

ARBITRAGEM: DA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA AO FUTURO

O POTENCIAL DE PORTUGAL E LISBOA COMO SEDE DE ARBITRAGEM
Gonçalo Malheiro | André Pereira da Fonseca

ARBITRAGEM E DIREITO PÚBLICO
Ricardo Branco

DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E DOS MOTIVOS QUE CONDUZIRAM
À SUA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS
Margarida Marques Carvalho

ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA EM MOÇAMBIQUE
Cecília Anacoreta Correia

ARBITRAGEM E PROPRIEDADE INDUSTRIAL
Manuel Durães Rocha | Ana Panão

CONCORRÊNCIA NA ARBITRAGEM E ARBITRAGEM NA CONCORRÊNCIA
Inês Sequeira Mendes | Sílvia Bessa Venda

ARBITRAGEM DESPORTIVA NO TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO
Luís Fraústo Varona | Frederico de Távora Pedro

COLEÇÃO DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

Coordenação
Ricardo Costa

N.º 1

Arbitragem: Da Experiência Portuguesa ao Futuro

2018

Gonçalo Malheiro | André Pereira da Fonseca
Ricardo Branco
Margarida Marques Carvalho
Cecília Anacoreta Correia
Manuel Durães Rocha | Ana Panão
Inês Sequeira Mendes | Sílvia Bessa Venda
Luís Fraústo Varona | Frederico de Távora Pedro


ALMEDINA

 ABREU
ADVOGADOS
INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

Concorrência na arbitragem e arbitragem na concorrência

INÊS SEQUEIRA MENDES

Mestre em Direito Europeu da Concorrência (Master of Arts) e Pós-Graduada em Direito Comunitário da Concorrência, Faculdade de Direito do King's College London. Pós-Graduada em Direito da Concorrência e da Regulação, Instituto de Direito Económico e Fiscal, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Sócia da Abreu Advogados

SÍLVIA BESSA VENDA

Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Investigadora do Católica Research Centre for the Future of Law
Advogada da Abreu Advogados

RESUMO: A qualificação da arbitragem e da concorrência como duas *artes negras*, feita por JAMES BRIDGEMAN¹, tem ecoado nos últimos anos pela doutrina. A verdade é que o reconhecimento da arbitrabilidade da concorrência, pelo Tribunal de Justiça², remonta a 1999 e, como pretendemos demonstrar com o presente artigo, a realidade hoje é bem menos *negra*. Neste sentido, parti-

¹ In *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, *European Business Law Review*, 19, 2008 Issue 1, p. 147.

² Doravante, “TJ”.

mos da análise da aplicação das regras *antitrust*, nas formas pública e privada, pelos Tribunais Arbitrais, para depois nos debruçarmos sobre as cláusulas compromissórias celebradas no âmbito da aprovação de operações de concentração pela Comissão Europeia³ e pelas Autoridades Nacionais da Concorrência⁴. Para o efeito, abordaremos os últimos desenvolvimentos nestas matérias, quer ao nível da União Europeia, quer no plano nacional, e algumas das questões que permanecem por resolver.

I. Arbitrabilidade e tutela da concorrência

As finalidades de natureza pública subjacentes às regras da concorrência, do bom funcionamento do mercado e da proteção dos consumidores⁵, poderiam, em abstrato, ser incompatíveis⁶ com os critérios da *patrimonialidade* e *transigibilidade*⁷ da Arbitragem Voluntária⁸. Não obstante, desde a década de 80 que a arbitrabilidade das questões da concorrência vem sendo aceite pelas jurisdições nacionais⁹ e, em 1999, no Ac. *Eco Swiss*¹⁰, o TJ reconheceu¹¹ a arbitragem, ainda que de forma indireta¹², como um meio de

³ Doravante, “CE”.

⁴ Doravante, “ANC”.

⁵ Nas palavras de SOFIA OLIVEIRA PAIS, de “garantir que o processo de concorrência seja livre e leal por forma a que as práticas empresariais no mercado (realizadas em benefício dos consumidores) sejam socialmente aceites”, in *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 196.

⁶ Vide LAURENCE IDOT, *Arbitration, European Competition Law and Public Order*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano IV, n.º 13 – jan/mar 2013, p. 196.

⁷ Vide anotação ao art. 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (adiante, “LAV”), de DÁRIO MOURA VICENTE, in *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª Edição, Almedina e Associação Portuguesa de Arbitragem, 2017, p. 30.

⁸ Aquela que nos propomos tratar, daqui por diante.

⁹ Vide ASSIMAKIS KOMINOS, *Arbitration and EU Competition Law*, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.ºs 11 e 12 – jul/dez 2012, p. 257.

¹⁰ Ac. do TJ, de 01.06.1999, Proc. C-126/97.

¹¹ Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, p. 16.

¹² Vide JAKOB B SØRENSEN e KRISTIAN TORP, *The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, 2017, p. 37.

resolução alternativa de litígios concorrenciais e de cumprimento do princípio da efetividade do Direito da Concorrência da União Europeia¹³.

Com efeito, as regras da concorrência, designadamente¹⁴ os arts. 101.º e 102.º¹⁵ do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁶, geram, na esfera jurídica dos particulares, direitos e obrigações¹⁷. De acordo com estas disposições, são incompatíveis com o mercado interno e proibidos os acordos (*latu sensu*) restritivos da concorrência e os abusos de posição dominante. Estas regras têm efeito direto, ou seja, podem ser invocadas diretamente pelos particulares, em litígios nacionais, quer contra o Estado (efeito direto vertical), quer contra outros particulares (efeito direto horizontal)¹⁸. É certo que o Regulamento (CE) n.º 1/2003¹⁹ apenas atribui expressamente competência²⁰ para aplicar²¹ aqueles artigos à CE, às ANC e aos Tribunais Nacionais mas, ainda que não aceitemos a equiparação do Tribunal Arbitral a estes últimos²², o TJ, ao afirmar no *Ac. Eco Swiss* que os Tribunais Nacionais, no âmbito do controlo jurisdicional da decisão arbitral, devem proceder à sua anulação se a considerarem contrária às regras *antitrust*, declarou a obrigação dos árbitros de aplicarem aquelas normas: o “artigo 81.º [atual 101.º] CE pode ser considerado uma disposição de ordem pública”²³.

Bem sabemos que o *Ac. Eco Swiss* fez depender a anulação de uma sentença arbitral por parte de um Tribunal Nacional, com o fundamento na

¹³ Adiante, “DCUE”.

¹⁴ Mas não só, estas regras englobam, ainda, o controlo das operações de concentração de empresas (como veremos) e dos auxílios de estado.

¹⁵ Espelhados, em Portugal, nos arts. 9.º a 11.º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, “RJC”).

¹⁶ Doravante, “TFUE”.

¹⁷ Com efeito (cfr. *infra* referido) e aplicabilidade diretos, *i.e.*, não necessitam de ser transpostos para os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Vide *Acs. Van Gend en Loos e Defrenne*. Vide, ainda, JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, ps. 359 e ss..

¹⁸ Vide MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7.ª Edição, Almedina, 2014, p. 348.

¹⁹ Do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

²⁰ Vide WOUTER PJ WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hard Publishing, 2008, p. 1.

²¹ No âmbito de litígios não exclusivamente internos.

²² Vide LAURENCE IDOT, *Ob. Cit.*, p. 196.

²³ Pt. 39.

violação das regras da concorrência, da condição daquele dever, segundo a legislação interna, “deferir um pedido de anulação baseado na violação de normas nacionais de ordem pública”²⁴. Este último fundamento de anulação encontra-se previsto no ordenamento jurídico português, no art. 46.º n.º 3 al. b) subal. ii) da LAV e é de conhecimento oficioso do tribunal, tal como a não arbitrabilidade²⁵. A definição do conceito de ordem pública, empregue pelo TJ, tem motivado uma intensa discussão. A doutrina tem distinguido entre ordem pública *interna* e *internacional*. A primeira prende-se com os princípios fundamentais de um determinado ordenamento jurídico nacional, enquanto que a segunda é menos ampla, nela residindo os valores nucleares e comuns a todos os Estados²⁶. Como afirma LAURENCE IDOT, apesar de alguns Estados distinguirem entre o controlo da arbitragem nacional, à qual aplicam o critério da ordem pública *interna*, e o controlo da arbitragem internacional, que se deve reger pelo conceito internacional²⁷, Portugal optou por estabelecer o critério único da “ordem pública internacional do Estado português”. Na verdade, em face da oposição da Associação Portuguesa de Arbitragem²⁸ à introdução, na LAV, da violação da ordem pública como fundamento de anulação de uma sentença arbitral, o legislador nacional acabou por aplicar um conceito mais restrito²⁹, relevando apenas como fundamento do pedido de anulação os princípios comuns³⁰ às ordens públicas portuguesa e internacional³¹. Segundo a APA, um conceito indeterminado como o em apreço, para além de não encontrar paralelo na LAV anterior³², faria com que os Tribunais Nacionais entrassem na questão de fundo do litígio, como se de um recurso se tratasse. Para que tal não viesse a suceder, ficou estabelecido no art. 46.º n.º 9 da LAV o seguinte: “[o] tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas, devendo tais

²⁴ Pt. 41.

²⁵ Vide art. 46.º n.º 3 al. b) subal. i) da LAV.

²⁶ Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., ps. 45 e 46.

²⁷ Vide LAURENCE IDOT, Ob. Cit., p. 222.

²⁸ Adiante, “APA”.

²⁹ Vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, 2014, p. 80.

³⁰ Vide art. 22.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro.

³¹ Vide anotação ao art. 46.º da LAV, de JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *in* Ob. Cit., p. 151.

³² Aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de agosto e revogada pela LAV atual.

questões, se alguma das partes o pretender, ser submetidas a outro tribunal arbitral para serem por este decididas”.

O Ac. *Eco Swiss* baseou-se no Ac. *Nordsee*, que considerou que um Tribunal Arbitral Voluntário³³ não constitui um órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros na aceção do atual art. 267.º do TFUE, não podendo, assim, submeter uma questão prejudicial à apreciação do TJ³⁴. Desta feita, o controlo jurisdicional da sentença arbitral assume particular importância: “[t]odavia, o artigo 81.º CE constitui, em conformidade com o disposto no artigo 3.º, alínea g), do Tratado CE, uma disposição fundamental”³⁵. Neste âmbito, uma questão que nos suscita prende-se, ainda, com aferir se os árbitros, sendo obrigados a aplicar o DCUE, também não devem, à semelhança dos Tribunais Nacionais, “tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado”³⁶. A resposta reside, necessariamente, no preenchimento do conceito de ordem pública acima referido e ao qual voltaremos mais adiante.

II. Particularidades da aplicação pública

Muito embora o Tribunal Arbitral não seja um órgão jurisdicional com competências regulatórias, conforme já referido, as regras da concorrência “não são sobretudo hoje em dia normas cuja aplicação *só possa ter lugar* através da acção das autoridades públicas”³⁷. Designadamente, o art. 101.º do TFUE, no plano da União Europeia, e os arts. 9.º e 10.º do RJC, no ordenamento jurídico nacional, cuja violação configura em Portugal uma contraordenação punível com coima, também são diretamente aplicáveis às relações privadas, sobrepondo-se à vontade das partes.

Estando os processos sancionatórios reservados aos aplicadores públicos – CE, ANC e Tribunais Nacionais (neste âmbito, enquanto Tribunais de Recurso) –, a competência do árbitro limita-se, no domínio da aplicação pública do direito da concorrência, à aplicação do n.º 2 dos arts. 101.º do

³³ Adiante, “TAV”.

³⁴ Ac. do TJ, de 23.03.1982, Proc. 102/81, pt. 13.

³⁵ Pt. 36.

³⁶ Vide art. 16.º n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003.

³⁷ Vide JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Nova Lei de Arbitragem Voluntária e Concorrência*, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.ºs 11 e 12 – jul/dez 2012, p. 199.

TFUE e 9.º do RJC, que “sancionam” expressamente de nulidade os acordos considerados proibidos em virtude das normas mencionadas no parágrafo anterior. É que, nos termos do art. 18.º n.ºs 2 e 3 da LAV, a convenção de arbitragem contida num acordo ilícito mantém-se válida, podendo a sua nulidade ser declarada num processo arbitral. O árbitro pode, ainda, com “maior flexibilidade”³⁸ promover a modificação das cláusulas ilícitas daquele acordo.

A situação mais comum será a invocação, por uma das partes, da nulidade de um acordo à luz das regras da concorrência, como defesa para o incumprimento do mesmo. O TJ admite³⁹, ainda, que essa parte peça, com a vantagem de poder ser no mesmo processo arbitral, uma indemnização à outra parte, pelos danos causados pelo ilícito concorrencial. De facto, como veremos no ponto seguinte, a aplicação efetiva das regras da concorrência pressupõe, para além dos interesses públicos subjacentes à prevenção e à punição das suas violações, a proteção de qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por tais práticas ilegais, designadamente, através de pedidos de indemnização⁴⁰.

III. Aplicação privada pró-arbitragem?

Diferentemente da aplicação pública, a aplicação privada das regras *antitrust* reside nos direitos e obrigações nascidos na esfera jurídica dos particulares. Estamos, assim, perante litígios entre particulares, com vista à imputação de danos causados por práticas anti concorrenciais. Este direito dos consumidores, das empresas e das autoridades públicas à reparação dos danos causados por infrações às normas da concorrência foi afirmado, pela primeira vez, pelo TJ, no Ac. *Courage*⁴¹. Tradicionalmente, este direito vem sendo tutelado – embora, como veremos, os números contrariem o exer-

³⁸ Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., p. 20.

³⁹ Ac. *Courage*, do TJ, de 20.09.2001, Proc. C-453/99, pt. 28. Vide SOFIA OLIVEIRA PAIS e ANNA PISZCZ, *Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All?*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2014, 7(10), p. 211.

⁴⁰ Ac. *CDC Hydrogene Peroxide*, do Tribunal Geral (doravante, “TG”), de 15.12.2011, Proc. T-437/08, p. 77.

⁴¹ Ac. do TJ, de 20.09.2001, Proc. C-453/99, pt. 26.

cício de uma tutela jurisdicional efetiva⁴² – pelos Tribunais Nacionais, mediante a propositura de ações de indemnização.

Com efeito, a aplicação privada do direito da concorrência constitui uma das prioridades da União Europeia, muito devido ao seu escasso número de casos⁴³. Estima-se que, anualmente, no seio da União, os danos suportados pelos lesados por infrações às normas da concorrência ascendam os 23 mil milhões de Euros⁴⁴. Foi neste cenário que foi adotada a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia⁴⁵. Os Estados-Membros tinham até 27 de dezembro de 2017 para a transpor para os seus ordenamentos nacionais, sendo que, em Portugal, este processo legislativo terminou apenas em 20 de abril de 2018⁴⁶.

A Diretiva *Private Enforcement* dedica um capítulo à resolução amigável de litígios, reforçando o reconhecimento do seu contributo, conforme acima referido, para a realização do princípio da efetividade do Direito da União Europeia: “os infratores e os lesados deverão ser incentivados a acordar numa reparação dos danos causados pela infração ao direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a (...) arbitragem”⁴⁷. Neste seguimento, o diploma estabelece várias regras – diríamos – pró-arbitragem. Assim, no art. 18.º n.º 1 da Diretiva *Private Enforcement*, os lesados são, desde logo, incentivados a recorrer à arbitragem, antes mesmo de intentarem uma ação de indemnização, uma vez que o prazo de prescrição para pedir uma indemnização junto dos Tribunais Nacionais manter-se-á suspenso durante o processo arbitral. Ainda que o processo arbitral tenha início no decorrer da instância relativa-

⁴² Vide arts. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e 20.º da Constituição da República Portuguesa.

⁴³ Vide LEONOR ROSSI e MIGUEL SOUSA FERRO, *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law*, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 10 – abr/jun 2012, ps. 91 e 92 e SOFIA OLIVEIRA PAIS e ANNA PISZCZ, *Ob. Cit.*, p. 210.

⁴⁴ Vide Resumo da Avaliação de Impacto, de 11.06.2013, SWD(2013) 204 final, pt. 8. Esta avaliação acompanhou a Proposta, da CE, de adoção de Diretiva nesta matéria (COM(2013) 404 final 2013/0185).

⁴⁵ Doravante, “Diretiva *Private Enforcement*”.

⁴⁶ Vide <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41795>.

⁴⁷ Cons. 48. Vide, ainda, o art. 2.º n.º 21 da Diretiva *Private Enforcement*.

mente ao pedido apresentado nesta última, o Tribunal Nacional pode, ainda, suspende-la, até dois anos, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. Já o n.º 3 afirma expressamente a possibilidade das ANC considerarem uma indemnização paga, em cumprimento de uma sentença arbitral (anterior à decisão relativa ao processo sancionatório), como uma atenuante da coima que venha a ser aplicada. Esta última medida assume especial relevo, na medida em que favorece as *stand-alone actions*, *i.e.*, as ações de indemnização, neste caso pedidos dirigidos ao TAV, prévias à decisão do aplicador público que declare a existência de uma infração anti concorrencial⁴⁸. Com efeito, o ilícito concorrencial é, pela sua natureza secreta, extremamente difícil de provar, mesmo para as ANC com todos os poderes de investigação de que dispõem⁴⁹. Este quadro desincentiva os lesados a “darem o primeiro passo”. Finalmente, a Diretiva *Private Enforcement* prevê, no seu art. 19.º, que as transações amigáveis produzam efeitos nas ações de indemnização subsequentes, designadamente, derrogações ao princípio da responsabilidade solidária entre co infratores, estabelecido pela mesma (art. 11.º). É que, de acordo com esta regra, os lesados podem exigir de qualquer uma das empresas infratoras a reparação integral dos danos (que incluem danos emergentes e lucros cessantes) causados por aquelas⁵⁰. Este princípio faz parte do elenco de disposições de direito substantivo da Diretiva

⁴⁸ Por contraposição às *follow-on actions*. Vide GIANNI DE STEFANO, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, 2012, p. 108.

⁴⁹ Prova disso mesmo é a indispensabilidade do regime de clemência para as ANC, na medida em que aqueles pedidos constituem verdadeiras confissões. Vide CAROLINE CAUFFMAN, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, *The Competition Law Review*, 7.º Vol., Issue 2, julho 2011, p. 183, e RICHARD WHISH e DAVID BAILAY, *Competition Law*, Oxford University Press, 2012, ps. 517 e ss. No que toca à CE, segundo WOUTER PJ WILS, as empresas infratoras são a sua melhor fonte de informação, *in Ob. Cit.*, ps. 127 e 128. Vide, ainda, CHRISTOPHER R. LESLIE, *Editorial – Antitrust Leniency Programmes*, *The Competition Law Review*, Vol. 7, Issue 2, julho 2011, p. 175 e YVES BOTTEMAN e PAUL HUGHES, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, *The European Antitrust Review*, *Global Competition Review*, 2003, p. 3, os quais também se referem ao regime de clemência como o meio de investigação primordial da CE.

⁵⁰ Sem prejuízo dos pedidos de direito de regresso que hajam lugar, em função da responsabilidade relativa de cada infrator, bem como, dos regimes excecionais que a norma estabelece para as Pequenas e Médias Empresas e para as beneficiárias de dispensa de coima no âmbito do regime de clemência.

Private Enforcement, sendo, por conseguinte, aplicável à arbitragem⁵¹. Ora, o recurso à arbitragem, neste contexto, repercute-se da seguinte forma nas ações de indemnização futuras: (i) permite que seja deduzida, na medida em que ambos tenham sido parte no processo arbitral, a parte do co infrator no pedido de indemnização do lesado; (ii) impossibilita a reclamação de pedido remanescente de indemnização ou de direito de regresso contra o co infrator parte no processo arbitral, salvo se os restantes co infratores não possam pagar e, ainda assim, tal exceção pode ser excluída pelas partes; e (iii) comporta a contabilização, pelo Tribunal Nacional, das indemnizações pagas no âmbito do processo arbitral, na determinação do montante da comparticipação que um co infrator pode exigir a qualquer outro co infrator, de acordo com a responsabilidade relativa de cada um pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. Nestes termos, a arbitragem é passível de desempenhar um papel determinante na concretização dos principais objetivos da Diretiva *Private Enforcement*, i.e., assegurar uma proteção efetiva a qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por infrações ao direito da concorrência e estabelecer um equilíbrio entre *public e private enforcement*⁵².

⁵¹ Diferentemente, a menos que as partes acordem a sua aplicação, das normas de direito processual, como sejam as probatórias, previstas no Capítulo II da Diretiva *Private Enforcement*, sob a epígrafe “Divulgação de Elementos de Prova”. Vide MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017, p. 193. Outra disposição deste tipo é a relativa ao efeito vinculativo das decisões dos aplicadores públicos, que declarem uma infração às regras da concorrência (art. 9.º). Note-se que, antes da Diretiva *Private Enforcement*, o art. 16.º do Regulamento 1/2003 já previa que os Tribunais Nacionais e as ANC (diferentemente dos Tribunais Arbitrais, uma vez que, no seguimento do acima mencionado, não constituem um órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros) não pudessem tomar decisões contrárias às decisões aprovadas pela CE sobre infrações às regras *antitrust*. Assim, não se aplicando estas regras processuais aos árbitros, impor-se-ia determinar se estamos perante questões de ordem pública, de modo a que, por exemplo, a sentença arbitral que contrarie uma decisão pública possa ser objeto de anulação com fundamento na violação das regras da concorrência, nos termos *supra* aludidos. No sentido afirmativo e considerando até que uma decisão da CE que declare uma violação *hard core* (por exemplo, a prática de um cartel) das regras da concorrência impõe um dever *de facto* de vigilância ao Tribunal Arbitral, vide ASSIMAKIS KOMINOS, Ob. Cit., ps. 272 a 274.

⁵² Conss. 3 e 4.

IV. O recurso à arbitragem no controlo das concentrações

O controlo das concentrações de empresas por parte das autoridades da concorrência (CE/ANC)⁵³ visa a identificação de problemas jus-concorrenciais, que possam resultar das operações em análise, e a respetiva prevenção (quer introduzindo mecanismos que permitam eliminá-los aquando da concretização da concentração, quer proibindo as concentrações).

Trata-se de um controlo *ex ante*, que implica, necessariamente, juízos de prognose sobre os efeitos da operação, num determinado mercado, para assegurar que o funcionamento dos mercados em causa nas operações sujeitas a controlo prévio não será afetado de forma significativa pela implementação das concentrações.

Tais juízos visam, igualmente, a promoção dos interesses públicos superiores já referidos – relembre-se: a proteção da livre concorrência no mercado e a promoção do bem-estar dos consumidores. A prossecução destes interesses públicos cabe, naturalmente, às AC e não está na disponibilidade das partes privadas.

Uma vez antecipada pelas notificantes ou identificada pelas AC a existência de preocupações jusconcorrenciais numa operação de concentração, cabe, por um lado, às notificantes apresentarem as medidas corretivas que possam eliminar tais preocupações (“compromissos”) e, por outro, às AC aferir se tais medidas podem, de facto, eliminar ou mitigar a um nível aceitável as preocupações detetadas. Note-se que, em qualquer caso, os compromissos devem ser proporcionais aos problemas de concorrência detetados e permitir a sua total eliminação.

Tais compromissos podem revestir, essencialmente, dois tipos: (i) estruturais (de que são exemplo clássico as alienações); ou (ii) comportamentais (relacionados com a forma como as notificantes operam no mercado).

Uns e outros apenas poderão ser aceites se as AC puderem concluir que são, na prática, implementáveis em tempo útil e que, de facto, eliminam as preocupações jusconcorrenciais identificadas. Daqui decorre que, para serem aceites, os compromissos terão, não apenas de ser executáveis, como a sua execução terá de ser controlável pelas AC.

O controlo da execução dos compromissos não é um elemento despendendo, uma vez que implica a alocação de recursos públicos adicionais para

⁵³ Doravante, “AC”.

assegurar, quer a sua implementação, quer a aplicação de sanções em caso de incumprimento. As AC poderão recusar compromissos “invocando nomeadamente o facto de a sua aplicação não poder ser controlada de forma eficaz e que a falta de um controlo efetivo limita, ou suprime até, o efeito dos compromissos propostos”⁵⁴.

Por esta razão, medidas corretivas que sejam demasiado complexas ou de difícil sindicância não serão adequadas à finalidade a que se destinam e, logo, não serão aceites para a autorização de uma concentração.

Os compromissos estruturais, como sejam as alienações, que eliminam as preocupações jusconcorrenciais de forma rápida e duradoura e sem necessidade de acompanhamento continuado a médio ou longo prazo são, em princípio, os mais visados pelas AC. Não são, no entanto, nem os únicos admissíveis, nem, tão pouco, sempre os mais adequados para eliminar os problemas detetados.

Frequentemente, em face das características dos mercados, os compromissos de carácter comportamental (por exemplo, a alteração dos modelos contratuais das notificantes, obrigações de acesso a infraestruturas ou as licenças) podem revelar-se mais proporcionais, adequados e eficazes.

Nuns e noutros, como veremos, o recurso à arbitragem pode e tem vindo a revelar-se um mecanismo válido e eficaz para superar preocupações jus-concorrenciais suscitadas pelas operações de concentração, ainda que claramente com maior relevância quanto aos compromissos comportamentais⁵⁵.

Apesar de o controlo último da implementação das medidas de correção e da aplicação das sanções pelo respetivo incumprimento caber, indiscutivelmente, às AC, nem todos os atos materiais de correção têm de ser executados por estas ou sequer será esse o tipo de monitorização mais indicado para a prossecução dos objetivos públicos da promoção de um mercado concorrencial.

A execução dos compromissos passa por relações privadas e, quanto a estas, a introdução de um mecanismo célere e especializado para resolução de conflitos serve, simultaneamente, os interesses da AC e dos privados

⁵⁴ Parág. 14 da Comunicação da Comissão sobre medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (2008/C 267/01).

⁵⁵ *Vide OECD Hearings, Arbitration and Competition*, 2010.

envolvidos, sejam eles a empresa em posição dominante, os seus concorrentes com menor peso, os seus fornecedores ou os consumidores⁵⁶.

Se pensarmos num compromisso que envolve a alienação de um ativo, venda essa normalmente feita através de um mandatário nomeado pela parte vendedora (e previamente aceite pela AC), compreende-se que poderá ser útil introduzir um mecanismo rápido de resolução de diferendos entre mandante e mandatário.

Mas se pensarmos em compromissos comportamentais, que passam, por exemplo, por assegurar que a notificante irá oferecer aos seus concorrentes/fornecedores (ou mesmo consumidores) determinadas condições contratuais ou o acesso a determinada licença ou infraestrutura, percebe-se que será um campo onde o recurso à arbitragem poderá, de facto, ser a solução mais adequada.

Nestes casos, estão normalmente em causa compromissos em benefício de terceiros, ainda desconhecidos à data em que os mesmos são assumidos, e cuja implementação terá de se conformar e adaptar às circunstâncias concretas desses terceiros, bem como, ao contexto em que venham a surgir eventuais divergências.

Ou seja, a verificação do efetivo cumprimento dos compromissos assumidos irá depender de uma análise casuística, temporalmente distante do momento da decisão de autorização e que implica dificuldades de monitorização do cumprimento acrescidas.

O recurso à arbitragem no âmbito do controlo de concentrações é acolhido, desde há muito, pela CE, que cedo reconheceu o mérito do recurso à intervenção dos Tribunais Arbitrais e das convenções de arbitragem no acompanhamento e na resolução de litígios relativos à execução de compromissos assumidos pelas partes, para viabilizar decisões de autorização de concentrações⁵⁷.

Este reconhecimento é, aliás, expressamente feito na Comunicação da CE sobre as medidas de correção que podem ser aceites do âmbito do

⁵⁶ Neste sentido, vide MARC BLESSING, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, *Swiss Commercial Law Series*, Edit. por NEDIM PETER VOGT, Vol. 14, 2003, ps. 81 e ss..

⁵⁷ Sobretudo a partir de 1992, ano em que se registam várias decisões da CE em que a mesma aceitou, como compromissos, o recurso a cláusulas de arbitragem, ainda que com alcances distintos. Exemplos: *Elf/Minol*, N.º IV/M.235, de 04.09.1992; *British Airways/TAT*, N.º IV/M.259, de 27.11.1992; e *Du Pont/ICI*, N.º IV/M.214, de 30.09.1992.

controlo de concentrações⁵⁸, em particular nos seus parágs. 66 e 103, que identificam o recurso a mecanismos rápidos de resolução de litígios como sendo uma medida para permitir a terceiros executarem, eles próprios, os compromissos, de uma forma célere e que pode eliminar a necessidade de um controlo da execução dos compromissos por parte das ANC, salvaguardadas que estejam a eficácia e a oportunidade das decisões, bem como, a sua aplicação efetiva, podendo mesmo o recurso a este mecanismo desempenhar um papel fulcral na aceitação dos compromissos pelas ANC⁵⁹⁻⁶⁰.

Tal como decorre da referida Comunicação, a CE nomeará, concomitantemente com a instituição do procedimento arbitral, um administrador incumbido de controlar a execução dos compromissos, o qual poderá também participar nesses procedimentos.

⁵⁸ Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (2008/C 267/01).

⁵⁹ *Supra* Cit. Comunicação (2008/C 267/01), parág. 66: “[e]ntre as medidas que permitem a terceiros executar eles próprios os compromissos figuram nomeadamente o acesso a um mecanismo rápido de resolução de litígios através de um procedimento de arbitragem (em conjunto com os administradores) ou de procedimentos de arbitragem que envolvam as autoridades regulamentares nacionais competentes, caso existentes nos mercados em causa. Se a Comissão puder concluir que os mecanismos previstos nos compromissos permitirão aos próprios operadores no mercado executá-los de forma eficaz e atempada, não será necessário que esta assegure qualquer controlo permanente neste contexto. Nessas circunstâncias, uma intervenção pela Comissão apenas se justificaria nos casos em que as partes não respeitem as soluções alcançadas no âmbito desses mecanismos de resolução de litígios. No entanto a Comissão apenas poderá aceitar tais compromissos na condição de a sua complexidade não comportar, à partida, um risco para a sua eficácia e quando os dispositivos de controlo propostos assegurarem a sua aplicação efetiva e o seu mecanismo de execução se traduzir em resultados em tempo oportuno”.

⁶⁰ Parág. 103: “dada a longa duração dos compromissos relativos a outros aspectos que não a alienação, bem como a sua complexidade frequente, serão frequentemente necessários esforços significativos em matéria de controlo e instrumentos específicos para permitir à Comissão concluir que tais compromissos serão efetivamente aplicados. Por conseguinte a Comissão exigirá muitas vezes que um administrador seja incumbido de controlar a execução de tais compromissos, bem como o estabelecimento de um procedimento de arbitragem acelerado a fim de prever um mecanismo de resolução dos litígios e de assegurar que sejam os próprios operadores de mercado a garantir a observância dos compromissos. Em casos anteriores a Comissão exigiu frequentemente a nomeação de um administrador e uma cláusula de arbitragem. Nesses casos o administrador controlará a execução dos compromissos, mas estará igualmente em condições de participar nos processos de arbitragem, por forma a que estes possam, ser concluídos num prazo curto”.

Em sede de controlo de concentrações, são vários os exemplos de decisões da CE em que se optou pelo recurso à arbitragem na monitorização da implementação de compromissos, tanto em decisões de primeira como de segunda fase. Esta opção tem vindo a ter um campo de aplicação cada vez mais relevante, a ponto de, em alguns casos, o recurso à arbitragem ser, ele próprio, entendido como um compromisso indispensável à autorização da operação de concentração⁶¹. As soluções que foram sendo implementadas ao longo das decisões são também bastante diversas⁶² e refletem a evolução na aceitação deste procedimento.

Um dos primeiros casos de adoção deste mecanismo foi o Caso *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol*⁶³, decidido em primeira fase. Apesar da dimensão comunitária, as quotas de mercado pós-concentração eram relativamente baixas (de 1,5% para 5-8%) e, à partida, a concentração não oferecia particulares preocupações. No entanto, ouvidos os terceiros interessados, entendeu a CE que seria preciso assegurar o acesso dos concorrentes aos produtos das refinarias e aos depósitos em condições de mercado, o que implicava que os contratos a celebrar pós-concentração contivessem determinadas condições. A notificante aceitou, então, submeter os litígios que surgissem com terceiros a uma “arbitragem por peritos independentes e especializados nas matérias em causa”. A arbitragem surge assim *erga omnes*, como uma possibilidade de qualquer terceiro submeter os litígios a um Tribunal Arbitral especializado, ao invés de obrigar ao recurso aos Tribunais Comuns. Esta decisão espelha a forma indistinta e ainda confusa com a qual a CE se refere, sobretudo nestas primeiras decisões, a “peritos independentes” e a “árbitros”.

No mesmo ano, no Caso *British Airways/TAT*⁶⁴⁻⁶⁵, onde igualmente não se verificavam, à partida, especiais preocupações jusconcorrenciais, entendeu, no entanto, a CE que seria importante assegurar o acesso de concorrentes a *slots* de algumas rotas mais importantes, comprometendo-se a

⁶¹ Vide MARC BLESSING, Ob. Cit., ps. 81 e ss..

⁶² Os exemplos *infra* foram, na sua maioria, retirados de MARC BLESSING, Ob. Cit., ps. 81 e ss..

⁶³ Vide nr. 56.

⁶⁴ Vide nr. 56.

⁶⁵ Também no âmbito da concentração *Swissair/Sabena II*, Caso N.º IV/M.1185, de 04.06.1998, foi introduzida a possibilidade do recurso à arbitragem pelos concorrentes, no contexto dos acordos a celebrar com estes, para a transmissão de *slots*, em determinadas rotas.

notificante a transferir *slots* para os concorrentes, nessas rotas. Como medida para assegurar uma rápida resolução de eventuais litígios com terceiros, quanto aos termos dos contratos a celebrar para a transmissão dos *slots*, foi introduzida uma cláusula de arbitragem. Este caso, sendo dos primeiros em que surge o compromisso de aceitar a arbitragem em potenciais conflitos, é especialmente interessante, na medida em que estipulava que o árbitro, na falta de acordo entre as partes, seria escolhido pela British Airways mas, ficando a decisão final quanto à escolha do mesmo, sujeita a validação pelo Diretor Geral da Direção Geral da Concorrência. Esta solução para o impasse na escolha do árbitro, na falta de acordo das partes, sendo típica de modelos ingleses, não é isenta de críticas, dado que é suscetível de levantar reservas quanto à neutralidade do árbitro.

Outro dos casos que marcou um passo importante no que respeita à introdução do recurso à arbitragem para a implementação de concentrações foi o Caso *Alcatel/Thomson CSF – SCS*⁶⁶. Entendeu a CE ser necessário assegurar, pós-concentração, que as partes continuassem a fornecer aos seus concorrentes determinadas peças tidas por particularmente importantes e um dos compromissos assumidos, para ultrapassar estas preocupações, foi o da submissão das partes à nomeação de um árbitro independente, a ser designado pela Agência Espacial Europeia (ao invés de pelas próprias partes, como sucedeu no caso referido no parágrafo anterior). A decisão refere a importância deste compromisso para a aceitação da concentração, tendo em conta a nomeação de um árbitro independente das partes e com especiais conhecimentos do setor, a rapidez da decisão (os prazos para a constituição da arbitragem e decisão eram bastante curtos: decisão em dois meses), a regulação do acesso aos documentos confidenciais, o facto de a decisão não admitir recurso e ser de execução imediata e a obrigação de o árbitro manter a CE informada de todos os procedimentos que tivessem lugar.

No Caso *Allied Signal/Honeywell*⁶⁷, em que estava em causa o reforço de uma posição dominante com alegados efeitos de encerramento do mercado, estabeleceu-se a arbitragem, por um perito independente e experiente, nomeado pelas partes, mas sujeito à prévia aprovação da CE. A decisão do árbitro não admitia recurso e foram-lhe atribuídos amplos poderes de investigação e acesso a informação confidencial, podendo ordenar as me-

⁶⁶ N.º IV/M.1185, de 18.05.1998.

⁶⁷ N.º COMP/M.1601, de 01.12.1999.

didadas provisórias que entendesse necessárias. Todo o procedimento previa prazos muito curtos (*Fast Track*), tanto para as partes, como para a decisão do árbitro. Tanto o início das arbitragens, como as decisões do árbitro, deveriam ser prontamente informados à CE, ficando, ainda, as partes obrigadas a enviar, durante todo o período de vigência dos compromissos, relatórios anuais sobre a atividade do árbitro e as medidas implementadas pelas mesmas em cumprimento das decisões arbitrais. Um dado curioso desta decisão é o de ter sido igualmente definido que, simultaneamente com a nomeação do árbitro, seria nomeado um perito independente (sujeito igualmente à aprovação da CE), o qual tinha como missão a monitorização do cumprimento dos compromissos comportamentais assumidos e a obrigação de informação imediata da CE, em caso de incumprimento dos mesmos. Tendo em conta as funções deste perito independente, é expetável que o mesmo acompanhasse (ainda que passivamente) os procedimentos arbitrais, acabando por permitir uma intervenção da CE em moldes semelhantes à figura do *amicus curiae*.

No Caso *Carrefour/Promodès*⁶⁸, em que a CE identificou preocupações relativas a posição dominante coletiva com potencial efeito de encerramento do mercado a pequenos fornecedores, reconhecendo no entanto que a concentração poderia, não obstante, trazer efeitos benéficos para o mercado, um dos compromissos que levou à aceitação da concentração foi o de desinvestimento de alguns ativos por parte do *Carrefour*, juntamente com a sua aceitação de, em caso de litígio, submeter o mesmo a arbitragem, por um árbitro independente a ser nomeado por comum acordo das partes ou, na falta do mesmo, pelo Presidente da Câmara de Comércio de Paris ou de Espanha (consoante o local do litígio). Também neste caso, os motivos apontados pela CE para a aceitação do compromisso prendem-se com a independência do árbitro, a rapidez da decisão (no caso, três meses) e a obrigação do *Carrefour* de informar todos os seus fornecedores, da introdução, nos contratos em curso, da possibilidade de recurso à arbitragem para resolução de eventuais litígios (arbitragem esta detalhadamente definida).

O Caso *BskyB/Kirch Pay TV*⁶⁹ é também interessante, na medida em que espelha as preocupações da CE com o recurso à arbitragem: o procedimento arbitral ficou sujeito à prévia aprovação da CE, que poderia introduzir as

⁶⁸ N.º COMP/M.1684, de 25.01.2000.

⁶⁹ N.º COMP/M.JV.37, de 21.03.2000.

alterações que entendesse necessárias e, no limite, definir o procedimento, sendo que o árbitro deveria decidir tendo em conta todas as anteriores decisões relativas às matérias objeto dos compromissos. Ficou também claramente explícito na decisão que, em caso algum, poderia o processo arbitral pôr em causa os poderes da CE, resultantes do controlo de concentrações ou do TFUE, relativamente à imposição de medidas às partes – uma emanção do dever inalienável da CE, de salvaguardar o respeito pelos Tratados da União Europeia.

No Caso *Shell/BASF/JV – Project Nicole*⁷⁰, surge uma das primeiras manifestações, no âmbito do controlo de concentrações, da “Arbitragem Pêndulo” (*Pendulum Arbitration*), em que os árbitros terão de optar, na íntegra, pela posição de uma das partes. Ou seja, cada parte apresenta a sua proposta e respetiva fundamentação e os árbitros escolhem uma ou outra. É um mecanismo que, pelo risco inerente, visa fomentar um acordo das partes, evitando o litígio, já que o risco será mais elevado para ambas submetendo o litígio à arbitragem, pois só há ou perda ou ganho total. Neste processo estava em causa um eventual desacordo das partes quanto ao montante da compensação a ser paga pelo licenciamento, estabelecendo-se que, caso assim fosse solicitado pela parte, os contratos de licenciamento entrariam imediatamente em vigor, não obstante a pendência da arbitragem quanto ao montante da compensação. Trata-se de uma solução que suscita algumas questões, nomeadamente quanto à adesão de terceiros a este tipo de arbitragem, uma vez que os seus direitos de defesa poderão ser melhor salvaguardados por um Tribunal Comum, dados os poderes muito restritos de apreciação dos árbitros.

No Caso *Vodafone Airtouch/Mannesmann*⁷¹, surge um exemplo da resolução de litígios *Fast Track*, mais utilizada pela CE em decisões subsequentes. Esta opção de resolução de divergências foi disponibilizada aos terceiros que pretendessem por em causa um ato ou decisão da *Vodafone*, no âmbito da execução dos compromissos assumidos. Nesta solução, perante uma reclamação de terceiros (*prima facie evidence rule*) a *Vodafone* teria de apresentar os seus contra-argumentos devidamente fundamentados, sustentados em dados detalhados sobre a capacidade da rede, capacidade técnica, detalhes contabilísticos e técnicos, entre outros (o detalhe da

⁷⁰ N.º COMP/M.1751, de 29.03.2000.

⁷¹ N.º COMP/M.1795, de 12.04.2000.

informação a ser fornecida, no âmbito deste tipo de arbitragem, é verdadeiramente exaustivo). O árbitro deverá decidir a favor da reclamante, salvo se o grau de prova apresentado pela contraparte for, de facto, capaz de inverter o caso apresentado.

Este mecanismo tem na sua base a preocupação de uma resposta eficaz a um problema de grande assimetria de informação, entre os terceiros reclamantes e a *Vodafone*, a qual estaria na posse de toda a informação (até porque, no entendimento da CE, da concentração resultava um aumento significativo da posição da *Vodafone*, que lhe conferia um fortíssimo poder negocial).

Finalmente e ainda no que respeita às decisões da CE, fazemos referência ao Caso *Newscorp/Telepiu*⁷²⁻⁷³, considerado um ponto de viragem no que respeita à aceitação da arbitragem como um compromisso válido para a implementação de um sistema de monitorização efetiva de compromissos comportamentais. Neste caso, o Tribunal Arbitral seria composto por três árbitros, segundo as regras de procedimento da International Chamber of Commerce, que decidiriam com base no sistema *prima facie case supra* referido, ou seja, os árbitros decidiriam a favor do terceiro reclamante, com base na prova produzida, salvo se a contraparte conseguisse fazer prova em contrário. A decisão do tribunal seria vinculativa, ficando claramente salvaguardados os poderes da CE e do Regulador Setorial.

Em Portugal, o recurso à arbitragem, no âmbito do controlo de concentrações, está igualmente previsto nas Linhas de Orientação sobre Compromissos em Controlo de Concentrações⁷⁴. Apesar de a utilização destes mecanismos não ser tão vasta como ao nível da CE, existem alguns exemplos.

Na maioria das decisões de autorização com compromissos em que se previu o recurso à arbitragem até à data, este está restrito à regulação de litígios ou divergências entre o mandante e o mandatário⁷⁵ (*i.e.*, entre

⁷² N.º COMP/M.2876, de 02.04.2003.

⁷³ *Vide OECD Hearings*, Ob. Cit., p. 80.

⁷⁴ *Vide* pt. 102: “as salvaguardas exigidas pela AdC no âmbito de compromissos de alienação são, em grande medida, comuns às salvaguardas exigidas no âmbito da execução e monitorização de outros tipos de compromissos, referindo em especial a relevância de mandatários de monitorização e cláusulas de arbitragem no caso de cedência de licenças”.

⁷⁵ *Vide*, entre outros exemplos, os seguintes processos: Ccent. 79/2007, *Transdev/Outros Accionistas pessoas individuais do Grupo Joalto (através de NewCo)/JV Sociedade (Empresa Comum)*; Ccent. 51/2007, *Sonae/Carrefour*; Ccent. 16/2011, *Powervia (Fundo Explorer II)/Laso*Auto-Laso*Probilog*Laso Ab*.

a notificante e o administrador nomeado para controlar a execução dos compromissos).

No entanto, a decisão no âmbito do processo Ccent. 5/2013 *Kento*Unitel*Sonaecom/Optimus*⁷⁶ prevê o acesso à arbitragem em moldes um pouco distintos e mais próximos do que tem vindo a ser a prática mais recente da CE, prevendo-se o recurso à arbitragem para benefício de terceiros, caso estes entendam recorrer a tal mecanismo. Neste processo, estava em causa a aquisição pela *Kento*Unitel*Sonaecom* do controlo conjunto da *ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. (ZON)*, tal como esta última resultaria, depois de incorporar, por fusão, a sociedade *Optimus, SGPS, S.A. (Optimus)*. A Autoridade da Concorrência identificou várias preocupações jusconcorrenciais e a operação foi autorizada mediante a aceitação de vários compromissos de natureza comportamental, relacionados com as condições contratuais das partes (alargamento de prazos contratuais, restrição de cláusulas de fidelização de clientes, obrigação de acesso à rede grossista e introdução de uma opção de compra a favor da *Vodafone*).

Em particular, as notificantes comprometeram-se a assegurar que a *Optimus* negociava o acesso grossista à *Rede Optimus Partilhável*, por parte de entidades que cumprissem certos requisitos. Sempre que a *Optimus* e o terceiro requerente do acesso não chegassem a acordo para celebrar o contrato de acesso, tal diferendo deveria ser apreciado por uma Comissão Arbitral, caso o terceiro assim o pretendesse, ficando as notificantes irrevogavelmente comprometidas a assegurar que a *Optimus* aceitaria a decisão daí resultante, sobre os termos mais adequados a serem contratados.

Estes são apenas alguns dos muitos exemplos de decisões das quais decorre que, efetivamente, o recurso à arbitragem tem um campo de aplicação relativamente vasto no âmbito do controlo de concentrações e pode e deve ser encarado, tanto pelas AC, como pelas partes e terceiros, como um mecanismo eficaz para a resolução de litígios relacionados com a implementação de compromissos, tendo, por isso mesmo, um papel importante na aplicação pública e privada do direito da concorrência.

Parafraseando CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, a arbitragem não é um novo instrumento de supervisão das AC, mas antes um instrumento para resolução de litígios entre privados e por privados, ainda que tais litígios sejam o resultado de uma situação de desrespeito de deve-

⁷⁶ De 26.08.2013.

res assumidos perante a autoridade pública competente. Embora de carácter essencialmente privado, o recurso à arbitragem, nestes casos, tem a peculiaridade de ser “semi-compulsório”, na medida em que, pelo menos as empresas participantes, ficam obrigadas a aceitar a utilização desta via⁷⁷.

Embora tecnicamente não seja correto qualificar o recurso à arbitragem como um mecanismo de controlo ou execução de compromissos, é na prática esta a maior mais-valia que as AC lhe reconhecem.

Uma das questões que se tem levantado é o grau de intervenção das AC nos procedimentos arbitrais, em alguns casos considerada como injustificada e ilegítima.

Em algumas das decisões da CE, sobretudo nas iniciais em que os receios sobre o recurso e o alcance das arbitragens eram muito latentes, em particular quanto à restrição ou substituição dos poderes de supervisão atribuídos às AC, a intervenção da CE – nomeadamente quanto à obrigatoriedade da sua intervenção no procedimento arbitral (desde a escolha dos árbitros, passando pela obrigatoriedade de pronúncia e de sindicância da decisão arbitral) – levantou dúvidas quanto à natureza deste tipo de procedimentos arbitrais, designadamente se se tratavam de mecanismos adicionais de supervisão ou de verdadeiras arbitragens de natureza comercial.

O entendimento atual é o de que se tratam de arbitragens comerciais comuns, ainda que possam ter (e tenham, de facto) algumas características próprias, resultantes da circunstância de estarmos perante litígios que decorrem de dúvidas sobre o cumprimento de deveres assumidos perante entidades públicas. De entre estas características específicas, ressaltam:

- (i) a possibilidade de intervenção das AC, que não é obrigatória mas, caso exista, terá a valoração equivalente à de um relatório de um perito (ainda que especialmente qualificado⁷⁸);
- (ii) a necessidade de articulação entre o Tribunal Arbitral e a AC; e
- (iii) o facto de, na grande maioria dos casos, estarmos perante uma “declaração unilateral de adesão prévia”, uma vez que a notificante assume, perante todas as eventuais contrapartes (não identificadas à data da assunção do compromisso), a obrigação de se sujeitar a

⁷⁷ Vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., p. 28.

⁷⁸ Neste sentido, vide CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Ob. Cit., p. 18.

uma decisão de um Tribunal Arbitral⁷⁹. Não estamos perante uma verdadeira cláusula compromissória, o que pode levantar questões sobre a possibilidade ou não de invocação de exceção de incompetência, embora se trate de uma obrigação assumida pela notificante perante a entidade pública, cuja violação estará sujeita ao escrutínio desta.

A distinção entre os poderes de jurisdição das AC e dos Tribunais Arbitrais, nem sempre clara, como vimos acima, foi, no entanto, já elucidada numa das primeiras decisões de um Tribunal Arbitral, neste campo⁸⁰: à AC cabe a função pública de supervisão da implementação dos compromissos e das medidas sancionatórias necessárias; ao Tribunal Arbitral cabe decidir os litígios entre as notificantes e os beneficiários dos compromissos, os quais, na ausência de recurso aos Tribunais Arbitrais, seriam necessariamente dirimidos nos Tribunais Nacionais. A mesma decisão foi também importante na clarificação do escopo dos poderes do Tribunal Arbitral: assegurar o cumprimento dos compromissos acordados com a CE no âmbito da decisão de autorização, não lhe cabendo a alteração dos compromissos que tenham sido acordados com aquela.

V. Conclusões

Ultrapassada a questão da arbitrabilidade do direito da concorrência e conforme julgamos resultar do *supra* exposto, a defesa da concorrência tem a ganhar com a opção pela arbitragem e pelas mais-valias a esta associadas, como sejam a celeridade, o custo, a flexibilidade, a confidencialidade ou a especialização.

Os benefícios do recurso ao processo arbitral aumentam exponencialmente no caso da aplicação privada, principalmente se tivermos em consideração o escaço exercício do direito à reparação verificado. Muito embora

⁷⁹ Que DÁRIO MOURA VICENTE qualifica de “promessa de celebração de convenção arbitral”: *vide* CLÁUDIA TRABUCO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Ob. Cit.*, p. 29.

⁸⁰ *Vide* LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane VS Sky Italia*, *Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 19, Issue 2, 1 junho 2013.

neste caso, com grande probabilidade, não exista um acordo prévio entre as partes e, por conseguinte, uma convenção de arbitragem antecedente à situação controvertida. Estamos cientes da maior dificuldade das partes chegarem a um consenso e celebrarem uma convenção arbitral concomitantemente com o litígio, estando já degradada a relação entre estas, mas realçamos as vantagens daí decorrentes para ambas as partes. Se, para a empresa infratora significa a limitação da responsabilidade que lhe caberia se não se socorresse da justiça privada e, ainda, a possibilidade de ver reduzida a coima aplicável (a qual – relembre-se – pode chegar a 10% do seu volume de negócios⁸¹), para o lesado pode significar uma reparação mais eficaz. No caso das empresas, uma indemnização atempada pode mesmo fazer a diferença na estrutura de mercado, na medida em que se verifique uma incapacidade de suporte dos danos, suscetível de expulsar a empresa lesada do mercado. O TAV tem, assim, competência para declarar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil ou apenas para determinar o montante da indemnização.

Por outro lado e parafraseando LAURENCE IDOT, a arbitragem pode servir como um útil auxiliar da aplicação pública (*public enforcement auxiliary*⁸²) do direito da concorrência, em sede de controlo de concentrações. A sua relevância será tanto maior, quanto mais adaptada for às particularidades dos casos concretos, nomeadamente assegurando a especialidade dos árbitros e a sua neutralidade, a celeridade na composição do Tribunal Arbitral e na decisão, a neutralidade do local da arbitragem e da língua da mesma, a efetiva implementação da decisão do Tribunal Arbitral, nomeadamente através da renúncia ao recurso da decisão e a sua articulação com a AC.

Bibliografia

- ANDRADE, José Robin de, *Nova Lei de Arbitragem Voluntária e Concorrência*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano III. n.ºs 11 e 12 – jul/dez 2012
- BLESSING, Marc, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, *Swiss Commercial Law Series*, Edit. por VOGT, Nedim Peter, Vol. 14, 2003

⁸¹ Ou da sua remuneração anual, no caso de pessoas singulares (art. 69.º n.ºs 2 e 4 do RJC).

⁸² Vide *OECD Hearings*, Ob. Cit., p. 80.

- BARROCAS, Manuel Pereira, *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Almedina, 2017
- BOTTEMAN, Yves e HUGHES, Paul, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, *The European Antitrust Review*, *Global Competition Review*, 2003
- CAMPOS, João Mota de, e CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, 2007
- CARAMELO, António Sampaio, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, 2014
- CAUFFMAN, Caroline, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, *The Competition Law Review*, 7.^o Vol., Issue 2, julho 2011
- BLANKE, Gordon, *Comments on draft Revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation*, 16 de julho de 2007, disponível em ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files.../berwin.pdf
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7.^a Edição, Almedina, 2014
- IDOT, Laurence, *Arbitration, European Competition Law and Public Order*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano IV, n.^o 13 – jan/mar 2013
- KOMINOS, Assimakis, *Arbitration and EU Competition Law*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano III, n.^{os} 11 e 12 – jul/dez 2012
- LESLIE, Christopher R., *Editorial – Antitrust Leniency Programmes*, *The Competition Law Review*, 7.^o Vol., Issue 2, julho 2011
- OECD Hearings, *Arbitration and Competition*, 2010
- PAIS, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011
- PAIS, Sofia Oliveira e PISZCZ, Anna, *Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All?*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2014, 7(10)
- BROZOLO, Luca G. Radicati Di, *EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane VS Sky Italia*, *Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 19, Issue 2, 1 Junho 2013
- ROSSI, Leonor e FERRO, Miguel Sousa, *Private Enforcement of Competition Law, in Portugal (I): An Overview of Case-law*, *Revista de Concorrência e Regulação* Ano III n.^o 10 – abr/jun 2012
- SØRENSEN, Jajob B e TORP, Kristian, *The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, 2017
- STEFANO, Gianni de, *Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario*, *Global Competition Litigation Review*, Issue 3, 2012
- TRABUCO, Cláudia e GOUVEIA, Mariana França, *A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011

VICENTE, Dário Moura (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.^a Edição, Almedina e Associação Portuguesa de Arbitragem, 2017

WHISH, Richard e BAILEY, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 2012

WILS, Wouter PJ, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hard Publishing, 2008