

A APLICAÇÃO DA LEI DA CONCORRÊNCIA ÀS DECISÕES DE ASSOCIAÇÕES DE EMPRESAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

*João Pateira Ferreira**

ABSTRACT: Following in the footsteps of established European case-law, the Lisbon Commercial Court has set a relatively stable and sound framework for the assessment of decisions by associations of undertakings under the Portuguese competition law. While a new Competition and Regulation Court for first instance judicial review of the Competition Authority's decisions is created, we set about to revisit the Lisbon Commercial Court's jurisprudence on the subject; indeed, decisions by trade or professional associations have been subject to intense review by the Portuguese Competition Authority, and remain the field where most infringements to Portugal's 2003 Competition Law have been found.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. As associações de empresas e o Direito da concorrência. Enunciado das questões fundamentais. III. O conceito de associação de empresas. III.1. A empresa como *conditio sine qua non* da associação de empresas. III.2. As ordens profissionais como associações de empresas no Direito europeu da concorrência. III.2.1. As ordens profissionais na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa. IV. O conceito de decisão de associações de empresas. IV.1. Enquadramento geral. IV.2. A aplicação do conceito pelo Tribunal do Comércio de Lisboa. V. Conclusão.

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Jurista da Autoridade da Concorrência. As posições expressas no presente artigo são da exclusiva responsabilidade do autor e não representam necessariamente as posições da Autoridade da Concorrência.

A título cautelar, o autor sublinha que, por via das suas funções na Autoridade da Concorrência, pode ter um conhecimento dos processos citados que ultrapassará o que resulta da leitura das sentenças judiciais referidas ao longo do texto; não obstante, os seus comentários e observações incidirão, exclusivamente, sobre o teor dessas decisões judiciais ou de outros documentos de conhecimento público.

I. INTRODUÇÃO

“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible, indeed, to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary.”

ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth Of Nations*, Livro I, Capítulo X, par. 82.

A *Ordem dos Médicos*, a *Associação dos Agentes de Navegação de Portugal*, a *Ordem dos Médicos Veterinários*, a *Associação dos Industriais da Panificação de Lisboa*, a *Ordem dos Médicos Dentistas* e a *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* são algumas das entidades associativas consideradas “associações de empresas” pelo Tribunal do Comércio de Lisboa¹, no âmbito da apreciação judicial das decisões da Autoridade da Concorrência de aplicação do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (a Lei da Concorrência), disposição que proíbe decisões de associações de empresas, “*qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional*”, em termos em tudo idênticos aos previstos no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)².

1 No que respeita à aplicação das regras da concorrência em Portugal, o artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência) consagra que “*das decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa*”, continuando o esforço de (relativa) especialização do controlo judicial das decisões administrativas de aplicação das regras da concorrência, iniciada em 1999 com a alteração do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro (pela Lei n.º 3/99, de 3 de Janeiro, a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), que determinou que “*das decisões do Conselho da Concorrência cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa*” (cabendo até então recurso para o Tribunal Judicial da comarca de Lisboa).

2 Recorde-se que o efeito directo do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e o sistema de aplicação descentralizada das regras europeias de defesa da concorrência estabelecido pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO L 001, 2003, determina que os tribunais (e demais autoridades) nacionais são obrigados a verificar o preenchimento dos requisitos de aplicação desta norma, designadamente a afectação do comércio entre os Estados-membros (cf., quanto a este ponto, as Orientações da Comissão sobre o conceito

No presente artigo, discutimos a aplicação do artigo 4.º às diversas “*formas institucionalizadas de cooperação*” empresarial³, incidindo nas decisões judiciais adoptadas a partir da “modernização” do Direito nacional da concorrência em 2003⁴, por entendermos que o conhecimento da aplicação da Lei da Concorrência pelos tribunais é fundamental para compreender o processo de consolidação do Direito da concorrência em Portugal, tornando-se tão mais premente – neste, como noutros domínios do Direito da concorrência – no momento em que se assiste à criação do *Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão*, e à já anunciada intenção de promover a revisão do actual quadro jurídico concorrencial⁵.

Se o principal objectivo deste estudo ficou já definido, iremos também enquadrar a jurisprudência nacional no contexto europeu (ou “comunitário”) em que a aplicação do Direito da concorrência pelas autoridades nacionais se insere. De facto, a aplicação descentralizada do Direito europeu da concorrência implica uma osmose entre os quadros referenciais de aplicação do Direito nacional e europeu da concorrência, decorrente do envolvimento das autoridades nacionais na aplicação do Direito europeu (suportada pelos mecanismos do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁶) e, principalmente, pelo

de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101, 2004, p. 7). Sobre a aplicação descentralizada do Direito europeu da concorrência, cf. Moura e Silva, 2000 e Moreira, 2006.

3 Cf. Opinião do Advogado-Geral Philippe Léger, de 10 de Julho de 2001, no processo C-309/99, *Wouters*, par. 62.

4 Ainda ao abrigo do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, é de sublinhar a Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 9 de Março de 2001, que confirmou a decisão condenatória do Conselho da Concorrência dirigido à então Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas (a primeira dirigida a uma associação de empresas), e que seria confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 5 de Fevereiro de 2002, proferido no processo n.º 7050/001. Para uma panorâmica geral das questões relacionadas com “modernização” do Direito português, intrinsecamente relacionadas com a modernização do Direito europeu da concorrência, cf. Moura e Silva, 2008: 41-44 e 61-84, Mendes Pereira, 2009: 12 ss., Cruz Vilaça, 2006: 12 ss., Morais, 2006a: 551 ss. e 2006b.

5 Este tribunal especializado foi criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, tendo por competência “*conhecer das questões relativas ao recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contra-ordenação legalmente susceptíveis de impugnação*”, da Autoridade da Concorrência, Autoridade Nacional de Comunicações, do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliário, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, do Instituto de Seguros de Portugal e “*das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão*” (cf. artigo 2.º). A revisão do quadro legislativo nacional em matéria de concorrência foi assumida pelo Estado português no âmbito do *Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, de 17 de Maio de 2011.

6 Cf., em esp., os arts. 14.º a 16.º.

extenso *acquis* jus-concorrencial europeu, impondo os princípios fundamentais do Direito da União Europeia uma obrigação de interpretação *quase* indiferenciada das normas substantivas de concorrência nacionais e da União Europeia⁷.

Finalmente, a aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência às manifestações de vontade colectiva em que se traduzem as decisões de associações de empresas permite, tal como em relação aos demais tipos de coordenação empresarial nele previstos, abordar um vasto conjunto de problemas jus-concorrenciais; o escopo deste artigo será necessariamente mais limitado, procurando apenas concretizar o conceito de “decisão de associação de empresas”. Assim, concentraremos a nossa atenção nas questões relativas à caracterização das “associações de empresas”, com vista à identificação dos actos passíveis de qualificação como “decisões”, afinal os elementos distintivos desta prática em relação às restantes tipologias de coordenação empresarial previstas e proibidas na Lei da Concorrência, os acordos *tout court* e as práticas concertadas.

II. AS ASSOCIAÇÕES DE EMPRESAS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA. ENUNCIADO DAS QUESTÕES FUNDAMENTAIS

O *rationale* da proibição das decisões de associações de empresas que, entre nós, mantém-se substancialmente inalterada desde 1983⁸, consiste na garantia de efeito útil da proibição da coordenação de comportamentos empresariais, permitindo abranger não apenas as situações em que as empresas coordenam os seus comportamentos entre si, actuando de forma concertada ou definindo um plano de acção comum no mercado (caso das práticas concertadas e dos acordos), como através de uma *proxy*, ou seja, de uma estrutura ou organização autónoma das empresas que a constituem, desde que as manifestações de

7 O que é reconhecido pelas próprias instâncias judiciais nacionais: “a fonte deste preceito [artigo 4.º da Lei da Concorrência] é, claramente e de forma quase repetitiva o já citado artigo [101.º] do Tratado, que tem sido objecto de intenso labor por parte da Comissão, do TPI e do TJ, o qual terá, evidentemente, que ser tido em conta na interpretação e aplicação do artigo 2.º. Pode afirmar-se com segurança que, com as devidas adaptações, é, no caso, às orientações da Comissão e decisões desta e dos Tribunais Comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma. Os conceitos são os mesmos e têm sido intensamente trabalhados e estudados e valem para o nosso direito interno como para o direito comunitário” (Tribunal de Comércio de Lisboa, Sentença de 12 de Janeiro de 2006, *Ordem dos Médicos Veterinários*, processo 1302/05.5TYLSB, p. 17). A título de exemplo mais recente, onde se reproduz a mesma noção de *identidade formal e substancial* das normas nacionais e europeias em matéria de proibição de restrições concorrenciais, cf. a Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 29 de Abril de 2011, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, processo 938/10.7TYLSB, p. 35.

8 Cf. art. 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro.

vontade colectiva tenham o objecto ou efeito de condicionar ou alinhar os comportamentos individuais dessas mesmas empresas no mercado em que operam⁹.

As associações empresariais não são proibidas enquanto tal; pelo contrário, podem assumir um importante e relevante papel, servindo como fóruns de representação dos interesses das empresas perante poderes públicos e privados; podem também assumir importantes funções de auto-regulação, na definição de boas práticas e padrões de qualidade, ou mesmo condições de prestação de uma determinada actividade reconhecida como sendo de interesse público, sendo especialmente importantes, *v.g.*, no âmbito das profissões liberais¹⁰.

Os problemas surgem quando as actividades por si desenvolvidas redundam em restrições concorrenciais, quando as empresas instrumentalizam ou beneficiam das condições de reunião, troca de informação e discussão de questões de interesse comum, oferecidas pelas associações, para coordenarem comportamentos no mercado; nesse caso, as associações estarão envolvidas em condutas objectivamente restritivas da concorrência, como a fixação de preços, ou outras que, pelo contexto jurídico e económico em que se desenvolvem, apresentam um risco potencial de afectação do contexto concorrencial em que uma determinada actividade económica deve ser realizada¹¹. Em qualquer uma daquelas circunstâncias estaremos necessariamente perante uma violação das regras de defesa da concorrência, imputável à própria associação¹².

9 Moura e Silva, 2008: 386.

10 Cf. OCDE (2008), e a Comunicação da Comissão “Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais”, COM (2004) 83 final, de 9 de Fevereiro de 2004 (adiante, o “Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais”).

11 Cf. OCDE, 2008: 8: “*trade associations remain by their very nature exposed to antitrust risks, despite their many pro-competitive aspects. Participation in trade and professional associations’ activities provide ample opportunities for companies in the same line of business to meet regularly and to discuss business matters of common interest. Such meetings and discussions, even if meant to pursue legitimate association objectives, bring together direct competitors and provide them with regular opportunities for exchange of views on the market, which could easily spill over into illegal coordination. Casual discussions of prices, quantities and future business strategies can lead to agreements or informal understandings in clear violation of antitrust rules. It is for this reason that trade associations and their activities are subject to close scrutiny by competition authorities around the world.*” Quanto ao conceito de restrições concorrenciais restritivas pelo seu objecto ou efeito, cf. Morais, 2009.

12 Cf. Leibowitz, 2005: “*So much for the good part of trade associations, the bad part of trade associations is cartels. Unlike the good and the ugly aspects of trade associations, there really is nothing legally ambiguous about cartels. They are always bad.*”

Assim, “o conceito de associação de empresas assume uma função especial no artigo [101.º, n.º 1] do Tratado. Tem por objectivo evitar que as empresas possam furta-se às regras da concorrência devido apenas à forma segundo a qual coordenam o seu comportamento no mercado. Para garantir a efectividade deste princípio, o artigo [101.º, n.º 1] abrange não apenas as modalidades directas de coordenação de comportamentos entre empresas (os acordos e as práticas concertadas), mas também as formas institucionalizadas de cooperação, quer dizer, as situações em que os operadores económicos agem por intermédio de uma estrutura colectiva ou de um órgão comum”¹³.

O objectivo da proibição é o mesmo quer se trate de um acordo, de uma prática concertada ou de uma decisão de associação de empresas: garantir que os operadores económicos determinam livremente a sua actuação no mercado¹⁴, procurando abranger manifestações de cooperação empresarial restritivas da concorrência no mercado com maior ou menor grau de sofisticação e formalização¹⁵; finalmente, a distinção entre acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas não pretende criar barreiras formais entre diversos tipos de comportamentos eventualmente abrangidos pela proibição, mas sim incluir todas as formas possíveis de coordenação empresarial¹⁶.

Aqui chegados, importa determinar os elementos diferenciadores das condutas qualificáveis como “decisões de associações de empresas”: desde logo, o elemento nuclear é a existência de uma “associação”, entendida como uma estrutura organizacional autónoma das empresas que a constituem, tendo por objecto a discussão e representação comum dos seus interesses. A forma jurídica, o estatuto e a natureza dessa estrutura são irrelevantes, interessando outrossim a qualificação dos elementos pessoais que a compõem como

13 Opinião do A-G Léger no processo *Wouters*, cit., par. 62.

14 Cf. Orientações da Comissão relativas à aplicação do 81.º, n.º 3, do Tratado CE. Quanto à (re)afirmação do princípio da autonomia empresarial enquanto *leitmotiv* da tutela da concorrência no Direito da União Europeia, cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo C-8/08.

15 Permitindo imputar às próprias associações empresariais os comportamentos dos seus membros. Cf. *Faul & Nikpay*, 2007: par. 3.102. No mesmo sentido, Mendes Pereira, 2009: 90.

16 Cf., em esp., os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, nos processos apensos C-40 a 48/73, 50/73, 54 a 56/73, 111, 113 e 114/73, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA e o. c. Comissão*; de 8 de Novembro de 1983, *IAZ International Belgium NV e o. c. Comissão*, processos apensos 96 a 102, 104, 105, 108 e 110/82; de 31 de Março de 1993, nos processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e o. c. Comissão*; de 4 de Junho de 2009, *T-Mobile*, cit.

“empresas”, e o facto de tal estrutura prosseguir fins relacionados com as actividades económicas desenvolvidas por tais empresas.

Em segundo lugar, haverá que apurar o que se entende por “decisão”. Os exemplos da jurisprudência da União Europeia nesta matéria são vastos e, como veremos, a jurisprudência nacional tem também concluído pela verificação de “decisões” no âmbito de condutas associativas muito díspares entre si; aqui seremos confrontados com uma noção *funcionalista* do conceito de decisão que, ultrapassando a necessidade de apurar efectivamente os processos internos de tomada de posição ou a sua obrigatoriedade, de facto ou de direito, para os destinatários, procura determinar se a mesma tem por objecto ou como efeito influenciar ou determinar o comportamento das empresas associadas no âmbito das actividades económicas por si desenvolvidas¹⁷.

Importa, contudo, ressaltar duas questões: a determinação dos comportamentos imputáveis directamente às empresas ou à associação não é uma operação que possa conduzir a resultados fungíveis, quando os requisitos de preenchimento da conduta típica (não obstante o objectivo comum da proibição) são distintos. Até por questões de imputação e responsabilização subjectiva, podemos verificar condutas eventualmente restritivas da concorrência que deverão ser analisadas como um acordo ou uma prática concertada, e não como uma *decisão da associação* eventualmente envolvida¹⁸; por outro lado, a qualificação dos elementos subjectivos que compõem uma associação como “empresas” não é condição suficiente para a sua submissão às regras de concorrência, como veremos adiante a propósito do enquadramento especial das ordens profissionais.

Finalmente, a própria associação poderá ser considerada como uma empresa, para efeitos de imputação de condutas qualificadas pelos artigos 4.º e 6.º da Lei da Concorrência (e artigos 101.º e 102.º do TFUE) como *acordos*, *práticas restritivas* ou *abusos de posição dominante*, mas não é necessário, nem sequer relevante, determinar se a referida associação está directamente envolvida em actividades económicas para ser abrangida pela proibição das “*decisões*”

17 Quanto à caracterização *funcionalista* dos elementos que constituem as condutas proibidas pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE e do artigo 4.º da Lei da Concorrência, designadamente quanto às decisões de associações de empresas, cf. Jones & Sufrin, 2008: 146 ss., Whish, 2008: 97 ss., Korah, 2007: 40 ss. Por todos, cf. Morais, 2009.

18 Podendo concluir-se, por exemplo, por um *acordo entre empresas* e uma *decisão de associação de empresas*, em relação a um conjunto de condutas restritivas da concorrência que sejam imputáveis, simultaneamente, às empresas e à associação. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Julho de 1989, *SC Belasco e o. c. Comissão*, processo 246/86.

de associações de empresas restritivas da concorrência”; dito de outro modo, não é necessário que a associação seja simultaneamente uma empresa para que as disposições da Lei da Concorrência e do TFUE lhe sejam aplicáveis¹⁹.

III. O CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO DE EMPRESAS

III.1. A empresa como *conditio sine qua non* da associação de empresas

Desde a entrada em funções da Autoridade da Concorrência, o Tribunal do Comércio de Lisboa foi confrontado com várias decisões condenatórias tendo por base condutas ou comportamentos restritivos da concorrência imputados a associações empresariais e de profissionais liberais²⁰.

Ao proibir as decisões de associações com objecto ou efeito restritivo da concorrência, o legislador reconhece implicitamente que a possibilidade – *rectius*, a liberdade – de as empresas se reunirem e associarem para discussão de questões de interesse e representação comum constitui um incentivo natural à coordenação de comportamentos no mercado, precisamente por se tratar de um contexto institucional apropriado para o desenvolvimento de estratégias comerciais comuns, definição de barreiras de acesso ao mercado, monitorização e sancionamento de comportamentos desviantes de tais estratégias²¹; em bom rigor, as associações de empresas podem agir como verdadeiros “cartéis” institucionalizados e organizados desde a sua constituição²²,

19 De facto, a inclusão das associações de empresas no escopo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE não implica que estas desenvolvam directamente actividades económicas, uma vez que nesse caso estarão desde logo abrangidas enquanto “empresas”. Por isso, uma associação de empresas poderá ser responsabilizada não apenas pelas “decisões” que adopte enquanto tal, mas também pelas práticas por si desenvolvidas enquanto “unidade económica”, ou seja, enquanto empresa. Cf. Odudu, 2006: 52 ss.

20 A primeira decisão condenatória da Autoridade da Concorrência dirigida a uma associação de empresas data de 2005 (cf. comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 7/2005, de 12 de Julho de 2005), tendo por destinatário a Ordem dos Médicos Veterinários. À data em que escrevemos o presente artigo, a última decisão condenatória da Autoridade relativa a uma decisão de associação de empresas, e já objecto de apreciação judicial, data de 2010, destinada à Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (cf. comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 6/2010, de 18 de Maio de 2010). Pendente de recurso judicial encontra-se ainda a decisão condenatória da Autoridade dirigida à Associação Nacional das Empresas de Parques de Estacionamento (cf. comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 1/2011, de 19 de Janeiro de 2011).

21 “*The costs of establishing and enforcing a cartel can be facilitated if there exists an easy way for firms to meet and co-ordinate their activities without raising the attention of competition authorities. One such mechanism is via the establishment of a trade association*”. Cf. Bishop & Walker, 2010: 173 ss.

22 Decisão da Comissão Europeia 80/917, de 9 de Julho de 1980, *National Sulphuric Acid Association*.

podendo as empresas nelas associadas encontrar nesse ambiente institucional o meio perfeito para coordenarem os seus comportamentos no mercado²³.

Para que estas disposições possam ser aplicadas a quaisquer estruturas ou organizações associativas, importa desde logo determinar se os elementos subjectivos que as constituem são “empresas” para efeitos de aplicação do Direito da concorrência.

A noção de “empresa” em Direito da concorrência merece amplo consenso, assentando na identificação de um elemento subjectivo (uma organização de meios) e objectivo (a prossecução de uma actividade económica, ou seja, da oferta de bens e serviços num determinado mercado), independentemente da forma assumida e do fim, lucrativo ou não, que prossiga²⁴; como tal, o conceito jus-concorrencial de empresa não depende da caracterização jurídico-formal de uma entidade, mas sim da existência de uma estrutura de meios (dos recursos físicos ou humanos necessários ou adequados à realização da actividade) organizados para a prossecução de uma determinada actividade económica, e na autonomia decisória ou comportamental, ou seja, na capacidade de determinação autónoma das condutas necessárias ao desenvolvimento da actividade económica em causa. Assim, para além dos exemplos típicos de actividades comerciais ou empresariais, também os clubes de futebol, cooperativas e profissionais liberais²⁵, como médicos, advogados ou revisores de contas, ao desenvolverem uma actividade económica podem ser qualificados como empresas.

No caso das associações, e por estarmos perante uma cooperação institucionalizada (*i.e.*, através de uma entidade autónoma das empresas que a constituem), a jurisprudência da União Europeia define os elementos e requisitos que permitem a caracterização de uma entidade como “associação de empresas”, ressalvando a flexibilidade exegética imposta pelo caso concreto: desde

23 Tome-se, a título de exemplo, o conjunto de condutas adoptadas no âmbito da *Société Coopérative des Asphalteurs Belges*, descritas no Acórdão do Tribunal de Justiça *Belasco*, cit.

24 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macroton GmbH*, processo C-41/90, onde se fixou que o conceito de empresa abrange “qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento” (par. 21), e os Acórdãos subsequentes, de 19 de Janeiro de 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, processo C-346/94 e de 18 de Março de 1997, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA*, processo C-343/95. Cf. ainda *Morais*, 2006a: 331 ss. e 2009: 17 ss., *Mendes Pereira*, 2009: 68 ss. e *Moura e Silva*, 2008: 230 ss.

25 Cf., entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 18 de Junho de 1998, *Comissão c. Itália*, processo C-35/96, e de 12 de Setembro de 2000, *Pavel Pavlov e o. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, processos apensos C-180 a C-184/98.

logo, o conceito de “associação” deve ser analisado casuisticamente, tendo em conta os objectivos e actuação dessa entidade²⁶, e não a forma ou estatuto jurídico que possa assumir, a sua natureza pública ou privada, a composição dos órgãos da sua estrutura ou outros, podendo abranger cooperativas, associações empresariais, associações profissionais com poderes de regulação e associações de associações²⁷, independentemente do seu eventual envolvimento directo em actividades económicas: importa sim que a associação em causa seja composta por empresas que desenvolvam, em geral, a mesma actividade, e que represente os interesses dessas empresas (ou do sector em que se inserem) perante outros operadores económicos, o Estado e demais entidades públicas e os consumidores em geral.

Como tal, a qualificação de uma determinada organização de tipo associativo enquanto “associação de empresas” dependerá da verificação cumulativa de um elemento *subjectivo*, tratando-se de um conjunto de empresas agrupadas numa organização com a finalidade de representação dos associados, e de um elemento *objectivo*, sendo caracterizada (necessária mas não exclusivamente) como um instrumento da manifestação da vontade dos seus membros, susceptível de condicionar, coordenar ou determinar o seu comportamento no âmbito da actividade económica por si desenvolvida; caso ambos os elementos estejam reunidos, estaremos perante uma associação de empresas na acepção do artigo 4.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, estando as suas condutas e actividades, enquanto eventuais “decisões”, sujeitas à apreciação jus-concorrencial.

Entre nós, a qualificação de determinados profissionais liberais como empresas, para efeitos da submissão das respectivas associações profissionais ao Direito da concorrência, mereceu acolhimento pelo Tribunal de Comércio de Lisboa em processos que tiveram origem em decisões condenatórias da Autoridade da Concorrência dirigidas à Ordem dos Médicos Dentistas²⁸,

26 Cf. a Opinião do A-G Léger no processo *Wouters*, cit.: “regra geral, a associação agrupa empresas do mesmo ramo e encarrega-se de representar e de defender os seus interesses comuns em relação aos outros operadores económicos, aos organismos governamentais e ao público em geral” (par. 61).

27 Cf. Decisões da Comissão Europeia 95/188, de 30 de Janeiro de 1995, *Coapi*, e 86/595, de 26 de Novembro de 1986, *Meldoc*, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *J. C. J. Wouters e o. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, processo C-309/99.

28 Cf. Sentença de 14 de Dezembro de 2005, no processo 1307/05.6TYLSB, *Ordem dos Médicos Dentistas: “os médicos dentistas inscritos na OMD são operadores económicos que prestam serviços num determinado mercado (da saúde oral), podendo exercer essa actividade de forma dependente ou independente, auferindo uma remuneração pelos serviços que prestam. Consequentemente, é manifesto que os médicos dentistas,*

à Ordem dos Médicos Veterinários²⁹, à Ordem dos Médicos³⁰ e à Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas³¹. Pela sua natureza, menos dúvidas foram suscitadas em relação aos agentes de navegação³², aos transportadores rodoviários de mercadorias³³ ou aos industriais de panificação e pastelarias³⁴, onde a relação causal entre a existência de uma estrutura associativa que congrega

enquanto profissionais liberais, exercem uma actividade económica e constituem empresas na acepção do citado artigo 2.º (pp. 20-21).

29 Cf. Sentença de 12 de Janeiro de 2006, no processo 1302/05.5TYLSB, *Ordem dos Médicos Veterinários*: “face a este quadro conclui-se que os médicos veterinários inscritos na OMV são operadores económicos que prestam serviços veterinários, de forma dependente ou independente, percebendo pela mesma uma remuneração. Assim sendo, os médicos veterinários que exercem de forma independente a sua actividade económica são profissionais liberais, cabendo, pois, na definição de empresa prevista no art.º 2, n.º 1 da Lei n.º 18/03.” (p. 19).

30 Cf. Sentença de 18 de Janeiro de 2007, no processo 851/06.2TYLSB, *Ordem dos Médicos*: “os seus associados [da Ordem dos Médicos] exercem a profissão através de actividade pública, enquanto funcionários públicos integrados no Serviço Nacional de Saúde, no qual prestam serviços a título independente 2189 médicos, enquanto profissionais liberais ou através de sociedades sujeitas ao regime e transparência fiscal, sendo seu dever exercer a actividade de acordo com as normas legais, éticas e deontológicas aplicáveis à sua actividade, nomeadamente as previstas no Código deontológico da Ordem dos Médicos. Atendendo a esta factualidade, importa considerar que os médicos associados da arguida, enquanto profissionais liberais, oferecendo serviços remunerados num mercado específico, desenvolvendo uma actividade económica, constituem empresas no sentido referido.” (p. 33).

31 Cf. Sentença de 29 de Abril de 2011, no processo 938/10.7TYLSB, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Conta*: “Os técnicos oficiais de contas prestam autónoma e onerosamente um serviço, essencialmente intelectual, num mercado, mediante remuneração. Face a este quadro, conclui-se que os técnicos oficiais de contas, inscritos na Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, são operadores económicos que prestam os seus serviços, de forma dependente ou independente, percebendo pela mesma uma remuneração; são profissionais liberais, cabendo, pois, na definição de empresa prevista no artigo 2.º, n.º 1 da Lei 18/03, de 11/6.” (p. 39).

32 Cf. Sentença de 28 de Julho de 2006, no processo 261/06.1TYLSB, *AGEPOR – Associação dos Agentes de Navegação de Portugal*: “[...] os agentes de navegação, que são associados da AGEPOR, na qualidade de operadores económicos, prestam diversos serviços especializados remunerados, no mercado específico das actividades portuárias e marítimas. Assim sendo, podemos concluir que os agentes de navegação, associados da arguida, oferecendo serviços remunerados num mercado específico, desenvolvendo uma actividade económica, constituem empresas no sentido referido. Considerando-se estas empresas, o silogismo não poderá ser outro senão o de que a AGEPOR constitui uma associação de empresas [...]” (p. 48).

33 Cf. Sentença de 23 de Junho de 2010, no processo 412/09.4TYLSB, *ANTRAM – Associação Nacional de Transportadores Públicos Rodoviários de Mercadorias*: “A Associação Nacional de Transportadores Públicos Rodoviários de Mercadorias (ANTRAM) é uma associação patronal que abrange as empresas que desenvolvam a actividade de transporte rodoviário de mercadorias [...] As empresas que exercem a actividade de transporte rodoviário de mercadorias podem ser associadas da arguida e são operadores económicos que prestam serviços. Logo a arguida é uma associação de empresas.” (p. 23).

34 Cf. Sentença de 25 de Junho de 2010, no processo 178/09.8TYLSB, *A IPL – Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa*: “Atenta a descrição do objecto estatutário da Associação Arguida, bem como o enquadramento dos seus associados – produtores e/ou vendedores de pão e outros produtos de pastelaria e panificação, para comercialização num determinado mercado – é claro o enquadramento dos associados da Arguida como empresas para efeitos da aplicação da Lei n.º 18/2003 e, em sequência, da Arguida como associação de empresas.” (p. 34).

empresas como associados e a qualificação dessa estrutura como *associação de empresas* foi determinada de forma quase imediata pelo Tribunal.

Em todas estas ocasiões a cumulação dos elementos subjectivo e objectivo que referimos *supra*, em especial no que respeita à ligação *umbilical* entre o conceito de empresa e o de associação de empresas, foi o resultado de um mesmo exercício *silogístico* empregue pelo Tribunal quando confrontado com manifestações de vontade de coordenação de comportamentos empresariais imputáveis a uma associação, tanto perante associações de empresas sem poderes de autoridade pública, como perante associações de profissionais liberais dotadas de tais poderes, nomeadamente poderes de regulação.

Todavia, analisados tais arestos mais atentamente, verifica-se que o percurso não é necessariamente o mesmo, preocupando-se o Tribunal, em especial no caso das ordens profissionais, em escarpelizar o objecto e finalidades de tais associações, por um lado, e as condições que presidiram à adopção da manifestação de vontade *sub judice*, por outro, como condições prévias à sua sujeição às regras de defesa da concorrência. Ou seja, o Tribunal, em particular perante associações de profissionais liberais, procura determinar se, não obstante a qualificação de tais profissionais como *empresas* não merecer dúvidas, as associações que os representam podem, ainda ser, ser consideradas associações de empresas para efeitos de aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência.

Este *iter decidendi* (pelo qual a empresa é condição *necessária*, mas não *suficiente*, para a qualificação de uma determinada associação como *associação de empresas*) é no essencial a adopção pelo Tribunal do Comércio dos parâmetros de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE às associações de profissionais liberais, consolidados nos acórdãos *Wouters* e *Arduino*³⁵, de 19 de Fevereiro de 2002. A especificidade desta matéria impõe neste contexto uma análise autónoma, ainda que sucinta, da sujeição das ordens profissionais ao Direito da concorrência.

III.2. As ordens profissionais como associações de empresas no Direito europeu da concorrência

A fronteira entre o que é uma actividade legítima da associação de empresas – muitas vezes reconduzida, com maior ou menor propriedade, ao *lobbying* – e o que constitui uma restrição concorrencial torna-se de difícil demarcação

35 Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *Manuele Arduino e o.*, processo C-35/99.

quando a associação em causa possui poderes de regulação ou ordenação da actividade económica das empresas associadas. Em especial, quando se trata de associações (ou “ordens”) de profissionais liberais, com poderes de regulação do exercício de uma determinada actividade devolvidos pelo Estado; aqui, a delimitação entre o que é ou não abrangido pelo âmbito de aplicação do Direito da concorrência ocorre a dois níveis: em primeiro lugar, na definição do que constitui uma decisão de uma associação de empresas ou uma medida imposta por uma associação dotada de poderes de autoridade pública, e na sequência do exercício de tais poderes; em segundo lugar, tratando-se de uma decisão de associação de empresas em sentido próprio, haverá que determinar quais os casos em que será necessário sujeitá-la a um juízo de proporcionalidade que procure balancear as restrições causadas à concorrência com o interesse geral prosseguido por essa medida.

A importância deste apuramento – que exige, mesmo numa análise introdutória à aplicação jurisprudencial de um conceito normativo como *decisão de associação de empresas*, a exposição dos principais parâmetros da análise just-concorrencial das ordens profissionais enquanto associações de empresas – é evidente quando se verifica que, entre 2005 e 2010, das sete decisões judiciais do Tribunal do Comércio de Lisboa em matéria de decisões de associações de empresas, quatro dizem respeito precisamente a ordens profissionais³⁶.

Para compreender as especificidades do tratamento desta matéria, devemos considerar em primeiro lugar a natureza das actividades em causa, tratando-se de profissões, como no caso dos médicos, advogados, engenheiros, farmacêuticos ou contabilistas, onde a regulamentação pública e a auto-regulação são muito intensas, por via da obediência da prestação desses serviços a critérios de interesse geral. As regras a que tais profissões estão sujeitas impõem um código ético ou deontológico que condiciona a liberdade de cada prestador individual, em obediência ao interesse público subjacente à própria actividade, aos requisitos técnicos necessários à sua prestação e ao “bem público” que configuram³⁷.

36 Refira-se que a mais recente decisão da Comissão Europeia de aplicação do artigo 101.º do TFUE a uma associação de empresas respeita também a uma ordem profissional, no caso a *Ordre national des pharmaciens* francesa. Cf. Decisão da Comissão de 8 de Dezembro de 2010, no processo COMP/39.510 LABCO/ONP.

37 Cf. Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais, cit., p. 4: “*existem essencialmente três razões que podem justificar um determinado nível de regulamentação dos serviços das profissões liberais: a assimetria de informações entre os clientes e os prestadores de serviços, que constitui uma característica inerente aos serviços profissionais e que implica que os profissionais revelem um elevado*”

Confrontados com este enquadramento, podemos deparar-nos com duas alternativas de regulação: pelo Estado (em sentido amplo), quando é a autoridade pública que determina as condições que uma empresa ou profissional deve preencher para o exercício de determinada profissão, ou através da auto-regulação, ou seja, quando tais condições são definidas pelas próprias empresas ou profissionais, normalmente através de associações representativas constituídas para o efeito. No primeiro caso, estaremos perante uma medida estatal, em princípio não sujeita às regras de defesa da concorrência³⁸; no segundo caso, estaremos perante *acordos entre empresas, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas entre empresas* que, restringindo o acesso ou condicionando o exercício de determinada profissão ou actividade, configuram *prima facie* uma violação do artigo 101.º do TFUE ou do artigo 4.º da Lei da Concorrência.

Quando a auto-regulação por associações de profissionais resulta da devolução dos poderes do Estado³⁹, encontramos uma confluência de factores que simultaneamente explicam e justificam a aplicação do Direito da concorrência (e os seus limites), em relação às ordens profissionais: por um lado, um poder devolvido de regulação de determinada actividade económica, em obediência a princípios de interesse geral, com impacto na própria qualificação da associação (*é uma associação de empresas? é uma autoridade pública?*); por outro lado, um potencial elevado de infracção às regras da concorrência, ao confundir-se na mesma organização um poder de regulação económica com a representação dos interesses dos prestadores dessa actividade, que podem

nível de conhecimentos técnicos que os consumidores poderão não possuir; os aspectos externos uma vez que estes serviços podem ter um impacto sobre terceiros; e o facto de alguns serviços profissionais deverem produzir 'bens públicos' importantes para a sociedade em geral".

38 Não obstante as regras de concorrência do Tratado se dirigirem às empresas, também impedem que os Estados adoptem medidas que ponham em causa o seu efeito útil – neste caso, a medida estatal pode ser contrária ao artigo 101.º do TFUE; por outro lado, no âmbito da União Europeia, e em especial no âmbito das chamadas liberdades económicas fundamentais que constituem o cerne da *constituição económica europeia*, as medidas estatais podem ser configuradas como restrições à livre prestação de serviços, à liberdade de estabelecimento ou à liberdade de circulação de capitais, conforme o caso, constituindo por isso violações do Direito da União Europeia pelos Estados-membros em causa. Naturalmente, não aprofundaremos aqui esta matéria.

39 Cf. Freitas do Amaral, 2010: 366 ss. Para uma análise da problemática da sujeição das ordens profissionais – enquanto associações públicas de entidades privadas, criadas para a prossecução de fins de interesse geral, como a regulação e disciplina do exercício de determinadas actividades profissionais – ao Direito da Concorrência, pugnando *in fine* pela não aplicação das regras de defesa da concorrência, em especial das normas de cariz sancionatório, a tais associações por entender que os princípios definidos pela jurisprudência da União Europeia nesta matéria contrariam a natureza pública da actuação das ordens profissionais nacionais, cf. Sérvulo Correia *et al.*, 2010.

por essa via determinar, condicionar ou limitar o exercício de uma determinada actividade económica em benefício próprio e para lá do escopo admissível ou necessário à sua boa regulação.

Nos Acórdãos *Wouters e Arduino* o Tribunal de Justiça reconhece a natureza específica da actuação destas associações – em especial pelo papel que desempenham na regulação e definição de critérios de actuação deontológica de determinadas profissões liberais, actuando por devolução de poderes do Estado, e reconhecendo-lhes expressamente poderes de regulação e conformação da prestação de uma determinada actividade económica –, que as autonomiza das demais associações empresariais, impondo um conjunto de critérios à luz dos quais nem sempre uma associação de profissionais liberais será uma “associação de empresas”, mesmo que não esteja em causa a qualificação de tais profissionais como empresas (e como tal, a sua sujeição individual ao Direito da concorrência), e nem sempre uma decisão dessa associação, mesmo que restrinja a concorrência, deverá ser considerada proibida à luz do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE⁴⁰.

É importante notar, desde logo, o seguinte: em primeiro lugar, a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria, conforme definida nestes dois acórdãos, enquadra-se num contexto mais amplo de análise do âmbito do poder reservado aos Estados de regularem, por motivos de interesse geral, as condições de prestação de determinadas actividades profissionais nos respectivos mercados nacionais. Não é por acaso que as questões de concorrência em ambos os casos surgem *pari passu* com os limites e excepções oponíveis pelos Estados à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços, previstos no Tratado⁴¹; em segundo lugar, a jurisprudência *Wouters* deverá ser compreendida à luz da doutrina das *restrições acessórias*, ou seja, das restrições concorrenciais admissíveis por se considerarem objectivamente necessárias à prossecução ou salvaguarda de outros interesses meta-concorrenciais mercedores de tutela, e assim, inserindo-se num contexto mais amplo de

40 Como se refere no Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais, cit., p. 19, par. 71, (retomando a jurisprudência *Wouters e Arduino*), “um organismo que regula o comportamento profissional não é, contudo, uma associação de empresas se for composto por uma maioria de representantes das autoridades públicas e se estiver sujeito a critérios de interesse público previamente definidos. As normas aprovadas por um organismo profissional apenas podem ser consideradas medidas estatais se o Estado tiver definido os critérios de interesse público e os princípios fundamentais a que a regulamentação deve obedecer e se o Estado conservar o seu poder de decisão em última instância”.

41 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *Pavel Pavlov*, cit.

definição dos objectivos e limites das regras de defesa da concorrência⁴²; em terceiro lugar, e mais próximo das questões que interessam aqui analisar, as decisões do Tribunal de Justiça nos processos *Wouters* e *Arduino* são também o resultado de uma evolução na análise do papel das associações de empresas no contexto de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE a casos em que as restrições concorrenciais, a existirem, surgem por via de uma intervenção pública ou *medida estatal, i.e.*, quando estão em causa decisões das associações adoptadas na sequência de obrigações ou imposições públicas, ou de medidas públicas que têm na sua base (ou são o resultado) da influência das associações. É apenas neste contexto muito específico que esta jurisprudência pode ser compreendida.

Do que se trata, ao cabo e ao resto, é do reconhecimento do conteúdo multifuncional de tais estruturas associativas e da compreensão que muitas das actividades por si desenvolvidas não respeitam necessariamente ao âmbito de aplicação do Direito da concorrência, nomeadamente, quando actuam enquanto “autoridades públicas”, e apenas nesse estrito âmbito: assim, quando estejam em causa actividades que, pela sua natureza, pelas regras a que estão sujeitas ou que, pelo seu objecto, não digam respeito a “trocas económicas” ou que sejam desprovidas de qualquer conteúdo comercial, não será possível qualificar a associação em causa como uma “associação de empresas”, e tais actividades não poderão ser analisadas à luz das regras do artigo 101.º do TFUE⁴³; igualmente, quando se trate do exercício de prerrogativas de poder público, e a associação em causa prossiga, nos termos de um mandato legal, uma missão de interesse geral, actuando como uma autoridade pública, as regras de concorrência apenas serão aplicáveis às actividades da associação que não se insiram em tais prerrogativas⁴⁴.

42 Cf. Mendes Pereira, 2009: 113.

43 Par. 57 do Acórdão do Tribunal de Justiça *Wouters*, e demais jurisprudência aí citada.

44 *Wouters*, par. 55. Todavia, o Tribunal não deixa de condicionar o recurso a esta argumentação ao preenchimento de três requisitos adicionais: para que as regras de concorrência não se apliquem às actividades das ordens profissionais quando estas actuam na prossecução de uma missão de interesse geral conferida ou reconhecida pelo Estado, 1) O Estado deve definir os critérios de interesse geral que nortearão a conduta da ordem profissional; 2) deve definir os princípios gerais essenciais aos quais as regras impostas pela ordem profissional se devem conformar; e 3) deve preservar o seu poder de decisão em última instância (par. 68 a 69). Sobre a relevância deste acórdão na jurisprudência da União Europeia em matéria de ordens profissionais, não deixando de criticar um certo enviesamento da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE em torno de critérios de interesse público, que parecem subjacentes à jurisprudência aí firmada (em especial nos “testes” a que fazemos referência), cf. Forrester, 2006.

O cerne do Acórdão *Wouters* reside na apreciação de uma restrição concorrencial à luz do princípio da proporcionalidade: o Tribunal considerou que a Ordem dos advogados neerlandesa constituía uma associação de empresas, e que o acto em causa (a proibição da prática profissional multidisciplinar) constituía uma decisão de associação de empresas, susceptível de restringir a concorrência nos termos e para os efeitos do artigo 101.º do TFUE⁴⁵.

Todavia, uma vez preenchido o escopo de aplicação da proibição, o Tribunal acaba por introduzir um juízo de proporcionalidade para avaliação dessa restrição à luz dos interesses que a sua imposição visa acautelar, ou seja, não obstante verificar-se uma restrição concorrencial, sendo necessária para a prossecução de fins inerentes à prestação da própria actividade económica em causa, o Tribunal irá ponderar a sua compatibilidade com o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE⁴⁶, o que a Comissão qualificaria posteriormente como “*excepção Wouters*”⁴⁷.

Esta jurisprudência, não obstante não ser isenta de críticas ao introduzir um crivo de apreciação do interesse geral subjacente aos poderes delegados pelos Estados às associações de profissionais liberais para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (e não ao abrigo de um eventual balanço

45 Designadamente, porque os seus membros são eleitos apenas pelos associados, sem qualquer intervenção estatal, e porque as medidas em causa não eram adoptadas por imposição do Estado, mas apenas no interesse do exercício da profissão (par. 61 ss.).

46 Como se refere no par. 97 deste aresto, “*importa, todavia, sublinhar que qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade, que dão a necessária garantia de integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e à boa administração da justiça. Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos*”. Mais recentemente, no Acórdão de 18 de Julho de 2006, *Meca Medina c. Comissão*, processo C-519/04 P, o Tribunal de Justiça retomou esta ponderação, numa formulação mais abrangente: “*qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 81.º, n.º 1, CE. De facto, tendo em vista a aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos. Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos e se são proporcionados a esses objectivos*” (par. 42).

47 Cf. Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais, cit., p. 20, par. 74.

económico positivo nos termos do n.º 3 da mesma disposição)⁴⁸, apresenta contudo uma orientação suficientemente clara quanto à sujeição *in genere* das associações de profissionais liberais às regras de concorrência, delimitando algo finamente os domínios em que a apreciação jus-concorrencial poderá ceder perante outros interesses⁴⁹.

Se a jurisprudência definida no Acórdão *Wouters* seria determinante para a avaliação da compatibilidade entre decisões de associações de empresas restritivas da concorrência e a proibição do artigo 101.º do TFUE, haverá ainda que ter em conta a eventual natureza pública da restrição concorrencial, não obstante a mesma ser o resultado, necessário ou eventual, da intervenção de uma associação de empresas no processo que culminou com a adopção dessa restrição.

Esta questão seria objecto do Acórdão *Arduino*: neste processo, estava em causa a compatibilidade da tabela de honorários mínimos e máximos que os advogados italianos poderiam cobrar pelos seus serviços, tabela essa que seria adoptada pelo Ministério da Justiça com base numa proposta apresentada pelo *Consiglio Nazionale Forense* da Ordem dos Advogados italiana (que seria obrigatoriamente consultada sobre esta matéria)⁵⁰.

48 Esta ponderação do interesse geral na auto-regulação das profissões liberais, e os seus reflexos na aplicação do Direito da concorrência às associações representativas destes profissionais é também uma questão suscitada a nível da aplicação da Secção I do *Sherman Act*, nos Estados Unidos da América. Cf. Blumenthal, 2006: 1: “the courts have rejected arguments that markets for professional services operate differently from other markets and that the professions should be exempt from antitrust enforcement or subject to special rules. Because the professions are often subject to additional forms of governmental oversight, however, the application of traditional antitrust principles will sometimes be accepting of limited displacement of competition in furtherance of other objectives”.

49 Note-se, os interesses prosseguidos com a restrição concorrencial, e não os efeitos pró ou anti-concorrenciais eventualmente identificados que sejam o resultado da restrição, uma vez que não se verifica uma sobreposição entre o âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE e o juízo de proporcionalidade da restrição concorrencial à luz dos interesses (meta-concorrenciais) por si protegidos. De facto, resulta daqui que uma restrição concorrencial poderá ser justificada em dois tempos: um primeiro momento, quando se trata de verificar o preenchimento dos requisitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, demonstrando que a restrição da concorrência é objectivamente necessária (*inerente*) à prossecução de um objectivo meta-concorrencial merecedor de tutela; um segundo momento, que apenas será necessário caso falhe a primeira demonstração, invocando os efeitos pró-competitivos da restrição para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Cf. Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais, cit. p. 21, par. 8o.

50 Questão que seria igualmente suscitada entre nós, ainda que em *vol d’oiseau*, no processo *Agepor* (cf. *infra*).

O Tribunal, começando por recordar a responsabilidade dos Estados em assegurar o efeito útil das normas sobre concorrência dos Tratados⁵¹, conclui de seguida que “*a este respeito, o facto de um Estado-Membro confiar a uma organização profissional a elaboração de um projecto de tabela de prestações não priva automaticamente de natureza estatal a tabela finalmente estabelecida*” (par. 36), o que sucederá quando “*os membros da organização profissional podem ser qualificados como peritos independentes dos operadores económicos em causa e sejam obrigados por lei a fixar as tabelas tomando em consideração não apenas os interesses das empresas ou das associações de empresas do sector que os designou, mas igualmente o interesse geral e os interesses das empresas dos outros sectores ou dos utentes dos serviços em causa*” (par. 37).

Entendeu ainda o Tribunal que os factos do processo demonstravam que “*não se verifica que o Estado italiano tenha renunciado a exercer o seu poder de decisão em última instância ou a controlar a execução da tabela [...] por um lado, o CNF apenas está encarregado de elaborar um projecto de tabela que, enquanto tal, é destituído de força vinculativa. Na falta de aprovação pelo Ministro, o projecto de tabela não entra em vigor, continuando a aplicar-se a antiga tabela aprovada. Em consequência, o Ministro tem o poder de fazer alterar o projecto pelo CNF (...). Por outro lado, [...] prevê que a liquidação dos honorários é efectuada pelas autoridades judiciais com base nos critérios referidos [...], atendendo à gravidade e ao número de questões tratadas. Além disso, em determinados casos excepcionais, o juiz pode, através de decisão devidamente fundamentada, derrogar os limites máximos e mínimos*” (par. 40 a 42)⁵².

A jurisprudência do Tribunal firmada no Acórdão *Arduino* encontra antecedentes imediatos no Acórdão *Pavel Pavlov*, que representa o culminar da inflexão da jurisprudência relativa à aplicação das regras da concorrência aos Estados e às associações de empresas envolvidos na imposição de restrições concorrenciais através de medidas estatais⁵³, quer porque os acordos e deci-

51 Par. 25: “*existe violação dos artigos 5.º e 85.º do Tratado quando um Estado-Membro impõe ou favorece a celebração de acordos contrários ao artigo 85.º ou reforça os seus efeitos, ou retira à sua própria regulamentação a sua natureza estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção de interesse económico*”.

52 O Tribunal adoptou idêntica postura em processos mais recentes, envolvendo ainda a Ordem dos Advogados italiana. Cf. Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 17 de Fevereiro de 2005, *Giorgio Emanuele Mauri c. Ministero della Giustizia e o.*, processo C-250/03, e de 5 de Dezembro de 2006, *Frederico Cipolla c. Rosaria Portolese e Stefano Macrino e o. c. Roberto Meloni*, processos apensos C-94/04 e C-202/04.

53 Cf. os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 1985, *BNIC*, processo 123/83, de 30 de Abril de 1986, *Nouvelles frontières*, processos apensos 209 a 239/84, de 1 de Outubro de 1987, *Vlaamse*

sões de associações eram o resultado de tais medidas estatais (entendendo-se assim que o Estado promovia a violação das regras da concorrência), quer porque a delegação em empresas ou seus representantes do poder decisório relevante em matéria económica, sem balizas de interesse público definidas claramente pelo Estado, constituíam uma descaracterização da natureza estatal dessa regulamentação⁵⁴. A partir destes casos, o Tribunal concluiu pela não violação das regras de defesa da concorrência quando a restrição em causa seja o resultado de uma decisão do Estado⁵⁵, que não deixe às empresas (ou associações de empresas) qualquer margem de liberdade que lhes permita adotar um comportamento alternativo, não restritivo⁵⁶.

A jurisprudência definida na pegada dos Acórdãos *Pavlov* e *Arduino* retira da esfera de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE um conjunto de comportamentos que, até aí, nele se subsumiam. Se os motivos subjacentes a estas decisões são claros – uma decisão de uma associação de empresas que consista apenas na apresentação de uma proposta de tabela de preços à autoridade pública competente para a sua adopção, no âmbito de um processo de decisão complexo onde várias entidades sejam chamadas a intervir, não é restritiva da concorrência *per se* – não é menos certo que os resultados podem ser perniciosos⁵⁷: de facto, se a adopção de uma proposta de tabela de preços pela associação não representa uma violação das regras da concorrência, então

Reisburo, processo 311/85, de 21 de Setembro de 1988, *Van Eycke*, processo 267/86 e de 9 de Setembro de 2003, *CIF*, processo c. C-198/01.

54 Cf. Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 30 de Abril de 1986, *Lucas Asjes e o.*, processos apensos 209 a 213/84, *BNIC* cit., de 18 de Junho de 1998, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl e o.*, processo C-266/96, de 21 de Setembro de 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds textielindustrie*, processo C-67/96, e *Pavel Pavlov* cit.: nos primeiros casos, verificando-se a adopção de uma tabela de preços mínimos pelo Estado, na sequência de uma proposta apresentada pela associação profissional representativa do sector, o Tribunal concluía verificarem-se duas violações distintas: em primeiro lugar, o facto de a associação propor uma tabela de preços ou honorários mínimos constituía já uma *decisão de associação de empresas*, violadora do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE; em segundo lugar, o facto de o Estado adoptar essa tabela constituía nova violação, desta vez imputada ao próprio Estado, por pôr em causa por esta via o efeito útil das regras europeias de defesa da concorrência. Nos acórdãos *Corsica Ferries*, *Albany* e *Pavel Pavlov*, pelo contrário, o Tribunal entendeu que uma proposta de tabela de preços mínimos apresentada por uma associação a uma autoridade pública para a sua aprovação não pode ser considerada como tendo, por si só, um objecto ou efeito restritivo da concorrência.

55 Desde que não sejam determinados quaisquer elementos relativos à colusão entre empresas. Cf. os Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 17 de Novembro de 1993, *Meng*, processo C-2/91, *Ohra*, processo C-245/91, e *Reiss*, processo C-185/91, e de 9 de Junho de 1994, *Delta*, processo C-153/93.

56 Cf. Acórdão *CIF*, cit., e o Relatório sobre concorrência nos serviços de profissões liberais, cit., p. 20, par. 77.

57 Forrester, 2006 e Vossestein, 2002.

a sua adoção pelo Estado também não constituirá uma violação do seu dever de assegurar o efeito útil das regras de concorrência do Tratado (uma vez que neste caso não haveria nenhuma restrição concorrencial que pudesse ser imputada à associação, para além da proposta)⁵⁸.

O Tribunal teve oportunidade de alterar esta sua jurisprudência nos processos apensos *Cipolla* e *Macrino*, uma vez mais em torno de tabelas de honorários aprovadas nos termos da legislação italiana⁵⁹; aqui, a Comissão sugeriu a revisão da jurisprudência fixada no Acórdão *Arduino* quanto à natureza estatal das medidas em causa, propondo uma apreciação da proporcionalidade da medida à luz da sua interpretação da *exceção Wouters*, apresentada no seu relatório de 2004 sobre profissões liberais⁶⁰, o que bem se compreende: confrontada com as decisões *Wouters* (avaliação da proporcionalidade) e *Arduino* (determinação da natureza estatal de uma medida com efeitos restritivos da concorrência), a Comissão procurou em primeiro lugar delimitar a medida da avaliação da proporcionalidade, sujeitando-a a um rigoroso crivo de apreciação da invocação da proporcionalidade da restrição à luz dos interesses mercedores de tutela que essa medida, necessária e exclusivamente, visaria acautelar, e em segundo lugar, condicionar as situações em que as *restrições por via de medidas de natureza estatal* pudessem ser invocadas, designadamente, quando as associações são chamadas a pronunciar-se no âmbito de processos normativos públicos que terão como resultado uma restrição concorrencial.

Quanto a nós, muito embora as oportunidades que se apresentaram ao Tribunal em *Cipolla* e *Macrino* não assentassem em matéria de facto que permitisse, salvo uma expressa inflexão da jurisprudência anterior, adoptar o proposto pela Comissão em relação às medidas de natureza estatal, seria sempre preferível trazer tais questões para o campo de análise oferecido pelo artigo 101.º do TFUE, permitindo uma avaliação das consequências restri-

58 Cf. a Opinião do Advogado-Geral Jacobs ao processo *Pavlov*, de 23 de Março de 2000, par. 161 e 163, que seria retomada, neste ponto, pelo Advogado-Geral P. Léger na sua opinião no processo *Arduino*. Em ambos os casos, os A-G Jacobs e Léger entenderam ser preferível que se decidisse que a proposta da tabela apresentada pela Associação constituiria uma restrição concorrencial, juntamente com a adopção da mesma pelo Estado (que assim reforçaria o efeito restritivo da concertação necessária à adopção da referida proposta), em linha com a jurisprudência definida no Acórdão *BNIC*, mas que se considerasse compatível com o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE à luz dos interesses públicos subjacentes à adopção da referida restrição concorrencial (invocando assim a avaliação da proporcionalidade da restrição, à luz do que seria finalmente adoptado pelo Tribunal no Acórdão *Wouters*).

59 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 2006, *Frederico Cipolla*, cit..

60 Para uma apresentação sucinta das questões em confronto nestes acórdãos e nas propostas apresentadas pela Comissão, cf. Deisenhofer, 2005.

tivas da concorrência impostas por uma medida, à luz dos interesses públicos subjacentes à sua adopção, do que liminarmente afastar a aplicação das regras de concorrência e apreciar tais restrições à luz das obrigações dos Estados em matéria de liberdade de prestação de serviços ou de estabelecimento⁶¹. De facto, as regras aplicadas aos profissionais liberais, sejam elas provenientes da auto-regulação corporativa, sejam decorrentes de medidas estatais (normalmente adoptadas na sequência da audição dos representantes dessas profissões), implicam restrições concorrenciais que apenas podem ser justificadas à luz de um interesse geral suficientemente oponível aos interesses salvaguardados pelas regras de defesa da concorrência; assim, no caso da advocacia, podendo ser justificável a adopção de medidas que visem salvaguardar um direito universal de acesso à justiça assentes, por exemplo, na fixação de honorários *máximos*, já a fixação de honorários mínimos pareceria apenas justificável pelo objectivo de evitar que os advogados concorram entre si em matéria de honorários – ali, o interesse geral oponível até poderá ser passível de justificação, aqui não.

Todavia, mais do que limitar a aplicação do artigo 101.º do TFUE (ou admitir uma zona de exclusão que beneficie apenas as ordens profissionais), a jurisprudência *Wouters* e *Arduino* introduz restrições muito relevantes à actuação das ordens profissionais e às associações de empresas com poderes de autoridade (ou funções de auto-regulação), estipulando os critérios de análise das condutas por si assumidas: em especial, porque o Tribunal de Justiça consente uma avaliação de proporcionalidade da restrição concorrenciais quando a decisão representa uma regulação específica da actividade profissional em causa, imposta por necessidades específicas decorrentes da própria actividade que impõem critérios de equilíbrio e protecção dos consumidores (por via da assimetria de informação), ou justificada por critérios objectivos e concretizáveis de interesse geral, não admitindo que tais considerações meta-concorrenciais tenham em conta, exclusiva ou principalmente, os interesses dos próprios profissionais⁶², e porque as condições em que a intervenção de uma

61 A decisão do Tribunal, mantendo a jurisprudência *Arduino*, seria suportada pelo Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, na sua Opinião de 1 de Fevereiro de 2006: “apesar de a aplicação de uma tabela de honorários de advogados limitar fortemente a concorrência entre advogados, não podem, no entanto, subsistir dúvidas quanto à sua legalidade à luz dos artigos 10.º CE e 81.º CE, uma vez que o Tribunal de Justiça concluiu, no acórdão *Arduino*, já referido, que essa tabela era estabelecida pelo Estado e não decorria da delegação por este último num agrupamento de empresas” (par. 40).

62 Ou outras considerações não relacionadas com as necessidades específicas de prestação dos serviços em causa, como por exemplo a necessidade de protecção dos profissionais ou empresas associadas perante

associação de empresas na adopção pelo Estado de uma restrição concorrencial pode ser admissível à luz do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE são limitadas.

Aqui, sublinhamos que as decisões das associações de empresas não deixam de estar sujeitas a apreciação jus-concorrencial, mesmo que sejam o resultado de uma obrigação imposta pelo Estado⁶³, ou ainda quando sirvam de base para a adopção de medidas por parte do Estado⁶⁴. Em ambos os casos, desde que seja possível imputar à associação um comportamento que tenha, ou seja susceptível de ter, um carácter restritivo da concorrência, a mesma será sujeita à aplicação das normas de defesa da concorrência.

III.2.1. As ordens profissionais na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa

Como referimos, o Tribunal do Comércio de Lisboa, confrontado com decisões da Autoridade da Concorrência que têm por destinatários as ordens profissionais, tem concluído pela sua qualificação como *associações de empresas* não apenas pela natureza empresarial dos profissionais associados – recorrendo à jurisprudência da União Europeia consolidada na matéria – mas também pela análise dos estatutos ou das finalidades dessas ordens profissionais, procurando determinar se tais associações são ou não susceptíveis de servir de instrumento da manifestação da vontade dos seus membros, podendo

alterações das condições de mercado, nomeadamente crises económicas. Para um debate em torno desta questão, cf. Devlin, 2010.

63 Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 30 de Setembro de 2003, *Atlantic Container Line e o. c. Comissão*, processos apensos T-191/98, T-212/98 a T-214/98 (par. 1130): “há que lembrar que, de acordo com jurisprudência assente, os artigos 85.º e 86.º do Tratado referem-se apenas aos comportamentos anticoncorrenciais adoptados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se às empresas é imposto por uma legislação nacional um comportamento anticoncorrencial, ou se esta legislação cria um quadro jurídico que elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte, os artigos 85.º e 86.º não são aplicáveis. Numa situação deste tipo, como resulta das referidas disposições, a limitação concorrência não é causada por comportamentos autónomos das empresas. Pelo contrário, os artigos 85.º e 86.º do Tratado podem ser aplicados se se revelar que a legislação nacional deixa subsistir a possibilidade de uma concorrência susceptível de ser entravada, limitada ou falseada por comportamentos autónomos das empresas...Por conseguinte, se uma lei nacional se limitar a permitir, a encorajar ou a facilitar a adopção pelas empresas de comportamentos anticoncorrenciais autónomos, estas continuam sujeitas às regras da concorrência do Tratado”. No mesmo sentido, cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2010, *Deutsche Telekom c. Comissão*, processo C-280/08 P, par. 56 ss. e, finalmente, a Comunicação da Comissão relativa às “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, 2011/C 11/01, par. 22.

64 Por exemplo, quando uma decisão de uma associação relativa à fixação de preços é adoptada pelo Estado, que por essa via converte tal fixação de preços numa obrigação legal para as empresas abrangidas. Cf. Decisão da Comissão 93/438, de 30 de Junho de 1993, *CNSD*, e o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Março de 2000, *CNSD c. Comissão*, no processo T-513/93.

condicionar, coordenar ou determinar o seu comportamento no âmbito da actividade económica por estes desenvolvida.

Atente-se, neste caso, à argumentação expendida no processo *Ordem dos Médicos*, no recurso de impugnação interposto por esta associação de uma decisão condenatória da Autoridade da Concorrência: “no que respeita ao mérito, diz a recorrente que: a) não resulta claro nem do Tratado, nem da Lei 18/2003 e no que respeita a esta última, da conjugação do disposto no art. 2.º com o art. 4.º, que a *Ordem dos Médicos* possa ser considerada uma associação de empresas, ainda que exclusivamente para efeitos de aplicação da lei da concorrência, acrescentando que a *Ordem dos Médicos* é uma entidade reguladora com poderes públicos de autoridade e que actua na prossecução do interesse público, mesmo quando define critérios de fixação de preços, já que estes não têm por objecto intrínseco a defesa dos interesses económicos dos médicos, mas dos doentes; b) as actividades de auto-regulação fundadas no interesse público não constituem actividade económica e, consequentemente, estão afastadas do direito da concorrência” (sentença cit., p. 3), não podendo o Tribunal, à luz do que referimos já, ter outra conclusão que não a seguinte: “...basta ver a definição da *Ordem dos Médicos*, resultante do seu Estatuto, em que esta é definida estatutariamente como representante dos licenciados em Medicina que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica e que tem por finalidades, entre outras: [...] fomentar e defender os interesses da profissão médica a todos os níveis, nomeadamente no respeitante a promoção sócio-profissional, à segurança social e às relações de trabalho [...] para concluirmos que a recorrente é um organismo de representação e promoção dos interesses de uma classe, não reunindo desde logo as características primárias das entidades reguladoras sectoriais, como sejam a isenção e a imparcialidade” (sentença cit, p. 9)⁶⁵.

O mesmo percurso assente na análise cumulativa da natureza empresarial dos profissionais associados e da natureza das actividades da associação, com base nos seus estatutos ou regras do seu funcionamento, para poder então daí extrair a sujeição dessa estrutura associativa às regras de defesa da concorrência, encontra-se também na recente decisão do Tribunal de Comércio no processo *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, onde o Tribunal descreve as

65 De notar que esta decisão seria confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa (Acórdão de 22 de Novembro de 2007, no processo 5352/07-9), que rejeitou liminarmente o recurso interposto pela Ordem dos Médicos. A mesma questão, reconduzida à alegada incompetência da Autoridade da Concorrência para sancionar a Ordem dos Médicos, foi igualmente suscitada perante o Tribunal Constitucional, que não a apreciou (cf. Acórdão n.º 632/2009, de 3 de Dezembro de 2009).

atribuições daquela associação para poder concluir que “a *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* é uma entidade criada com o objectivo de controlar o acesso e o exercício de uma determinada profissão (técnico oficial de contas) com o objectivo de representar os interesses profissionais dos seus associados. [...] Os fins prosseguidos pelas câmaras profissionais – a ordenação do exercício da profissão liberal, a representação exclusiva e a defesa dos interesses profissionais dos associados – não exigem o afastamento das normas sobre concorrência” (sentença cit., p. 40).

Nestes casos apreciados pelo Tribunal do Comércio, a sujeição das ordens profissionais ao Direito da concorrência surgia evidente, tanto pela natureza das associações em questão como pela representação dos interesses dos profissionais no exercício da sua actividade económica, como por não se tratar de questões reguladas pelas ordens profissionais no exercício de prerrogativas de poder público, conformado pela definição estatal de critérios de interesse geral e dos princípios a que tal exercício estaria sujeito. E, como veremos, conclusão idêntica seria atingida quanto à aplicação da *excepção Wouters* às restrições concorrenciais que seriam objecto destes arestos.

IV. O CONCEITO DE DECISÃO DE ASSOCIAÇÃO DE EMPRESAS

IV.1. Enquadramento geral

Da mesma forma que o conceito de associação de empresas está funcionalmente relacionado com o conceito de empresa, também a qualificação de uma decisão de associação de empresas para efeitos de aplicação das regras de defesa da concorrência apresenta uma relação de dependência com a concretização das práticas de coordenação empresarial restritivas da concorrência.

Como vimos, a proibição das decisões de associações de empresas é apenas uma forma distinta de abranger condutas que, sendo imputáveis a uma organização autónoma das empresas, revestem a natureza de uma restrição concorrenciais horizontal, ou seja, de uma prática restritiva entre empresas do mesmo sector e no mesmo patamar da cadeia de produção ou distribuição de um bem ou serviço.

Sendo certo que as associações desenvolvem vários tipos de actividades, é naquelas que permitem ou constituem uma coordenação das empresas associadas que devemos concentrar as nossas atenções, ou seja, podendo as associações de empresas ser objecto de punição à luz do artigo 101.º do TFUE, os actos ou condutas por si adoptados que sejam reportados ao conceito de “decisão” mas que nada tenham que ver com a actividade económica ou com

o comportamento dos operadores económicos seus associados no mercado, naturalmente cairão fora do âmbito de aplicação da norma.

Desde logo, a primeira questão a suscitar prende-se com a forma que uma “decisão de associação de empresas” pode revestir; a segunda, claro está, com o seu conteúdo.

A prática e a jurisprudência europeias neste domínio são vastas, tendo a Comissão e os Tribunais concluído pelo preenchimento dos requisitos da proibição não apenas em relação às decisões formais assumidas pelas associações nos termos estipulados nos seus estatutos e de acordo com as regras definidas em termos de competência e representação externa, mas também outras manifestações que possam constituir uma forma de representação da vontade colectiva das empresas: a própria constituição da associação, a estipulação de regras relativas ao seu funcionamento, normas de conduta obrigatórias e recomendações não vinculativas podem, assim, configurar decisões de associações de empresas sujeitas à proibição do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, tal como os comunicados da associação ou declarações públicas dos seus representantes.

Para este efeito, uma decisão existe e pode ser imputada à associação, independentemente da sua forma, quer os respectivos associados a cumpram ou não⁶⁶, desde que se possa assumir que essa manifestação corresponde à expressão da vontade da associação de empresas. Como referido pelo Tribunal de Justiça, “*ainda que o seu texto a qualifique de ‘não obrigatória’, nem por isso a recomendação deixaria de revestir a natureza de ‘decisão’ de uma associação de empresas. Basta, para o efeito, que a recomendação seja conforme aos estatutos e que tenha sido levada ao conhecimento dos seus membros, com observância das regras exigidas, enquanto expressão da vontade da associação de empresas.*”⁶⁷.

Se a análise da *forma* da decisão da associação impõe que a realidade material em análise seja articulada com o conteúdo útil da proibição, impondo assim uma metodologia de análise funcionalista, o mesmo deverá ser concluído em relação ao *teor* ou *conteúdo* da decisão para determinarmos se a mesma constitui uma restrição objectiva da concorrência, *i.e.*, se pelo seu propósito ou conteúdo, “*limita a liberdade de uma ou mais empresas de determinar a sua*

66 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça IAZ, cit.

67 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de Janeiro de 1987, *Verband der Sachversicherer c. Comissão*, processo 45/85, par. 26.

*política no mercado de maneira autónoma*⁶⁸ – ou se é susceptível de, tendo em conta o contexto jurídico e económico em que é adoptada, restringir a concorrência; em qualquer caso, a análise do *objecto* ou *efeito* restritivo da concorrência é necessariamente casuístico, não podendo limitar-se aos exemplos clássicos da *fixação de preços*, *repartição de mercados*, ou *limitação de produção*⁶⁹.

Considere-se, a este propósito, a eventual qualificação como *decisão de associação de empresas* de um conjunto de comportamentos encadeados, aptos ou tendentes a permitir a coordenação dos comportamentos das empresas no mercado, no âmbito das trocas de informações sobre o funcionamento de determinado sector. Sendo a disponibilidade da informação relativa ao funcionamento de um determinado mercado essencial para os operadores do mesmo (mas também para potenciais concorrentes e consumidores), a existência de intercâmbios de informação relevante, ou *sensível*, sobre as actividades das empresas, designadamente sobre clientes, quantidades e preços, permitindo às empresas envolvidas ter acesso a um conjunto de informação relevante que lhes permita predeterminar o comportamento dos seus concorrentes e reduzir o grau de incerteza, inerentes ao processo concorrencial, em especial quando essa informação é suficientemente desagregada e actual: um sistema de recolha de informações promovido por uma associação de empresas – legítimo, quando se trata da actividade de recolha e processamento de elementos estatísticos genéricos sobre o funcionamento dos sectores de actividade em que os associados estejam representados e que constitui um instrumento fundamental para o desempenho da missão das próprias associações – pode traduzir-se, efectivamente, num esquema de troca de informações entre empresas que tanto pode servir para facilitar a colusão de condutas no mercado, permitindo uma actuação concertada, como introduzir um grau de

68 Cf. Opinião da Advogada-Geral Verica Trstenjak, de 4 de Setembro de 2008, no processo C-209/07, *The Competition Authority c. Beef Industry Development Society*, par. 42.

69 Cf. Opinião da A-G V. Trstenjak, cit., par. 48 a 50: “o conceito de objectivo de restrição da concorrência também não pode ser reduzido a uma enumeração exhaustiva. Já o vocábulo ‘designadamente’ no artigo 81.º, n.º 1, CE, torna desde logo claro que as restrições à concorrência abrangidas pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, não estão limitadas às que são referidas no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE. Não podem, por isso, os objectivos de restrições à concorrência ser limitados aos exemplos referidos no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a c), CE. Além disso, a noção de objectivo de restrição da concorrência não pode ser reduzida à fixação de preços, à partilha de mercados ou ao controlo da produção. O facto de os Tribunais da Comunidade Europeia se terem ocupado em muitas decisões com estes tipos de restrições à concorrência não significa que acordos com uma finalidade diferente não possam ter como objectivo restrições da concorrência.”

transparência no funcionamento do mercado que condicione uma estrutura concorrencial assente na actuação independente dos operadores económicos⁷⁰.

Ponto assente é que as recomendações e outras manifestações (sejam elas públicas ou dirigidas apenas aos associados), que tenham por objectivo ou sejam susceptíveis de coordenar o comportamento das empresas subsumem-se na proibição do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, independentemente de quaisquer indícios relativos à existência de acordos ou práticas concertadas envolvendo tais empresas⁷¹; igualmente, tais manifestações de vontade colectiva não podem deixar de estar relacionadas com as actividades económicas desenvolvidas pelas empresas associadas⁷².

Mas essa relação com a actividade económica das empresas associadas é também condicional à adequação para a coordenação de condutas no mercado. De facto, a participação de uma associação num processo de negociação colectiva, ou no âmbito de mecanismos de concertação social, está certamente relacionada com a actividade económica das empresas associadas, mas essa participação, e as decisões (enquanto manifestações de exteriorização de vontade colectiva) aí tomadas não serão adequadas a coordenar o comportamento das empresas associadas no exercício da sua actividade económica, e como tal não serão susceptíveis de censura à luz da Lei da Concorrência ou do Tratado. Da mesma forma, quando estas associações são ouvidas no âmbito de processos legislativos ou, em relação a sectores sujeitos a regulação económica por parte de autoridades administrativas independentes, no âmbito da implementação ou revisão da respectiva regulação sectorial, as manifestações

70 Cf. Roques, 2009, e Bishop & Walker, 2010. Esta matéria passou ser objecto de tratamento específico pela Comissão, na sua Comunicação relativa às “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, cit. (cf. par. 55 ss.).

71 O que não impede, claro está, que perante tais indícios, tanto a associação como as empresas poderão ser responsabilizadas, respectivamente, pelas decisões, acordos e práticas concertadas em que estejam envolvidas, e que um acordo celebrado pela associação possa ser considerado, afinal, como um acordo entre as empresas membros da associação.

72 Questão que foi particularmente desenvolvida no Acórdão *Wouters*. Aí discutia-se a qualificação da Ordem dos Advogados neerlandesa como uma “associação de empresas”, por um lado, e a regulamentação relativa a “práticas multidisciplinares” como uma “decisão de associação de empresas”, por outro lado, tendo o Tribunal concluído que a Ordem dos Advogados neerlandesa ao conformar o exercício da profissão da advocacia (no caso, proibindo as chamadas práticas multidisciplinares, *i.e.*, de prestação de serviços de advocacia conjuntamente com outras actividades liberais, como contabilidade, auditoria ou outras), estava a agir enquanto associação de empresas nos termos e para os efeitos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, uma vez que “tal regulamento constitui a expressão da vontade de representantes dos membros de uma profissão para que estes adoptem um comportamento determinado no quadro da sua actividade económica” (par. 64).

imputáveis às associações, no estrito âmbito desses processos, também não serão passíveis de sujeição à proibição⁷³.

IV.2. A aplicação do conceito pelo Tribunal do Comércio de Lisboa

Assumindo expressamente a *osmose analítica* a que aludimos *supra*, o Tribunal do Comércio tem seguido a jurisprudência da União Europeia nos diversos arestos em que se pronuncia sobre decisões de associações de empresas, pugnando por uma análise funcionalista dos actos imputáveis às associações, independentemente da sua forma. Neste sentido, concluiu que “*as decisões de associações de empresas, na acepção dos identificados diplomas legais, poderão definir-se, entre outros, como actos de vontade colectiva emanados do órgão legal ou estatutariamente competente da respectiva associação, embora não necessariamente, uma vez que se deverá privilegiar, também neste domínio, uma interpretação com base na finalidade da proibição, bastando que se verifique uma exteriorização que reflecta, com precisão mediana e inteligível para os seus destinatários, o desejo ou a vontade dessa associação coordenar o comportamento dos seus membros. [...] Assim, a acepção de decisão de associação de empresas constante do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a susceptibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.”⁷⁴.*

De facto, a generalidade das manifestações de vontade colectiva consideradas restritivas da concorrência respeita directamente a questões relacionadas com as condições de exercício da actividade das empresas em causa: no processo *Agepor*, estava em causa a elaboração, aprovação e divulgação de tabelas de preços máximos para os serviços prestados pelos agentes de navegação, as quais, tendo uma remota origem na definição ministerial desses preços, passaram a ser elaboradas pela Associação para orientação dos respectivos associados⁷⁵; no processo *AIPL*, o Tribunal admitiu a qualificação de um sis-

73 Nos termos e condições que vimos *supra*, a propósito da jurisprudência *Arduino* do Tribunal de Justiça. De facto, nada impede que no âmbito de tais processos, ou por causa deles, não sejam identificados comportamentos qualificáveis como decisões de associações de empresas, e punidos como tal.

74 Cf. Sentença *AIPL*, cit., p. 32 a 33. Sublinhados no original.

75 É interessante notar a referência à defesa da Agepor quanto ao facto de a elaboração das referidas tabelas resultar de uma medida estatal. De facto, o Decreto-Lei n.º 76/89, de 3 de Março (que define o regime jurídico da actividade de agente de navegação) prevê, no seu artigo 15.º, que “1. O ministro responsável pelo sector portuário poderá fixar tabelas de tarifas máximas a aplicar pelos agentes de navegação, tendo em conta a proposta apresentada pela associação respectiva e o parecer que sobre a mesma for emitido

tema de troca de informações sobre preços, estabelecido mediante o envio de cartas pelo presidente de direcção aos associados a solicitar os preços praticados, como uma decisão de associação de empresas, sendo significativo que em tais cartas se exprimisse o objectivo de “*orientar o sector*”; finalmente, no processo *ANTRAM*, o Tribunal considerou que a recusa de prestação de serviços pelas empresas associadas no âmbito de uma disputa entre os transportadores rodoviários e a entidade gestora de um terminal de contentores com origem na compensação dos transportadores pelo tempo de espera excessivo no terminal constituía uma decisão de associação de empresas.

Nestes casos – com excepção da decisão proferida no processo *ANTRAM* – a determinação do nexu entre a associação de empresas, por um lado, e a manifestação de vontade colectiva encerrada no conceito de *decisão*, por outro, foi atingida de forma directa. Na decisão *ANTRAM*, todavia, o Tribunal considerou que o boicote referido configurava efectivamente uma decisão de associação de empresas, mas entendeu que não podia ser imputada à associação arguida, já que “*não se apurou que essa decisão tenha sido tomada pela arguida, no seio da arguida ou sob a sua égide*” (p. 24), muito embora tenha sido demonstrado que a decisão de recusa de prestação de serviços foi assumida por um grupo de empresas associadas, que foi comunicada à associação, no seio da qual essas empresas se reuniram e à qual foi solicitado apoio e suporte logístico, inclusivamente para a convocação e organização das reuniões do referido grupo de empresas e para a divulgação da sua decisão e que, finalmente, a associação divulgou as decisões no seu *site* e em diversos comunicados (p. 16 a 19). Manifestamente, neste aresto o Tribunal adoptaria uma posição excessivamente formalista – e não compaginável, *v.g.* com a decisão adoptada, apenas dois dias mais tarde, no processo *AIPL* – quanto à imputação de uma manifestação de vontade colectiva à associação por entender que, não obstante o seu envolvimento, não havia assumido formalmente aquela decisão⁷⁶.

pela autoridade portuária. 2. Compete à autoridade portuária desencadear o processo de fixação de tarifas máximas referido no número anterior, devendo para o efeito solicitar à Associação dos Agentes de Navegação a apresentação de uma proposta”. Neste caso, o Tribunal, referindo que o que estava em causa não era a elaboração de uma proposta de tabela a pedido das autoridades portuárias, mas sim a sua aprovação e divulgação pela associação independentemente de tal pedido, entendeu ser desnecessário desenvolver os critérios referidos na jurisprudência *Arduino*, embora citando-a (cf. p. 45).

⁷⁶ A jurisprudência da União Europeia oferece exemplos bastantes do sancionamento dos comportamentos coordenados de empresas que tenham participado em reuniões onde tal coordenação tenha sido discutida

Se nas decisões relativas a associações empresariais o enfoque parece residir na análise da própria forma ou teor da decisão, e na sua adequação enquanto restrição concorrencial, nos processos relativos a ordens profissionais é evidente, por um lado, uma maior atenção aos elementos que demonstram a liberdade e a autonomia das associações na adopção de medidas restritivas da concorrência, e por outro lado, a ponderação do interesse objectivo para a prestação da actividade que as justificaria, sendo então marcante a influência da jurisprudência *Wouters* na apreciação dos casos pelo Tribunal.

Sublinha-se, todavia, uma evolução qualitativa da natureza das práticas objecto de apreciação judicial: se as primeiras decisões dizem respeito, no essencial, à definição de tabelas de honorários pelas ordens profissionais envolvidas (matéria de facto em análise nas sentenças sobre a Ordem dos Médicos Veterinários, Ordem dos Médicos Dentistas e Ordem dos Médicos), a decisão mais recente envolvendo uma associação de profissionais (a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas) diz respeito a uma restrição que não tem por objecto ou como efeito a restrição da concorrência no mercado onde os profissionais associados oferecem os respectivos serviços, mas sim num mercado distinto, que apenas mediatamente se relaciona com aquele. Por outro lado, é também evidente uma evolução no percurso analítico empreendido pelo Tribunal entre a sua primeira decisão de aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência a associações de empresas (proferida a 14 de Dezembro de 2005, no processo *Ordem dos Médicos Dentistas*), e a sua decisão de 18 de Janeiro de 2007, no processo *Ordem dos Médicos*, estando esta mais próxima do percurso analisado *supra* a propósito da jurisprudência *Wouters*.

Assim, em *Ordem dos Médicos Dentistas*, o Tribunal concluiu que “a aprovação pela assembleia geral da OMD de um Código Deontológico bem como a aprovação pelo respectivo Conselho Directivo de uma tabela de nomenclatura e de valores relativos são, indiscutivelmente, decisões de uma associação de empresas. Trata-se, com efeito, em ambos os casos, de resoluções aprovadas por órgãos sociais da OMD, órgãos que a representam e vinculam, destinadas a todos os seus associados e tomadas no âmbito da defesa dos seus interesses. Logo, são decisões de uma associação de empresas” (p. 22).

No mesmo assento, o Tribunal concluiria que “a simples previsão no Código Deontológico da existência de tabelas de honorários a elaborar pela Ordem bem

(cf. Acórdãos *Suiker Unie* e *T-Mobile*, cit.), como das próprias associações organizadoras e facilitadoras de tal coordenação (cf. Acórdão *Belasco*, cit.).

como a referência expressa a que tal tabela tem de ser respeitada, tem por objecto interferir na livre fixação dos preços, ou seja, tem por objecto interferir na livre concorrência, ou seja, tem por objecto impedir a concorrência” (p. 25), sendo que “*esta decisão [aprovação de uma norma dos estatutos que prevê a existência de uma tabela de honorários] nem contribuiu para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços, nem para promover o desenvolvimento técnico ou económico, pelo que não está abrangida pelo art. 5.º que prevê os casos em que podem ser consideradas justificadas as práticas restritivas. Logo, a decisão em apreço não pode considerar-se justificada. Independentemente de qual foi o objectivo da criação da norma, o certo é que nunca se poderia considerar serem esses interesses legítimos já que, a partir do momento em que se violam disposições legais, designadamente as regras da concorrência, os interesses prosseguidos deixam de ser legítimos”* (p. 26).

Sendo certo que não se pode deixar de concordar com o teor da decisão – a aprovação de uma tabela de honorários ou a norma que prevê a sua aprovação são objectivamente restrições concorrenciais imputáveis a uma associação de empresas – a jurisprudência da União Europeia parece impor, nos casos das profissões liberais, que se determine em primeiro lugar se a restrição concorrencial é objectivamente necessária para o bom exercício da actividade, admitindo casos em que tais restrições podem ser consentidas. De facto, como vimos já, a aplicação do balanço económico (previsto no artigo 5.º da Lei da Concorrência) apenas poderá ocorrer posteriormente à avaliação da proporcionalidade da restrição, e apenas se esta não preencher os requisitos da *excepção Wouters*, matéria a que aliás o próprio Tribunal daria especial atenção na sua decisão de 12 de Janeiro de 2006, em que apreciaria novo recurso de impugnação de uma decisão condenatória da Autoridade, desta feita contra a *Ordem dos Médicos Veterinários*, tendo por objecto, igualmente, normas do Código deontológico destes profissionais que previam a aprovação de tabelas de honorários, e decisões da Ordem que efectivamente os aprovavam (matéria de facto semelhante à apreciada na sentença sobre a *Ordem dos Médicos Dentistas*), tendo o Tribunal concluído, *inter alia*, que “*não ficou demonstrada que essa fixação de preços seja necessária para a boa prossecução dos interesses dos médicos veterinários ou ao bom exercício da profissão”* (p. 33), trazendo à colação critérios de ponderação da adequação da restrição que respeitam a interesses meta-concorrenciais, e que como tal não se podem enquadrar no artigo 5.º da Lei da Concorrência.

Este raciocínio é melhor exemplificado no último aresto do Tribunal do Comércio de Lisboa relativo à fixação de tabelas de honorários por uma

ordem profissional, de 18 de Janeiro de 2007, no recurso de impugnação da decisão condenatória da Autoridade da Concorrência dirigido à Ordem dos Médicos.

Das três decisões adoptadas entre 2005 e 2007 relativas à sujeição das ordens profissionais à Lei da Concorrência, a sentença proferida no caso *Ordem dos Médicos* é, porventura, a que melhor plasma na jurisprudência nacional o percurso empreendido pelo Tribunal de Justiça na apreciação das decisões das associações de profissionais liberais, que encontrámos na jurisprudência *Wouters* e *Arduino*⁷⁷: começando por afastar a natureza *pública* da Ordem dos Médicos, e das medidas por si adoptadas, não obstante a sua natureza ou estatuto de associação pública, por entender que se trata, no que ao Direito da concorrência importa, de uma *associação de empresas* (p. 33 e 34 da sentença); depois, por considerar a prática em causa como estando *prima facie* abrangida pela proibição do artigo 4.º da Lei da Concorrência, já que, “*na espécie, a elaboração, aprovação e divulgação, por parte da arguida de uma tabela (Código) de preços mínimos e máximos, surge como uma decisão que tem por objecto restringir, de forma sensível, face à sua natureza e representativa no mercado em apreciação, o mercado português de prestação de serviços médicos, a concorrência no referido mercado. De facto, a mera existência dessas tabelas restringe, nos termos referidos, a livre concorrência entre os vários agentes que actuam no mercado, surgindo como um factor que inibe desde logo o livre jogo total de fixação de preços, decorrente da oferta e da procura, possuindo os vários agentes no mercado um elemento que permite prever qual a política de preços a ter em consideração pelos seus concorrentes*” (p. 38); finalmente, por ponderar os argumentos apresentados em justificação da prática, na perspectiva da sua adequação aos fins de interesse público que ditam uma regulação restritiva da concorrência, concluindo que “*a qualidade da prática, os interesses dos doentes e a dignidade da profissão, não são, nem podem ser assegurados, pelo preço do serviço médico prestado, devendo as mesmas ser asseguradas tendo em atenção os princípios de acesso à profissão e o cumprimento de regras deontológicas e não princípios economicistas, tendo a Ordem dos Médicos e os próprios consumidores mecanismos para evitar e afastar comportamentos que excedam ou violem essas regras no que respeita aos preços*” (p. 40)⁷⁸.

77 Uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal do Comércio em relação à submissão das ordens profissionais, e da Ordem dos Médicos em particular, à Lei da Concorrência enquanto *associações de empresas* pode ser encontrada em Sérvulo Correia *et al.*, 2010, já citado.

78 Adiante (p. 41) o Tribunal concluiria ainda que “*as regras de acesso à profissão, as regras profissionais, designadamente deontológicas e o facto de tal como é de conhecimento comum a procura, em geral ser*

Finalmente, a 29 de Abril de 2011, o Tribunal do Comércio adoptou a sua – até à data – última decisão tendo por objecto condutas imputadas a ordens profissionais como *decisões de associações de empresas*, envolvendo a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC).

Esta sentença foi proferida num recurso de impugnação da decisão condenatória da Autoridade da Concorrência, que considerou que a OTOC infringiu a Lei da Concorrência enquanto *associação de empresas* e enquanto *empresa*, imputando-lhe assim duas infracções distintas à Lei da Concorrência e ao TFUE, a título de artigo 4.º (decisão de associação de empresas) e artigo 6.º (abuso de posição dominante), no que, sublinhamos, constituiu a primeira decisão da Autoridade da Concorrência em que uma associação de empresas foi também considerada uma empresa, e uma sua conduta enquanto tal qualificada como um abuso de posição dominante⁷⁹.

Diferentemente do que foi objecto de apreciação nas decisões anteriores, as condutas imputadas à OTOC não diziam respeito à fixação de tabelas de honorários, mas sim à determinação das condições de manutenção na actividade de *técnico oficial de contas* e dos efeitos que tais regras causavam na actividade de outros operadores económicos. No caso, tratava-se da aprovação de um regulamento da OTOC destinado a regular as condições de formação profissional necessárias para assegurar a actualização dos conhecimentos dos técnicos de contas, impondo, *inter alia*, que apenas a formação obtida junto de entidades por si certificadas seria reconhecida para efeitos de preenchimento do número de horas de formação anual requeridas.

A questão aqui suscitada prendia-se com as condições a preencher por tais entidades formadoras para que a formação por si ministrada pudesse ser reconhecida pela OTOC, bem como pelo número de horas de formação que a ordem reservava obrigatoriamente para si, sendo claro o enquadramento proposto pelo Tribunal nesta matéria: “*na medida em que a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas estipula a obrigatoriedade de obtenção por todos os Técnicos Oficiais de Contas de uma média anual de 35 créditos em formação por ela pro-*

superior à oferta no mercado em causa, assim como a ausência de prova relativamente ao facto qualidade/preço, são suficientes, para por si só, proteger o consumidor relativamente aos excessos na fixação ou aplicação dos honorários e atingir os objectivos gerais de qualidade na prestação dos serviços médicos, defesa dos interesses dos doentes e dignidade da profissão, não se justificando a derrogação das normas jusconcorrenciais para conseguir esses objectivos”.

79 Não trataremos aqui das questões relacionadas com a qualificação da OTOC como empresa, nem da imputação a esta associação de uma conduta tipificável como um abuso de posição dominante, por extravasarem o objecto do nosso estudo.

movida ou aprovada, sendo 12 créditos anuais em formação exclusivamente por si ministrada e que a própria decide quem são as entidades que podem ministrar a formação, e quais as formações que atribuem créditos está, obviamente, a interferir com o regular funcionamento do mercado, influenciando a formação da oferta e da procura [...], ou seja, está a adoptar um comportamento que provoca distorções no mercado” (p. 45).

Perante o preenchimento da proibição do artigo 4.º da Lei da Concorrência, o Tribunal tratou ainda de apreciar os argumentos apresentados pela OTOC à luz da *excepção Wouters*, por um lado, e de preenchimento dos requisitos do balanço económico positivo, por outro. Assim, a OTOC havia alegado que as condições de acesso à prestação da formação obrigatória para os técnicos oficiais de contas visava prosseguir objectivos inerentes à profissão (a actualização permanente de conhecimentos), mas também, por essa via, a protecção dos consumidores e da própria administração fiscal, e que essas restrições preenchiam ainda os requisitos do artigo 5.º da Lei da Concorrência, nomeadamente o da sua indispensabilidade. Todavia, o Tribunal entendeu o contrário, concluindo que *“para garantir o interesse dos consumidores e da administração não se vislumbram necessárias as limitações, designadamente em termos temporais, introduzidas pelas figuras da formação profissional e institucional, ínsitas no Regulamento, com exclusividade da segunda para a arguida, pelo que o argumento não procede”* (p. 47).

De facto, o Tribunal tratou aqui de apurar se as restrições impostas pelo regulamento de formação da OTOC eram necessárias e indispensáveis (*inerentes*) à boa prestação da actividade dos técnicos oficiais, ou seja, se apenas com o preenchimento daquelas condições poderia a formação ministrada preencher os objectivos propostos. Não tendo a OTOC justificado cabalmente a inerência das restrições para a formação adequada dos técnicos de contas, nem cumprido com o ónus de demonstração dos requisitos do artigo 5.º da Lei da Concorrência, o Tribunal considerou que tais restrições não seriam justificáveis.

Como defendemos *supra*, a jurisprudência *Wouters* não constitui um “livre-trânsito” para as associações profissionais deixarem de estar sujeitas ao âmbito de aplicação das regras de defesa da concorrência, apenas permitindo o seu afastamento quando as restrições em causa são necessárias à prossecução dos objectivos inerentes à regulação das actividades em causa; nem poderia ser de outra forma – ao admitir a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE temperada por considerações de proporcionalidade, o Tribunal apenas admitiu

que, tendo em conta as especificidades concretas de determinadas actividades económicas, se considerassem as situações em que as restrições concorrenciais são necessárias (porque são indispensáveis e porque não existem alternativas menos restritivas) à prossecução dos objectivos de interesse público que, desde logo, impõem a regulação dessas actividades. Em tudo o resto, tais actividades não podem deixar de estar, como as demais actividades económicas, submetidas às normas de defesa da concorrência.

V. CONCLUSÃO

Era nosso objectivo proceder à revisão da jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa em sede de apreciação das decisões da Autoridade da Concorrência dirigidas às associações de empresas, em aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência. A análise dos arestos emitidos por aquele Tribunal, desde 2005 permite verificar uma evidente consolidação em torno de restrições concorrenciais classicamente imputadas a associações de empresas, como sejam a fixação de tabelas de honorários. Ainda assim, e até pela expectável adaptação dos operadores económicos a este esteio jurisprudencial bem caracterizado, é evidente que a subsunção de comportamentos menos convencionais ou não tipificados expressamente na Lei da Concorrência poderá suscitar outros problemas de aplicação, ainda não suficientemente testados. Por isso mesmo, não deixam de ser assinaláveis as decisões do Tribunal do Comércio que incidiram sobre trocas de informações relativas a preços promovidas por associações de empresas (caso da sentença *AIPL*), ou sobre a criação de barreiras concorrenciais artificiais pelas associações, através dos seus poderes de auto-regulação profissional (no caso da sentença *OTOC*).

A análise das decisões de associações de empresas e ordens profissionais à luz dos princípios definidos na jurisprudência da União Europeia, desconsiderando o lastro histórico destas entidades entre nós e o tratamento que, noutras sedes, estas possam merecer, é bem o exemplo da consolidação do Direito da concorrência português em torno dos princípios e fundamentos do Direito europeu da concorrência, resultando numa elevada consistência das decisões proferidas pelo Tribunal do Comércio de Lisboa em sede de aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas consideradas restritivas da concorrência. A recepção do *acquis* da União Europeia pelo Tribunal do Comércio, mesmo nos casos em que não se identificam os pressupostos de aplicação das normas europeias, constitui assim um *leitmotiv* da jurisprudência nacional no âmbito do Direito da Concorrência.

BIBLIOGRAFIA

BISHOP, Simon & WALKER, Mike

2010 *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3.^a ed., Londres: Sweet & Maxwell.

BLUMENTHAL, William

2006 *A Primer on the Application of Antitrust Law to the Professions in the United States*, discurso proferido na 2006 Annual Fall Conference on Competition Law da Canadian Bar Association, 29 de Setembro de 2006, disponível em www.ftc.gov [consultado em: 30.7.2011].

CRUZ VILAÇA, J. L.

2006 “Introdução à nova legislação da concorrência – Vicissitudes dos projectos de modernização”, in Goucha Soares, António & Leitão Marques, Maria Manuel (orgs.), *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 13 ss.

DEISENHOFER, Thomas

2005 “Towards a Proportionality Test in the Field of the Liberal Professions?”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 3, pp. 25-33.

DEVLIN, Alan

2010 “Antitrust in an Era of Market Failure”, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 33, pp. 557-606.

FAULL, J. & NIKPAY, A. (orgs.)

2007 *The EC Law of Competition*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

FORRESTER, Ian S.

2006 “Where Law Meets Competition: Is Wouters like a Cassis de Dijon or a Platypus?”, in Ehlermann, C.-D & Atanasiu, I. (orgs.), *European Competition Law Annual 2004. The relationship between competition law and the (liberal) professions*, Oxford: Hart, pp. 271 ss.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

2010 *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., 5.^a reimp. da ed. de Novembro de 2006, Coimbra: Almedina.

JONES, Alison e SUFRIN, Brenda

2008 *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

KORAH, Valentine

2007 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9.^a ed., Oxford e Portland: Hart.

LEIBOWITZ, Jon

2005 *The Good, the Bad and the Ugly: Trade Associations and Antitrust*, Discurso proferido na *Antitrust Spring Meeting* da *American Bar Association*, 30 de Março de 2005, disponível em www.ftc.gov [consultado em: 30.7.2011].

MENDES PEREIRA, Miguel

2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

MORAIS, Luís D. S.

2009 *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra: Almedina.

2006a *Empresas comuns/joint ventures no Direito comunitário da concorrência*, Coimbra: Almedina.

2006b “La défense de la concurrence au Portugal – les relations entre l’Autorité de Concurrence et les Autorités de régulation sectorielle – les sanctions en cas d’atteintes à la concurrence”, in Miranda, Jorge (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 127 ss.

MOREIRA, Teresa

2006 *Algumas considerações sobre o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002 – A descentralização da aplicação das regras de concorrência comunitárias*, separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra: Coimbra Editora.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

2000 “Descentralização do Direito comunitário da concorrência – uma visão pessoal”, in *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 24, pp. 190 ss.

ODUDU, O.

2006 *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford: University Press.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO

2008 *Potential Pro-competitive and Anti-competitive Aspects of Trade/Business Associations*, DAF/COMP(2007)45, Paris: OCDE.

ROQUES, Christian

2009 “L’échange d’informations en droit communautaire de la concurrence: Degré d’incertitude et jeu répété”, in *Concurrences Revue des Droits de la Concurrence*, n.º 3, disponível em www.concurrences.com [consultado em: 30.7.2011].

SÉRVULO CORREIA, J. M., MEDEIROS, Rui, FIDALGO DE FREITAS, Tiago & TAVARES LANCEIRO, Rui

2010 *Direito da concorrência e ordens profissionais*, Coimbra: Coimbra Editora.

VOSSESTEIN, A. J.

2002 “Annotation of Wouters and Arduino”, in *Common Market Law Review*, vol. 39, pp. 856-859.

WHISH, Richard

2008 *Competition Law*, 6.^a ed., Oxford: University Press.