



BASE DE DADOS DE JURISPRUDÊNCIA – DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

DECISÕES NACIONAIS

| | | | | |
|---------------------------|---|---|-----------------|-------------|
| CASO | Ordem dos Médicos Dentistas | | | |
| DECISÕES JUDICIAIS | Tribunal | | Processo | Data |
| | Sentença | Tribunal do Comércio de Lisboa, 3.º Juízo | 1307/05.6TYLSB | 09.12.2005 |
| | Acórdão | Tribunal da Relação de Lisboa, 9.ª Secção | 1372/06-9 | 03.07.2007 |
| ASSUNTO | Tipo de infração | Decisão de associação de empresas | | |
| | Questões substantivas | Associação de empresas; decisão de associação de empresas; fixação de preços; afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros; determinação da medida abstrata da coima | | |
| | Questões processuais | | | |
| NORMAS EUROPEIAS | Artigo 101.º do TFUE | | | |
| | Artigo 3.º e artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002 | | | |
| COMENTÁRIO | | | | |

SENTENÇA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

Em 9 de dezembro de 2005, o Tribunal do Comércio de Lisboa (“Tribunal do Comércio” ou “Tribunal”) confirmou a decisão da Autoridade da Concorrência (AdC) de condenar a Ordem dos Médicos Dentistas (a Ordem) pela fixação de preços máximos e mínimos dos serviços a prestar pelos médicos dentistas, e consequente violação das regras da concorrência nacionais e europeias¹. Conforme apurado pela AdC, e confirmado pelo Tribunal, a Ordem aprovou e publicou, na sua página de internet, uma tabela de honorários que os médicos dentistas eram compelidos a seguir, sob pena de cometerem, nos termos do respetivo Código Deontológico, uma infração disciplinar punível com penas entre a advertência e a expulsão. A Ordem chegou a instaurar processos disciplinares e aplicou sanções a médicos dentistas que não respeitaram a referida tabela de honorários. O Tribunal confirmou que a adoção e a imposição da referida tabela de honorários constituía uma decisão de associação de empresas que tinha por objeto e efeito restringir a concorrência no mercado nacional, sendo punível, à data, pelo artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (Lei antiga) – atual artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência). O Tribunal confirmou ainda que tal prática afetava o comércio entre os Estados Membros, sendo, assim, também punível ao abrigo do, então, artigo 81.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) - atual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O Tribunal do Comércio reduziu o valor da coima de 160 181 euros para 50 000 euros; declarou a nulidade das normas do Código Deontológico que estatuíam a adoção de tabelas de honorários com carácter vinculativo; e ordenou a publicação de um extrato da Sentença num jornal diário de circulação, na série III do Diário da República, na página de Internet da Ordem e no Boletim dos Médicos Dentistas, tendo condenado a Ordem nas custas do processo.

¹ Decisão da AdC, de 30 de junho de 2005, processo PRC 2004/29, disponível em:
http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Praticas_Colusivas/Documents/DecisaoPRC200429.pdf

Da Sentença do Tribunal do Comércio cumpre-nos realçar os seguintes aspetos:

a) *A Ordem dos Médicos Dentistas é uma associação de empresas*

O Tribunal considerou que os médicos dentistas inscritos na Ordem são operadores económicos que prestam serviços mediante remuneração e que o exercício desta atividade, de forma independente, constitui o exercício de uma profissão liberal, também ela abrangida pelo conceito de empresa estipulado no artigo 2.º da Lei antiga (atual artigo 3.º da Lei da Concorrência).

Tendo reconhecido que a Ordem dos Médicos Dentistas é uma pessoa coletiva de direito público, criada com o objetivo de controlar o acesso e o exercício da profissão, bem como de representar e defender os interesses dos seus associados; o Tribunal considerou a Ordem uma associação de empresas, nos termos do artigo 2.º da Lei antiga, estando, por isso, sujeita ao regime da concorrência, não obstante o seu caráter de associação pública, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1 da Lei antiga.

b) *Aprovação e implementação de determinadas regras e a imposição de tabelas de honorários constituem uma decisão de uma associação de empresas*

O Tribunal começou por referir que o artigo 4.º da Lei antiga (atual artigo 9.º da Lei da Concorrência) abrange toda e qualquer decisão de uma associação de empresas, independentemente da sua forma, que tenha por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. Ao fazer esta interpretação, o Tribunal recorreu à jurisprudência da UE, nomeadamente ao acórdão *Société Technique Minière*². Assim sendo, concluiu o Tribunal que também as decisões das associações profissionais estavam abrangidas pela proibição estatuída por este artigo.

O Tribunal qualificou a aprovação do Código Deontológico, pela Assembleia Geral da Ordem, e a aprovação da tabela de honorários, pelo Conselho Diretivo, como decisões de uma associação de empresas. Fê-lo com base nos seguintes factos: tratam-se de resoluções (i) aprovadas por órgãos sociais que representam e vinculam a Ordem, (ii) destinadas a todos os seus associados e (iii) tomadas na defesa dos seus interesses.

c) *Restrição da concorrência por objeto e por efeito*

O Tribunal concluiu que não é lícito a uma ordem profissional fixar os preços a praticar pelos seus associados. Ao fazê-lo, interfere com o regular funcionamento do mercado, influenciando a formação da oferta e da procura e criando, dessa forma, distorções no mesmo.

Segundo o Tribunal, a conduta em apreço engloba a adoção de duas decisões distintas: a aprovação da tabela e a aprovação de normas do Código Deontológico que tornavam obrigatório o respeito pelos valores mínimos e valores máximos dessa mesma tabela. O Tribunal concluiu que última tinha por objeto restringir a concorrência, enquanto que a decisão de aprovar as tabelas de honorários tinha por efeito restringir a concorrência. Segundo o Tribunal, a referida aprovação das normas do Código Deontológico era mais abrangente e consumia a aprovação da tabela. Porquanto, haveria, ainda, uma contraordenação mesmo após a retirada da tabela. Tal facto apenas releva para efeitos da medida concreta da coima.

Quanto à norma do Código que proibia o médico de alterar os horários consoante o paciente tivesse, ou não, participação, o Tribunal discordou com a AdC e considerou que esta norma não tinha qualquer relação com os outros preceitos, nem exercia qualquer influência sobre a concorrência no mercado. Segundo o Tribunal, este preceito

² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1966, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*, no proc. 56/65, Colet. 1966, para. 381.

apenas proíbe o médico dentista de alterar o preço que habitualmente pratica e que está publicado na tabela, que ele próprio estabelece e afixa no seu consultório, em função das comparticipações médico-sociais de que o doente beneficia.

d) *Elemento subjetivo do tipo*

O Tribunal deu como provado que a Ordem agiu livre e voluntariamente ao aprovar o Código Deontológico, bem como a tabela de honorários e que ao fazê-lo representou como possível que essa conduta pudesse restringir a concorrência, tendo-se conformado com essa possibilidade. Nestes termos, o Tribunal concluiu que a Ordem agiu com negligência consciente.

e) *Afetação do comércio entre os Estados Membros*

Ao apurar se a conduta em apreço afetava o comércio entre os Estados Membros, o Tribunal guiou-se pela Comunicação da Comissão sobre este conceito³ e pelo Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais, realizado também pela Comissão⁴.

O Tribunal concluiu pela afetação do comércio entre Estados Membros dado que a decisão cria barreiras nacionais dificultando a integração económica pretendida pelo Tratado, uma vez que: (i) a decisão aplica-se a todo o território nacional e (ii) a todos os médicos dentistas portugueses e estrangeiros que nele exercem a sua atividade de forma independente. A decisão (iii) produz efeitos no exercício de uma atividade que está regulada a nível da União Europeia no sentido de facilitar a livre circulação de pessoas e prestação de serviços dentro da União.

f) *Determinação da medida abstrata da coima*

O Tribunal determinou a medida abstrata da coima tendo em consideração o volume de negócios da Ordem e não, como defendido pela AdC, o volume agregado dos rendimentos declarados pelos médicos dentistas inscritos na Ordem⁵. Segundo o Tribunal, não foi feita prova que os médicos dentistas “tenham aprovado quer o Código Deontológico (em 1993), quer eleito o conselho diretivo que aprovou a tabela em 1995”. Segundo, ainda, o Tribunal, do simples facto de os médicos dentistas estarem inscritos na Ordem não resulta que estes beneficiem dos entraves à concorrência e, por essa via, participem no comportamento proibido. Mais, ficou provado que alguns médicos não concordaram com a tabela e foram sancionados por isso.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por acórdão de 29 de junho de 2005, o Tribunal da Relação de Lisboa (“Tribunal da Relação”) concedeu parcialmente provimento ao recurso interposto pela AdC, retificando a sentença no que respeita ao enquadramento do elemento subjetivo. O Tribunal da Relação considerou que a Ordem agiu com dolo eventual.

No seu recurso, a AdC defendeu que se deveria fazer uma interpretação lata do conceito de participação estabelecido pelo artigo 43.º, n.º2 da Lei antiga, no sentido de considerar o volume de negócios agregado dos membros inscritos na Ordem para determinar o valor máximo da medida da coima. Segundo o Tribunal da Relação, apenas se pode ter em conta as empresas que efetivamente participaram na infração, não tendo ficado provado que todos os membros inscritos tenham participado ativa ou passivamente na aprovação do Código Deontológico e/ou da tabela de honorários; nem que

³ Comunicação da Comissão relativa às orientações sobre o conceito de afetação das trocas comerciais entre os Estados Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C101, de 24 de abril de 2004, disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:PT:PDF>

⁴ Comunicação da Comissão, COM(2004) 83 final, de 9.2.2004, “Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais”.

⁵ Em causa estava a interpretação do n.º 2 do artigo 43.º da Lei antiga que dispunha: “[n]o caso de associações de empresas, a coima prevista no número anterior não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas que hajam participado no comportamento proibido”.

tenham beneficiado da restrição da concorrência, tendo, por essa via, participado na infração. Segundo o Tribunal da Relação, não só a vontade dos médicos era irrelevante para a aprovação da tabela de honorários, como ficou demonstrado o contrário: que alguns dos médicos não concordaram, tendo sido sancionados por não respeitarem a referida tabela.

COMENTÁRIO

Este foi o primeiro caso a ser apreciado pelos Tribunais nacionais após a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 e, mais concretamente, foi o primeiro caso em que os Tribunais nacionais aplicaram diretamente o artigo 101.º do TFUE. Foi, também, o primeiro caso em que se confirma a condenação de uma associação de empresas ao abrigo da Lei n.º 18/2003, não tendo sido contudo pacífica (entre a entidade administrativa e as entidades judiciais) a determinação da medida abstrata da coima aplicável às associações de empresas.

Sobre esta questão, cumpre-nos sublinhar a jurisprudência dos Tribunais da UE desenvolvida em torno do artigo 15.º, 2.º parágrafo, do antigo Regulamento n.º 17. É jurisprudência assente que nem sempre o volume de negócios de uma associação de empresas reflete a sua dimensão e o seu poder económico. Nestes casos, considera-se o volume de negócios agregado dos seus associados, sob pena de se perder a eficácia da coima tanto a nível punitivo como dissuasor⁶. Para este efeito, os Tribunais da UE começaram por defender que não era necessário que os membros da associação tivessem efetivamente participado na infração, mas que a associação tivesse, por força das regras internas, a possibilidade de vincular os seus membros⁷. No caso *CB e Europay*, o Tribunal Geral afirmou que: «*uma associação de empresas que tenha cometido uma infração não pode acusar a Comissão de ter violado o referido princípio [da natureza pessoal das penas] por tomar em consideração o volume de negócios dos seus membros para determinar o limite da coima, fazendo assim suportar pelos membros o encargo financeiro em que aquela consiste. Com efeito, o facto de tomar em consideração o seu volume de negócios na determinação do limite da coima não significa de modo algum que lhes tenha sido imposta uma sanção, nem sequer que a associação em causa deva repercutir nos respetivos membros o encargo da coima. Se tal decorrer das regras internas da associação em causa, esta circunstância não tem qualquer relevância face às normas comunitárias sobre concorrência*»⁸.

Mais tarde, os Tribunais da UE concluíram que, no caso em que os membros beneficiem e indiretamente participem na infração, e mesmo na ausência de regras internas da associação que permitam vincula-los, é necessário ter em consideração o volume de negócios agregado destes membros, sob pena de a coima perder o seu efeito punitivo e dissuasor. Trata-se daquelas situações em que «*a infração cometida por uma associação respeita às atividades dos seus membros e em que as práticas anticoncorrenciais em causa são executadas pela associação diretamente em benefício destes últimos e em cooperação com eles, não tendo a associação interesses objetivos de carácter autónomo relativamente aos dos seus membros. Embora, em determinados casos, a Comissão possa, eventualmente, além de aplicar uma sanção à associação em causa, aplicar coimas individuais a cada uma das empresas membros, tal pode revelar-se particularmente difícil, ou mesmo impossível, quando o seu número seja muito elevado. (...) Esta possibilidade*

⁶ Ver, neste sentido, e entre outros: o acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de junho de 1983, *Musique Diffusion française e o. c. Comissão*, nos proc. ap. 100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, para.120 a 121; o acórdão do Tribunal Geral, de 23 de fevereiro de 1994, *Groupement des Cartes Bancaires e Europay c. Comissão Europeia*, nos proc. ap. T-39/92 e T-40/92, Colet. 1994, p. II- 00049, para. 136 e 137; o acórdão do Tribunal Geral, de 21 de Fevereiro de 1995, no proc. T-29/92, *SPO e o. c. Comissão*, Colet., p. II-289, para. 385.

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de Novembro de 2000, *Finnboard c. Comissão*, no proc. C-298/98 P, Colet. 2000, p. I-10157, para. 66.

⁸ Acórdão do Tribunal Geral, de 23 de fevereiro de 1994, *Groupement des Cartes Bancaires e Europay c. Comissão*, nos proc. ap. T-39/92 e T-40/92, Colect. 1994, p. II- 00049, para. 139.

(...) deve, porém, limitar-se, neste caso, aos membros que tenham estado ativos nos mercados afetados pelas infrações punidas na decisão impugnada»⁹.

Esta interpretação dos Tribunais foi acolhida pelo legislador europeu no artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, que permite tomar em consideração o volume de negócios de cada membro ativo no mercado cujas atividades são afetadas pela infração da associação¹⁰. Aliás, no referido Regulamento, o legislador europeu foi mais longe, obrigando a associação a apelar aos seus membros para cobrir o montante da coima, em situação de insolvência. Mais, nessa situação, e caso as contribuições dos membros não sejam atempadas e/ou suficientes, a Comissão pode exigir o pagamento da coima primeiro aos associados cujos representantes são membros dos órgãos diretivos da associação e, em seguida, e caso necessário, a qualquer outro associado, exceto se este demonstrar que não executou a decisão anticoncorrencial¹¹.

Refira-se que no caso da fixação de honorários pela Ordem dos Médicos, semelhante ao caso *sub iudice*, o Tribunal do Comércio de Lisboa e o Tribunal da Relação de Lisboa também seguiram a interpretação dos Tribunais Europeus, nomeadamente o argumento da representatividade e caráter vinculativo das decisões das associações de empresas. Ambos os Tribunais nacionais, aceitaram que a medida abstrata da coima fosse determinada tendo em conta o volume de negócios agregado dos médicos inscritos na ordem.

Ainda a este respeito, cumpre referir que na atual Lei da Concorrência, o legislador estabeleceu perentoriamente que a coima a aplicar a uma associação de empresas não pode ser superior a 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas (artigo 69.º, n.º2).

No que respeita à destringa feita pelo Tribunal do Comércio entre a restrição por objeto (aprovação das normas do Código Deontológico) e a restrição por efeito (aprovação da tabela de honorários), chama-se a atenção que a aprovação da tabela de honorários, embora desse efeito útil às normas do Código Deontológico que tornavam obrigatório os valores mínimos e máximos, tinha também ela o objeto de restringir a concorrência. Recorde-se que mesmo a recomendação de honorários pode ter por objeto a restrição da concorrência¹².

Alexandra Amaro

⁹ Acórdão do Tribunal Geral, de 13 de dezembro de 2006, *FNCBV, FNSEA e outros c. Comissão*, nos proc. ap. T-217/03 and T-245/03, Colect. 2006, p.II-04987, para. 319 e 325. Esta interpretação foi sustentada pelo Tribunal de Justiça no respectivo recurso, ver o acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 2008, *Coop. de France bétail et viande, FNSEA e outros c. Comissão*, nos proc. ap. C-101/07P e C-110/07P, Colet. 2008 I-10193, para 96 a 98.

¹⁰ Artigo 23.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1/2003.

¹¹ Artigo 23.º n.º 4 do Regulamento n.º 1/2003.

¹² Ver neste sentido a Decisão da Comissão de 24 de Junho de 2004, no proc. COMP/38549, *Barême d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges*.