para, numa fase inicial, se perceber imediatamente que o BIT não estava ainda em vigor³.

Quanto ao Tribunal, resulta cristalino que, em domínios relacionados com a competência do Tribunal, as eventuais insuficiências das partes, seja quanto ao respeito pelos prazos, seja quanto à argumentação aduzida ou mesmo quanto a eventuais situações de *estoppel*, não inviabilizam que este possa, *rectius*, deva analisar *ex officio* a sua própria competência, como foi aqui o caso.

Finalmente, nestas arbitragens, como provavelmente em todas, quem procura convencer o tribunal, seja da competência deste (como era aqui o caso), seja da sua razão, não deve desistir ao primeiro revés, nem insistir no sentido de que o seu ponto de vista será aceite pelo Tribunal, sem equacionar argumentos e caminhos alternativos. Com efeito, parece resultar da posição tomada pelo Tribunal que, não havendo possibilidade de sustentar a competência do Tribunal no BIT, talvez houvesse modo de a sustentar na Lei Moçambicana, caminho que o investidor nunca chegou a percorrer.

3 Em 2019 foi também decidida uma outra arbitragem do ICSID, em que Moçambique era *Respondent State* (CMC v. Republic of Mozambique, ICSID Case n.º ARB/17/23, sentença de 24 de Outubro de 2019). Nesta arbitragem, as objecções suscitadas por Moçambique quanto à competência do Tribunal foram decididas a favor do investidor, mas na questão do mérito, o Tribunal deu razão a Moçambique. O facto de Moçambique ter levantado um conjunto alargado de objecções quanto à competência do Tribunal, que não vieram a ser aceites pelo tribunal, levou a que este tenha decidido que cada parte deveria suportar as suas próprias despesas com a arbitragem e que os custos com o ICSID e com os honorários dos árbitros seriam repartidos em partes iguais entre o *Claimant* e o *Respondent*, o que significou que Moçambique teve de suportar cerca de 1,5 milhões de dólares com esta arbitragem.

THE ARBITRABILITY OF INSOLVENCY MATTERS IN CANADA

SUBJECT-MATTER JURISDICTION VS THE
SUPERIOR INTEREST OF CREDITORS – A CASE
OF THE ORIGINALITY IN BRITISH COLUMBIA

Francisco da Cunha Matos

PhD in Business Law Sciences (FDUC)
Master of Laws (FDUC)
PLMJ Dispute Resolution Associate

Jeice Filipe

LLM student (King's College London)
LLB Law (University of East Anglia)
PLMJ Dispute Resolution Trainee Lawyer

Case no. 2019 BCSC 2221¹

Plaintiffs: Petrowest Corporation, Petrowest Civil Services LP by its general partner, Petrowest GP Ltd., carrying on business as RBEE Crushing, Petrowest Construction LP by its general partner Petrowest GP Ltd., carrying on business as Quigley Contracting, Petrowest Services Rentals LP by its general partner Petrowest GP Ltd., carrying on business as Nu-Northern Tractor Rentals, Petrowest GP Ltd., as general partner of Petrowest Civil Services LP, Petrowest Construction LP and Petrowest Services Rentals LP, Trans Carrier Ltd., and Ernst & Young Inc. in its capacity as court-appointed receiver and manager of Petrowest Corporation, Petrowest Civil Services LP, Petrowest Construction LP, Petrowest Services Rentals LP, Petrowest GP Ltd. and Trans Carrier Ltd.

Defendants: Peace River Hydro Partners, Acciona Infrastructure Canada Inc., Samsung C&T Canada Ltd., Acciona Infraestructuras S.A., and Samsung C&T Corporation

Court: Supreme Court of British Columbia

Judgement: 20 December 2019

Summary:

The defendants formed a partnership, Peace River Hydro Partners ("PRHP"), which contracted BC Hydro to perform construction work on a project in the Canadian province of British Columbia. The work was then subcontracted to the plaintiffs, with the exception of Ernst and Young.

Said partnership consisted of Acciona Infrastructure Canada Inc. ("Acciona"), Samsung C&T Canada Ltd. ("Samsung") and Petrowest Corporation, the parent company of the other Petrowest Entities. Petrowest's membership within the partnership was purportedly terminated in August 2017.

Ernst and Young was appointed receiver and manager to the other plaintiffs by Alberta's Court of Queen Bench in the same month (the "Receiver"). Then, on 3 April 2018, the Receiver assigned the Petrowest Entities and their parent company into bankruptcy. The court in that instance appointed the Receiver as trustee in bankruptcy of the Petrowest Entities, including the parent company.

Several contracts had been entered into, namely: a General Partnership Agreement and a Guarantee and Cross Indemnity Agreement, both entered into in December 2015, governing the relationship between the PRHP partners.

Purchase Orders and a subcontract agreement regulated the work that was subcontracted to Petrowest and its affiliates by PHRP. Most of said documents included arbitration clauses.

On 29 August 2018, the Receiver filed a notice of a civil claim (state jurisdiction) seeking to recover amounts allegedly owed to the Petrowest Entities by the defendants as a result of the performance of work on the project, some of which was invoiced under the Purchase Orders and the Subcontract between 2015 and 2017.

The defendants applied for a stay of the plaintiffs' claim on the ground that the arbitration clauses in the various contracts govern the resolution of all of the plaintiffs' claims. Against this, the plaintiffs argued that some of the disputed claims were not subject to the arbitration clauses included in the agreements and would thus have to be heard before a court.

In light of these facts, the Court considered that the following questions had to be resolved in order to decide the dispute: (i) whether the Receiver is bound by the arbitration clauses of the agreements entered into between the Parties; (ii) whether, as a result of the termination of the contract which contained an arbitration clause, the court had jurisdiction to hear the dispute (does s. 15(2) of the Arbitration Act² remove the state's jurisdiction?); and (iii) how to make s. 11 of the Companies Creditors Arrangement Act ("CAA") and the Bankruptcy and Insolvency Act ("BIA") compatible with the protection of creditors' interests.

As to the Receiver's legal standing, the plaintiffs argued that the Receiver was not a party to the contracts, and therefore not bound by the arbitration clauses. Concerning the issue of the Receiver's *locus standi*, the plaintiffs argued that the Receiver wasn't privy to the agreements and was thus not bound to comply with the arbitration clauses. The defendants believed that the Receiver was bound to the agreements as it advanced contractual claims arising out of said agreements.

The court noted that "*under the receivership order, the Receiver has the power to receive and collect all amounts owing to Petrowest and the Petrowest Affiliates, and to exercise all remedies Petrowest and the Petrowest Affiliates could otherwise exercise in order to collect those amounts. The Receiver also has the power to initiate and prosecute any proceedings in relation to Petrowest and the Petrowest Affiliates and their property*".³ The Receiver was thus deemed to be a party to the agreements which contained arbitration clauses.

¹ Available at <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2019/2019bcsc2221/2019bcsc2221.html>.

² Arbitration Act, RSBC 1996, c 55.

³ Para 15.

Regarding the validity of the arbitration clauses following the termination of the agreements, the Defendants argued that the arbitration clauses weren't void, inoperable or incapable of being performed, pursuant the last requirement of section 15 of the Arbitration Act. The Plaintiffs disagreed, claiming that the termination of Petrowest as a member of PRHP impedes the Defendants from relying on the arbitration clause in the General Partnership Agreement.

The Plaintiffs further argued that some of the arbitration clauses were inoperative as their wording was permissive, rather than mandatory. They also claimed that the Receiver had the powers and obligations conferred under the Bankruptcy and Insolvency Act⁴ to request the court to exercise its jurisdiction to supersede private contractual rights in order to achieve the objectives of said Act.

The Court held that section 15(2) of the Arbitration Act does not prevent the court from exercising its discretion as to whether to stay a claim where section 183 of the BIA applies and ultimately decided not to stay the proceedings.

The court considered the importance of the alleged amounts owed by the defendants in relation to the plaintiffs' bankruptcy proceedings. It also considered the fact that a single court proceeding would not adversely affect the defendants, that it would, on the contrary, be more time and cost-effective for all parties than four arbitrations, as mandated by the agreements signed between the parties, which would solely address the claims subject to arbitration.

In this sense, the Supreme Court of British Columbia, in a very original fashion, judged itself competent to decide on the said dispute, recognising that while jurisdiction to oversee the dispute would pertain to an arbitral tribunal, the efficiency, celerity and realisation of the creditors' interests justify the submission of the dispute to state jurisdiction.

1. Introduction⁵

The ruling issued on 20 December 2019 by the Supreme Court of British Columbia in *Petrowest* establishes that state courts have jurisdiction to settle a dispute arising out of a breach of contract (in a set of subcontracts) by the Defendants (Contractors), in which the Plaintiffs (Subcontractors) had in the meantime become insolvent.

Although the Court acknowledged the validity and operativity of the arbitration agreements contained in the agreements concluded by the Parties, it decided that in that case, resolution of the parties' dispute by state courts would be less costly, swifter and more adequate to satisfy the interests of the Plaintiffs' creditors (as well as those of the Plaintiffs' insolvent estate) than arbitration.

This is an original assessment of the arbitrability of insolvency-related matters which deferred the procedural criteria for conferring subject-matter jurisdiction in the best interests of the Plaintiffs' creditors, made considering the specificities of the case.

Against this backdrop, in this piece, we shall analyse the Canadian and Portuguese legal dispositions concerning the arbitrability of insolvency-related matters, reflecting on (i) the Receiver's active legal standing (Chapter 2); (ii) the repercussions a declaration of insolvency has on arbitration agreements (Chapter 3.1.); (iii) arbitral tribunals' subject matter jurisdiction (Chapter 3.2.); (iv) the originality of the Supreme Court of British Columbia's ruling (Chapter 4.); (v) the pertinence of a prospective adoption by Portugal of the advantages emanating from the ruling in question (Chapter 5).

2. The Receiver's legal standing and its capacity as a party to the agreements entered into by the insolvent party

The first issue regarding the decision hereby analysed is that of the binding of the Receiver to the arbitration clauses present in the agreements entered into between the Plaintiffs and the Defendants.

The Plaintiffs argued that the Receiver is not privy to the agreements and that, as such, it is not bound to them and therefore unable to bring the given claim before an arbitral tribunal. On the other hand, the Defendants were of the view that the Plaintiffs themselves recognised the Receiver as a party to the agreements upon the Receiver's termination of said agreements. In this sense, the Defendants assert that the Plaintiffs cannot consider the contractual clauses to be valid and effective insofar as they favour them and, at the same time, maintain that the other provisions are invalid.

The Supreme Court of British Columbia decided that "[i]n cases such as this, where the Receiver is suing on the Agreements in its own name as trustee, it is a party to the Agreements for the purposes of s. 15 [of the Arbitration Act]."

⁴ R.S.C. 1985, c. B-3.

⁵ This piece was written in light of the Arbitration Act, RSBC 1996, c 55, which was in force on the date on which the Supreme Court of British Columbia issued the ruling hereby reviewed. During the editorial phase preceding the publishing of this piece, the said Act was repealed and replaced by the Arbitration Act, SBC 2020, c 2. The latter introduced changes to the former section 15 (now section 7), namely to subsection 1. These will be discussed throughout this piece, where applicable. References to "the Arbitration Act" shall thus mean the Arbitration Act, RSBC 1996, c 55.

It's mentioned in section 15 of the Arbitration Act that "(1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before filing a response to civil claim or a response to family claim or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings. (2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed."

In this sense, the Supreme Court of British Columbia decided that, in light of the bankruptcy, the Receiver has the power to receive and collect all amounts owing to Petrowest and the Petrowest Affiliates, and to exercise all remedies otherwise available to the Plaintiffs for the purpose of collecting said amounts owed. That is, "the Receiver also has the power to initiate and prosecute any proceedings in relation to Petrowest and the Petrowest Affiliates"⁶.

The Court bases its position on s. 71 of the BIA, which foresees that "[o]n a bankruptcy order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with their property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, immediately pass to and vest in the trustee named in the bankruptcy order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any assignment or transfer".

This means that the Receiver acquired the Plaintiffs' contractual rights to sue on the Agreements through the bankruptcy order⁷.

As in Common Law jurisdictions, under Portuguese law, a receiver is a determining body in the course of the insolvency proceeding.

The Receiver's duties are essentially executive. It is in charge of the two core operations within the insolvency proceeding: the verification of liabilities and the seizure and liquidation of assets⁸. It may also be responsible

for the drawing up of a recovery or insolvency plan for a purpose other than and/or in terms other than those regulated by law.

In the exercise of its duties, the Receiver has the difficult task of defending and trying to reconcile two groups of interests that are in natural opposition: on the one hand, the interests of the insolvent entities, which it represents for all proprietary purposes (article 81(4) of the Portuguese *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* ("CIRE")) and, on the other hand, the common interests of creditors, the final objective of the process being the maximisation of the satisfaction of the largest possible number of creditors.

The Receiver's duties are listed in article 55 of the CIRE⁹. It may be said, summarily, that in addition to the aforementioned executive activity (the verification of liabilities and the seizure and liquidation of assets)¹⁰, the Receiver has a series of other duties, more or less dispersed, at other times and stages of the insolvency proceedings, such as the decision on the destination of ongoing operations (articles 102 et seq. of the CIRE) and the control of acts performed by the debtor following the bankruptcy (article 81(6) of the CIRE) and prior to the declaration of insolvency (article 120 of the CIRE).

Article 82(3)(b) of the CIRE also gives the Receiver the exclusive legitimacy to propose and pursue "claims for the compensation of losses caused to the generality of the insolvency creditors by the reduction of the assets comprising the insolvent estate, both before and after insolvency is declared".

The rationality of this rule is understandable, since "the declaration of insolvency assumes a certain mistrust in the debtor's aptness for administration, since the cause of its insolvency may have resided there"¹¹, adding Maria do Rosário Epifânio that it is important to safeguard the interests of the concurrent creditors¹².

In short, the attribution of legitimacy to the Receiver to initiate judicial proceedings of a proprietary nature on behalf of the insolvent estate is justified either because the insolvent entity is immediately deprived of its powers of administration and disposition (article 81(1) of the

⁶ Ruling hereby analysed, p. 5.

⁷ Conversely, see *New Skeena Forest Products. Inc. Re. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, (2005, BCCA 154) available at <https://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/2005/2005bcca154/2005bcca154.html> and *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Wedgemount Power Limited Partnership* (2018, BCSC 970), available at <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2018/2018bcsc970/2018bcsc970.html>. For an in-depth analysis of the first case, see Michael Nowina and Christina Doria, *Canada: Receiver of Insolvent Power Generation Company in British Columbia wins battle with BC Hydro – allowing dispute to be heard by the court instead of by arbitration*, 2018, available at <https://restructuring.bakermckenzie.com/2018/10/03/canada-receiver-of-insolvent-power-generation-company-in-british-columbia-wins-battle-with-bc-hydro-allowing-dispute-to-be-heard-by-the-court-instead-of-by-arbitration/>.

⁸ Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, reprint, Coimbra, Almedina, 2019, p. 80.

⁹ On the manifestly incomplete nature of article 55 of the CIRE, see Luís Carvalho Fernandes and João Labareda, *Coletânea de estudos sobre a insolvência*, Quid Júris, 2009, p. 149.

¹⁰ As highlighted by Catarina Serra, "directors are at the forefront of the most decisive moments of insolvency proceedings, particularly when restructuring is sought: the [creditors' general] meeting for the assessment of the [director's] report (article 156 of the CIRE) and the [creditors' general] meeting for the assessment and voting on the insolvency plan (article 209 of the CIRE)", in Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, p. 83.

¹¹ Luís Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 5th ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 147.

¹² Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 6th ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 94.

Portuguese Civil Code), or because following the declaration of insolvency, the Receiver represents the insolvent entity for all proprietary purposes that are of interest to the insolvency procedure and to the creditors, or because it is also in the interest of the creditors - with respect to the satisfaction of their claims - that the Receiver has centralised powers/duty to make claims¹³.

It is also important to emphasise that by giving the Receiver the legitimacy to replace the insolvent entity in pending proceedings of a proprietary nature and in the filing of claims in the interest of the insolvent estate and creditors' rights, the possibility that creditors' rights may be jeopardised due to a possible omission and/or inertia by the Receiver in the performance of its primary function (that it must necessarily orient itself towards the satisfaction of the creditors' interests) cannot be ruled out (article 59 of the CIRE).

Therefore, the Supreme Court of British Columbia's decision is to be welcomed, as in light of Common Law (as it would also be under Portuguese law), the Receiver has standing to start claims for damage caused to creditors (and to the insolvent estate), to the extent that it assumes the representation of the insolvent entity for all proprietary purposes.

In British Columbia, the new Arbitration Act puts an end to the controversial question whether a Receiver has the legal standing to initiate claims against a party when it is not privy to the agreement which gives rise to the dispute. Section 7(1) states that "[i]f a party commences legal proceedings in a court in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may, before submitting the party's first response on the substance of the dispute, apply to that court to stay the legal proceedings."

Its predecessor, s. 15(1) of the former Arbitration Act, stated that a party to a legal proceeding may request a stay of said proceeding if the proceeding in question were commenced by a party to an arbitration agreement. As discussed, this naturally gave rise to questions whether a Receiver, not being a party to an arbitration agreement, has the power to commence legal proceedings against a party that is privy to said arbitration agreement.

By removing this requirement, the new Arbitration Act clearly stifles any doubt as to whether a Receiver has the legal standing to bring a claim which stems from an agreement to which it is not privy. This is in line with the Petrowest ruling. For the above cited reasons, we welcome this change.

3. The arbitrability of insolvency-related matters in Canada

3.1. The effect of the declaration of insolvency on the arbitration agreement - an alignment with Portuguese law

The Receiver's active legal standing having been established, the Supreme Court of British Columbia analysed the effect that the declaration of insolvency would have on the arbitration agreement and a potential stay of the judicial proceeding.

Many insolvency regimes include a mechanism for the protection of the insolvent estate which a) prevents creditors from commencing proceedings to enforce their rights through legal remedies during part of or throughout the restructuring or liquidation period and b) suspends ongoing proceedings against the debtor. Such mechanisms are usually referred to as "*suspension*", "*stay*" or "*moratorium*"¹⁴.

The imposition of an automatic stay is seen as important not only to protect the debtor from undue harassment but also as a procedural device designed to prevent creditors from gaining advantages over one another by pursuing unilateral collection efforts. "*Because the automatic stay serves the interests of both debtors and creditors,*"¹⁵ debtors generally cannot waive or limit its scope in pre or post-petition contracts.

In Canada, companies seeking bankruptcy protection generally remain bound by pre-existing international arbitration agreements. In general, the "automatic stay" provision found in bankruptcy law suspends all legal proceedings against the putatively bankrupt company, subject to court approval to allow particular proceedings to continue. In deciding whether to allow certain proceedings to go forward, Canadian courts generally require debtors to perform their arbitration agreements, particularly in relation to claims that do not involve "*core*" bankruptcy jurisdiction. The BIA makes a distinction between core and non-core insolvency proceedings. The Act provides a non-exhaustive list of what are deemed core proceedings without defining what can be characterised as a core or non-core issue. It is up to the bankruptcy court to decide case by case which issues are core and which are non-core. Core issues cannot be resolved by arbitration.

¹³ The Lisbon Court of Appeal has ruled in favour of this thesis (proc. no. 6490-12.1T2SNT-C.L1-6, 11.05.2017), available on www.dgsi.pt.

¹⁴ Legislative guide on insolvency law - UNCITRAL, New York, United Nations Publication, 2005, available at https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf.

¹⁵ Paul J. Omar, *International Insolvency Law*, Ashgate Publishing Limited, England, 2008.

Nevertheless, there are exceptions, where arbitration proceedings would conflict with the purposes of the BIA. It is sometimes argued that even if an arbitration agreement survives the bankruptcy of one of its parties and even if the parties' disputes are arbitrable, any arbitral proceeding should be stayed as a discretionary matter¹⁶.

The source of arbitration law in Canada states that "*a court must stay its proceedings if it is satisfied that an issue before it is arbitrable under the agreement*".

The Supreme Court of Canada has held that courts are generally obligated to enforce arbitration clauses absent a countervailing federal statute. However, the BIA is grounded on a policy of centralised dispute resolution¹⁷.

Regarding a stay of judicial proceedings, s. 15 of the Arbitration Act states that: "*(...) a party to the legal proceedings may apply, before filing a response to civil claim or a response to family claim or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings*".

In *Petrowest*, the Plaintiffs submitted that the Defendants took a step in the proceedings before filing the application for the stay, which should, pursuant to s. 15(1), bar them from being able to request that the proceedings be stayed. Their argument was founded on a letter sent by the Defendants' counsel in which they stated that they "*undertake to file a defense in due course*". The Plaintiffs deemed this undertaking to indicate a step in the proceedings.

While the Act does not provide clear indication as to what could amount to a party taking a step in the proceedings, analysis carried out by legal scholars and case law are useful in this regard.

In *Larc Developments Ltd.*,¹⁸ the Respondent sought to invoke an arbitration clause and request that the court stay the proceedings brought forward against it by Larc Developments. Counsel for the Respondent demanded "*further and better particulars of certain allegations contained in the Third Party Notice*". The Law in the province of British Columbia was that such a demand constituted a step in the proceedings, thus disentitling a party from obtaining a stay of the proceeding in favour of arbitration.¹⁹ Nonetheless, the Respondent was granted a stay.

Larc Developments appealed, arguing that the demand for particulars constituted a step in the proceedings. The Court of Appeal concurred, establishing that a party may not take advantage of the proceedings by obtaining particulars and maintain the ability to request said proceedings be stayed in favour of arbitration, ultimately setting aside the stay.

Interestingly, the Court of Appeal clarified that a party's intention not to be subjected to the litigation process is irrelevant if it has been determined that said party took a step in the proceedings²⁰: "***[o]nce it is determined that a demand for particulars has been made under the Rules of Court, a step in the proceedings has been taken and a stay under s. 15 of the Commercial Arbitration Act no longer is available. A party cannot render the step nugatory by suggesting it may seek to refer the matter to arbitration. It cannot undo what has been done. The orderly administration of justice requires certainty in these matters.***"²¹

Larc sets a precedent: the Court of Appeal established that a party takes a step in the proceedings when it relies on the Rules of Court.²² In *Petrowest*, the Court relied on this rationale to sustain that the Defendants did not take a step in the proceedings, as they did not rely on or invoke the Rules of Court.^{23, 24}

16 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I, Kluwer Law International, Netherlands, 2009.

17 Eva Kang, "Do arbitration clauses survive into bankruptcy? Lifting the automatic stay to compel debtors into arbitration" in *CBLR Online*, vol. 13, Issue 2, 2013.

18 Larc Developments Ltd. v. Levelton Engineering Ltd. (2010 BCCA 18), available at http://owenbird.com/wp-content/uploads/2016/07/Larc_v_Levelton_2010bcc18.pdf.

19 Ibid, para. 1.

20 Ibid, para. 19.

21 Ibid, para. 34.

22 Ibid, para. 37.

23 See para. 27. Pursuant to the Court's application of the Ontario Arbitration Act in *The Dufferin Paving Co. Ltd. v. The George A. Fuller Co. of Canada Ltd.*, [1935] O.R. 21, 1934 CanLII 123, an undertaking to file a defence is not a step in the proceedings, as suggested by the Defendants in *Petrowest*.

24 In English law, Section 9(3) of the Arbitration Act 1996 provides that an "application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures". In *Bilta (in liquidation) v Nazir and others* [2010] EWHC 1086 (Ch), LJ Sales found that "**a party to an arbitration agreement should have a full opportunity to investigate a claim against him, to ask for further details from the claimant and to consider his position in light of full information about the claim as to whether he wishes to have it referred to arbitration or not**". It was importantly established that "**[i]t was entirely legitimate for Jetivia to ask for more information about the claim before deciding whether to submit to the court proceedings or to seek to rely upon the arbitration agreement it maintained was in place. It was sensible to seek an extension of time for service of the defence in order to allow time for Jetivia to receive and consider such further information. In the light of MacFarlanes' letter of 15 December 2009 and the following correspondence, the issuing of the application on 20 January 2010 seeking an extension of time for service of the defence could not objectively be construed as indicating an election by Jetivia to waive any right it might have to seek a stay for the dispute to be referred to arbitration; nor could it be construed as an unequivocal representation that Jetivia did not intend to contest the jurisdiction of the court. The making of the application was equally consistent with a desire to postpone any obligation to serve a defence until after Jetivia had had a reasonable opportunity to decide whether or not to waive its rights to rely upon what it maintained was a binding arbitration agreement (compare the similar point made by Patten J in the context of CPR Part 11 in *SMAY Investments Ltd v Sachdev* [2003] EWHC 474 (Ch); [2003] 1 WLR 1973, at para. [43]). It was clear as between the parties that the application was made to enable Jetivia to have more time to consider the case to be put against it and to decide what position to adopt as regards court proceedings or arbitration.**" Available at <https://www.baillii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1086.html>.

In the ruling hereby reviewed, the Defendants merely sought to present their defence at the appropriate time and did not request any information from the Court or the Plaintiffs or even invoke a rule of the Arbitration Act. Therefore, the Supreme Court of British Columbia rightly decided to admit the Defendants' request for a stay of the proceedings.

Section 7(1) also removes the requirement that a party ought not to take a step in the proceedings before it applies to the court to stay the legal proceedings in question, which was a contentious issue. Instead, the new wording is clear and provides that the party seeking to request a stay of the legal proceedings must not submit its first response on the substance of the dispute.

In turn, with respect to the effectiveness of the arbitration agreement in the context of insolvency proceedings and receiverships (Special Revitalisation Proceedings), Portuguese law²⁵ provides, in article 87 of the CIRE, that *"1- The effectiveness of arbitration agreements to which the insolvent entity is a party is suspended in respect of disputes whose outcome may influence the value of the estate, without prejudice to applicable international treaties; 2- The proceedings pending on the date of the declaration of insolvency shall continue, without prejudice, where applicable, to the provisions of article 85(3) and article 128(3)."*

The suspension of the effectiveness of the arbitration agreement "authorises" either party (the insolvent or the non-insolvent party) to go to court to assert their rights, their counterparty being unable to request a stay of judicial proceedings in favour of arbitration, pursuant to article 494(j) of the Portuguese Civil Procedure Code.

In fact, this only affects arbitration agreements concerning disputes which may influence the value of the estate, and this will not always be the case, an example being situations in which the assessment of the prevalence of a non-assignable lease agreement is at stake²⁶.

Article 87(2) of the CIRE is a transitional rule of law. Where an arbitration proceeding is pending at the time that insolvency is declared, it may not be joined to the insolvency proceedings (which follows from the fact that subsection 2 of said article does not refer to subsection 1 or to article 85(2) of the CIRE, as well as from the expertise inherent

to arbitration proceedings). Without prejudice to the continuation of the arbitration proceedings, the insolvent party shall be replaced by the insolvency administrator and the non-insolvent plaintiff shall retrieve its claim in the insolvency proceedings. Said claim may be subject to a suspensive condition in arbitral proceedings²⁷.

Under Canadian law, the declaration of insolvency suspends the effectiveness of the arbitration agreement and court proceedings may continue if the counterparty commits procedural acts that presuppose the tacit acceptance of the derogation of the arbitration agreement. On the other hand, under Portuguese law, the declaration of insolvency suspends the effectiveness of the arbitration agreement in disputes whose outcome may influence the value of the insolvent estate.

3.2. Jurisdiction of arbitral tribunals by reason of the arbitration agreements

a. The pertinence of article 11 of the CCAA

Having established that the proceeding was susceptible of being stayed by virtue of effective applicable arbitration agreements, the Court in Petrowest then went on to analyse the validity of the said agreements.

The Court established that although not all claims brought forward by the Plaintiffs were subject to arbitration clauses, *"it is sufficient that some claims are captured by the Arbitration Clauses"*.

Pursuant to s. 15(2) of the Arbitration Act, the Court ought to stay the legal proceedings in favour of arbitration unless the arbitration clause is void, inoperative, or incapable of performance.

One of the Defendants, Acciona, terminated Petrowest's partnership in PRHP. The Plaintiffs argued that said termination should disentitle the Defendants from relying on the arbitration clause in the relevant agreement. The Plaintiffs further submitted that the arbitration clauses that apply to the Purchase Orders are inoperative as the language used therein is permissive, not mandatory.²⁸

25 Iñaki Carrera and Francisco da Cunha Matos, "A Arbitrabilidade numa Empresa em Crise: Convivência Harmoniosa entre a Jurisdição Arbitral e a Jurisdição Estatal" in PLMJ Arbitration Review, no. 3, 2019, pp. 54-55, available at https://www.plmj.com/xms/files/PLMJ_Arbitration_Review/PLMJ_Arbitration_Review_n03.pdf.

26 Luís Carvalho Fernandes and João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3rd ed., Lisbon, Quid Júris, 2015, p. 433.

27 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.

28 The Plaintiffs founded their assertion on *Tylon Steepe Homes Ltd. v. Pont* (2009 BCSC 103), in which it was established that a contractual clause that entitles a party to give the other notice of a dispute and to request arbitration merely constitutes a right to do so - it is thus not mandatory that the party carry it out. See para 37 of *Tylon*, available at <https://lklaw.ca/drive/uploads/2016/07/8378.pdf>.

The Supreme Court of British Columbia decided that the arbitration clauses in the Purchase Orders were “clearly” mandatory. It then established that it was “prepared to assume” that “some of the arbitration clauses are not void, inoperative, of incapable of performance”.

Based on the above reasoning, the Court decided that s. 15 did apply to the facts of the case, though it did not stop at that. Interestingly, the Judge went on to find that though s. 15 was engaged, the Court had discretion to refuse the stay. The Judge asserted that “[i]t is well settled that s. 11 of the Companies Creditors Arrangement Act (“CCAA”) empowers the court to override an arbitration clause and the otherwise mandatory requirement in s. 15(2) of the Arbitration Act”.

The CCAA is popular in the Canadian legal sphere for the following noteworthy reasons²⁹:

- i. As a result of the generally liberal judicial approach to the interpretation of the CCAA and the relatively small number of statutory rules of procedure, proceedings under the CCAA offer significantly more flexibility to a debtor company than proceedings under the BIA.
- ii. There is no statutory time limit prescribed by the CCAA for the stay of proceedings, although the initial stay cannot exceed 30 days. There is, however, no limit on the length of an extension. In an application for an initial stay or an extension, the debtor must satisfy the court that it is acting with due diligence and in good faith and that circumstances exist that make the granting of the order imposing the stay appropriate.
- iii. Under the CCAA, courts have discretion to make certain has discretion to make certain third parties, who are not creditors of the debtor, subject to the stay of proceedings. However, the CCAA does prohibit orders staying proceedings against a debtor company’s guarantors or obligors under letters of credit. Even with this constraint, there is more flexibility with respect to a stay granted under the CCAA than one granted under the BIA.
- iv. If a debtor’s unsecured creditors reject a proposal under the BIA or the court refuses to approve it, the debtor will be automatically adjudged bankrupt. The rejection of a plan of compromise or arrangement under the CCAA does not have this effect although, in practice, a bankruptcy will frequently ensue.

The CCAA is not a lengthy statute and much is left to judicial discretion. There has been a tendency for the courts to be sensitive to the interests of the debtor company and other stakeholders, such as employees. For this reason, the CCAA can be a formidable tool for debtors³⁰.

In the initial application, the debtor company will generally request that all proceedings against it be stayed until the holding of the creditors’ general meeting to consider the plan of arrangement. While the debtor may, in situations of extreme urgency, be allowed to make the application without notice or on very short notice, in most cases it is required that notice be given to the major secured creditors and, possibly, to other key stakeholders. Where the debtor does not give notice, it is obligated to disclose fully and accurately to the court all relevant circumstances and satisfy the court that there are adequate safeguards for creditors and stakeholders to ensure that their positions will not be inordinately prejudiced.

The court has discretion as to whether or not to grant the debtor company protection and order a stay of proceedings. Whilst deciding whether to grant a stay, the court will generally have regard to the following factors: (i) the likelihood that principal creditors will support the plan; (ii) prejudice to the debtor if a stay isn’t granted; (iii) details of the proposed restructuring, to the extent then known; (iv) public policy considerations, including the effect on employees and other stakeholders if the debtor is liquidated; and (v) the ability of the debtor to maintain its business and operations.

The CCAA allows the court to lift any imposed stay. In addition, the court order will usually reserve the creditors’ right to apply to vary any term in the initial stay order. Generally, the court will be unsympathetic to an application to lift a stay if it has already decided that the debtor ought to be granted protection. An exception is usually made where it is necessary to protect a right which would otherwise be lost over time, such as the filing of an application for a bankruptcy order to prevent the loss of a right of action available only in a bankruptcy. Further, if the secured creditors can show that their position is being unduly prejudiced by the terms of the order, the court may modify the original order, taking these concerns into account. In order to arrive at a conclusion, the court will generally consider, among other things, the effect on the debtor’s ongoing viability, and the fact that allowing a creditor to realise on its security might negate the intention of the CCAA and prevent the debtor company from carrying out the compromise or arrangement. When a stay order is made, the court must also appoint a monitor to monitor

²⁹ Mcmillan, *Insolvency Proceedings in Canada*, available at <https://mcmillan.ca/files/Insolvency%20Proceedings%20in%20Canada.pdf>.

³⁰ “The first step in invoking the CCAA is for the debtor company to make an application to the court for an order declaring that the debtor company is a company to which the CCAA applies and protecting for the company from its creditors while it formulates its plan. Although technically possible, it is uncommon for CCAA proceedings in respect of a debtor company to be initiated by a creditor. The CCAA will apply only if the debtor company is incorporated in Canada or if the debtor company, wherever incorporated, has assets or does business in Canada and if the total claims against the debtor company (and its affiliates) exceed \$5,000,000.” (Mcmillan, *Insolvency Proceedings in Canada*, available at <https://mcmillan.ca/files/Insolvency%20Proceedings%20in%20Canada.pdf>).

the business and financial affairs of the company during the stay period, and to report to the court and creditors.

b. The relationship between the CCAA and the BIA – a clash with Portuguese law

There is no confusion regarding the power of courts under the CCAA vs BIA.

The Judge in *Petrowest* went on to note that while the BIA has no provision equivalent to s. 11 of the CCAA, s. 183 of the BIA does provide the court “*jurisdiction at law and in equity as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers*” and that case law further confirms this.³¹

It is also important to note that the Judge noted that “[a]lthough *Pope & Talbot* does not expressly refer to s. 15 of the Arbitration Act, Walker J.’s use of the court’s inherent jurisdiction to override an arbitration clause implies that the BIA empowers the court to avoid the operation of s. 15 of the Arbitration Act in appropriate circumstances”.

The Plaintiffs clung to a line of obiter to assert that the court in the lower instance created uncertainty regarding courts’ jurisdiction under the CCAA as compared to the BIA. This is not a proper characterisation of the CCAA objectives.

No inconsistency or confusion arises from this statement. Chief Justice Strathy³² did nothing more than state the obvious by observing that the CCAA and BIA are different statutes which contain different provisions. Section 183(1) of the BIA expressly invests courts with “*jurisdiction at law and in equity*”. The CCAA does not.

There is no express or implied authority in the CCAA to apply the doctrine of equitable subordination. To read in such a provision would not be consistent with the remedial purpose of the legislation. A harmonious reading of the CCAA and BIA does not mean that courts should read in BIA provisions to the CCAA when the CCAA is silent on an issue.

For the reasons cited above, the Judge concluded that s. 15 of the Arbitration Act does not prevent the court from exercising its discretion to determine whether or not to stay proceedings which fall under the application of s. 183 of the BIA. Having affirmed the Court’s jurisdiction to “*disrupt private contractual rights*”³³, Supreme Court of British Columbia then went on to make an important distinction between the BIA and the CCAA – that the source of the court’s authority to override an arbitration clause differs as between the two.

With respect to applying the provisions of the distinct Acts to the facts of cases, the Judge highlighted two cases in which the court established jurisdiction under the BIA to override an arbitration clause, *Pope & Talbot* and *Wedgemount*³⁴. A common theme between the two, according to the Judge, was that they both “*concerned arbitration clauses that threatened to derail the bankruptcy process*”.³⁵

In contrast, cases decided under the CCAA focused on matters of expense and efficiency, namely that “*judicial resolution of the dispute was less expensive, more expeditious (particularly given the availability of judicial review of arbitrations), could be accomplished within certain time constraints, and the issues were appropriate for judicial determination*”.³⁶

The Judge found that “[c]oncerns of fairness and efficiency are no less fundamental to the BIA than to the CCAA, that a bankruptcy court requires flexibility to balance the interests of the various stakeholders involved and fashion pragmatic solutions to unanticipated problems that may arise in the course of the insolvency proceedings”. She also cited case law to support her conclusion that “*where the BIA silent, the court has the jurisdiction to craft appropriate remedies to ensure the fair, orderly, and expeditious resolution of the proceedings before it*”, though it should only do so “*where the benefit of granting the remedy to the insolvency process as a whole outweighs the prejudice to affected parties*”.

Unlike what we find in Brazilian law, the Portuguese Voluntary Arbitration Law (Law no. 63/2011, of 14 December – “VAL”) established the proprietary and transactional nature of claims as the objective criteria for determining arbitrability³⁷.

31 V. para. 38-40 of *Petrowest*.

32 *United Steel v. Us Steel Canada Inc* (Supreme Court of Canada, Court File No. 37284), “Memorandum of Argument of the Respondent, United States Steel Corporation”, pp. 17-19, available at https://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/37284/MM020_Respondent_United-States-Steel-Corporation.pdf.

33 V. *Pope & Talbot Ltd. (Re)*, (2009 BCSC 1552), para. 118.

34 *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v Wedgemount Power Limited Partnership* (2018 BCSC 970), available at <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2018/2018bcsc970/2018bcsc970.html>.

35 V. para. 45.

36 V. para. 46.

37 Iñaki Carrera and Francisco da Cunha Matos, “A Arbitrabilidade numa Empresa em Crise: Convivência Harmoniosa entre a Jurisdição Arbitral e a Jurisdição Estatal” in *PLMJ Arbitration Review*, n.º 3, 2019, pp. 57-58, available at https://www.plmj.com/xms/files/PLMJ_Arbitration_Review/PLMJ_Arbitration_Review_n03.pdf.

It is expressly stated in article 1(1) and (2) of the VAL that “1- *Provided that by special law it is not submitted exclusively to State courts or to necessary arbitration, any dispute concerning interests of a proprietary nature may be subjected by the parties, by means of an arbitration agreement, to the decision of arbitrators; 2- An arbitration agreement concerning disputes not involving interests of a proprietary nature is also valid, provided that the parties may enter into a transaction concerning the contested right*”.

According to the first criterion – that claims of a proprietary nature may be arbitrable – (of Swiss influence), “*all disputes in which a right is at stake and which have an interest capable of monetary valuation shall be arbitrable*”³⁸.

The transactional criterion (of German influence) “*postulates the presence of legal situations (“interests”) that are not in the balance sheet and whose disputes can be resolved by agreement between the parties. This is the case of disputes concerning moral claims or even issues arising from divorce or legal separation*”³⁹.

It should be noted that the VAL presents a broader formula of the arbitrability criterion in relation to its predecessor (Law 31/86) which, in article 1(1), conferred arbitrability on “*any dispute which does not concern unavailable rights*”. This wording was unsatisfactory in that there are unavailable rights which are arbitrable such as, for example, the rights of the creditor which cannot be waived in advance (article 809 of the Portuguese Civil Code) but may be subjected to a decision taken by arbitrators.

In relation to Law 31/86, Joana Galvão Teles stated that “[s]tarting with insolvency-related matters, it has been understood that it is exclusively attributed to state jurisdiction and are therefore inarbitrable under the terms of article 1(1) of the LAV (together with other matters such as crime, for instance). Although this is a case especially attributed to the jurisdiction of the State, there have been voices questioning whether this is the case or whether, on the contrary, there could be incidents where arbitration could be enforced”⁴⁰.

In the context of the new VAL, Catarina Serra⁴¹ notes that an insolvency-related matter not being arbitrable does not result in all other issues under consideration in an insolvency proceeding suffering the same fate. In fact, there are many disputes that are central to the purposes of insolvency proceedings (core issues or core claims⁴²), such as the main dispute, relating to the verification and declaration of insolvency and those related to the resolution / challenge of acts detrimental to the insolvent estate. Non-core issues or non-core claims are not central to insolvency proceedings, and may, therefore, be subject to arbitration. This is the case of the verification of a certain claim or the right to separate a certain asset from the insolvency estate.

The Judge in Petrowest stated the factors which she believed justify the overriding of the arbitration clauses in favour of arbitration, pursuant to the jurisdiction granted both by the statutes and case law listed above: (i) its significance to the creditors and the importance of a timely, cost-effective resolution of the dispute; (ii) the inconvenience of four different arbitration proceedings, pursuant to the agreements concluded between the parties; (iii) that some claims subject to arbitration may require judicial review; (iv) that the claims not covered by the arbitration proceedings would be subject to litigation proceedings, even if those subject to arbitration clauses were resolved by arbitration; (v) that it would not cause harm to the parties, who, on the contrary, agree that one litigation process would be efficient and inexpensive; (vi) the Defendants did not imply any prejudice.

In light of Canadian law, the Court recognised that this was a matter which could be resolved by way of arbitration, but, in reference to specific grounds of insolvency and the best interests of the insolvent parties’ creditors, it decided to confer jurisdiction to state courts.

All of the above reasons, coupled with the jurisdiction granted by statute and case law do, in our view, justify the Court’s decision to dismiss the Defendants’ application.

38 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.

39 António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 94.

40 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, p. 66.

41 “Arbitragem e insolvência. Os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (Direitos português e internacional)”, available on www.revistadedireitocomercial.com.

42 According to Vesna Lazic’s definition, the claims of most insolvency creditors are typical core issues. They are not related to insolvency but are decisive for the outcome of the insolvency proceeding and can only be resolved through insolvency proceedings (Vesna Lazic, Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors, in *European Journal of Company Law*, No. 3, 1999, p. 20, available at www.ejcl.org/33/abs33-2.html). According to Jonathan Sutcliffe and James Rogers, the distinction between core and non-core issues (or core or non-core proceedings / claims) would arise from a decision of the United States Supreme Court, which led to legislative changes in the jurisdiction of specialised bankruptcy courts. The decision in question is *Northern Pipeline Construction Co v Marathon Pipeline Co* 458 U.S. 50 (1982) (Jonathan Sutcliffe and James Rogers Effect of Party Insolvency Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times, p. 282, available at <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/458/50.html>).

4. Subject-matter jurisdiction vs the superior interest of creditors – a case of the originality in British Columbia

We find that the ruling hereby reviewed is original in that it established that the complexity (given the multiplicity of contracts concluded between the parties and the number of arbitration proceedings the Plaintiffs would have to commence) and the length of the specific case meant that it would be favourable to subject the dispute to state court resolution, as this best defended the interests of the insolvent parties' creditors, even though it was a dispute that could be heard by an arbitral tribunal (subject to valid and effective arbitration agreements).

Today, Insolvency Law is understood to be a legal discipline aimed at preventing and resolving insolvency, with special consideration for (or granting special protection to ⁴³) the interests of debtor and creditors.

In fact, as Soveral Martins points out, “[c]urrently, as can be seen, it is clear from article 1(1) of the CIRE that the purpose of insolvency proceedings is always to satisfy creditors and that this purpose guides the entire proceeding” ⁴⁴.

It is therefore the special weighting of the creditors' best interests (as well as those of the insolvent entities) which is relevant in light of the procedural criteria for conferring subject-matter jurisdiction.

While the decision taken by the Court in *Petrowest* to depart from s. 15 of the abovementioned Arbitration Act is uncommon, it is not one that had never taken before in Canada. In *Wedgemount*, the Supreme Court of British Columbia also exercised its jurisdiction to set aside arbitration and submit the dispute to state jurisdiction.

The Supreme Court of British Columbia had previously appointed a Receiver for Wedgemount Power Limited Partnership, Wedgemount Power (GP) Inc., and Wedgemount Power Inc., (collectively, “Wedgemount”). Wedgemount owned and developed a power generation project. In 2015, Wedgemount entered into an electricity purchase agreement with the British Columbia Hydro and Power Authority (“BC Hydro”).

Following its appointment in 2017, the Receiver sought to complete the project in order to sell Wedgemount's contractual position in said agreement to maximise recovery for Wedgemount's creditors. BC Hydro, on the other hand, sought to request a removal of the court-ordered stay of contractual rights imposed upon the Receiver's

appointment to terminate the electricity purchase agreement. The Receiver thus sought a declaration that would disbar BC Hydro from terminating said agreement, to which BC Hydro responded by stating that this issue ought to be resolved by means of arbitration, as the agreement contained an arbitration clause.

Similarly to the position taken by the defendants in *Petrowest*, BC Hydro argued that the Receiver could not cherry pick the terms of the agreement it sought the benefit from and ignore the remainder, arguing that the dispute should be settled by arbitration, as provided by the electricity purchase agreement.

The court in *Wedgemount* looked at two issues: whether the Receiver was a party to the arbitration agreement and whether the court proceeding was within the scope of said arbitration agreement. For the purpose of this chapter, only the latter question is of relevance.

The court ultimately found that some of the claims did fall within the scope of the arbitration agreement, whilst others did not. It made its decision on the basis that the urgency of the circumstances and the impact that arbitration would have on third parties, namely the insolvent companies' creditors, warrant all issues – including those covered by an arbitration agreement – being resolved within the court's jurisdiction.

We find that the court's invocation of its inherent jurisdiction here is an important one. The doctrine of inherent jurisdiction is clear: a superior court (in this case, the Supreme Court of British Columbia) has jurisdiction to hear any matter raised before it unless legislation or court rules prohibit the exercise of said jurisdiction. This power being used in both *Wedgemount* and *Petrowest* leads to the question whether this doctrine conflicts with the intention of the Arbitration Act, which clearly states when matters ought to be resolved by arbitration.

In this sense, we turn to Lord Diplock's description of the doctrine: “a general power to control its own procedure so as to prevent its being used to achieve injustice. Such a power is inherent in its constitutional function as a court of justice”. ⁴⁵ Lord Scarman notes that “it remains a vital, if no longer universal, principle of the law that the courts will act to prevent injustice arising in arbitration proceedings where it is necessary so to do.” ⁴⁶ Bearing this in mind, we find it appropriate that, once a court has found that an arbitration proceeding would ‘achieve injustice’, it is appropriate to invoke the power of its inherent jurisdiction.

⁴³ Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 16.

⁴⁴ Alexandre Soveral Martins, *Um Curso de Direito de Insolvência*, 2nd ed revised and updated, Coimbra, Almedina, 2017, p. 36.

⁴⁵ *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corporation Ltd* [1981] AC 909, p. 977, available at <http://www.uniset.ca/other/cs3/1981AC909.html>.

⁴⁶ *Ibid*, p. 997.

As the courts in *Wedgemount* and *Petrowest* found that submitting the proceedings to arbitration would harm the parties, especially the insolvent companies' creditors, their decision to use the powers conferred by the doctrine of inherent jurisdiction is welcomed and justified.

In *Residential Warranty Co.*, Topolniski J. wrote that “[a] significant objective of the BIA is to ensure that all of the property owned by the bankrupt or in which the bankrupt has a beneficial interest at the date of the bankruptcy will, with limited exceptions, vest in the trustee for realization and ratable distribution to creditors. To further this objective, the BIA provides for practical, efficient and relatively inexpensive mechanisms for asset recovery, determination of the validity of creditor claims, and distribution of the estate. A fundamental tenet of BIA proceedings is that fairness should govern.”⁴⁷

Though the courts in *Wedgemount* and *Petrowest* do not cite the above cited case, their rationale in citing the BIA as conferring them jurisdiction to set s. 15 of the Arbitration Act aside is similar. We welcome this consideration of the realities of business efficacy and fairness.

Of all Common Law jurisdictions, the United States are the nation in which the debate around the duty to stay proceedings in favour or arbitration (or, conversely, the discretion to not submit matters to arbitration when they are, in fact, arbitrable) has been had most often. Though the general consensus is that a bankruptcy court can hear a dispute subject to arbitration if it falls within its “core” jurisdiction, some courts find that arbitration is the preferable means of solving bankruptcy related disputes, even when such disputes fall within the scope of a bankruptcy court’s jurisdiction.

Recently, however, the US Supreme Court⁴⁸ found that party autonomy ought to be respected in that contracts which state arbitration as the means of resolving disputes clearly reflect parties’ intention and should, thus, be respected. This goes against many decisions taken before where courts found that they had discretion to disregard arbitration agreements if the proceedings are “core” matters and present a “severe conflict” with the Bankruptcy Code.

5. Final considerations

Having looked at the Canadian and Portuguese legal dispositions on the arbitrability of insolvency-related matters, the effect of insolvency on the arbitration clause and the decision of the Supreme Court of British Columbia, we analysed the advantages that Portuguese law would gain by incorporating the points hereby reviewed.

Virtually all legal systems prohibit arbitrators from intervening in “core issues” of bankruptcy or insolvency, including the declaration of insolvency, which has the immediate effect of suspending ongoing claims against the insolvent entity (or even, in many legal systems, of all lawsuits of a proprietary nature in which it is plaintiff or defendant), the removal of the debtor’s administrative powers over the insolvent estate and its handing over to a trustee appointed by the court who is entrusted with the task of maximising the net value of said estate, with the power, in accordance with that objective, to refuse to carry out business previously concluded in light of the principle that creditors of the same class ought to rank *pari passu*.⁴⁹

In comparative law, the reservation to the state courts of actions for annulment of acts prejudicial to the insolvent estate, committed during the so-called “suspect period”, as well as decisions on the ranking of claims to be satisfied, is also largely predominant, since these are matters closely linked to the core issues of the insolvency regime.

However, given that in Portugal, the VAL’s criteria for establishing the arbitrability of disputes – that they are proprietary or transactional – are broader than those found in the Canadian Arbitration Act, courts have the opportunity to interpret the law more efficiently.

⁴⁷ *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABQB 236, 62 Alta. L.R. (4th) 168, *aff’d* 2006 ABCA 293, 65 Alta. L.R. (4th) [32], available at <https://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/2006/2006abqb236/2006abqb236.html>.

⁴⁸ In *Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.*, 586 U.S., 139 S. Ct. 524 (2019), available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/586/17-1272/case.pdf>.

⁴⁹ In line with previous legislation and case law, the new Arbitration Act assigns insolvency-related matters to state court jurisdiction.

Nonetheless, this only means that these disputes may be subject to arbitration and not necessarily so, and that the (fundamental) power to apply for a declaration of insolvency by judicial means is never affected.

On the other hand, state courts and arbitral tribunals are not mutually exclusive and it is absolutely possible for them to coexist harmoniously, requiring that their spheres of competence, which are absolute in nature, be respected.

With specific reference to the arbitrability of insolvency, we suggest the introduction of a conflict rule in the Portuguese CIRE that identifies the matters that may be considered in arbitration, in order to enhance the harmonious coexistence between arbitration and insolvency and the judicial rescue of companies⁵⁰.

It follows from the above that arbitration, based on party autonomy, with its listed advantages, can be useful in resolving insolvencies and bankruptcy disputes (above all, and in an adjusted manner, with regard to the superior interest of creditors); however, Canadian and Portuguese insolvency laws tend to perpetuate the exclusivity of jurisdiction in commercial and bankruptcy courts, a phenomenon which American case law characterises as a “conflict of near polar extremes”⁵¹.

Therefore, in support of the proposals for normative changes that we suggest in this piece, we consider it necessary to harmonise the powers between arbitral tribunals and state courts, in order to enhance each one’s advantages, serving the purposes of rescuing companies which face a financial crisis and/or maximising the satisfaction of insolvent companies’ creditors.

50 Iñaki Carrera and Francisco da Cunha Matos, “A Arbitrabilidade numa Empresa em Crise: Convivência Harmoniosa entre a Jurisdição Arbitral e a Jurisdição Estatal” in PLMJ Arbitration Review, no. 3, 2019, pp. 59-61, available at https://www.plmj.com/xms/files/PLMJ_Arbitration_Review/PLMJ_Arbitration_Review_n03.pdf.

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

Sobre a PLMJ

Somos uma sociedade de advogados com sede em Portugal que combina a oferta de um escritório *full-service* com a maestria e competência de uma relojoaria jurídica.

Possuímos um genuíno entusiasmo na resolução de impossibilidades que nos leva a lugares “menos comuns” que transformam velhas certezas em novas disrupções. Há mais de 50 anos que nos pautamos por abordagens arrojadas e transformadoras que se traduzem em soluções concretas que tanto respeitam as exigências da lei como promovem uma defesa eficaz dos interesses dos nossos clientes.

Apostamos na especialização. Reunimos a experiência profissional e académica necessárias para continuarmos a ser parceiros essenciais na vida e negócios dos nossos clientes e parceiros.

Conhecermos os clientes, partilharmos os seus riscos e apoiarmos as suas decisões através da emissão de opiniões e da proposta de soluções estratégicas que lhes acrescentam valor, foi e será sempre o nosso maior compromisso.

Sobre a equipa de Resolução de Litígios

Apoiamos os nossos clientes em litígios de grande complexidade, críticos para o seu negócio e reputação.

A nossa área de resolução de litígios é composta por uma equipa altamente especializada que lida com um amplo leque de disputas, arbitragens e outros meios alternativos de litígios. A equipa presta assessoria em disputas da mais variada natureza, representando clientes de vários setores de atividade.

A nossa abordagem multidisciplinar permite-nos ter uma equipa de especialistas que combina conhecimento em várias áreas como concorrência, bancário, financeiro e mercado de capitais, com sólida experiência em litígios e arbitragem.

“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

KEY CONTACTS



**Rita Samoreno
Gomes**

Sócia e co-coordenadora da área
de Resolução de Litígios

(+351) 213 197 507
rita.samorenogomes@plmj.pt



**Pedro Metello
de Nápoles**

Sócio e co-coordenador da área
de Resolução de Litígios

(+351) 213 197 560
pedro.metellodenapoles@plmj.pt



**Joaquim Shearman
de Macedo**

Sócio e co-coordenador da área
de Resolução de Litígios

(+351) 213 197 509
joaquim.macedo@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:

Mariana França Gouveia
Iñaki Carrera



AAFDL
EDITORIA