

Informação jurídica sobre a admissibilidade de a Ordem dos Arquitectos proceder à fixação de uma tabela de honorários ou de elaborar um estudo sobre os honorários praticados, em média, pelos seus associados

Com a presente informação jurídica pretende-se aferir da admissibilidade de a Ordem dos Arquitectos fixar uma tabela de honorários ou realizar e divulgar um estudo sobre os preços praticados em média pelos seus profissionais que possam ser utilizados pelos seus membros como referência para o cálculo dos seus honorários.

Era com a Portaria de 11 de Fevereiro de 1972 que aprovou as instruções para o cálculo dos honorários referentes aos projectos de obras públicas, que os arquitectos calculavam os seus honorários.

Sucedeu que, com a entrada em vigor da Portaria nº 701-H/2008 de 29 de Julho que revogou a Portaria de 1972, foram também revogadas as instruções para o cálculo dos honorários referentes aos projectos de obras públicas, deixando assim os arquitectos de ter um instrumento que lhes sirva de base para o cálculo dos seus honorários, embora circunscrito às obras públicas.

Coloca-se então a questão de saber se pode a Ordem dos Arquitectos fazer aprovar uma tabela de honorários ou se pode elaborar e divulgar um estudo sobre os preços praticados, em média, pelos seus profissionais que possam ser utilizados pelos seus membros como referência para o cálculo dos seus honorários.

A questão em análise tem sido abordada quer pela jurisprudência comunitária quer pela jurisprudência nacional, que entendem que a fixação de uma tabela de honorários, seja de preços mínimos, seja de preços máximos, obrigatória ou meramente indicativa, configuram uma prática restritiva da concorrência proibida quer pela legislação comunitária, quer pelo direito interno.

Vejam os:

I. Do Direito Comunitário

Do ponto de vista do direito comunitário, é entendimento pacífico que a fixação de tabelas de honorários por parte de uma associação profissional consubstancia uma prática restritiva da concorrência e como tal constitui uma violação dos artigos 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia.

Dispõe o artigo 81º do Tratado da Comunidade Europeia, no seu nº 1 que “*São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas (...) que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (...) designadamente: a) fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou venda, ou de quaisquer outras condições de transacção” (sublinhado nosso). O nº 2 do referido preceito sanciona com a nulidade os acordos ou decisões proibidos nos termos do nº 1.*

Acrescenta o artigo 82º do Tratado da Comunidade Europeia que “*É incompatível com o mercado comum e proibido (...) o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante (...). Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção (...)” (sublinhado nosso).*

Não obstante os referidos preceitos se referirem a empresas e associação de empresas, entende a jurisprudência comunitária que estes preceitos se aplicam indubitavelmente às associações profissionais, entendidas para o efeito como associações de empresas, na medida em que representam profissionais liberais que exercem uma actividade económica. Concretamente, no âmbito do Processo Comunitário P/D-3/38549-PO / Barême d’honoraires de l’Ordre des Architectes belges, a Comissão considerou expressamente que também a profissão de arquitecto se enquadra no conceito de empresa e como tal está sujeita às regras comunitárias da concorrência.

Entende, em suma, a jurisprudência comunitária que a fixação de tabelas de honorários por parte de uma Ordem Profissional constitui uma restrição à livre prestação de serviços e à

concorrência, uma vez que os profissionais dos outros Estados-Membros são colocados numa situação menos favorável que os seus homólogos que se regem pela tabela de honorários¹.

Conforme refere o Advogado-Geral M. Poiares Maduro nas suas conclusões apresentadas no âmbito dos processos C-94/4 e C-202/04, nos casos em que a tabela de honorários fixa os honorários mínimos a praticar pelos profissionais liberais, o que sucede é que os profissionais dos outros Estados-Membros ficam impedidos de prestar no Estado-Membro que detém a tabela de honorários, os seus serviços por honorários inferiores aos mínimos fixados na tabela, mesmo quando tivessem essa possibilidade devido à sua especialização num domínio específico. Por outro lado, os cidadãos do Estado-Membro que detém uma tabela de honorários ficam privados de beneficiar plenamente das vantagens do mercado comum, uma vez que o acesso a serviços a custo inferior ao fixado na tabela encontra-se vedado, apesar de esses serviços estarem disponíveis noutra Estado-Membro.

Já no que se refere à fixação de tabelas de honorários máximos, estes constituem uma restrição à prestação transfronteiriça de serviços. De facto, os profissionais dos outros Estados-Membros vêem dificultada a prestação dos seus serviços no Estado-Membro que fixa os honorários máximos, uma vez que tais tabelas não prevêm os custos acrescidos destes profissionais, nomeadamente as despesas de deslocação, o que reduz a margem de lucro dos profissionais que prestam regularmente os seus serviços noutra Estado-Membro. A fixação de honorários máximos constitui assim um desincentivo à prestação de serviços de profissionais de outros Estados-Membros no Estado-Membro que fixa a tabela de honorários.

Este entendimento procede não só quando as tabelas de honorários fixadas pela Ordem Profissional são obrigatórias, mas também quando estas tabelas são meramente indicativas.

Com efeito, no âmbito do processo comunitário P/D-3/38549-PO / Barême d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges, a Comissão decidiu condenar a Ordem dos Arquitectos belga ao pagamento de uma coima no valor de € 100.000 por publicar uma tabela de preços recomendados aos seus associados, entendendo que tal prática constitui uma violação das regras comunitárias da concorrência.

¹ Veja-se, por todos, as conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro apresentadas em 1 de Fevereiro de 2006 no âmbito dos processos C-94/4 e C-202/04.

Entendeu a Comissão que *“tal como os preços impostos, os preços recomendados têm uma incidência negativa significativa na concorrência. Em primeiro lugar, podem facilitar a coordenação dos preços entre os prestadores de serviços. De seguida, podem enganar os consumidores quanto ao nível de preços razoáveis”*.

Acrescentou a Comissão que *“Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo Wouters, uma decisão de uma associação de empresas não viola o nº 1 do artigo 81º do Tratado CE, se esta última, apesar dos efeitos restritivos da concorrência que lhe são inerentes, for necessária para garantir um exercício correcto da profissão. A Comissão considera que o estabelecimento da tabela (recomendada) de honorários mínimos pela Ordem não pode ser considerado necessário para garantir o exercício correcto da profissão de arquitecto”*.

Resulta assim do exposto que, do ponto de vista do direito comunitário, uma ordem profissional não pode fixar uma tabela de honorários, seja de preços mínimos, seja de preços máximos, obrigatória ou meramente indicativa, por constituir uma prática restritiva da concorrência proibida nos termos do disposto nos artigos 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia.

Poder-se-ia colocar ainda a questão de saber se pode uma ordem profissional elaborar um estudo comparativo dos preços praticados pelos seus profissionais, permitindo assim tal estudo servir de base para o cálculo dos seus honorários.

Sobre a admissibilidade de intercâmbio de informações sobre os preços praticados pronunciou-se o Tribunal de Primeira Instância, no âmbito do processo T-16/98, W. Stahl, que afirmou que *“os acordos de intercâmbio de informações não são geralmente proibidos de forma automática mas apenas se apresentarem certas características relativas, nomeadamente o carácter sensível e preciso dos dados recentes trocados em períodos próximos”*.

Importa assim distinguir entre partilha de informação legal e partilha de informação ilegal. Entende a jurisprudência comunitária que a partilha de informação é legal se estiverem preenchidos dois critérios cumulativos², a saber:

² Neste sentido, veja-se as decisões proferidas no âmbito dos processos comunitários UK Tractors, T-34/93 e 35/92 e C-7 e 8/95 P

gmenerespimentel@mpba.pt
pmendespinto@mpba.pt

fborgescarvalho@mpba.pt
natachatalaide@mpba.pt

rodrigoballao@mpba.pt
soniassevivas@mpba.pt

martarodrigues@mpba.pt
jfragosomendes@mpba.pt
cfrancomadeira@mpba.pt

estelafreire@mpba.pt
amonteiro@mpba.pt
smendespinto@mpba.pt

- 1) Que a concorrência não seja eliminada substancialmente (o que sucederá se a informação partilhada é agregada e anónima, não identificando os preços partilhados por concorrentes individuais, ou suficientemente “histórica”);
- 2) Benefício para o consumidor e que tal prática seja indispensável para atingir esse benefício.

Ora, *in casu*, se é verdade que o primeiro requisito se encontra preenchido, dado que no âmbito das profissões liberais, o mercado é suficientemente fragmentado, pelo que a partilha de informação não constitui uma forte restrição da concorrência, é também verdade que o segundo requisito já não se verifica.

Com efeito, não se vislumbra em que medida é que a partilha de informação sobre os honorários praticados pelos arquitectos, a partilhar entre os arquitectos, constitui um benefício para os consumidores. Mas mais: não basta que a partilha da informação constituía um benefício para os consumidores, é ainda necessário que a partilha da informação sobre os preços praticados pelos arquitectos seja indispensável para atingir esse benefício para os consumidores.

A partilha de informação sobre os honorários praticados pelos arquitectos constitui um benefício para os próprios arquitectos, que têm assim um documento de referência para calcular os seus próprios honorários. Já para os consumidores que recorrem aos seus serviços não há nenhum benefício nesta partilha de informação. Pelo contrário, a divulgação de um estudo de mercado sobre os preços praticados pelos arquitectos pode conduzir aos mesmos efeitos que a fixação de uma tabela de honorários meramente facultativa, isto é, os arquitectos fixarão os seus honorários por referência ao preço médio praticado, produzindo assim os efeitos nocivos para a concorrência já acima mencionados.

Neste mesmo sentido pronunciou-se também a Comissão Europeia no âmbito do já referido processo comunitário P/D-3/38549-PO / Barême d’honoraires de l’Ordre des Architectes belges, no sentido de não ser admissível que seja uma ordem profissional a publicar ou divulgar tais estudos, pois tal pode conduzir a distorções para a concorrência tal como sucede com a fixação de tabelas de honorários obrigatórios ou meramente indicativos.

Mas a Comissão já admite que tais estudos sejam elaborados e divulgados por uma entidade independente como sejam as associações de consumidores. Afirmo a Comissão que *“a publicação de informações por partes independentes (tais como as organizações de consumidores) quanto aos preços geralmente aplicados ou de informações baseadas numa sondagem pode constituir uma referência mais fidedigna para os consumidores e conduzir a menos distorções para a concorrência”* por comparação com a elaboração e divulgação de tais informações por uma ordem profissional.

É assim entendimento da Comissão que uma ordem profissional não poderá elaborar e divulgar um estudo comparativo dos honorários praticados pelos seus profissionais, devendo tais estudos serem elaborados e publicados por uma entidade independente e isenta tal como uma associação de defesa do consumidor.

Em suma, do ponto de vista do direito comunitário, é ilegal não só propor tabelas de preços como também partilhar informação entre concorrentes que tenha por efeito diminuir a transparência do mercado e coordenar o respectivo comportamento, seja através da partilha de informação sobre preços, vendas ou custos.

Feito um excuro pelo entendimento da jurisprudência comunitária nesta matéria, importa aferir em que medida o direito comunitário se aplica ao direito interno português e, conseqüentemente em que medida o direito comunitário vincula a Ordem dos Arquitectos.

Ora, nos termos do disposto no artigo 8º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa, *“as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna”* (sublinhado nosso). Este preceito constitucional consagra o primado do direito comunitário sobre o direito interno, ou seja, as disposições comunitárias prevalecem sobre as regras do direito nacional interno.

Decorre do princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional que os artigos 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia prevalecem sobre qualquer legislação, regulamentação ou qualquer outro preceito nacional que disponha de forma diversa, pelo que os referidos preceitos prevalecerão sempre sobre qualquer norma emitida por uma ordem profissional que fixe uma tabela de honorários.

Assim, atento o primado do direito comunitário sobre o direito nacional, qualquer norma emitida pela Ordem dos Arquitectos que aprove uma tabela de honorários ainda que meramente indicativa ou a simples publicação de um estudo comparativo dos honorários praticados pelos seus profissionais constituirá uma violação do direito comunitário, nomeadamente dos artigos 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia.

II. Do Direito interno português

1. Do Direito da Concorrência

Do ponto de vista do direito interno português, a matéria de direito de concorrência encontra-se regulada pela Lei nº 18/2003 de 11 de Junho.

Dispõe o artigo 4º da referida Lei que *“São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre 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 em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa”* (sublinhado nosso).

À semelhança do que sucede no direito comunitário, entende a jurisprudência dos tribunais comuns, bem como a Autoridade da Concorrência, que, para efeitos de aplicação da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho, os profissionais liberais, na qualidade de profissionais independentes são, para este fim, equiparados a empresa, enquanto que as associações profissionais nas quais estão inseridos são equiparadas a associações de empresas, pelo que a Lei nº 18/2003 é também aplicável às ordens profissionais.

É entendimento pacífico da Autoridade da Concorrência, e confirmada pelos tribunais comuns, que a fixação de uma tabela de honorários por parte de uma associação pública profissional, seja por fixação de preços mínimos, seja de preços máximos, constitui uma prática restritiva da concorrência por violação não só dos artigos 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia,

como também por violação do artigo 4º da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho que aprovou o novo regime jurídico da concorrência.

Com base neste entendimento, a Autoridade da Concorrência decidiu condenar a Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas³ no pagamento de uma coima pela prática de fixação de honorários mínimos. Afirmou a Autoridade da Concorrência que aquela associação pública “*agiu com dolo (se não directo, pelo menos necessário)*”, uma vez que tratando-se de uma associação profissional, sobre ela impende “*um especial dever de se informar quanto à existência das proibições decorrentes das normas que tutelam a concorrência*”.

Tal decisão foi confirmada em sede de recurso pelo Tribunal de Comércio de Lisboa por sentença proferida em 09.03.2001, no qual pode ler-se que “*há que fazer sentir à Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, ao Técnicos Oficiais de Contas em geral e a todos os outros profissionais liberais, com preponderância crescente na economia portuguesa, que os acordos sobre preços não são necessários para garantir a ética, a dignidade profissional, a reputação da profissão em geral, a competência profissional ou a qualidade das prestações*”.

Pelo mesmo motivo, foram as Ordens dos Médicos Veterinários⁴, dos Médicos Dentistas⁵ e dos Médicos⁶ condenados ao pagamento de uma coima no montante de € 75.935, € 160.181 e € 250.000, respectivamente, por fixarem uma tabela de honorários mínima ou máxima, uma vez que tal prática “*impede a determinação dos honorários pelo livre jogo do mercado*”, restringindo assim a “*liberdade concorrencial*”.

Na sequência da condenação das Ordens dos Médicos Veterinários e dos Médicos Dentistas, a Autoridade da Concorrência emitiu o Comunicado nº 9/2005, no qual enunciou as razões pelas quais considera proibida a fixação de preços mínimos e máximos. Pelo seu interesse, citamos as razões enunciadas pela Autoridade da Concorrência:

“São várias as razões para a proibição de preços mínimos:

I) *limitam a autonomia das empresas;*

³ Cfr. Decisão proferida no Processo nº 2/2000 publicada in Diário da República, II Série, nº 200 de 29 de Agosto.

⁴ Cfr. Comunicado nº 7/2005 da Autoridade da Concorrência.

⁵ Cfr. Comunicado nº 8/2005 da Autoridade da Concorrência.

⁶ Cfr. Comunicado nº 14/2006 da Autoridade da Concorrência.