CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 10 de Julho de 2001 [1]

Índice

I — O quadro jurídico nacional I-1584

A — A Constituição neerlandesa I-1584

B — A Ordem dos Advogados neerlandesa I-1584

C — O Samenwerkingsverordening 1993 ..... I-1585

II — Os factos e a tramitação processual I-1586

III — As questões prejudiciais I-1589

IV — O objecto das questões prejudiciais I-1591

V — O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado I-1592

A — O conceito de empresa I-1593

B — O conceito de associação de empresas I-1595

C — A restrição da concorrência I-1604

a) O objectivo do SWV I-1606

b) Os efeitos do SWV I-1607

c) O carácter sensível da restrição de concorrência I-1615

D — A afectação do comércio entre Estados-Membros I-1616

E — Conclusão I-1618

VI — O artigo 86.° do Tratado I-1618

VII— O artigo 90.°, n.° 2, do Tratado I-1623

A — As condições de aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado I-1623

B — As circunstâncias factuais do litígio no processo principal I-1627

1 — Língua original: francês.

VIII — Os artigos 5.° e 85.° do Tratado I-1636

A — Quanto ao poder de que dispõem as autoridades neerlandesas para determinar, directa ou indirectamente, o conteúdo das normas essenciais da profissão I-1639

B — Quanto à existência de uma via de recurso aberta aos membros da profissão I-1642

IX — Os artigos 52.° e 59.° do Tratado I-1643

A — As disposições aplicáveis ao litígio no processo principal I-1643

B — Quanto à existência de um entrave à livre prestação de serviços I-1646

C — Quanto à justificação do entrave I-1648

X — Conclusão I-1650

1. O presente pedido de decisão prejudicial coloca a delicada questão da aplicação do direito comunitário da concorrência às profissões liberais [2].

2. Foi submetido ao Nederlandse Raad van State (Países Baixos) um litígio relativo à legalidade de um regulamento adoptado pela Ordem dos Advogados neerlandesa. O regulamento em causa proíbe os advogados que exerçam nos Países Baixos de estabelecerem uma colaboração «integrada» com membros da categoria profissional dos revisores de contas. Compete ao Tribunal de Justiça decidir se as disposições do Tratado em matéria de concorrência são aplicáveis e, se for caso disso, se se opõem a essa proibição de colaboração.

3. O processo insere-se no contexto de dois outros pedidos de interpretação apresentados pelo Pretore di Pinelo (Itália), no processo Arduino (C-35/99), e pelo Giudice di pace di Genova (Itália), no processo Conte (C-221/99). Os órgãos jurisdicionais italianos devem apreciar a compatibilidade, com as regras comunitárias de concorrência, de tabelas profissionais relativas às tarifas das prestações efectuadas pelos advogados e os arquitectos no seu país.

4. Embora os três processos suscitem uma problemática idêntica, as diferenças que caracterizam o seu quadro jurídico e factual conduzem-me a apresentar ao Tribunal de Justiça conclusões distintas [3]. As presentes conclusões são respeitantes ao pedido do Raad van State, no processo Wouters e o. (C-309/99).

2 — A questão é objecto de um debate na doutrina. V., nomeadamente, Ehlermann, C., «Concurrence et professions libérales: antagonisme ou incompatibilité?», em *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 136; Misson, L., Baert, F., «Les barèmes d'honoraires des avocats sont-ils illégaux?», em *Journal des tribunaux*, 1995, p. 485; Idot, L., «Quelques réflexions sur l'aplication du droit communautaire de la concorrence aux ordres professionnels», em *Journal des tribunaux de droit européen*, Abril 1997, p. 73; Nyssens, H., «Concurrence et ordres profissionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», em *Revue de droit commercial belge*, 1999, p. 475, Van den Bossche, A.-M., «Voor economische vrijheid en mededingingsrecht:hoe vrij is de plichtenleer in het beperken van de economische Keuzevrijheid van vrije beroepers?», em *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2000, p. 13.

3 — V. as conclusões que apresentei no processo Arduino, (C-35/99, acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, Colect., p. I-1529, p. I-1532), e as que apresentei em 12 de Julho de 2001 no processo Conte, (C-221/99, acórdão de 29 de Novembro de 2001, Colect., p. I-9359, p. I-9361).

I — O quadro jurídico nacional

A — *A Constituição neerlandesa*

5. O artigo 134.° da Constituição do Reino dos Países Baixos é relativo à criação e ao regime jurídico dos organismos públicos. Dispõe que:

«1. Os organismos públicos com vocação profissional ou outros organismos públicos podem ser constituídos e extintos por força ou ao abrigo da lei.

2. A lei determina as missões e organização desses organismos públicos, a sua composição e os poderes dos seus órgãos directores, bem como a publicidade a dar aos seus debates. Pode ser conferido aos seus órgãos directores um poder regulamentar por força ou ao abrigo da lei.

3. A lei organiza o controlo desses órgãos directores. As suas decisões só poderão ser anuladas por violação do direito ou do interesse geral.»

B — *A Ordem dos Advogados neerlandesa*

6. Nos termos da referida disposição, as autoridades neerlandesas adoptaram a Lei de 23 de Junho de 1952 que criou a Ordem dos Advogados neerlandesa e fixa o regulamento de ordem interna e as regras disciplinares aplicáveis aos advogados e aos procuradores (a seguir a «Advocatenwet»).

7. A Advocatenwet prevê que o conjunto dos advogados inscritos nos Países Baixos constituem a Nederlandse Orde van Advocaten (Ordem dos Advogados neerlandesa, a seguir «NOvA» ou «Ordem»). Por outro lado, o conjunto dos advogados inscritos no mesmo tribunal constitui a Ordem dos Advogados do distrito em causa.

8. A NOvA e as Ordens distritais são dirigidas respectivamente pelo Algemene Raad (conselho geral) e pelos raden van toezicht (conselhos de vigilância). Os membros do conselho geral são eleitos pelo colégio de delegados, que por sua vez são eleitos nas reuniões das Ordens dos diferentes distritos.

9. Nos termos do artigo 26.° da Advocatenwet:

«O conselho geral e os conselhos de vigilância promovem o correcto exercício

da profissão e têm poderes para adoptar as medidas necessárias ao prosseguimento desse objectivo. Defendem os direitos e os interesses dos advogados enquanto tais, zelam pelo cumprimento das obrigações destes e desempenham as funções que lhes são atribuídas através de regulamento.»

10. O artigo 28.°, n.° 1, da Advocatenwet dispõe:

«O colégio de delegados pode adoptar regulamentos com vista ao correcto exercício da profissão, incluindo os relativos à assistência aos advogados, em caso de velhice e de incapacidade profissional total ou parcial, bem como aos familiares próximos de advogados falecidos. O colégio adopta, além disso, os regulamentos necessários em matéria de administração e organização da [NOvA].»

11. Em conformidade com o artigo 29.° da Advocatenwet, os regulamentos vinculam os membros da NOvA e os «advogados visitantes», quer dizer, as pessoas que não se encontram inscritas como advogado nos Países Baixos, mas que estão autorizadas a exercer a sua actividade profissional noutro Estado-Membro com o título de advogado ou equivalente.

12. O artigo 30.° da Advocatenwet organiza o controlo do poder regulamentar dos órgãos directores da NOvA. Prevê que «[a]s decisões do colégio de delegados, do conselho geral ou dos outros órgãos da [NOvA] podem ser suspensas ou anuladas por decreto real, desde que contrárias ao direito ou ao interesse geral».

C — O *Samenwerkingsverordening 1993*

13. Em 1993, o colégio de delegados da NOvA, nos termos do artigo 28.° da Advocatenwet, adoptou um regulamento intitulado «Samenwerkingsverordening» (regulamento relativo à colaboração, a seguir «SWV» ou «regulamento em causa»).

14. O artigo 1.° deste regulamento define o conceito de «relação de colaboração» como sendo «toda a colaboração no quadro da qual os participantes exercem a sua profissão por conta e risco comum, ou partilham entre si, a este respeito, o poder de decisão ou a responsabilidade final» [4].

15. O artigo 4.° da SWV autoriza os advogados a manter uma colaboração com outros advogados inscritos nos Países

4 — Na sequência das presentes conclusões, designarei este tipo de colaboração pelo termo «colaboração integrada». Trata-se de uma colaboração que implica a partilha dos lucros, das perdas, do poder de decisão e das responsabilidades finais.

Baixos e, em determinados condições, com advogados que estejam inscritos noutros Estados.

16. Em contrapartida, quando os advogados desejem manter uma colaboração com os membros de uma *outra categoria profissional*, essa categoria profissional deve ser objecto de uma autorização pelo conselho geral da NOvA.

17. Por outro lado, o artigo 8.° da SWV prevê que «[a]s relações de colaboração devem, imperativamente, possuir um nome colectivo para todos os contactos com o exterior» e que «[o] nome colectivo não pode ser susceptível de induzir em erro».

18. Resulta do preâmbulo da SWV que a colaboração dos advogados com os notários, os consultores fiscais e os agentes da propriedade industrial já foi autorizada no passado. O reconhecimento dessas três categorias profissionais continua válido. Em contrapartida, os revisores de contas são referidos como um exemplo de categoria profissional com a qual os advogados não estão autorizados a estabelecer uma colaboração integrada.

II — Os factos e a tramitação processual

19. Os recursos no processo principal foram interpostos por cinco pessoas: J. Wouters, J. Savelbergh, a sociedade Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs (consultores fiscais), a sociedade Arthur Andersen & Co. Accountants (revisores de contas) e a sociedade Price Waterhouse Belastingadviseurs BV (consultores fiscais).

20. J. Wouters estava inscrito como advogado no foro de Amesterdão. Em 1 de Janeiro de 1991 tornou-se sócio da sociedade Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs.

21. Em Novembro de 1994, o interessado informou o conselho de vigilância de Roterdão da sua intenção de se estabelecer como advogado nessa cidade e de aí exercer sob a denominação «Arthur Andersen & Co., advocaten en belastingadviseurs».

22. O conselho de vigilância de Roterdão indeferiu esse pedido por decisão de 27 de Julho de 1995.

Considerou que, devido às relações que as uniam, a sociedade Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs e a sociedade Arthur Andersen & Co. Accountants mantinham uma «relação de colaboração» na acepção do artigo 4.° do SWV. O conselho de vigilância considerou que, ao associar-se com a primeira sociedade, J. Woutters tinha também criado uma «relação de colaboração» com a segunda, quer dizer,

com membros da categoria profissional dos revisores de contas. Ora, não tendo essa categoria profissional sido objecto de uma autorização pela NOvA, a colaboração de J. Wouters com a sociedade Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs foi considerada contrária ao artigo 4.° do SWV.

Além disso, o conselho de vigilância considerou que J. Wouters não podia, sem infringir o artigo 8.° do SWV, fazer parte de uma colaboração cuja denominação colectiva mencionava o nome da pessoa «Arthur Andersen».

23. J. Savelbergh está inscrito no foro de Amesterdão.

24. Na primavera de 1995, informou o conselho de vigilância desse foro que tinha a intenção de manter uma colaboração integrada com a sociedade Price Waterhouse Belastingadviseurs BV, ramo do organismo internacional Price Waterhouse, que reagrupa não apenas os consultores fiscais, mas também os revisores de contas.

25. Em 5 de Julho de 1995, o conselho de vigilância de Amesterdão declarou que a colaboração pretendida por J. Savelbergh era contrária ao artigo 4.° do SWV.

26. Por duas decisões de 21 e 29 de Novembro de 1995, o conselho geral da NOvA julgou improcedentes os recursos administrativos que J. Wouters, J. Savelbergh e a sociedade Price Waterhouse Belastingadviseurs BV interpuseram por das referidas decisões.

27. Os cinco recorrentes interpuseram então recurso no Arrondissementsrechtbank te Amsterdam (a seguir «Rechtbank»). Alegaram, designadamente, que as decisões do conselho geral da NOvA eram incompatíveis com as disposições do Tratado em matéria de concorrência, de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços.

28. Em 7 de Fevereiro de 1997, o Rechtbank julgou inadmissíveis os recursos interpostos pela Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs e pela Arthur Andersen & Co. Accountants. Além disso, julgou improcedentes os argumentos invocados por J. Wouters, J. Savelbergh e a sociedade Price Waterhouse Belastingadviseurs BV.

29. O Rechtbank considerou que as disposições do Tratado em matéria de concorrência eram inaplicáveis no caso em apreço.

Considerou que a NOvA era um organismo de direito público instituído pela lei com o fim de promover um interesse geral. Para

esse efeito, utiliza a competência legislativa que lhe é conferida pelo artigo 28.° da Advocatenwet. A NOvA era obrigada a garantir, no interesse geral, a independência e a «parcialidade» [5] do advogado que presta assistência jurídica. Assim, segundo o Rechtbank, a NOvA não é uma associação de empresas na acepção do artigo 85.° do Tratado CE (actual artigo 81.° CE).

Quanto ao fundamento relativo ao artigo 86.° do Tratado CE (actual artigo 82.° CE), o Rechtbank considerou que a NOvA não pode ser considerada uma empresa nem uma associação de empresas. Além disso, o artigo 28.° da Advocatenwet não transfere de modo algum competências a operadores privados, de um modo que prejudique o efeito útil dos artigos 85.° e 86.° do Tratado. Consequentemente, a referida disposição não é incompatível com o artigo 5.°, segundo parágrafo, do Tratado CE (actual artigo 10.°, segundo parágrafo, CE), interpretado em conjugação com os artigos 3.°, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.°, n.° 1.°, alínea g), CE], 85.° e 86.° do Tratado.

30. O Rechtbank também não seguiu a argumentação dos recorrentes segundo a qual o SWV é incompatível com o direito de estabelecimento [artigo 52.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.° CE)] e a livre prestação de serviços [artigo 59.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.° CE)]. Em sua opinião, o aspecto transfronteiriço não existe no caso em apreço, de modo que as referidas disposições são inaplicáveis. De qualquer modo, a proibição de colaboração justificava-se por razões imperativas de interesse geral e não era demasiado restritiva. Além disso, o Rechtbank considerou que o SWV não é incompatível com o direito de estabelecimento. Não havendo disposições comunitárias na matéria, os Estados-Membros têm a liberdade de condicionar o exercício da profissão de advogado no seu território através de regras destinadas a garantir a independência e a parcialidade do advogado que presta assistência jurídica.

31. Os recorrentes no processo principal recorreram da decisão do Rechtbank para o Raad van State.

32. O recorrido é o conselho geral da NOvA. É apoiado nos seus pedidos pelo Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap (Conselho das Ordens de Advogados da Comunidade Europeia, a seguir «CCBE»), uma associação de direito belga que foi autorizada a intervir no processo principal.

33. Por decisão de 10 de Agosto de 1999, o Raad van State confirmou a inadmissibilidade dos recursos interpostos pelas sociedades Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs e Arthur Andersen & Co. Accountants. Quanto aos outros recursos, consi-

5 — Este termo, aparentemente próprio da ordem jurídica neerlandesa, parece designar a defesa dos interesses do cliente.

derou que a solução do litígio no processo principal dependia da interpretação de várias disposições de direito comunitário.

III — As questões prejudiciais

34. Por conseguinte, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) a) Deve interpretar-se a expressão 'associação de empresas' que figura no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 81.°, n.° 1, CE) no sentido de que só se configura tal associação quando, e na medida em que, a mesma actua no interesse dos operadores privados, de tal forma que, para aplicar a referida disposição, haja que distinguir entre as actividades prosseguidas pela associação no interesse geral e as outras actividades, ou o simples facto de uma associação também poder actuar no interesse dos operadores privados é suficiente para qualificá-la, relativamente a toda a sua actuação, de associação de empresas para efeitos da referida disposição?

É pertinente para a aplicação do direito comunitário sobre concorrência o facto de as regras vinculativas de aplicação geral estabelecidas pela entidade em causa o terem sido ao abrigo de um poder legislativo e na qualidade de legislador especial?

b) Se a resposta à questão 1a) for a de que se trata de uma associação de empresas apenas quando, e na medida em que, essa associação actue no interesse dos operadores privados, é o direito comunitário que determina — igualmente — quando se trata de salvaguardar o interesse geral e quando tal não é o caso?

c) Se a resposta à questão 1b) for a de que o direito comunitário é pertinente nessa matéria, permite o mesmo considerar que a adopção por parte de uma entidade como a Ordem, ao abrigo de um poder legislativo destinado a garantir a independência e a parcialidade do advogado que presta assistência jurídica, de regras vinculativas de aplicação geral que regulam o estabelecimento de relações de colaboração entre advogados e outros profissionais prossegue o interesse geral?

2) Se, com base nas respostas às questões colocadas na questão 1, alíneas a), b) e c), tiver de concluir-se que uma legislação como o [SWV] deve igualmente

ser considerada como uma decisão de uma associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 81.°, n.° 1, CE), deve considerar-se que tal decisão, na medida em que estabelece regras vinculativas de aplicação geral relativas ao estabelecimento de relações de colaboração do tipo das que estão em causa no presente litígio a fim de garantir a independência e a parcialidade do advogado que presta assistência jurídica, tem por objectivo ou efeito restringir a livre concorrência no mercado comum de tal forma que as trocas comerciais entre os Estados-Membros são afectadas?

Que critérios decorrentes do direito comunitário são pertinentes para responder a esta questão?

3) Deve interpretar-se o termo 'empresa' que consta do artigo 86.° do Tratado CE (actual artigo 82.° CE) no sentido de que, se uma entidade como a Ordem nacional dever ser considerada uma associação de empresas, a referida entidade deve igualmente ser considerada como uma empresa ou um grupo de empresas na acepção desta disposição embora ela própria não exerça qualquer actividade económica?

4) Se a resposta à questão precedente for afirmativa e, por conseguinte, dever entender-se que uma entidade como a Ordem ocupa uma posição dominante, tal entidade explora abusivamente essa posição ao obrigar os advogados nela inscritos a comportar-se, no mercado da prestação de serviços jurídicos, relativamente a terceiros de uma forma que entrava a concorrência?

5) Se uma entidade como a Ordem dever ser considerada, no seu conjunto, como uma associação de empresas para efeitos da aplicação das normas comunitárias sobre concorrência, há que interpretar o artigo 90.°, n.° 2, do Tratado CE (actual artigo 86.°, n.° 2, CE) no sentido de que também está sujeita a essas normas uma entidade que, tal como a Ordem, adopta regras vinculativas de aplicação geral relativas à colaboração entre advogados e outros profissionais com a finalidade de garantir a independência e a parcialidade do advogado que presta assistência jurídica?

6) Se uma entidade como a Ordem dever ser considerada como uma associação de empresas, ou como uma empresa ou um grupo de empresas, os artigos 3.°, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.°, n.° 1, alínea g), CE], 5.°, segundo parágrafo, do Tratado CE [actual artigo 10.°, segundo parágrafo, CE], 85.° e 86.° do Tratado CE [actuais artigos 8.° CE e 82.° CE] opõem-se a que um Estado-Membro confira a essa entidade (ou a um dos seus órgãos) o poder de adoptar regras relativas, entre outras, à

colaboração entre advogados e outros profissionais, não obstante a tutela das autoridades sobre este processo só lhes permitir anular essa regulamentação sem poder substitui-la por regulamentação própria?

7) Uma proibição de colaboração entre advogados e revisores de contas, como no caso vertente, está sujeita simultaneamente às disposições do Tratado relativas ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços, ou deve interpretar-se o Tratado CE no sentido de que tal proibição deve respeitar ou as disposições em matéria de direito de estabelecimento ou as disposições em matéria de livre prestação de serviços, por exemplo segundo a forma como os interessados pretendem efectivamente realizar a sua colaboração?

8) A proibição de uma relação de colaboração integrada entre advogados e revisores de contas, como no caso vertente, constitui uma restrição ao direito de estabelecimento, à livre prestação de serviços, ou a ambos?

9) Se da resposta à questão precedente resultar que se verificam uma das duas restrições aí citadas ou ambas, a restrição em causa é justificada porque contém apenas uma 'modalidade de venda' na acepção do acórdão Keck e Mithouard e não é, por conseguinte, discriminatória ou, porque satisfaz os critérios definidos pelo Tribunal de Justiça para o efeito noutros acórdãos, em particular no acórdão Gebhard?»

IV — O objecto das questões prejudiciais

35. O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State suscita cinco séries de questões.

36. A primeira série de questões é relativa à interpretação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. Consiste em determinar se uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, infringe essa disposição quando adopta uma medida vinculativa que proíbe aos advogados, que exerçam no território do Estado-Membro em causa, estabelecer uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas [6].

37. Com a segunda série de questões pretende-se determinar se uma ordem profissional de advogados, quando adopta uma medida que contém essa proibição de colaboração, explora de forma abusiva uma posição dominante no mercado

6 — Primeira questão prejudicial, alíneas a), b) e c), e segunda questão prejudicial.

comum ou numa parte substancial deste, na acepção do artigo 86.° do Tratado [7].

38. A terceira série de questões coloca-se no caso de a medida em causa ser considerada uma restrição de concorrência ou um abuso da posição dominante. Nesse caso, trata-se de verificar se o artigo 90.°, n.° 2, do Tratado deve ser interpretado no sentido de que a aplicação das regras comunitárias de concorrência a uma ordem profissional de advogados que adopta tal medida é susceptível de impedir a missão especifica que lhe foi fixada pelos poderes públicos [8].

39. A quarta série de questões é relativa às disposições conjugadas dos artigos 5.°, 85.° e 86.° do Tratado. Tem por objectivo determinar se um Estado-Membro infringe essas disposições quando confere à ordem profissional de advogados o poder de adoptar medidas obrigatórias que regulam a possibilidade de os advogados que exerçam no seu território estabelecerem uma colaboração integrada com revisores de contas, quando o Estado-Membro em causa não se reserva a possibilidade de substituir as medidas adoptadas pela Ordem pelas suas próprias decisões [9].

40. Por último, a quinta série de questões é relativa à questão de saber se as disposições do Tratado em matéria de direito de estabelecimento (artigo 52.°) e de livre prestação de serviços (artigo 59.°) se opõem a que uma ordem profissional de advogados adopte uma medida como a em causa no processo principal [10].

V — O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado

41. O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado proíbe «todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum».

42. Os recorrentes no processo principal consideram que as condições de aplicação deste artigo estão preenchidas no caso em apreço. Os argumentos apresentados são os seguintes:

Em primeiro lugar, a NOvA constitui uma «associação de empresas». Como qualquer outro grupo profissional, assegura a defesa dos interesses colectivos e individuais dos seus membros. O facto de poder agir no interesse geral ou de ter poderes regulamentares é irrelevante quanto a este aspecto.

7 — Terceira e quarta questões prejudiciais.

8 — Quinta questão prejudicial.

9 — Sexta questão prejudicial.

10 — Sétima, oitava e nona questões prejudiciais.

Em segundo lugar, o SWV teria por objecto «restringir o jogo da concorrência». Teria sido especificamente adoptado com o objectivo de manter uma proibição absoluta de qualquer forma de associação entre os advogados e os revisores de contas nos Países Baixos. De qualquer forma, o regulamento em causa teria por efeito impedir os advogados e os revisores de contas de criarem estruturas associativas capazes de oferecer melhores serviços aos clientes que operam num meio económico e jurídico complexo.

Em terceiro lugar, o SWV poderia afectar o «comércio entre os Estados-Membros». As sociedades recorrentes, como os gabinetes de advogados, exercem actividades internacionais. Intervêm frequentemente em transacções transfronteiriças, que implicam o sistema jurídico de vários Estados-Membros.

43. A NOvA, o CCBE, a Comissão e a maior parte dos Governos intervenientes [11] têm uma posição oposta. Consideram que não existe qualquer infracção ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. A proibição de colaboração imposta pelo SWV teria por objectivo garantir a independência e a parcialidade do advogado. Não pode, assim, de qualquer modo, ser abrangido ou proibido pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

11 — Em conformidade com o Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, foram apresentadas observações escritas pelos Governos alemão, dinamarquês, francês, neerlandês, português, sueco e do Liechtenstein. O Governo luxemburguês fez alegações.

44. Há que examinar sucessivamente o âmbito de aplicação pessoal e o campo de aplicação material do artigo 85.°, n.° 1. O primeiro permitirá determinar se a NOvA pode ser qualificada de associação de empresas. O segundo terá por objectivo verificar se a proibição de colaboração em causa é susceptível de restringir o jogo da concorrência e afectar o comércio entre Estados-Membros. Impõe-se uma consideração preliminar quanto ao próprio conceito de empresa.

A — *O conceito de empresa*

45. Na decisão de reenvio [12], o Raad van State afirmou expressamente que os advogados inscritos nos Países Baixos constituíam «empresas» na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

46. O órgão jurisdicional de reenvio recordou que, no contexto do direito comunitário da concorrência, o conceito de empresa abrange «qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento» [13]. Considerou que os advogados neerlandeses eram abrangidos por esta definição, uma vez que prestavam, mediante remuneração, serviços num determinado mercado, isto é, o mercado da prestação de serviços jurídicos.

12 — Tradução francesa (p. 10).

13 — Acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.° 21).

47. A apreciação do Raad van State sobre este aspecto não é contestada pelos intervenientes. Na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio não apresentou ao Tribunal de Justiça qualquer questão relativa à interpretação do conceito de empresa, parto do princípio de que o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado é aplicável *ratione personae* aos advogados inscritos nos Países Baixos.

48. Apesar disso, para ser completo, saliento que a situação dos advogados neerlandeses pode afigurar-se mais complexa relativamente às disposições do Tratado.

49. Com efeito, resulta do *dossier* enviado ao Tribunal de Justiça [14] que os advogados inscritos nos Países Baixos estão autorizados a exercer as suas actividades sob dois regimes jurídicos distintos. Podem agir na qualidade de operadores independentes ou na qualidade de assalariados. Ora, as regras do Tratado aplicáveis à profissão podem ser diferentes consoante o advogado se encontre na primeira ou na segunda situação.

50. As actividades exercidas pelo advogado concentram-se tradicionalmente em duas funções essenciais: por um lado, o conselho jurídico (que compreende a consulta, a negociação e a redacção de determinados actos) e, por outro, o patrocínio e a representação do cliente perante as autoridades judiciais e extrajudiciais.

51. Quando o advogado exerce as suas actividades na qualidade de operador independente, presta serviços num mercado determinado, isto é, o mercado dos serviços jurídicos. Pede e recebe da parte dos seus clientes uma remuneração em contrapartida das prestações efectuadas. Além disso, assume os riscos financeiros ligados ao exercício da sua actividade uma vez que, em caso de desequilíbrio entre as suas despesas e as suas receitas, suporta ele próprio as suas perdas. Em conformidade com os critérios do Tribunal de Justiça [15], o advogado deve nesse caso ser qualificado de «empresa» na acepção do direito comunitário da concorrência.

52. Em contrapartida, o advogado que exerce as suas actividades como assalariado está numa situação diferente. A este respeito, podem apresentar-se dois tipos de casos.

Por um lado, o advogado pode efectuar as suas prestações a favor e sob a direcção de outra pessoa que, em contrapartida, lhe paga uma remuneração. Neste caso, o advogado é um «trabalhador» assalariado

14 — V. despacho de reenvio (tradução francesa, pp. 6 e 10), as observações escritas da NOvA (n.° 27) e as observações escritas do Governo neerlandês (n.° 19).

15 — Acórdãos de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália (C-35/96, Colect., p. I-3851, n.os 36 a 38, a seguir «acórdão CNSD»), e de 12 de Setembro de 2000, Pavlov e o. (C-180/98 a C-184/98, Colect., p. I-6451, n.os 73 a 77, a seguir «acórdão Pavlov»).

e, como tal, não será abrangida pelo domínio de aplicação do direito comunitário da concorrência [16]. Por outro lado, é possível que o advogado assalariado não exerça realmente a sua actividade sob a direcção do seu empregador e que a sua remuneração esteja directamente ligada às perdas e lucros deste. Neste caso, o advogado pertencerá às «áreas-limite» referidas pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no processo Pavlov [17].

53. Além disso, a existência de dois regimes jurídicos distintos nos Países Baixos é susceptível de produzir efeitos na interpretação do conceito de «associação de empresas». Com efeito, é muito difícil saber se um organismo profissional que reagrupa simultaneamente empresas e assalariados constitui uma associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado [18].

54. Todavia, na medida em que não foi submetido ao Tribunal de Justiça qualquer pedido de interpretação nesse sentido, não me compete tomar posição quanto a essas questões. De qualquer forma, essa apreciação seria impossível de realizar dado que os autos não contêm qualquer elemento que permita conhecer com total precisão o estatuto dos advogados assalariados nos Países Baixos.

16 — Acórdão de 16 de Setembro de 1999, Becu e o. (C-22/98, Colect., p. I-5665, n.os 24 a 26).

17 — N.° 112.

18 — A questão colocou-se no acórdão Pavlov. No entanto, não foi necessário decidi-la para responder às questões prejudiciais colocadas ao Tribunal de Justiça (v. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs nesse processo, n.° 125).

55. Assim, parto do princípio de que os advogados inscritos nos Países Baixos constituem empresas na acepção do direito comunitário da concorrência.

B — *O conceito de associação de empresas*

56. A primeira questão prejudicial é relativa ao conceito de associação de empresas.

57. O Raad van State pergunta se o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado deve ser interpretado no sentido de que o conceito de associação de empresas se aplica a uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, quando esta adopta, nos termos de poderes regulamentares conferidos pela lei, medidas vinculativas que proíbem os advogados de estabelecer uma colaboração integrada com os revisores de contas com o objectivo de proteger a independência e a parcialidade do advogado.

58. O órgão jurisdicional de reenvio está confrontado com o seguinte problema [19].

19 — Despacho de reenvio (tradução francesa, pp. 5 e 11).

59. Explica que, segundo a exposição dos fundamentos da Advocatenwet, a NOvA é obrigada a exercer o seu poder regulamentar com um objectivo de interesse geral. Deve garantir o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça. Apesar disso, por força do artigo 26.° da Advocatenwet, a NOvA tem por missão expressa defender os direitos e os interesses dos advogados. Assim, a NOvA exerce também o seu poder regulamentar com vista a promover os interesses colectivos e individuais dos seus membros.

60. Tendo em conta estes elementos, o órgão jurisdicional de reenvio identifica várias questões. Pergunta ao Tribunal de Justiça se:

(1) o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado exige que se dissociem as actividades exercidas pela NOvA, de modo a só o qualificá-la de associação de empresas quando age no interesse dos seus membros; ou se, pelo contrário, o simples facto de a NOvA poder exercer o seu poder regulamentar no interesse dos seus membros é suficiente para a qualificar de associação de empresas pelo conjunto das suas actividades [primeira questão, alínea a)];

(2) o facto de a NOvA dispor de um poder regulamentar conferido pela lei tem efeitos numa sua eventual qualificação como associação de empresas [primeira questão, alínea a)];

(3) no caso de se deverem dissociar as actividades exercidas pela NOvA, o direito comunitário determina os casos em que uma organização profissional age no interesse geral e os casos em que age no interesse dos seus membros [primeira questão, alínea b)];

(4) na hipótese de o direito comunitário determinar os casos em que uma organização profissional age no interesse geral, a adopção, pela NOvA, de medidas vinculativas que proíbem aos seus membros manter uma colaboração integrada com os revisores de contas com o objectivo de proteger a independência e a parcialidade do advogado é abrangida pelo «interesse geral» na acepção do direito comunitário [primeira questão, alínea c)].

61. O conceito de associação de empresas não é definido pelo Tratado. 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 [20].

20 — Waelbroeck, M., Frignani, A., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, volume 4, Concurrence*, edições da Universidade de Bruxelas, Bruxelas, 1997, 2.ª edição (n.° 128).

62. No entanto, o conceito de associação de empresas assume uma função especial no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

Tem por objectivo evitar que as empresas possam furtar-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 85.°, n.° 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.

63. Foram frequentemente submetidos ao Tribunal de Justiça litígios relativos a associações de carácter puramente comercial. O processo CNSD foi o primeiro processo em que o Tribunal de Justiça aplicou o conceito de associação de empresas a uma ordem profissional [21].

64. Tendo em conta a importância desse processo no presente litígio, há que recordar os seus principais elementos.

65. A actividade de despachante alfandegário é uma profissão liberal em Itália [22]. O seu exercício está subordinado à posse de uma autorização e à inscrição num registo nacional. Ao nível departamental, a actividade dos despachantes alfandegários é controlada pelos conselhos regionais, que têm no topo da hierarquia o Conselho Nacional dos Despachantes Alfandegários (o CNSD). Nos termos da legislação italiana, o CNDS estava nomeadamente encarregado de fixar a tabela das prestações profissionais dos despachantes alfandegários.

A Comissão decidiu propor uma acção por incumprimento contra a República Italiana. Acusava-a de ter infringido as disposições conjugadas dos artigos 5.° e 85.° do Tratado ao impor ao CNSD que adoptasse uma tabela obrigatória para todos os despachantes alfandegários.

66. Uma das questões suscitadas pelo litígio consistia em determinar se o CNSD era uma associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. A este

21 — A Comissão adoptou três decisões relativas às profissões liberais: a Decisão 93/438/CEE, de 30 de Junho de 1993, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/33.407 — CNSD) (JO L 203, p. 27); a Decisão 95/188/CE, de 30 de Janeiro de 1995, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE (IV/33.686 — COAPI) (JO L 122, p. 37); e a Decisão 1999/267/CE, de 7 de Abril de 1999, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE [IV/36147 — Código de conduta do IMA (EPI)] (JO L 106, p. 14). A última decisão foi objecto de uma anulação parcial pelo acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Março de 2001, Instituto dos Mandatários Reconhecidos/Comissão (T-144/99, Colect., p. II-1087).

22 — Acórdão CNDS (n.° 34).

respeito, o Tribunal de Justiça retirou da sua jurisprudência anterior [23] dois critérios de definição, ligados à *composição* e ao *enquadramento legal* das actividades da entidade.

67. Quanto ao primeiro critério, o Tribunal de Justiça considerou que os membros do CNSD eram «representantes dos despachantes profissionais» [24].

O Tribunal de Justiça afirmou que «os membros do CNSD só podem ser despachantes alfandegários inscritos nos registos, visto que são eleitos de entre os membros dos conselhos regionais, dos quais só fazem parte despachantes alfandegários» [25]. O Tribunal de Justiça também sublinhou que, a partir de uma modificação legislativa ocorrida em 1992, «o director-geral das alfândegas deixou de participar no CNSD na qualidade de presidente» [26]. Por último, concluiu-se que «o Ministro das Finanças italiano, ao qual compete a supervisão da organização profissional em causa, não pode intervir na designação dos membros dos conselhos regionais e do CNSD» [27].

68. Quanto ao segundo critério, o Tribunal de Justiça afirmou que «os membros do CNSD são representantes dos despachantes alfandegários, aos quais nada na legislação nacional em causa impede de agir no interesse exclusivo da profissão» [28].

O Tribunal de Justiça salientou que, quando o CNSD determinava a tabela das prestações com base nas propostas dos conselhos regionais, «nenhuma regra da legislação nacional em causa obriga ou sequer incita os membros do CNSD ou dos conselhos regionais a ter em conta critérios de interesse público» [29].

69. Por conseguinte, o CNSD foi considerado uma associação de empresas porque:

«os membros do CNSD não podem ser qualificados como peritos independentes [...] e que não estão legalmente obrigados 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» [30].

70. Resulta deste acórdão que uma entidade não é qualificada de associação de

23 — Nomeadamente os acórdãos de 17 de Novembro de 1993, Reiff (C-185/91, Colect., p. I-5801); de 9 de Junho de 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Colect., p. I-2517); de 5 de Outubro de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Colect., p. I-2883); e de 17 de Outubro de 1995, DIP e o. (C-140/94 a C-142/94, Colect., p. I-3257).

24 — Acórdão CNSD (n.° 41).

25 — *Ibidem* (n.° 42).

26 — *Ibidem* (n.° 42).

27 — *Ibidem* (n.° 42).

28 — *Ibidem* (n.° 41).

29 — *Ibidem* (n.° 43).

30 — *Ibidem* (n.° 44).

empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado quando, por um lado, for composta por uma maioria de representantes do poder público e, por outro, for obrigada pela legislação nacional a tomar as suas decisões tendo em conta um determinado número de critérios de interesse público [31].

71. Devem ser aplicados estes dois critérios à NOvA.

72. No que diz respeito à composição, a Advocatenwet prevê que a NOvA e as Ordens distritais são dirigidas respectivamente pelo conselho geral e pelos conselhos de vigilância [32]. Os membros do conselho de vigilância são eleitos dentre os membros da Ordem do distrito em causa [33]. Os membros do conselho geral são eleitos por um colégio de delegados [34], eles próprios eleitos nas reuniões das Ordens dos diferentes distritos [35]. A redacção do artigo 24.°, n.° 1, da Advocatenwet confirma que só os advogados podem ser eleitos membros do conselho geral, do colégio de delegados e dos conselhos de vigilância.

Daqui resulta que os órgãos directores da NOvA são exclusivamente compostos por advogados, que são eleitos pelos membros da profissão. Além disso, o *dossier* submetido ao Tribunal de Justiça [36] salienta que o Estado e o Ministro da Justiça não podem intervir na designação dos membros dos conselhos de vigilância, do colégio de delegados e do conselho geral.

73. No que diz respeito ao segundo critério, as observações apresentadas pelas partes durante a fase escrita do processo continham poucas informações. Na audiência, convidei os representantes da NOvA e do Governo neerlandês a precisar as suas explicações. Perguntei-lhes se existiam, no direito neerlandês, disposições vinculativas que obrigassem a NOvA a atender a critérios de interesse geral no exercício da sua competência regulamentar.

Quanto a este ponto, o Governo neerlandês recordou que, por força do artigo 30.° da Advocatenwet, o Estado tem o poder de anular os regulamentos da NOvA quando forem contrários ao interesse geral. Por seu turno, a NOvA sublinhou que os artigos 26.° e 28.° da Advocatenwet impõem aos seus órgãos dirigentes que exerçam as suas competências no «interesse do exercício correcto da profissão».

74. Estes dois elementos de resposta não me convencem.

31 — V. também o acórdão Pavlov (n.° 87).

32 — Artigos 18.°, n.° 1, e 22.°, n.° 1, da Advocatenwet.

33 — Artigo 22.°, n.° 2, da Advocatenwet.

34 — Artigo 19.°, n.° 1, da Advocatenwet.

35 — Artigo 20.°, n.° 1, da Advocatenwet.

36 — V. despacho de reenvio (tradução francesa, p. 5) e as observações escritas dos recorrentes no processo principal (n.° 43).

Por um lado, o poder de anulação da Coroa, por real que possa ser, não é menos aleatório. Como sublinharam os recorrentes no processo principal, a existência desse controlo não significa que a Ordem tenha a obrigação legal de expressar positivamente o interesse geral quando exerce a sua competência regulamentar. Por outro lado, a expressão «com vista ao correcto exercício da profissão» é impreciso e não estabelece, por si mesma, qualquer critério. As indicações dadas pelo juiz de reenvio [37] demonstram, aliás, que só pode servir de base à NOvA para defender os interesses comuns dos advogados inscritos nos Países Baixos.

Assim, há que afirmar que, quando exerce a sua competência regulamentar, a NOvA não é *obrigada*, por força de disposições de direito neerlandês, a tomar em consideração «o interesse geral e os interesses das empresas dos outros sectores ou dos utentes dos serviços em causa» [38].

75. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a NOvA deve ser qualificada de associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

76. No entanto, a maioria dos intervenientes contestaram a possibilidade de se chegar a essa conclusão. Invocaram três séries de considerações, que se juntam às preocupações expressas pelo juiz de reenvio nas suas questões prejudiciais. Os seus argumentos são os seguintes.

Em primeiro lugar, a NOvA não exerce qualquer actividade económica. Trata-se de um organismo de direito público encarregado de adoptar regras de carácter ético.

Em segundo lugar, a NOvA constitui um «desmembramento» do Estado e tem, a este título, prerrogativas de poder público. Dispõe do poder de legislar (poder regulamentar), do poder de julgar (poder disciplinar) e, de um modo geral, do poder de fiscalizar o comportamento dos seus membros.

Em terceiro lugar, a NOvA tem uma missão de interesse geral ligada à administração da justiça. Essa missão é indispensável num Estado de direito. A NOvA, como as ordens profissionais de advogados noutros Estados-Membros, está encarregada de garantir o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, de assegurar a integridade e de manter a confiança do público em relação à profissão.

O CCBE e o Governo francês adoptam uma posição intermédia. Sustentam que é necessário dissociar as actividades da

37 — Despacho de reenvio (tradução francesa, pp. 5 e 11).
38 — Acórdão CNSD (n.° 44).

NOvA, de modo a que só se lhe apliquem as regras de concorrência quando actua *exclusivamente* no interesse dos seus membros. Este não é o caso que está em apreço, uma vez que a proibição de colaboração em causa visa garantir, no interesse geral, a independência e a parcialidade do advogado.

77. O primeiro argumento das partes, baseado no estatuto da NOvA, não pode ser acolhido.

Com efeito, desde o acórdão BNIC, está assente que «o quadro jurídico em que é efectuada a celebração desses acordos [entre empresas] e são tomadas essas decisões [de associação de empresas], bem como a qualificação jurídica dada a esse quadro pelas diferentes ordens jurídicas nacionais são irrelevantes quanto à aplicabilidade das regras comunitárias da concorrência e nomeadamente do artigo 85.° do Tratado» [39].

Além disso, não é necessário que uma entidade exerça ela própria uma actividade económica para ser qualificada de associação de empresas [40]. O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado aplica-se às associações na medida em que a sua actividade própria ou a das empresas aderentes têm por objectivo produzir os efeitos que ele visa reprimir [41].

78. Quanto ao segundo argumento, já afirmei que os órgãos dirigentes da NovA são compostos exclusivamente por representantes de operadores económicos privados e que os poderes públicos não reservaram a possibilidade de intervir no seu processo decisório. Nestas condições, a NOvA, não pode ser considerada um órgão estatal na acepção do direito comunitário.

Por outro lado, o facto de ter poderes regulamentares e disciplinares é irrelevante. Esta conclusão resulta dos acórdãos CNSD e Pavlov.

No acórdão Pavlov, o Tribunal de Justiça qualificou de associação de empresas uma ordem profissional de médicos especialistas nos Países Baixos quando esta disponha, como a NOvA, de competências regulamentares que lhe tinham sido conferidas por lei [42]. Do mesmo modo, o CNSD foi considerado uma associação de empresas uma vez que dispunha de competência

39 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1985, BNIC (123/83, Recueil, p. 391, n.° 17). V. também os acórdãos CNSD (n.° 40) e Pavlov (n.° 85).

40 — Acórdãos de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.os 87 e 88), e de 8 de Novembro de 1983, IAZ e o./Comissão (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.os 19 e 20).

41 — Acórdãos de 15 de Maio de 1975, Frubo/Comissão (71/74, Recueil, p. 563, n.° 30, Colect., p. 205); Van Landewyck e o./Comissão, já referido (n.° 88), e IAZ e o./Comissão, já referido (n.° 20).

42 — Acórdão Pavlov (n.os 84 e 87). O Tribunal de Justiça optou por uma concepção idêntica no que diz respeito ao conceito de empresa. Decidiu que as disposições do artigo 86.° do Tratado eram aplicáveis à actividade regulamentar de uma empresas pública de telecomunicações (acórdão de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão, 41/83, Recueil, p. 873, n.os 16 a 20).

disciplinar por força da legislação italiana. Esse organismo tinha o poder de impor aos seus membros sanções disciplinares, que iam da admoestação ao cancelamento definitivo da inscrição no registo nacional dos despachantes alfandegários [43].

79. O terceiro argumento das partes é igualmente desprovido de fundamento. Assenta na premissa segundo a qual uma entidade investida de uma missão de interesse geral fica *automaticamente* excluída do âmbito de aplicação do direito da concorrência, devido à missão especial que lhe foi fixada.

80. Ora, esta premissa não é exacta.

No contexto do direito da concorrência, o conceito de empresa abrange «qualquer entidade que exerça uma actividade económica» [44]. Em conformidade com esta definição, uma entidade só não é abrangida pelo âmbito da aplicação das regras da concorrência quando a actividade em causa não tem qualquer carácter económico [45]. Em contrapartida, desde que uma entidade exerça uma actividade que seja susceptível de ser exercida, pelo menos em princípio, por um operador privado com um fim lucrativo [46], deve ser qualificada de empresa. Nesse caso, é pouco importante que esteja investido de uma missão de interesse geral ou de uma missão de serviço público [47]. As obrigações impostas pelo Estado não têm por efeito subtrair a entidade ao domínio do direito da concorrência, mas podem, se for caso disso, justificar a concessão de direitos exclusivos ou especiais na acepção do artigo 90.° do Tratado [48].

A mesma constatação impõe-se no que diz respeito às associações de empresas. No processo BNIC, o Tribunal de Justiça recusou considerar que o facto de uma organização profissional ser encarregada pelo Estado de uma missão de serviço público possa impedir a aplicação de o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado [49].

81. Por fim, o último argumento desenvolvido por certos intervenientes convida o Tribunal de Justiça a adoptar uma interpretação funcional do conceito de associação de empresas. Esses intervenientes pro-

43 — V. o acórdão CNSD (n.° 7), bem como as conclusões do advogado-geral G. Cosmas nesse processo (n.° 71).

44 — Acórdão Höfner e Elser, já referido (n.° 21).

45 — É o caso de organismos encarregados da gestão de certos regimes obrigatórios de segurança social, baseados no princípio da solidariedade nacional (acórdão de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet e Pistre, C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637, n.° 18), e de organismos cuja actividade constitui uma missão de interesse geral que releva das funções essenciais do Estado e que, pela sua natureza, objectivo e regras a que está submetida, está ligada ao exercício de prerrogativas que são tipicamente prerrogativas de poder público (acórdãos de 19 de Janeiro de 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Colect., p. I-43, n.° 30, e de 18 de Março de 1997, Diego Cali & Figli, C-343/95, Colect., p. I-1547, n.os 22 e 23).

46 — V. as conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Poucet e Pistre, já referido (n.° 8).

47 — V. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Albany (acórdão de 21 de Setembro de 1999, C-67/96, Colect., p. I-5751, n.° 312).

48 — V., nomeadamente, os acórdãos de 16 de Novembro de 1995, Fédération française des sociétés d'assurances e o. (C-244/94, Colect., p. I-4013, n.° 20); Albany, já referido (n.° 86); e Pavlov (n.° 118).

49 — V. o relatório para a audiência no processo BNIC, já referido (n.° 1.1), o acórdão (n.° 16), bem como a Decisão 82/896/CEE da Comissão, de 15 de Dezembro de 1982, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/29.883 — UGAL/BNIC) (JO L 379, p. 1, n.os 2 e 3 dos fundamentos).

põem ao Tribunal de Justiça que distinga as diferentes actividades exercidas pela NOvA em função da *natureza do interesse* prosseguido pela medida e considere que a entidade constitui uma associação de empresas unicamente quando age no interesse exclusivo dos seus membros.

82. Não partilho dessa opinião.

83. Por um lado, na fase actual da fundamentação, o Tribunal de Justiça é unicamente chamado a definir o âmbito de aplicação pessoal do direito da concorrência. Trata-se simplesmente de identificar os actores aos quais se aplicam os artigos 85.° a 90.° do Tratado.

Ora, o Tribunal de Justiça não pode escolher uma abordagem restritiva a partir dessa fase de análise. Os acórdãos CNSD e Pavlov determinaram claramente as circunstâncias em que um organismo pode escapar ao artigo 85.° do Tratado. Trata-se dos casos em que, devido à sua composição e ao enquadramento das suas actividades, a entidade deve ser considerada um órgão do Estado. Em contrapartida, desde que um organismo, como no caso em apreço, seja exclusivamente composto por operadores económicos privados, é necessário permitir às autoridades da concorrência que examinem o conjunto dos seus comportamentos em relação ao Tratado.

As razões que devem estar subjacentes a uma interpretação extensiva do domínio do direito da concorrência foram claramente expostas pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no processo Albany, já referido. Segundo o advogado-geral F. G. Jacobs [50]:

«É lícito presumir que, ao celebrarem acordos entre si em condições normais, os operadores económicos privados estão a agir segundo os seus próprios interesses e não no interesse público. Assim sendo, as consequências dos seus acordos não correspondem necessariamente ao interesse público. Portanto, as autoridades que fiscalizam a concorrência deveriam, desde logo, poder analisar os acordos entre operadores económicos privados, mesmo em áreas específicas da economia, como a actividade bancária ou seguradora, e até o domínio social» [51].

84. Por outro lado, a tese dos intervenientes resulta, em minha opinião, de uma confusão entre duas questões distintas: a da delimitação do âmbito de aplicação pessoal do direito da concorrência e a da identificação de uma restrição de concorrência ou de uma eventual justificação da medida.

50 — N.° 184. Estas considerações relativas ao âmbito de aplicação *ratione materiae* das regras de concorrência são transponíveis para o âmbito de aplicação pessoal das mesmas regras.

51 — V. também Bach, A., nota relativa aos acórdãos de 17 de Novembro de 1993, Reiff, já referido; Meng (C-2/91, Colect., p. I-5751); e Ohra Schadeverzekeringen (C-245/91, Colect., p. I-5851), na *Common Market Law Review*, 1994, p. 1357, nota da página 14. O autor refere que, «em vez de presumir que a regulamentação adoptada por uma autoridade delegada foi no interesse geral, parece muito mais justificado presumir que esse tipo de regras está em conformidade com os interesses económicos dos que participam na sua elaboração e criou condições restritivas para os que chegam pela primeira vez ao mercado e para os estrangeiros» (tradução livre).

É evidente que, quando exerce a sua competência regulamentar, a NOvA, como as ordens profissionais de advogados noutros Estados-Membros, pode agir no interesse geral. Todavia, esta consideração não é pertinente para determinar se deve ser qualificado ou não de associação de empresas [52]. O facto de a NOvA poder adoptar uma medida no interesse geral ocorre numa fase ulterior da análise, para saber se a medida é susceptível de restringir o jogo da concorrência no interior do mercado comum e, em caso afirmativo, se pode ser justificada tendo em conta as disposições derrogatórias do Tratado.

85. De qualquer forma, penso que o critério proposto pelos intervenientes é impraticável no que diz respeito às profissões liberais.

Com efeito, a maior parte das regras adoptadas pelas autoridades profissionais neste domínio põem em causa *simultaneamente* interesses públicos e privados. Mesmo quando uma ordem profissional de advogados fixa uma tabela obrigatória para as prestações efectuadas pelos seus membros, pode ser sustentado que a tabela visa assegurar a transparência dos honorários e garantir o acesso dos cidadãos ao direito e à justiça. Seguir a interpretação dos intervenientes equivaleria a colocar o conjunto das questões de direito apenas no âmbito de aplicação pessoal do direito comunitário da concorrência. Essa interpretação não pode ser acolhida.

86. Por conseguinte, considero que o artigo 85.° n.° 1, do Tratado, não exige que se dissociem as diferentes actividades exercidas pela NOvA. Uma vez que uma ordem profissional de advogados é, como no caso em apreço, exclusivamente composta por representantes da profissão e não é obrigada por lei a tomar as suas decisões no respeito de um certo número de critérios de interesse público, deve ser considerada uma associação de empresas pelo conjunto das suas actividades, independentemente do objecto e da finalidade da medida adoptada. O facto de estar investida por lei de poderes regulamentares e disciplinares é irrelevante quanto a esta apreciação.

87. Resulta destas considerações que o SWV constitui uma decisão de associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

C — *A restrição da concorrência*

88. A segunda questão prejudicial visa determinar se, ao proibir aos advogados

52 — V. também o acórdão IAZ e o./Comissão, já referido. Nesse processo, a Anseau tinha celebrado com certos fabricantes e importadores de máquinas de lavar uma convenção destinada a assegurar a conformidade dos aparelhos com as exigências impostas pelo direito belga tendo em vista garantir a qualidade da água alimentar. No entanto, a convenção tinha sido aplicada de modo a dificultar as importações paralelas na Bélgica. O Tribunal de Justiça decidiu que «a convenção tem por objectivo restringir sensivelmente o jogo da concorrência no interior do mercado comum, *não obstante o facto de prosseguir também a protecção da saúde pública*» (n.° 25; o sublinhado é meu). O objectivo de interesse geral prosseguido pela convenção não impediu o Tribunal de Justiça de afirmar que a Anseau era uma associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado (n.os 19 a 21 do acórdão).

de manter uma colaboração integrada com os revisores de contas, o SWV tem «por objecto ou por efeito, impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência».

89. O Tribunal de Justiça procede geralmente em duas fases sucessivas para apreciar a compatibilidade de um acordo com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado [53].

90. Numa primeira fase, o Tribunal de Justiça verifica se o acordo tem por objectivo restringir o jogo da concorrência. Para esse efeito, procede a uma análise objectiva dos fins prosseguidos pelo acordo, à luz do contexto económico em que deve ser aplicado [54]. Desde que o acordo tenha um objectivo anticoncorrencial, é proibido pelo artigo 85.°, n.° 1, sem que seja necessário tomar em consideração os seus efeitos concretos [55]. As mesmas considerações aplicam-se às decisões de associações de empresas [56].

Assim, o Tribunal de Justiça declarou contrários ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, os acordos ou as decisões de associações de empresas que tenham por único objectivo restringir ou falsear o jogo da concorrência entre as partes ou entre as partes e terceiros. Tal é o caso de acordos horizontais destinados a fixar o preço de venda dos produtos [57], ou dos serviços [58], de acordos horizontais destinados a repartir os mercados nacionais [59], de acordos verticais que comportam uma cláusula de proibição de exportação [60] e, de um modo geral, de qualquer acordo que tenha por objectivo conseguir uma compartimentação artificial do mercado comum [61].

91. No caso em que o acordo não tenha especificamente por objectivo restringir a concorrência, o Tribunal de Justiça verifica se tem por *efeito* impedi-la, restringi-la ou falsear o seu jogo [62]. A este respeito, o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado proíbe tanto os efeitos anticoncorrenciais reais como os efeitos puramente potenciais mesmo que estes sejam muito pouco sensíveis [63].

92. Em ambos os casos, o critério utilizado para determinar se um acordo pode restringir a concorrência consiste em examinar

53 — Acórdão de 30 de Junho de 1966, Société technique minière (56/65, Colect. 1965-1968, pp. 381, 386).

54 — Acórdão de 28 de Março de 1984, CRAM e Rheinzink (29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679, n.° 26).

55 — Acórdão de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, pp. 423, 433).

56 — Acórdão de 27 de Janeiro de 1987, Verband der Sachversicherer/Comissão (45/85, Colect., p. 405, n.° 39).

57 — Acórdãos de 26 de Novembro de 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e o./Comissão (73/74, Colect., p. 503, n.° 10), e BNIC, já referido (n.° 22).

58 — Acórdão Verband der Sachversicherer/Comissão, já referido (n.os 39 a 43).

59 — Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão (41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.° 128).

60 — Acórdão de 1 de Fevereiro de 1978, Miller/Comissão (19/77, Colect., p. 45, n.° 7).

61 — Acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido (pp. 433 a 435).

62 — Acórdãos Société technique minière, já referido (pp. 387, 388), e de 28 de Fevereiro 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935, n.° 13).

63 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Outubro de 1994, Deere/Comissão (T-35/92, Colect., p. II-957, n.° 61).

o jogo da concorrência no quadro real em que se verificaria *na ausência* do acordo [64].

93. Além disso, a apreciação da conformidade de um comportamento em relação ao artigo 85.°, n.° 1, deve fazer-se no contexto económico e jurídico do processo [65], tendo em conta a natureza do produto [66] ou do serviço [67], bem como a estrutura e as condições reais do funcionamento do mercado [68].

95. Quanto a este ponto, recordo que o procedimento visado pelo artigo 234.° CE é fundado numa clara separação das funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça e que toda a apreciação ou verificação dos factos da causa é da competência exclusiva do juiz nacional [70]. O Tribunal de Justiça tem unicamente competência para se pronunciar sobre a interpretação ou validade de um texto comunitário a partir dos factos que lhe são indicados pelo órgão jurisdicional nacional [71].

a) O objectivo do SWV

94. No presente processo, os recorrentes no processo principal consideram que o SWV tem por objectivo restringir a concorrência no mercado dos serviços jurídicos dos Países Baixos. Alegaram numerosos elementos factuais [69] destinados a demonstrar que a NOvA adoptou o regulamento em causa com o *único* objectivo de contrabalançar os esforços desenvolvidos pelos gabinetes dos revisores de contas para penetrar no mercado relevante.

Ora, no seu despacho de reenvio, o Raad van State declarou que: «o [SWV] tem por objectivo garantir a independência e a parcialidade do advogado que presta uma assistência jurídica» [72].

Nestas condições, o Tribunal de Justiça não pode examinar os elementos factuais apresentados pelos recorrentes no processo principal. O argumento segundo o qual o SWV tem um objectivo anticoncorrencial deve, assim, ser afastado.

64 — Acórdãos Société technique minière, já referido (p. 388); de 25 de Novembro de 1971, Béguelin (22/71, Colect., p. 355, n.° 17); de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal (31/80, Recueil, p. 3775, n.° 19); de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão (42/84, Recueil, p. 2545, n.° 18); e de 10 de Dezembro de 1985, ETA (31/85, Recueil, p. 3933, n.° 11).

65 — Acórdãos Société technique minière, já referido (pp. 387, 388), e do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1997, SCK e FNK/Comissão (T-213/95 e T-18/96, Colect., p. II-1739, n.° 134).

66 — Acórdão Société technique minière, já referido (p. 388).

67 — Acórdão Pavlov (n.° 91).

68 — Acórdãos de 12 de Dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e o (C-339/93, Colect., p. I-4515, n.° 10), e Pavlov n.° 91).

69 — Observações escritas dos demandantes no processo principal (n.os 81 a 93).

70 — V., nomeadamente, acórdãos de 19 de Dezembro de 1968, Salgoil (13/68, Colect. 1965-1968, pp. 903, 906); de 16 de Março de 1978, Oehlschläger (104/77, Recueil, p. 791, n.° 4, Colect., p. 293); de 16 de Julho de 1998, Dumon e Fromet (C-234/95, Colect., p. I-4531, n.° 25); e de 5 de Outubro de 1999, Lirussi e Bizaro (C-175/98 e C-177/98, Colect., p. I-6881, n.° 37).

71 — V., nomeadamente, os acórdãos Oehlschläger, já referido (n.° 4); de 2 de Junho de 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Colect., p. I-2305, n.° 16); e de 20 de Março de 1997, Phytheron International (C-352/95, Colect., p. I-1729, n.° 11).

72 — Despacho de reenvio (tradução francesa, p. 13).

b) Os efeitos do SWV

96. Em contrapartida, o Raad van State convida o Tribunal de Justiça a examinar se o SWV comporta efeitos restritivos da concorrência no mercado neerlandês dos serviços jurídicos.

97. A NOvA, o CCBE e certos Governos intervenientes consideram que deve responder-se negativamente a esta questão. Em apoio da sua posição, invocam essencialmente a Decisão 1999/267, adoptada pela Comissão no processo IMA.

Nesse processo, a Comissão foi chamada a pronunciar-se sobre a legalidade das regras contidas no código deontológico do Instituto dos Mandatários Autorizados junto do Instituto Europeu de Patentes (IEP). A Comissão considerou que a maioria das regras examinadas escapavam à proibição imposta pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado porque:

«Elas são necessárias, tendo em conta o contexto específico desta profissão, para garantir a imparcialidade, a competência, a integridade e a responsabilidade dos mandatários, para evitar os conflitos de interesses e a publicidade enganosa, para proteger o segredo profissional ou para assegurar o funcionamento eficaz do IEP» [73].

Segundo a Comissão, as disposições do código deontológico que contenham regras dessa natureza «não são susceptíveis de ter efeitos restritivos se forem aplicadas de maneira objectiva e não discriminatória» [74].

98. Os intervenientes consideram que a fundamentação da Comissão, embora relativa aos consultores em patentes, aplica-se a todas as profissões liberais [75]. Na medida em que a proibição de colaboração no processo em causa teria por objectivo garantir a independência e a parcialidade do advogado, escaparia então ao âmbito de aplicação material do artigo 85, n.° 1, do Tratado.

Nas observações escritas, a Comissão não tomou posição quanto à questão. Em resposta a um pedido formulado pelo Tribunal de Justiça, respondeu resumidamente que o regulamento em causa não era susceptível de restringir sensivelmente o jogo da concorrência na medida que tem por objectivo garantir a independência do advogado e evitar os conflitos de interesses.

73 — N.° 38 dos fundamentos.

74 — *Idem*.

75 — Essa parece ser também a posição oficial da Comissão. V., neste sentido, Bicho, M.-J., «Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Comission en matière d'application des règles de concurrence», em *Competition Policy Newsletter*, Number 2 June, p. 24, bem como o *XXIX Relatório sobre a Política de Concorrência 1999*, n.° 138.

99. A argumentação apresentada pelas partes convida fundamentalmente o Tribunal de Justiça a adoptar uma espécie de «regra de razoabilidade». Essa «regra de razoabilidade» permitiria subtrair à proibição imposta pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado todas as regras profissionais que visam assegurar o respeito da deontologia própria à profissão de advogado.

100. Antes de examinar esta tese, há que recordar que as disposições do Tratado em matéria de concorrência se articulam segundo uma estrutura precisa. O artigo 85.°, n.° 1, impõe o princípio da proibição dos acordos restritivos da concorrência. Os artigos 85.°, n.° 3, e 90.°, n.° 2, prevêem, nos seus respectivos domínios de aplicação, possibilidades de derrogar esse princípio.

101. A teoria da «regra de razoabilidade» foi desenvolvida no direito americano relativo aos acordos. Nos Estados Unidos, a Section 1 du Sherman Act proíbe todos os entraves à concorrência sem distinção de grau ou móbil [76]. Contrariamente ao artigo 85.° do Tratado, essa legislação não prevê a possibilidade de as autoridades isentarem um acordo.

Face à severidade do texto, os órgãos jurisdicionais americanos rapidamente tiveram a necessidade de interpretar o Sherman Act de modo mais «razoável». Numa primeira fase, elaboraram a teoria denominada «das restrições acessórias»: decidiram que as restrições de concorrência necessárias à realização de uma convenção que seja em si mesma legal escapam à proibição enunciada pela Section 1 du Sherman Act [77]. Em seguida, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América alterou a sua opinião e adoptou o «método do balanço concorrencial» [78]. Esse método é definido como sendo:

«um método de análise destinado a determinar em relação a cada convenção situada no seu real contexto um balanço dos seus efeitos anti e pró-concorrenciais. Se este revelar um saldo positivo — a convenção estimula mais a concorrência do que a restringe — a Section 1 du Sherman Act não deve ser aplicada» [79].

102. No direito comunitário da concorrência, a «regra de razoabilidade» é susceptível de ter vários significados [80]. No entanto, não é necessário no caso em apreço recordar as controvérsias doutrinais que se referiram à definição deste conceito ou à oportunidade da sua introdução no direito comunitário [81].

76 — Fasquelle, D., *Droit américan e droit communautaire des ententes, Étude de la règle de raison*, Paris, éditions Joly, 1993, p. 25.

77 — Kovar, R., «Le droit communautaire de la concurrence et la 'règle de raison'», na *Revue trimestrielle de droit européen*, 1987, p. 237 (p. 238).

78 — Fasquelle, D., já referido, p. 31.

79 — Kovar, R., já referido, p. 238.

80 — V. Wils, G., «'Rule of reason' une règle raisonnable en droit communautaire?», no *Cahiers de droit européen*, 1990, p. 19, bem como Bellamy, C., Child, G., *Common Market Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 1993, 4.ª edição, n.os 2-062 e segs.

81 — V., a este respeito, as referências citadas pelo *Commentaire J. Megret*, já referido (n.° 172).

103. Para as necessidades do presente processo, considero simplesmente que o Tribunal de Justiça fez uma aplicação limitada da «regra de razoabilidade» em certos acórdãos. Confrontado com categorias específicas de acordos, procedeu a um balanço concorrencial dos efeitos da convenção e considerou, quando o balanço se revelou positivo, que as cláusulas necessárias à aplicação do acordo não eram abrangidas pela proibição do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. Assim, o Tribunal de Justiça decidiu que:

— os sistemas de distribuição selectiva constituem um elemento de concorrência conforme o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado na condição de a escolha dos revendedores se fazer em função de critérios objectivos de carácter qualitativo e de estas condições serem fixadas de modo uniforme em relação a todos os potenciais revendedores e aplicadas de modo não discriminatório [82];

— a divulgação de um novo produto agrícola favorece a concorrência e que a concessão de uma licença exclusiva «aberta» para a sua cultura e comercialização num território de um Estado-Membro pode ser necessária para a realização desse objectivo pró-concorrencial [83];

— um contrato de cessão de empresa contribui para reforçar a concorrência e que as cláusulas de não-concorrência entre as partes num acordo não são abrangidas pela proibição do artigo 85.°, n.° 1, na medida em que sejam necessárias para a transferência da empresa e que a sua duração e o seu âmbito de aplicação sejam estritamente limitados a esse objectivo [84];

— as cláusulas indispensáveis à colocação em prática de um acordo de «franchise» não constituem restrições de concorrência na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado [85];

— a disposição estatutária de uma associação cooperativa de compra, que proíbe os seus membros de integrar outras formas de cooperação organizada em concorrência directa com ela, não é abrangida pela proibição prevista no artigo 85.°, n.° 1, desde que limitada ao necessário para assegurar o bom funcionamento da cooperativa e sustentar o seu poder contratual relativamente aos produtores [86].

104. Resulta destes diferentes acórdãos que, independentemente de toda a contro-

82 — Acórdão de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão (26/76, Colect., p. 659, n.os 20 a 22).

83 — Acórdão de 8 de Junho de 1982, Nungesser e Eisele/Comissão (258/78, Recueil, p. 2015, n.os 54 a 58).

84 — Acórdão Remia e o./Comissão, já referido (n.os 17 a 20).

85 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Pronuptia (161/84, Colect., p. 353, n.os 14 a 27).

86 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1994, DLG (C-250/92, Colect., p. I-5641, n.os 28 a 45).

vérsia terminológica, a «regra de razoabilidade» em direito comunitário da concorrência está estritamente limitada a um balanço *puramente concorrencial* dos efeitos do acordo [87]. Quando, visto no seu conjunto, o acordo é susceptível de reforçar o jogo da concorrência no mercado, as cláusulas que são indispensáveis à sua colocação em prática podem não ser abrangidas pela proibição prevista pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. O único «objectivo legítimo» que esta disposição permite prosseguir é, portanto, de natureza exclusivamente concorrencial.

105. Ora, no caso em apreço, a tese dos intervenientes e da Comissão ultrapassa amplamente o âmbito do balanço concorrencial autorizado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Com efeito, as partes não sustentam que o SWV tem por efeito reforçar o jogo da concorrência no mercado dos serviços jurídicos [88]. Como o demonstram as observações apresentadas em relação à primeira questão prejudicial, as partes consideram que a proibição de colaborações integradas entre os advogados e os revisores de contas é necessária para proteger aspectos da profissão — a independência e a parcialidade — que são essenciais num Estado de direito. A sua argumentação equivale, assim, a introduzir nas disposições do artigo 85.°, n.° 1, considerações que estão ligadas à prossecução de um objectivo de *interesse geral*.

106. A este respeito, lamento que a Comissão não tenha exposto a fundamentação jurídica subjacente à sua posição. Como sublinha a doutrina [89], é possível que a decisão 1999/267, no processo IMA, se explique mais pela preocupação de evitar a notificação das regras profissionais adoptadas pelas autoridades das Ordens nos diferentes Estados-Membros. Sabe-se, com efeito, que, no estado actual do direito comunitário, a Comissão tem competência exclusiva para adoptar decisões de isenção ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado [90].

Todavia, se se tentar analisar a fundamentação da Comissão, parece que esta se

87 — V., neste sentido, o acórdão de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão (107/82, Recueil, p. 3151, n.os 33 a 36).

88 — Aquando da fase oral do processo, o Governo luxemburguês, sustentou todavia que o SWV tinha efeitos positivos na concorrência. Expôs que, ao proibir os advogados de se associarem com os revisores de contas, o SWV permitia evitar a concentração da prática nas mãos de grandes firmas internacionais e, por conseguinte, manter um número suficiente (senão importante) de operadores económicos no mercado. Partilho amplamente das preocupações expressas pelo Governo luxemburguês. O risco de assistir a tais operações de concentração é real tendo em conta a dimensão de certos escritórios de advogados e de certas sociedades de revisores de contas. Todavia, do ponto de vista jurídico, esta problemática deve ser examinada em relação a outras disposições de direito comunitário. As operações estruturais de concentrações são abrangidas pelo domínio de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas (JO L 395, p. 1). Quanto ao comportamento adoptado pelas estruturas integradas, deve ser examinada em relação às disposições do artigo 86.° do Tratado.

89 — Nyssens, H., já referido (n.° 4.1.2.).

90 — Artigo 9.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22). Em 27 de Setembro de 2000, a Comissão submeteu ao Conselho uma proposta de regulamento relativa à aplicação das regras de concorrência previstas nos artigos 81.° e 82.° do Tratado que altera os Regulamentos (CEE) n.° 1017/68, (CEE) n.° 2988/74, (CEE) n.° 4056/86 e (CEE) n.° 3975/87, «regulamento de aplicação dos artigos 81.° e 82.° do Tratado» [COM (2000) 582 final, JO C 365 E, p. 284]. O artigo primeiro desta proposta visa nomeadamente declarar que o artigo 81.°, n.° 3, CE é de aplicabilidade directa.

decompõe em várias etapas sucessivas. Trata-se de determinar se: (1) a regra profissional em causa contém uma restrição de concorrência no mercado relevante; (2) a regra profissional prossegue um objectivo legítimo, tendo em conta as características da profissão (a protecção da independência, da parcialidade, da competência, da integridade ou da responsabilidade do advogado, a protecção do segredo profissional ou a necessidade de evitar os conflitos de interesses); (3) a regra profissional é necessária para atingir o objectivo que prossegue; e (4) a regra profissional é aplicada de modo objectivo e não discriminatório.

107. Tendo em conta estes diferentes elementos, penso que a tese dos intervenientes é susceptível de não ter em conta a *ratio legis* e a estrutura das disposições do Tratado.

Por um lado, equivale a introduzir no texto do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado considerações que estão ligadas à prossecução de um objectivo de interesse geral. Por outro lado, coloca o conjunto das questões de direito e de facto no âmbito dessa disposição. Implica que seja examinada apenas em relação às disposições do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado não só a questão da identificação da existência de uma restrição de concorrência, mas também a da sua eventual justificação. Essa interpretação é susceptível de privar os artigos 85.°, n.° 3, e 90.°, n.° 2, do Tratado de uma grande parte da sua utilidade.

A minha apreciação quanto a este ponto é confirmada pelo acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Instituto des mandataires agréés/Comissão, já referido. O Tribunal de Primeira Instância declarou que: «não se pode admitir que regras que organizam o exercício de uma profissão, apenas pelo facto de serem qualificadas de 'deontológicas' pelos organismos competentes, escapem em princípio ao âmbito de aplicação do artigo 81.°, n.° 1, CE» [91].

108. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que afaste a tese dos intervenientes.

109. Antes de precisar a minha posição, importa sublinhar que não se pode recorrer a uma leitura única das disposições do Tratado para examinar as regras adoptadas pelas ordens profissionais.

110. Nas suas conclusões no acórdão Pavlov, o advogado-geral F. G. Jacobs sublinhou que: «Tendo em conta a heterogeneidade das profissões liberais e as características próprias dos mercados em que operam, não é possível aplicar uma fórmula geral» [92]. Subscrevo inteiramente esta análise.

91 — N.° 64.
92 — N.° 89.

Parece-me, com efeito, *impossível* de arranjar uma *fórmula única* que possa ser aplicada ao conjunto das regras profissionais relativas a todas as profissões liberais nos diferentes Estados-Membros. Cada regra profissional deve ser objecto de um exame caso a caso, em função do seu objecto, do seu contexto e da sua finalidade.

111. Um dos desafios levantados pela problemática da aplicação do direito comunitário da concorrência às profissões liberais consiste em arranjar soluções que respeitem a estrutura e a economia das disposições do Tratado. A este respeito, penso que é necessário proceder a uma aplicação distributiva das regras comunitárias da concorrência. Nesta perspectiva, pode ser útil fazer referência a uma grelha de leitura que envolve as três seguintes *orientações*.

112. Em primeiro lugar, não se pode excluir que, tendo em conta as características do mercado dos serviços jurídicos, certas regras profissionais sejam susceptíveis de reforçar o jogo da concorrência na acepção da jurisprudência actual do Tribunal de Justiça.

Como o salientou o advogado-geral F. G. Jacobs, os mercados de serviços profissionais são caracterizados por uma «informação assimétrica» [93]. Na medida em que o consumidor está raramente em posição de apreciar a qualidade dos serviços prestados, certas regras poderiam ser consideradas necessárias para assegurar o funcionamento do mercado em condições concorrenciais normais. Assim, alguns sustentam que as regras que limitam a publicidade permitem evitar a introdução de uma lógica de sedução no mercado e, a prazo, uma redução da qualidade geral das prestações [94].

Na mesma ordem de ideias, a doutrina [95] evocou a hipótese segundo a qual as regras que proíbem aos advogados fixar os seus honorários em função do resultado obtido poderiam ter efeitos pró-concorrenciais.

De qualquer modo, as regras profissionais que são efectivamente susceptíveis de reforçar ou assegurar o jogo normal da concorrência no mercado dos serviços jurídicos poderiam escapar à proibição prevista pelo artigo 85.°, n.° 1, em virtude da «regra de razoabilidade».

113. Em segundo lugar, recordarei que não existem, no direito comunitário da concor-

93 — Conclusões do acórdão Pavlov (n.° 86).

94 — V., no entanto, o acórdão Instituto dos Mandatários Reconhecidos/Comissão, já referido (n.os 72 a 79).

95 — Nyssens, H., já referido (n.° 4.1.1.).

rência, infracções *per se* que não sejam susceptíveis de ser objecto de uma isenção ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado [96].

Em conformidade com a jurisprudência, o texto do artigo 85.°, n.° 3, permite ter em conta as particularidades de determinados ramos da actividade económica [97], preocupações de ordem social [98] e, em certa medida, considerações que estão ligadas à prossecução do interesse público [99]. As regras profissionais que, à luz desses critérios, tenham efeitos económicos globalmente positivos deveriam, assim, ser objecto de uma isenção ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado.

114. Por último, o artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, visa especificamente as empresas que estão encarregadas da gestão de um serviço de *interesse económico geral*. Assim, é possível que as regras profissionais que pretendam proteger, no interesse geral, certas características essenciais da profissão de advogado sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação desta disposição. Aliás, é este o objectivo da quinta questão prejudicial.

96 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Julho de 1994, Matra Hachette/Comissão (T-17/93, Colect., p. II-595, n.° 85).

97 — Acórdão Verband der Sachversicherer/Comissão, já referido (n.° 15).

98 — Acórdãos Metro/Comissão, já referido (n.° 43), e Remia e o./Comissão, já referido (n.° 42).

99 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Julho de 1996, Métropole Télévision e o./Comissão (T-528/93, T-542/93, T-546/93, Colect., p. II-649, n.° 118). V., também, sobre este aspecto, o acórdão SCK e FNK/ /Comissão, já referido (n.° 194).

115. Na medida em que proponho ao Tribunal de Justiça que afaste a tese dos intervenientes, resta examinar se o SWV comporta efeitos restritivos de concorrência no mercado neerlandês dos serviços jurídicos.

116. A este respeito, os argumentos apresentados pelos recorrentes no processo principal são convincentes. *Se não existisse* a proibição de colaboração controvertida, o jogo da concorrência seria susceptível de se desenvolver de várias maneiras.

117. Em primeiro lugar, ao manterem uma colaboração integrada com os advogados, os revisores de contas estão em condições de melhorar os seus serviços no plano qualitativo e quantitativo.

Os advogados dispõem geralmente do monopólio da representação e da postulação. Na maior parte dos casos, são os únicos a poder representar as pessoas singulares e colectivas perante as autoridades judiciais de um Estado. Assim, devido à sua actividade, os advogados dispõem de uma sólida experiência no domínio do contencioso. Além disso, gozam de um prestígio que os conduz frequentemente a assegurar a defesa dos interesses dos seus clientes perante as autoridades extrajudiciais (órgãos administrativos, órgãos supranacionais, imprensa, etc.).

Ao associarem-se com os membros da profissão de advogados, os revisores de contas poderiam, assim, beneficiar da sua experiência. Os pareceres, as consultas e os actos que elaboram nos diferentes domínios do direito poderiam ser mais fiáveis, mais esclarecidos e, por conseguinte, representar uma mais-valia interessante. Além disso, os revisores de contas estariam em condições de alargar a gama dos serviços que propõem à sua clientela. Graças à sua colaboração com os advogados, a estrutura comum poderia também assegurar a defesa dos interesses dos seus clientes perante as autoridades judiciais em caso de contencioso.

118. Reciprocamente, os advogados que se associarem com os revisores de contas poderiam também melhorar a qualidade e a diversidade das suas prestações.

Tendo em conta as suas actividades, os revisores de contas adquiriram uma verdadeira experiência em certos domínios jurídicos, como o direito fiscal, o direito da contabilidade, o direito financeiro, a legislação em matéria de auxílios às empresas e a regulamentação relativa às (re)estruturações das empresas. Os advogados poderiam beneficiar da experiência adquirida pelos revisores de contas nesses diferentes domínios e, assim, melhorar a qualidade dos serviços jurídicos que oferecem.

Por outro lado, os revisores de contas intervêm noutros mercados diferentes do da prestação de serviços jurídicos. Oferecem também serviços em matéria de certificação de contas, de auditoria, de contabilidade e de assessoria em gestão [100]. Uma estrutura associativa com os revisores de contas permitiria aos advogados oferecer uma gama claramente mais variada de serviços à sua clientela.

119. Em segundo lugar, a integração destes diferentes serviços numa estrutura única teria vantagens suplementares para os profissionais em causa e para os consumidores.

Antes de mais, os advogados e os revisores de contas deveriam estar em condições de realizar economias de escala, uma vez que a estrutura comum reagruparia um maior número de prestadores de serviços. Essas economias de escala deveriam repercutir-se no custo da prestação dos serviços e, finalmente, ter efeitos positivos para o consumidor em termos de preços.

Em seguida, o cliente teria a possibilidade de se dirigir a uma estrutura única para uma grande parte dos serviços necessários à organização, à gestão e ao funcionamento da sua empresa. Deste modo, beneficiaria

100 — V. a Decisão 1999/152/CE da Comissão, de 20 de Maio de 1998, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e o funcionamento do acordo EEE (processo IV/M. 1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand) (JO 1999, L 50, p. 27, n.os 20 e segs. dos fundamentos).

de prestações que seriam melhor adaptadas às suas necessidades, uma vez que a estrutura teria um conhecimento global e aprofundado da sua política (política comercial, estratégia de venda, gestão do pessoal, etc.) e das dificuldades que afronta. Além disso, o cliente deveria poder realizar economias de tempo e de dinheiro. Evitaria assegurar, ele próprio, a coordenação dos serviços oferecidos por duas categorias profissionais (advogados e revisores de contas) e poderia limitar-se a comunicar a um único interlocutor o conjunto das informações necessárias ao tratamento dos seus negócios.

120. A este respeito, um estudo realizado a nível nacional [101] indica que o pedido das empresas não é unânime a favor da instalação de tais estruturas pluridisciplinares. Nos Estados que as autorizam, parece que cada empresa escolhe individualmente o modo de organização que lhe parece melhor adaptado às suas necessidades (estrutura única ou prestadores múltiplos). Apesar disso, a conclusão que se retira desse estudo é que existe um procura real desse tipo de estruturas, reagrupando advogados e membros da categoria profissional dos revisores de contas.

121. Nestas condições, considero que o regulamento em causa tem por efeito restringir o jogo da concorrência no interior do mercado comum. Impede o aparecimento no mercado de estruturas associativas capazes de oferecer serviços «integrados» para os quais existe uma potencial procura da parte dos consumidores. O regulamento em causa tem por efeito «limitar ou controlar a produção, os escoamentos, o desenvolvimento técnico ou os investimentos» na acepção do artigo 85.°, n.° 1, alínea b), do Tratado [102].

c) O carácter sensível da restrição de concorrência

122. Resulta de jurisprudência constante que o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, proíbe unicamente as restrições de concorrência que tenham um carácter sensível [103].

123. No caso em apreço, vários elementos permitem verificar que o SWV restringe sensivelmente o jogo da concorrência no mercado neerlandês dos serviços jurídicos.

124. Em primeiro lugar, o regulamento em causa aplica-se a todos os advogados ins-

101 — Nallet, H., *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit*, La documentation française, Paris, 1999, p. 77 e segs.

102 — V., neste sentido, num domínio muito diferente, o acórdão de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.os 48 a 58).

103 — V., nomeadamente, acórdãos de 9 de Julho de 1969, Völk (5/69, Colect. 1969-1970, p. 95, n.° 7), e Pavlov (n.os 94 a 97).

critos nos Países Baixos. Nos termos do artigo 29.° da Advocatenwet, este regulamento aplica-se também aos «advogados visitantes», quer dizer, às pessoas que estão autorizadas a exercer a sua actividade profissional noutro Estado-Membro com o título de advogado ou equivalente. A concorrência é evidentemente menos afectada quando os órgãos da Ordem adoptam uma decisão individual em relação a um único membro da profissão.

125. Em segundo lugar, as partes abrangidas pelo regulamento em causa ocupam uma posição importante no mercado neerlandês dos serviços jurídicos.

Segundo as informações apresentadas pelas partes no processo principal, a parte de mercado detida pela profissão de advogado no mercado dos serviços jurídicos nos Países Baixos situa-se entre 35% e 50%. As partes de mercado que possuem as sociedades de revisores de contas não foram comunicadas ao Tribunal de Justiça. Apesar disso, certos documentos oficiais indicam que a sociedade Arthur Andersen Worldwide e a sociedade Price Waterhouse realizam entre 17% e 20% do seu volume de negócios só nos serviços de consultadoria fiscal [104]. O volume de negócios realizado por cada uma das sociedades no plano mundial situa-se entre 8 e 10 mil milhões de euros [105].

104 — Decisão 1999/152 (n.° 70 dos fundamentos).

105 — Nallet, H., já referido (p. 21).

126. Por último, a restrição que contém o SWV afecta um factor essencial da concorrência uma vez que diz directamente respeito aos serviços que os operadores estão autorizados a oferecer no mercado [106]. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a concorrência que os operadores se podem fazer nos serviços constitui um elemento importante no âmbito do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado [107].

127. Resulta destas considerações que a restrição de concorrência produzida pelo SWV tem um carácter sensível.

D — *A afectação do comércio entre Estados-Membros*

128. Segundo jurisprudência constante, «para que uma decisão, um acordo ou uma prática concertada possa afectar o comércio entre Estados-Membros, deve, com base num conjunto de elementos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-Membros, de modo a fazer recear a criação de entraves à realização de um mercado único entre os Estados-Membros» [108].

106 — V., a este respeito, o acórdão Pavlov (n.os 94 a 97).

107 — Acórdão Metro/Comissão, já referido (n.os 20 a 22).

108 — Acórdão de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.° 20). V., também, entre outros, os acórdãos, já referidos, Société technique minière (p. 387), Consten e Grundig/Comissão (p. 433), L'Oréal (n.° 18) e DLG (n.° 54).

O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado não exige que os acordos ou as decisões das associações de empresas referidas por essa disposição tenham efectivamente afectado as trocas intracomunitárias, mas que sejam susceptíveis de ter esse efeito [109]. Em certos acórdãos, o Tribunal de Justiça limitou-se apenas a exigir que o acordo, «seja respeitante, mesmo que só em parte, a produtos provenientes de outro Estado-Membro» [110].

129. A condição relativa à afectação das trocas intracomunitárias de serviços também está preenchida no caso em apreço.

130. Por um lado, é um facto que o regulamento em causa abrange todo o território dos Países Baixos. Ora, o Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente que: «um acordo que se estende a todo o território de um Estado-Membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado» [111].

131. Por outro lado, devo recordar que J. Wouters e J. Savelbergh desejavam manter uma colaboração integrada com sociedades que, devido a laços que as unem a outras, têm carácter internacional.

O objectivo dessa colaboração consiste, nomeadamente, em oferecer serviços «integrados» a clientes estabelecidos noutros Estados-Membros. Por outro lado, o juiz de reenvio referiu [112] que os advogados e os consultores fiscais estabelecidos noutros Estados-Membros, e que fazem parte do grupo Arthur Andersen ou do grupo Price Waterhouse, poderiam também ter a intenção de propor, em colaboração com J. Wouters e J. Savelbergh, serviços «integrados» no território neerlandês ou a partir do território neerlandês. Por último, como sublinharam os recorrentes no processo principal, os gabinetes de advogados e as sociedades de revisores de contas intervêm frequentemente nas transacções transfronteiriças, que implicam simultaneamente o sistema jurídico de vários Estados-Membros.

132. Por conseguinte, o regulamento em causa é susceptível de afectar as correntes de trocas intracomunitárias de serviços «integrados».

109 — Acórdãos Miller/Comissão, já referido (n.° 15), e Ferriere Nord/Comissão, já referido (n.° 19).

110 — Acórdão de 10 de Dezembro de 1985, Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão (240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82, Recueil, p. 3831, n.° 49).

111 — Acórdão CNSD (n.° 48). V. também os acórdãos de 17 de Outubro de 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Comissão (8/72, Colect., p. 333, n.° 29); de 16 de Junho de 1981, Salonia (126/80, Recueil, p. 1563, n.° 14); e Remia e o./Comissão, já referido (n.° 22); bem como os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Fevereiro de 1995, SPO e o./Comissão (T-29/92, Colect., p. II-289, n.° 229), e SCK e FNK/Comissão, já referido (n.° 179).

112 — Despacho de reenvio (tradução francesa, p. 23).

E — *Conclusão*

133. Resulta do conjunto das considerações precedentes que as condições de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado estão preenchidas no caso em apreço.

134. No estado actual da minha fundamentação, devo, portanto, concluir que as disposições do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado se opõem a que uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, adopte uma medida vinculativa que proíbe aos advogados, que exerçam no território do Estado-Membro em causa, estabelecer uma colaboração integrada com membros da categoria profissional dos revisores de contas.

VI — O artigo 86.° do Tratado

135. A terceira e quarta questões prejudiciais são relativas à interpretação do artigo 86.° do Tratado. O primeiro parágrafo deste artigo dispõe:

«É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste».

136. O Raad van State pergunta se o conceito de empresas que figura no artigo 86.° do Tratado se aplica a uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, «embora ela própria não exerça qualquer actividade económica» [113]. No caso afirmativo, o juiz de reenvio deseja saber se a NOvA explora de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum, ou numa parte substancial deste, quando adopta medidas vinculativas que proíbem aos advogados que exercem no território neerlandês manter uma colaboração integrada com os revisores de contas [114].

137. Resulta da jurisprudência que o termo «empresa» que figura no artigo 86.° tem um significado idêntico ao que lhe é atribuído no contexto do artigo 85.° do Tratado [115]. Em conformidade com a definição dada no acórdão Höfner e Elser [116], o conceito de empresa «abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento».

113 — Terceira questão prejudicial.

114 — Quarta questão prejudicial.

115 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, SIV e o./Comissão (T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colect., p. II-1403, n.° 358).

116 — Já referido (n.° 21).

O Tribunal de Justiça decidiu também que o conceito de «actividade económica» se aplicava a toda a actividade que consiste em oferecer bens ou serviços num dado mercado [117]. Regra geral, uma actividade tem carácter económico quando é susceptível de ser exercida, pelo menos em principio, por um operador privado com um fim lucrativo [118].

138. O facto de uma entidade constituir uma «associação de empresas» na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado não implica necessariamente que seja também uma «empresa» na acepção do direito comunitário da concorrência. Como já assinalei, o exercício de uma actividade económica não é uma condição exigida para qualificar um organismo de associação de empresas [119]. Em contrapartida, se a própria associação de empresas exerce uma actividade económica deve ser igualmente considerada uma «empresa» na acepção dos artigos 85.° e 86.° do Tratado [120].

139. No caso em apreço, os recorrentes no processo principal sustentam que, contrariamente ao que resulta do texto da terceira questão prejudicial, a própria NOvA exerce uma actividade económica [121]. Trata-se essencialmente de actividades exercidas por intermédio de uma associação denominada «BaliePlus».

140. Este argumento é irrelevante.

141. Com efeito, é ponto assente que o conceito de empresa no direito da concorrência tem um carácter relativo [122]. Deve ser apreciado concretamente, em cada caso, em função da actividade específica examinada. Assim, quando uma entidade exerce simultaneamente actividades de diversas naturezas, o Tribunal de Justiça procede a uma «dissociação» [123] dessas actividades: examina unicamente se, *em relação à actividade em causa*, a entidade deve ser qualificada de empresa [124].

142. Conclui-se que a única questão que se coloca no caso em apreço consiste em determinar a natureza (económica ou não) da actividade exercida pela NOvA quando adopta medidas vinculativas que regulam a possibilidade de os advogados que exercem nos Países Baixos estabelecerem uma colaboração integrada com os revisores de contas.

117 — V., nomeadamente, os acórdãos de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (118/85, Colect., p. 2599, n.° 7); CNSD (n.° 36); e Pavlov (n.° 75).

118 — V. as conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Poucet e Pistre, já referido (n.° 8), e SAT Fluggesellschft, já referido (n.° 9).

119 — Acórdão Van Landewyck e o./Comissão, já referido (n.os 87 e 88), e IAZ e o./Comissão, já referido (n.os 19 e 20).

120 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comissão (T-61/89, Colect., p. II-1931, n.° 50).

121 — Observações escritas dos recorrentes no processo principal (n.° 121).

122 — V. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Albany, já referido (n.° 207).

123 — Segundo a expressão de Idot, L., «Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concorrence? À propos de quelques développements récents...», em *Europe*, Janeiro de 1996, p. 1 (n.° 24).

124 — V., nomeadamente, o acórdão de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália, já referido (n.° 7), e acórdão Diego Cali & Figli, já referido (n.os 16 a 18).

143. Ora, como salientou o Raad van State na sua terceira questão prejudicial, essa actividade não tem um carácter económico. A NOvA exerce o seu poder regulamentar para organizar a profissão de advogado nos Países Baixos. Não oferece qualquer serviço contra remuneração no mercado. Aliás, é difícil imaginar que um operador privado possa, por sua própria iniciativa, envolver-se nessa actividade de regulamentação com fins lucrativos.

144. Por conseguinte, o conceito de empresa na acepção do artigo 86.° do Tratado não se aplica a uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, quando adopta medidas vinculativas que regulam a possibilidade de os advogados que exercem no território nacional manterem uma colaboração integrada com os revisores de contas.

145. No entanto, os recorrentes no processo principal invocaram uma outra possibilidade. Consideram que o Tribunal de Justiça poderia verificar a existência de uma *posição dominante colectiva* em relação aos advogados inscritos nos Países Baixos [125].

146. O Raad van State não submete ao Tribunal de Justiça qualquer pedido de interpretação no que respeita à existência de uma posição dominante colectiva em relação aos advogados neerlandeses. O objectivo da terceira questão prejudicial é limitado à questão de saber se a NOvA deve ser considerada uma empresa na acepção do artigo 86.° do Tratado. Todavia, na medida em que a questão da posição dominante colectiva é susceptível de ter interesse para efeitos do processo principal, examinarei de forma breve a argumentação apresentada pelos recorrentes.

147. O conceito de «posição dominante colectiva» pode ser descrito do seguinte modo [126].

Refere-se à situação em que duas ou várias empresas estão unidas de tal forma entre si por laços ou factores de co-relação tais que, do ponto de vista económico, se apresentam como uma entidade colectiva que tem o poder de agir, em larga medida, independentemente dos outros concorrentes, da sua clientela e dos consumidores. Em conformidade com esta descrição, a posição dominante colectiva exige que as empresas estejam suficientemente ligadas entre si para poderem adoptar uma mesma linha de acção no mercado [127].

125 — Observações escritas dos recorrentes no processo principal (n.° 121 a 124).

126 — Acórdãos de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão (C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.° 221), e de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão (C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.os 36, 41 e 42).

127 — Acórdãos de 27 de Abril de 1994, Almelo (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.° 42); Centro Servizi Spediporto, já referido (n.° 33); DIP e o., já referido (n.° 26); e de 17 de Junho de 1997, Sodemare e o. (C-70/95, Colect., p. I-3395, n.° 46).

148. O significado preciso do conceito de «vínculos» que devem unir as empresas é incerto [128]. No estado actual da jurisprudência, pode considerar-se que esse vínculo pode ser de natureza estrutural [129], jurídica [130], ou económica [131]. Além disso, certos acórdãos [132] deixam pensar que o conceito de «vínculos económicos» abrange a simples interdependência económica que existe entre os membros de um oligopólio [133].

Tratando-se de vínculos de natureza jurídica, o Tribunal de Justiça salientou que um acordo, na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, podia conduzir à criação de uma posição dominante colectiva. Na verdade, a simples circunstância de várias empresas estarem ligadas por um acordo, uma decisão de associação de empresas ou uma prática concertada não pode constituir uma base suficiente para tal constatação [134]. Apesar disso, o Tribunal de Justiça decidiu que um acordo, uma decisão ou uma prática pode «incontestavelmente, quando lhe é dada aplicação, ter como consequência que as empresas em questão se juntaram no sentido de concertarem os respectivos comportamentos num mercado determinado, de modo que se apresentam nesse mercado como uma entidade colectiva em relação aos seus concorrentes, parceiros comerciais e consumidores» [135].

149. Por último, já por diversas vezes [136] o Tribunal de Justiça parece ter indicado que uma das características da posição dominante colectiva reside na ausência de relações concorrenciais entre os diferentes operadores económicos em causa [137].

150. Tradicionalmente, a posição dominante colectiva visa a situação em que os operadores económicos ocupam uma posição de oligopólio no mercado. Todavia, à luz dos princípios consagrados pela jurisprudência, não se pode excluir a possibilidade de aplicar este conceito às profissões liberais [138].

151. Com efeito, é possível conceber que os membros de uma profissão liberal estejam, de alguma maneira, unidos por laços «estruturais» ou «jurídicos» na acepção da

128 — Korah, V., «Compagnie Maritime Belge, Collective Dominant Position and Exclusionary Pricing», em *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1101 (p. 1110).

129 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Outubro de 1999, Irish Sugar/Comissão (T-228/97, Colect., p. II-2969, n.os 50 a 52). Este acórdão é actualmente objecto de um recurso no processo C-497/99 P, Irish Sugar/Comissão.

130 — Acórdão de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, já referido (n.os 43 a 48).

131 — *Ibidem* (n.os 42 e 45).

132 — Ibidem (n.° 45), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão (T-102/96, Colect., p. II-753, n.os 273 a 276).

133 — V., neste sentido, P. Muñiz Fernández, «Increasing powers and increasing uncertainty: collective dominance and pricing abuses», em *ElRev.*, 2000, p. 645 (pp. 648 e 649).

134 — Acórdão de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, já referido (n.° 43).

135 — *Ibidem* (n.° 44).

136 — Acórdãos Centro Servizi Spediporto, já referido (n.° 34), e DIP e o., já referido (n.° 27).

137 — V., neste sentido, a nota da página 81 das conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Sodemare e o., já referido.

138 — V., a este respeito, *Politique de la concurrence et professions libérales*, OCDE, Paris, 1985 (n.° 69).

jurisprudência. Devido à sua inscrição obrigatória na Ordem competente, os profissionais estão reagrupados numa entidade colectiva que tem por objecto definir e aplicar condições comuns para o exercício da profissão [139]. Além disso, as regras impostas aos membros da profissão podem limitar, por vezes de forma substancial, a concorrência que se exerce entre eles através dos preços, dos serviços e da publicidade. Assim, é possível que as regras que regem a profissão possam ser analisadas como decisões de associações de empresas que, quando são aplicadas, têm «como consequência que as empresas em questão se juntaram no sentido de concertarem os respectivos comportamentos num mercado determinado, de modo que se apresentam nesse mercado como uma entidade colectiva em relação aos seus concorrentes, parceiros comerciais e consumidores» [140].

152. Nessa hipótese, pode ser necessário examinar se o comportamento dos membros da profissão constitui um «abuso» de posição dominante colectiva, na acepção do artigo 86.° do Tratado, ou se, pelo contrário, o seu comportamento é susceptível de reforçar o jogo da concorrência no mercado [141]. Em seguida, pode afigurar-se útil verificar se o comportamento da profissão pode ser objectivamente justificado [142]. Por último, pode-se perguntar se, em conformidade com as disposições do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, a restrição de concorrência resultante do comportamento abusivo é necessária para assegurar o cumprimento da missão de serviço público eventualmente fixada aos membros da profissão.

153. No entanto, no caso em apreço, não é possível adoptar uma posição sobre estas diferentes questões. O exame solicitado pelos recorrentes no processo principal é impossível de realizar dado que os autos não contêm os elementos jurídicos e factuais necessários para o efeito.

154. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à terceira questão prejudicial no sentido de que o conceito de empresa que figura no artigo 86.° do Tratado não se aplica a uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, quando esta adopta, por força dos poderes regulamentares conferidos por lei, medidas vinculativas que proíbem os advogados de estabelecer uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas. Nestas condições, a quarta questão prejudicial, relativa a um eventual comportamento abusivo da NOvA, fica sem objecto.

139 — V., a este respeito, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Outubro de 1996, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão (T-24/93 a T-26/93 e T-28/93, Colect., p. II-1201, n.° 65).

140 — Acórdão de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, já referido (n.° 44).

141 — V. acórdão DLG, já referido (n.os 49 a 52), e o n.° 112 das presentes conclusões.

142 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão (C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.° 37), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1991, Hilti/Comissão (T-30/89, Colect., p. II-1439, n.os 102 a 119). V., igualmente, Decisão 2000/12/CE da Comissão, de 20 de Julho de 1999, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.° do Tratado CE e do artigo 54.° do acordo EEE (Processo n.° IV/36.888 — Campeonato do mundo de futebol 1998) (JO 2000, L 5, p. 55, n.os 105 a 114 dos fundamentos).

VII — O artigo 90.°, n.° 2, do Tratado

155. A quinta questão prejudicial diz respeito à interpretação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado. O texto desta disposição dispõe:

«As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.»

156. O Raad van State pergunta se a NOvA pode ser abrangida pelo campo de aplicação do artigo 90.°, n.° 2. Mais precisamente, o juiz de reenvio deseja saber se a NOvA pode ser considerada uma entidade encarregada da gestão de um «serviço de interesse económico geral» na medida em que adoptou o regulamento em causa com o objectivo específico de proteger a independência e a parcialidade do advogado.

157. O artigo 90.°, n.° 2, do Tratado enuncia seis condições de aplicação. Prevê que: as *empresas* [primeira condição] *encarregadas* [segunda condição] da gestão de um *serviço de interesse económico geral* [terceira questão] sejam submetidas às regras do Tratado *na medida* [quinta condição] em que a aplicação dessas regras não *impeça* [quarta condição] o cumprimento da missão particular que lhes foi confiada, na condição de o *desenvolvimento das trocas* [sexta condição] não ser afectado de maneira que contrarie os interesse da Comunidade.

158. Há que recordar os princípios consagrados pela jurisprudência no que diz respeito a cada uma destas condições. Examinarei em seguida as circunstâncias factuais do litígio no processo principal à luz desses princípios.

A — *As condições de aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado*

159. A primeira condição colocada pelo artigo 90.°, n.° 2, não suscita dificuldades. O conceito de empresa referido nessa disposição tem um significado idêntico ao

que lhe é atribuído no contexto dos artigos 85.° e 86.° do Tratado [143]. O acórdão Höfner e Elser, já referido, deu uma definição uniforme do conceito de empresa no direito comunitário da concorrência. O artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, aplica-se assim, a todas as empresas, públicas ou privadas [144].

160. A segunda condição pressupõe que a empresa tenha sido «encarregada» da gestão de um serviço de interesse económico geral por um *acto da autoridade pública* [145].

Em princípio, o mero exercício de uma actividade regulamentada sob controlo do Estado não é suficiente para que uma entidade seja incluída no campo de aplicação do artigo 90.°, n.° 2, mesmo que o controlo estatal seja mais intenso em relação à entidade em causa [146]. Todavia, ao longo do tempo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça diminuiu consideravelmente as suas exigências relativas à existência de um acto formal da autoridade pública.

Numa primeira fase, decidiu que o artigo 90.°, n.° 2, não exigia necessariamente um acto legislativo ou regulamentar por parte do Estado [147]. O acto das autoridades públicas pode, assim, consistir numa simples concessão de direito público [148] ou em «concessões [que] tiverem sido atribuídas para efectivar obrigações impostas a empresas que, por lei, tenham sido encarregadas da gestão de um serviço de interesse económico geral» [149]. Em seguida, no acórdão Albany [150], o Tribunal de Justiça considerou implicitamente que o mero facto de os parceiros sociais criarem um fundo sectorial de pensões e de pedirem às autoridades públicas que tornassem obrigatória a inscrição nesse fundo era suficiente para considerar que o fundo constitui uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado [151].

161. Quanto à terceira condição, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não definiu o que se deve entender por «serviço de interesse económico geral».

É um facto que as actividades da empresa devem ter «um interesse económico geral com características específicas face a outras

143 — V., neste sentido, o acórdão Pavlov (n.° 77).

144 — Acórdão de 21 de Março de 1974, BRT II (127/73, Colect., p. 165, n.° 20).

145 — Acórdãos BRT II, já referido (n.° 20), e de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (66/86, Colect., p. 803, n.° 55).

146 — Acórdãos de 14 de Julho de 1981, Züchner (172/80, Recueil, p. 2021, n.° 7), e de 2 de Março de 1983, GVL/Comissão (7/82, Recueil, p. 483, n.os 29 a 32).

147 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815, n.° 66).

148 — Acórdão Almelo, já referido (n.° 47).

149 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França, já referido (n.° 66).

150 — Já referido (n.os 98 a 111).

151 — V., a este respeito, as observações de Gyselen, L., nota relativa aos acórdãos de 21 de Setembro de 1999, Albany, já referido, Brentjens' (C-115/97 a C-117/97, Colect., p. I-6025), e Drijvende Bokken (C-219/97, Colect., p. I-6121), em *Common Market Law Review*, 2000, p. 425 (p. 445).

actividades da vida económica» [152]. Assim sendo, o Tribunal de Justiça designa os serviços tidos em vista pelo artigo 90.°, n.° 2, do Tratado utilizando várias expressões que são praticamente intermutáveis: serviço de interesse geral [153], serviço universal [154] ou, simplesmente, «serviço público» [155].

162. Na realidade, compete aos Estados-Membros definir o conteúdo dos seus serviços de interesse económico geral. Nesse âmbito, gozam de uma margem de manobra importante, uma vez que o Tribunal de Justiça intervém só para aplicar sanções aos eventuais abusos, quando os Estados-Membros prejudicam os interesses da Comunidade [156]. O artigo 90.°, n.° 2, visa, com efeito, conciliar o interesse dos Estados em utilizarem certas empresas como instrumento da sua política económica, fiscal ou social com o interesse da Comunidade no respeito das regras da concorrência e na preservação da unidade do mercado comum [157].

163. Assim, o Tribunal de Justiça considerou que eram abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado: as empresas de televisão investidas de uma missão de serviço público [158], os transportadores aéreos obrigados a explorar linhas não rentáveis [159], uma empresas encarregada da distribuição de electricidade [160], um fundo encarregado da gestão de um regime de pensões complementares que cumpre uma função social essencial no sistema de pensões de um Estado [161], a colocação à disposição dos utentes de uma rede pública de telefone [162], a distribuição do correio em todo o território nacional [163], a gestão de determinados resíduos para fazer face a um problema ambiental [164] e um serviço universal de pilotagem de barra prestado por razões de segurança pública [165].

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça recusou qualificar de «serviço de interesse económico geral» certas actividades portuárias desprovidas de qualquer carácter especial [166] e certos serviços dissociáveis do serviço postal universal [167].

164. Por força da quarta condição imposta pelo artigo 90.°, n.° 2, as empresas encar-

152 — Acórdãos de 10 de Dezembro de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Colect., p. I-5889, n.° 27); de 17 de Julho de 1997, GT-Link (C-242/95, Colect., p. I-4449, n.° 53); e de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. I-3949, n.° 45).

153 — Acórdão de 19 de Maio de 1993, Corbeau (C-320/91, Colect., p. I-2533, n.° 19).

154 — Acórdão Corsica Ferries France, já referido (n.° 45).

155 — *Ibidem* (n.° 60).

156 — Blum, F., «De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: la jurisprudence récente de l'article 90», em *Gazette du Palais*, 1999, n.° 20, p. 12 (p. 21).

157 — Acórdão de 19 de Março de 1991, França/Comissão (C-202/88, Colect., p. I-1223, n.° 12), e Albany, já referido (n.° 103).

158 — Acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Colect., p. 223, n.os 13 a 15).

159 — Acórdão Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro, já referido (n.° 55).

160 — Acórdãos Almelo, já referido (n.° 48), e de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos (C-157/94, Colect., p. I-5699, n.° 41).

161 — Acórdão Albany, já referido (n.° 105).

162 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941, n.° 16).

163 — Acórdão Corbeau, já referido (n.° 15).

164 — Acórdão de 23 de Maio de 2000, Sydhavnens Sten & Grus (C-209/98, Colect., p. I-3743, n.° 75).

165 — Acórdão Corsica Ferries France, já referido (n.os 45 e 60).

166 — Acórdãos Merci convenzionali porto di Genova, já referido (n.° 27), e GT-Link, já referido (n.os 52 e 53).

167 — Acórdão Corbeau, já referido (n.° 19).

regadas da gestão de um serviço de interesse económico geral podem furtar-se à aplicação das regras de concorrência se tal aplicação fizer «fracassar» o cumprimento da sua missão específica.

Para permitir à empresa fazer face às diferentes obrigações que lhe são impostas, as autoridades estatais decidem geralmente conceder-lhe direitos exclusivos ou especiais. As disposições do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado podem, assim, permitir justificar restrições à concorrência, e mesmo uma exclusão de toda a concorrência, que resulte da concessão ou do exercício de tais direitos.

A este respeito, o Tribunal de Justiça considera não ser necessário, para que estejam reunidas as condições de aplicação do artigo 90.°, n.° 2, que a aplicação das regras de concorrência coloque em perigo a sobrevivência, a viabilidade económica ou o equilíbrio financeiro da empresa [168]. É suficiente que, não havendo direitos exclusivos ou especiais conferidos pelo Estado, não se consiga o cumprimento das obrigações específicas fixadas à empresa ou que a manutenção desses direitos seja necessária para permitir ao seu titular cumprir a sua missão em condições económicas aceitáveis [169].

165. A quinta condição do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado contém um teste de proporcionalidade.

O texto precisa que as empresas encarregadas da gestão de um serviço de interesse económico geral estão sujeitas às regras do Tratado «na medida» em que a aplicação dessas regras não impeça o cumprimento da sua missão.

Daqui resulta que as restrições à concorrência por parte dos outros operadores económicos só são autorizadas «na medida em que as mesmas se afigurem necessárias para permitir à empresa encarregada de tal missão de interesse geral cumpri-la» [170]. O teste de proporcionalidade conduz a verificar se a missão específica da empresa não pode ser cumprida através de medidas menos restritivas da concorrência [171]. Noutros termos, obriga a escolher a solução

168 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França, já referido (n.° 59 e 95), e acórdão Pavlov (n.° 107).

169 — Acórdão Pavlov (n.° 107). Deste modo, o Tribunal de Justiça reduziu consideravelmente as suas exigências relativas à quarta condição colocada pelo artigo 90.°, n.° 2, do Tratado. Com efeito, no início, exigia a prova de que a aplicação das regras de concorrência fosse incompatível com o exercício da missão da empresa (v. os acórdãos Sacchi, já referido, n.° 15; de 3 de Outubro de 1985, CBEM, 311/84, Recueil, p. 3261, n.° 17; Höfner e Elser, já referido, n.° 24; e de 18 de Junho de 1991, ERT, C-260/89, Colect, p. I-2925, n.° 33).

170 — Acórdão Almelo, já referido(n.° 49). V. também o acórdão Corbeau, já referido (n.° 14).

171 — Acórdão Sydhavnens Sten & Grus, já referido (n.° 80).

«menos prejudicial» [172] à concorrência, tendo em conta as obrigações e os encargos que a empresa deve suportar.

166. Por fim, a última condição exige que«o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade».

No meu entender, o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre o conteúdo e o alcance desta exigência. Nos acórdãos Comissão/Países Baixos, Comissão/Itália e Comissão/França [173], referiu que «competia à Comissão [...] definir, sob controlo do Tribunal, o interesse da Comunidade à luz do qual se deve avaliar o desenvolvimento das trocas comerciais». Todavia, é difícil tirar uma conclusão desses acórdãos, uma vez que foram proferidos no contexto específico de acções por incumprimento. A obrigação imposta à instituição demandante explica-se, assim, pelas regras que regulam o ónus da prova nesse tipo de contencioso.

No entanto, alguns dos advogados-gerais tomaram posição sobre a questão [174]. Consideram que a afectação do desenvolvimento das trocas intracomunitárias na acepção do artigo 90.°, n.° 2, exige, contrariamente à definição clássica do conceito de medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa, a prova de que a medida em causa afecta realmente as trocas intracomunitárias de modo essencial. Esta apreciação parece-me efectivamente justificada pela letra do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

B — *As circunstâncias factuais do litígio no processo principal*

167. No caso em apreço, vários intervenientes sustentam que a NOvA é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

Consideram que a Ordem está encarregada de uma missão de interesse geral uma vez que deve promover as práticas correctas da profissão de advogado e estabelecer regras destinadas a garantir o acesso dos cidadãos ao direito e aos órgãos jurisdicionais neerlandeses. Segundo esses intervenientes, se o Tribunal de Justiça tiver que considerar que a NOvA constitui uma associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1,

172 — Segundo a expressão de Kovar, R., «La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée (2e partie)», em *Europe*, 1994, p. 2.

173 — Acórdãos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos, já referido (n.° 69); Comissão/Itália (C-158/94, Colect., p. I-5789, n.° 65); e Comissão/França, já referido (n.° 113).

174 — Conclusões da advogada-geral S. Rozès no processo Comissão/Itália (acórdão de 7 de Junho de 1983, 78/82, Recueil, p. 1955, ponto VI-C), e conclusões do advogado-geral G. Cosmas nos processos Comissão/Países Baixos, Comissão/Itália e Comissão/França (n.° 126) (acórdãos de 23 de Outubro de 1997, já referidos).

deveria também aplicar-lhe as disposições derrogatórias previstas pelo artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

168. Não subscrevo esta análise.

169. Aquando do exame da terceira questão prejudicial, referi que o conceito de empresa que figura no artigo 86.° do Tratado não se aplica à NOvA quando esta adopta medidas vinculativas que regulam a possibilidade, de os advogados que exercem nos Países Baixos, manterem uma colaboração integrada com os revisores de contas.

Ora, como vimos, o conceito de empresa referido pelo artigo 90.°, n.° 2, tem um significado idêntico ao que lhe é atribuído no contexto do artigo 86.° do Tratado. Foi dada a esse conceito uma definição uniforme em relação às disposições do Tratado em matéria de concorrência. Assim, a NOvA não deve ser qualificada de empresa no sentido do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

170. Em contrapartida, penso que as disposições do artigo 90.°, n.° 2, são susceptíveis de serem aplicadas aos *advogados* que exercem as suas actividades nos Países Baixos. As condições de aplicação deste artigo parecem estar reunidas no que diz respeito a esta categoria específica de operadores económicos.

171. *Em primeiro lugar*, o advogado neerlandês, quando age na qualidade de operador independente, constitui uma empresa na acepção do direito comunitário da concorrência [175]. Oferece serviços no mercado dos serviços jurídicos. Pede e recebe dos seus clientes uma remuneração em contrapartida das prestações efectuadas. Além disso, assume riscos financeiros ligados ao exercício da sua actividade.

172. *Em segundo lugar*, penso que o advogado pode ser considerado uma empresa «encarregada» da gestão de um «serviço de interesse económico geral» na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

173. Com efeito, é ponto assente que a União Europeia e os seus Estados-Membros assentam no princípio do Estado de direito [176]. As ordens jurídicas comunitárias e nacionais conferem aos particulares direitos que fazem parte integrante do seu património jurídico [177]. Com o fim de garantir o princípio do Estado de direito, os Estados-Membros criaram diferentes

175 — V. o n.° 51 das presentes conclusões.

176 — Acórdão de 23 de Abril de 1986, Os Verdes/Parlamento (294/83, Colect., p. 1339, n.° 23), e preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia (JO 2000, C 364, p. 1).

177 — Tratando-se da ordem jurídica comunitária, v. acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Colect. 1962-1964, pp. 205, 210).

instituições de natureza jurisdicional. Consagraram também o princípio segundo o qual os particulares devem, em todas as circunstâncias, poder dirigir-se a essas instâncias para obter o reconhecimento e o respeito dos seus direitos.

174. Todavia, tendo em conta a complexidade da legislação e da organização do poder judicial, os particulares raramente estão em posição de ser eles próprios a defender os direitos de que gozam. O advogado presta-lhes a assistência que é indispensável para esse efeito.

No âmbito da sua actividade de consultor, o advogado ajuda os seus clientes a organizar as suas diferentes actividades no respeito pela lei. Assegura também a defesa dos seus direitos em relação aos outros particulares e aos poderes públicos. Pode também esclarecê-los quanto à oportunidade ou à necessidade de apresentar um pedido às instituições judiciais. No quadro da sua actividade de assistência e de representação, o advogado deve assegurar uma defesa adequada e eficaz aos cidadãos. Devido às suas qualificações, deve conhecer as regras que permitem apresentar atempadamente a opinião do seu cliente nas instâncias jurisdicionais. Neste sentido, os advogados têm uma «situação central na administração da justiça, como intermediários entre os cidadãos e os tribunais» [178]. O Tribunal de Justiça qualifica, aliás, os advogados de auxiliares [179] e de colaboradores [180] da justiça.

175. Daqui resulta que o advogado exerce actividades que são essenciais num Estado de direito. Permite aos particulares conhecerem, compreenderem e aplicarem melhor os direitos que lhe são conferidos. Noutros termos, o advogado garante, num Estado de direito, a efectividade do princípio do acesso dos cidadãos ao direito e às instâncias jurisdicionais.

A importância do papel desempenhado pelo advogado conduziu, aliás, a União Europeia e os Estados-Membros a colocar na categoria dos direitos fundamentais o de se fazer assistir e representar por um consultor [181]. Do mesmo modo, a maior parte das sociedades democráticas julgaram indispensável aplicar sistemas de ajuda jurisdicional que permitem a qualquer pessoa, independentemente dos seus rendimentos e da gravidade dos factos que lhe são imputados, beneficiar da assistência de um advogado.

176. Tendo em conta esses elementos, o advogado exerce actividades que têm «um interesse económico geral com caracterísli-

178 — TEDH, acórdão Schöpfer v. Suisse de 20 de Maio de 1998, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 1998-III, p. 1042, n.° 29.

179 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1974, Binsbergen (33/74, Colect., p. 543, n.° 14).

180 — Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S/Comissão (155/79, Recueil, p. 1575, n.° 24).

181 — Artigo 47.° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

cas específicas face a outras actividades da vida económica» [182].

177. Além disso, certas disposições de direito neerlandês permitem afirmar que o advogado inscrito nos Países Baixos foi efectivamente «encarregado» da sua missão específica por um acto do poder público.

O artigo 11.°, n.° 1, da Advocatenwet confere aos advogados inscritos nos Países Baixos competência para intervir em todos os órgãos jurisdicionais do Reino, tanto em matéria civil como em matéria penal. Por outro lado, o artigo 46.° da Advocatenwet prevê que os advogados ficam sob a alçada dos órgãos jurisdicionais disciplinares relativamente a «qualquer acto ou omissão incompatível com o dever de diligência que assumem como advogados das pessoas cujos interesses [...] defendem ou devem defender». Esta última disposição pressupõe a existência de uma responsabilidade especial do advogado no âmbito do exercício da sua missão de defesa dos interesses dos cidadãos.

Na medida em que o Tribunal de Justiça diminuiu consideravelmente as suas exigências relativas à existência de um acto formal do poder público, as disposições dessa natureza deveriam ser suficientes para definir que o advogado que exerce nos Países Baixos foi «encarregado» da sua missão particular pelas autoridades neerlandesas [183].

178. Por conseguinte, considero que o advogado inscrito nos Países Baixos constitui uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

179. *Em terceiro lugar*, a aplicação das regras comunitárias de concorrência pode ser susceptível de impedir o cumprimento da missão particular do advogado.

180. Para permitir aos advogados cumprirem a sua missão de «serviço público», no sentido em que a definimos, as autoridades estatais atribuíram-lhe uma série de prerrogativas e obrigações profissionais. Entre estas, três atributos relevam da própria essência da profissão de advogado no conjunto dos Estados-Membros. Trata-se das obrigações relativas à independência do advogado, ao respeito do segredo profissional e à necessidade de evitar conflitos de interesses.

182 — Acórdãos, já referidos, Merci convenzionali porto di Genova (n.° 27), GT-Link (n.° 53) e Corsica Ferries France (n.° 45).

183 — V. também o *Commentaire J. Megret*, já referido (n.° 290): «Não se vê razão para que o artigo 90.°, n.° 2, não seja aplicado aos organismos cuja constituição é evidentemente, inspirada num objectivo de interesse geral, apenas porque isso não resulta de um acto formal. A partir do momento em que a empresa desenvolve uma actividade de interesse geral, e em que está sujeita a um controlo da autoridade pública, não há motivo para lhe recusar o direito de invocar o n.° 2.»

181. A independência exige que o advogado possa exercer as actividades de consultadoria, de assistência e de representação no interesse *exclusivo* do seu cliente. Manifesta-se em relação aos poderes públicos, aos outros operadores e a terceiros, pelos quais nunca pode ser influenciado. Manifesta-se também em relação ao cliente que não pode tornar-se no empregador do seu advogado. A independência constitui uma garantia essencial para o cidadão e para o poder judicial, de tal modo que o advogado tem a obrigação de não se envolver em negócios ou colaborações que envolvam o risco de a comprometer.

182. O segredo profissional está na base da relação de confiança que existe entre o advogado e o seu cliente. Impõe ao advogado não divulgar nenhuma informação que lhe foi comunicada pelo seu cliente, e abrange *ratione temporis* o período posterior ao fim do seu mandato e *ratione personae* todos os terceiros. O segredo profissional constitui também uma «garantia essencial da liberdade do indivíduo e do bom funcionamento da justiça» [184], de modo que faz parte da ordem pública da maior parte dos Estados-Membros.

183. Por último, o advogado tem, em relação ao seu cliente, o dever de lealdade que o obriga a evitar conflitos de interesses. Esta obrigação proíbeao advogado aconselhar, assistir ou representar partes cujos interesses sejam opostos ou tenham sido opostos no passado. Além disso, o advogado não pode utilizar em benefício próprio de um cliente informações que se refiram a ou que tenha adquirido de outro cliente.

184. Tendo em conta estas características, a proibição de colaboração imposta pelo regulamento em causa pode ser necessária para permitir ao advogado cumprir a missão específica que lhe é fixada.

185. Por um lado, a existência de estruturas integradas reagrupando advogados e revisores de contas é susceptível de constituir uma ameaça para a independência do advogado.

Com efeito, existe uma certa incompatibilidade entre a actividade de «consultor», exercida pelo advogado, e a actividade de «controlo», exercida pelo revisor de contas. Resulta das observações apresentadas pela NOvA que o revisor de contas, nos Países Baixos, exerce uma missão de certificação de contas [185]. Procede a um exame e a um controlo objectivos da contabilidade dos seus clientes, de modo a poder comunicar a terceiros a sua opinião pessoal quanto à fiabilidade desses dados contabilísticos.

184 — Lambert, P., *Règles et usages da la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 1994, 3.ª edição, p. 432. No mesmo sentido, Damien, A., *La profession d'avocat*, Gazette du Palais, Litec, Paris, 1991, considera que: «o segredo profissional tem unicamente como base o interesse social» (p. 60).

185 — Observações escritas da NOvA (n.os 36 e segs.).

Ora, o advogado pode não estar em situação de aconselhar e de defender o seu cliente de modo independente se pertencer a uma estrutura que tem igualmente por missão apresentar contas dos resultados financeiros das operações relativamente às quais interveio. Noutros termos, a constituição de uma comunidade de interesses financeiros com membros da categoria profissional dos revisores de contas envolve o risco de conduzir — e mesmo de obrigar — o advogado a ter em conta considerações distintas das que estão exclusivamente ligadas ao interesse do seu cliente.

186. Por outro lado, a existência de colaborações integradas entre advogados e revisores de contas é susceptível de constituir um maior obstáculo ao respeito do segredo profissional do advogado.

Uma vez que os membros das duas categorias profissionais se comprometeram a dividir os lucros, as perdas e os riscos financeiros ligados à sua associação, têm um interesse manifesto em proceder a uma troca de informações relativamente aos seus clientes comuns. O revisor de contas pode ser tentado a pedir e obter do advogado informações relativas, por exemplo, a negociações que este leva a cabo no âmbito de um determinado contencioso. Inversamente, o advogado pode ter a tentação de solicitar ao revisor de contas que lhe facilite elementos que lhe permitam apresentar uma defesa mais eficaz nos tribunais.

O risco de uma violação do segredo profissional do advogado é tanto maior que, em certas circunstâncias, o revisor de contas tem a obrigação legal de comunicar às autoridades competentes informações relativas à actividade dos seus clientes.

187. Por conseguinte, considero que a restrição de concorrência resultante do SWV é necessária para proteger, no interesse geral, características que relevam da própria essência da profissão de advogado nos Países Baixos.

188. *Em quarto lugar*, a proibição de colaboração em causa não afecta o desenvolvimento das trocas por forma a contrariar o interesse da Comunidade.

Na verdade, no momento do exame da segunda questão prejudicial, verifiquei que o regulamento em causa era susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros [186]. Apesar disso, recordo que, diferentemente do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, as disposições do artigo 90.°, n.° 2, exigem que a medida em causa tenha realmente afectado o desenvolvimento das trocas intracomunitárias de forma essencial. Ora, isso não se passa no caso em apreço.

186 — V. os n.os 128 a 132 das presentes conclusões.

O regulamento em causa é unicamente susceptível de restringir as trocas intracomunitárias de serviços «integrados». Não proíbe aos advogados e aos revisores de contas a oferta separada dos seus serviços aos clientes estabelecidos noutros Estados-Membros. Também não afecta a possibilidade de os advogados responderem separadamente aos pedidos provenientes dos clientes neerlandeses. Assim, nenhum elemento permite considerar que o SWV dificulta de modo substancial o desenvolvimento das trocas na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

189. *Por último*, resta examinar se, em conformidade com o *teste da proporcionalidade*, a proibição de colaboração em causa constitui a solução menos prejudicial para a concorrência.

190. A este respeito, vários elementos revelam que a restrição do jogo da concorrência é limitada ao estritamente necessário para permitir aos advogados neerlandeses cumprirem a sua missão.

191. Em primeiro lugar, o regulamento em causa apenas proíbe as formas mais intensas de colaboração entre os advogados e os revisores de contas. Limita-se a proibir a constituição de estruturas «integradas», quer dizer, de estruturas que implicam uma divisão dos lucros, do poder de decisão e das responsabilidades finais [187]. Fora desta modalidade específica de associação, os advogados e os revisores de contas estão autorizados a concluir qualquer outra forma de colaboração no mercado neerlandês [188].

192. Em segundo lugar, penso que a protecção da independência e do segredo profissional do advogado não pode ser alcançada por medidas menos restritivas de concorrência.

193. Os partidários da existência de estruturas integradas sustentam geralmente que vários mecanismos permitem garantir o respeito da deontologia própria da profissão de advogado. Consideram que: (1) a Ordem pode adoptar medidas disciplinares em relação aos advogados que não cumprem as suas obrigações profissionais [189]; (2) os contratos podem estipular expressamente que os membros da estrutura devem respeitar as suas obrigações deontológicas; e (3) um mecanismo de «Chinese wall» permite impedir qualquer transferência de informações entre os advogados e os revisores de contas.

194. Estes argumentos não me parecem convincentes.

187 — Despacho de reenvio (tradução francesa, p. 26).

188 — Observações escritas da NOvA (n.os 216 e 217).

189 — V. as observações escritas dos recorrentes no processo principal (n.° 12).

Por um lado, é um facto que as autoridades das Ordens não podem assegurar um controlo geral e permanente dos membros da profissão. Aliás, esse controlo não parece desejável devido ao clima de desconfiança que criaria dentro da profissão.

Por outro lado, os compromissos contratuais e o mecanismo da «Chinese wall» colocam vários problemas práticos [190]. Assim, em caso de divulgação de informações confidenciais, torna-se praticamente impossível fazer a distinção entre as informações que foram comunicadas ao advogado e as que foram transmitidas ao revisor de contas. Além disso, considero que, tendo em conta os interesses financeiros que estão em jogo em certos casos tratados pelas estruturas integradas, o mecanismo da «Chinese Wall» e dos compromissos contratuais não constituem, em si mesmos, medidas suficientes para assegurar o respeito da independência e do segredo profissional do advogado [191].

195. Em terceiro lugar, recordo que, nos termos de uma jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça considera que: «o facto de um Estado-Membro impor regras menos rígidas que as impostas por outro Estado-Membro não significa que estas últimas sejam desproporcionadas e, portanto, incompatíveis com o direito comunitário» [192]. Assim, é indiferente que outros Estados-Membros, como a República Federal Alemã, autorizem colaborações integradas entre os advogados e os revisores de contas [193].

196. Assim sendo, considero que o Tribunal de Justiça não dispõe do conjunto de elementos necessários para ser ele próprio a decidir a questão da proporcionalidade do regulamento em causa.

197. Com efeito, os recorrentes no processo principal apresentaram outros argumentos para demonstrar que o SWV era desproporcionado em relação ao objectivo que prossegue. Ora, a apreciação da fundamentação desses argumentos exige um exame aprofundado dos factos no litígio principal e dos elementos de direito que são próprios da ordem jurídica neerlandesa. Esses elementos são os seguintes.

198. Por um lado, os recorrentes no processo principal consideram que as regras

190 — V. as observações escritas da NOvA (n.° 252), bem como a resolução do CCBE sobre as formas integradas de cooperação entre os advogados e as pessoas que não pertencem à profissão, adoptada em Atenas em 12 de Novembro de 1999 [http://www.ccbe.org (p. 3)].

191 — No mesmo sentido, Nallet, H., já referido, considera que: «as redes devem fornecer garantias escritas sobre a maneira como garantem a independência das profissões entre elas e dos advogados dentro das redes. O *princípio deve continuar a ser a proibição da repartição dos honorários*» (p. 107).

192 — Acórdãos de 10 de Maio de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Colect., p. I-1141, n.° 51); de 12 de Dezembro de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Colect., p. I-6511, n.° 42); e de 1 de Fevereiro de 2001, Mac Quen e o. (C-108/96, Colect., p. I-837, n.° 33).

193 — É necessário notar que, no direito alemão, os revisores de contas estão sujeitos a uma regulamentação profissional muito idêntica à dos advogados. Em especial, os revisores de contas não estão sujeitos a uma obrigação de informação em relação a terceiros.

adoptadas pela NOvA são discriminatórias. Recordo que a NOvA autoriza expressamente os advogados a manter uma colaboração integrada com os notários, os consultores fiscais e os agentes da propriedade industrial. Em contrapartida, a NOvA proíbe-lhes estabelecer uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas.

A questão que se coloca consiste em determinar se existem razões objectivas que podem justificar essa diferença de tratamento entre as categorias profissionais já referidas. As partes estão totalmente em desacordo neste ponto. Invocaram um número considerável de argumentos relativos às características das diferentes profissões implicadas (imparcialidade, independência, segredo profissional, direito de escusa). O Tribunal de Justiça não está em condições de se pronunciar sobre esta questão.

199. Por outro lado, os recorrentes no processo principal apresentaram um relatório elaborado em Julho de 1999 por um grupo de trabalho do Ministério da Justiça e do Ministério dos Assuntos Económicos [194]. Sustentam que o grupo de trabalho chegou à conclusão que a proibição de colaborações multidisciplinares entre os notários e os revisores de contas era desproporcionada e não podia ser objectivamente justificada. Os recorrentes no processo principal consideram que esta conclusão pode ser plenamente adaptada às colaborações integradas entre os advogados e os revisores de contas. O estatuto e o âmbito deste relatório foram discutidos na audiência. O Tribunal de Justiça também não está em condições de se pronunciar sobre esta questão.

200. Por conseguinte, há que remeter o exame destas diferentes questões ao Raad van State. Em minha opinião, o juiz de reenvio poderá concluir que o regulamento em causa é compatível com as disposições do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado se chegar à conclusão que existem razões objectivas para autorizar os advogados inscritos nos Países Baixos a manterem uma colaboração integrada com notários, consultores fiscais e agentes da propriedade industrial e para proibir os advogados inscritos nos Países Baixos de estabelecerem uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas.

201. Assim, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à quinta questão prejudicial no sentido de que o artigo 90.°, n.° 2, do Tratado não se opõe a que uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, adopte uma medida vinculativa que proíba aos advogados, que exerçam no território do Estado-Membro correspondente, estabelecerem uma colaboração integrada com membros da categoria profissional dos

194 — «Interdisciplinaire Samenwerking door Notarissen», *Relatório interministerial do Ministério da Justiça neerlandês e do Ministério da Economia neerlandês* (anexo 13 das observações escritas dos recorrentes no processo principal).

revisores de contas se considerar que essa medida é necessária para proteger a independência e o segredo profissional do advogado.

VIII — Os artigos 5.° e 85.° do Tratado

202. A sexta questão prejudicial é relativa às disposições conjugadas dos artigos 5.°, 85.° e 86.° do Tratado.

203. O Raad van State pergunta se um Estado-Membro infringe as referidas disposições quando confere a uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, o poder de adoptar medidas vinculativas para regular a possibilidade de os advogados que exercem no seu território estabelecerem uma colaboração integrada com os revisores de contas, quando o Estado-Membro não reserva a possibilidade de substituir as medidas adoptadas pela Ordem pelas suas próprias decisões.

204. Aquando da análise da terceira questão prejudicial, assinalei que o artigo 86.° do Tratado não era aplicável à NOvA. O objecto da sexta questão deve assim ser limitado à interpretação das disposições conjugadas dos artigos 5.° e 85.° do Tratado.

205. A este respeito, o Tribunal de Justiça consagrou os seguintes princípios [195].

206. Em si mesmo, o artigo 85.° do Tratado diz apenas respeito ao comportamento das empresas. Assim, não visa, em princípio, as medidas legislativas ou regulamentares que emanam dos Estados-Membros. Todavia, o artigo 85.° do Tratado, interpretado em conjugação com o artigo 5.°, impõe aos Estados-Membros que não adoptem ou mantenham em vigor medidas de natureza legislativa ou regulamentar que sejam susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas. É o que se passa em três casos, quando: (1) um Estado-Membro impõe ou favorece a adopção de acordos, de decisões de associações de empresas ou de práticas concertadas que são contrárias ao artigo 85.° do Tratado; (2) um Estado-Membro reforça os efeitos desse acordo, decisão ou prática concertada; e (3) um Estado-Membro retira à sua própria regulamentação o seu carácter estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar as decisões de intervenção em matéria económica.

207. Quanto aos dois primeiros casos, a jurisprudência exige, para poder declarar que uma medida legislativa ou regulamen-

195 — V., em especial, os acórdãos de 16 de Novembro de 1977, GB-Inno-BM (13/77, Colect., p. 753, n.° 29 a 31); de 1 de Outubro de 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (311/85, Colect., p. 3801, n.os 22 a 24); de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke (267/86, Colect., p. 4769, n.° 16); Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line reisebüro, já referido (n.° 48); Meng, já referido (n.° 14); Reiff, já referido (n.° 14); Ohra Schadeverzekeringen, já referido (n.° 10); Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, já referido (n.° 14); Centro Servizi Spediporto, já referido (n.os 20 e 21); DIP e o., já referido (n.os 14 e 15); Sodemare e o., já referido (n.os 41 e 42); CNSD (n.os 53 e 54); Corsica Ferries France, já referido (n.os 35 e 49); e Albany, já referido (n.° 65).

tar é incompatível com os artigos 5.° e 85.° do Tratado, a existência de um nexo entre a medida estatal e um comportamento privado adoptado por uma ou várias empresas [196]. Esta exigência visa excluir a possibilidade de examinar as medidas estatais devido aos efeitos anticoncorrenciais que lhes são próprios. Nas suas conclusões relativas aos processos Meng, Reiff, Ohra Schadeverzekeringen e DIP e o. [197], os advogados-gerais G. Tesauro [198], M. Darmon [199] e N. Fennelly [200] expuseram de modo convincente as razões pelas quais a jurisprudência merece ser aprovada quanto a este ponto. Assim, não é necessário voltar a examinar esta série de diferentes argumentos.

Todavia, em certos acórdãos recentes [201], o Tribunal de Justiça precisou as suas exigências dando um passo suplementar. Estabeleceu um paralelismo entre a legalidade do comportamento privado e a legalidade da medida estatal. O Tribunal de Justiça considera que, quando um acordo, uma decisão ou uma prática concertada não for contrário ao artigo 85.°, n.° 1, a medida estatal que o impõe, o favorece ou reforça os seus efeitos é *automaticamente* compatível com as disposições dos artigos 5.° e 85.° do Tratado. Tal como o advogado-geral F. G. Jacobs [202], considero que esse automatismo é pouco conforme com a realidade económica. Existem, com efeito, numerosos exemplos em que um acordo, uma decisão ou uma prática concertada, não é, em si, contrário ao artigo 85.°, n.° 1, mas em que a medida estatal, devido ao facto de reforçar os seus efeitos, contém uma restrição sensível do jogo da concorrência no mercado [203].

De qualquer modo, as duas primeiras hipóteses elaborados pela jurisprudência não são pertinentes para o presente litígio. O juiz de reenvio não forneceu qualquer elemento que permita afirmar que as autoridades públicas neerlandesas tenham imposto, favorecido ou reforçado os efeitos do regulamento em causa. Só a primeira hipótese, relativa a uma eventual delegação de poderes, deve ser examinada.

208. Quanto a esta terceira hipótese, o Tribunal de Justiça suscitou uma «objecção de princípio em relação a medidas legislativas através das quais o Estado renuncia desempenhar a função que é a sua e confere às empresas os poderes necessários para aplicarem a *sua própria* política» [204].

O Tribunal de Justiça considera que uma regulamentação preserva o seu carácter estatal quando as autoridades públicas salvaguardam o poder de ser elas próprias

196 — V. a parte decisória dos acórdãos Meng e Ohra Schadeverzekeringen, já referidos.

197 — Já referidos.

198 — Conclusões nos processos Meng e Ohra Schadeverzekeringen, já referidos.

199 — Conclusões no processo Reiff, já referido.

200 — Conclusões no processo DIP e o., já referido.

201 — V., em particular, os acórdãos Corsica Ferries France, já referido (n.os 50 a 54); Albany, já referido (n.° 66); e Pavlov (n.os 99 e 100).

202 — Conclusões no processo Pavlov (n.os 160 a 164).

203 — V., a este respeito, as minhas conclusões no processo Arduino, já referido.

204 — Joliet, R., «National Anti-competitive Legislation and Community Law», em *Fordham International Law Journal*, 1989, p. 163 (p. 172; tradução livre).

a fixar os termos essenciais da decisão económica [205]. É este evidentemente o caso quando a própria medida estatal formula a proibição que contém eventuais efeitos restritivos de concorrência [206]. É também este o caso quando a decisão é tomada por operadores económicos privados, mas as autoridades públicas dispõem do poder de a aprovar, de a rejeitar, de a modificar ou de a substituir pela sua própria decisão [207]. Nesta hipótese, o carácter estatal de uma regulamentação não é colocado em causa pelo simples facto de ter sido adoptada depois de uma concertação com representantes de operadores económicos privados [208].

Em contrapartida, no acórdão CNSD [209], o Tribunal de Justiça decidiu que as autoridades públicas tinham deixado a sua competência nas mãos de operadores privados. Fundamentou-se nas seguintes considerações: (1) os membros do CNSD eram representantes dos despachantes alfandegários; (2) o ministro competente não podia intervir na designação dos membros do CNSD; e (3) os membros do CNSD não eram legalmente obrigados a tomar as suas decisões tendo em consideração um certo número de critérios de interesse geral. Desse modo, o Tribunal de Justiça utilizou critérios estritamente idênticos aos que permitem identificar uma «associação de empresas» na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

205 — Acórdão Van Eycke, já referido (n.° 19).

206 — Acórdãos, já referidos, Meng (n.° 20), Ohra Schadeverzekeringen (n.° 13) e Corsica Ferries France (n.° 52).

207 — Acórdãos, já referidos, Reiff (n.° 22), Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft n.° 21) e Centro Servizi Spediporto (n.° 27).

208 — Acórdãos, já referidos, Van Eycke (n.° 19) e Corsica Ferries France (n.° 52).

209 — N.° 57.

209. A questão da delegação de poderes em matéria económica tem uma importância crucial no que diz respeito às profissões liberais. O advogado-geral F. G. Jacobs expôs com clareza, nas suas conclusões no processo Pavlov, o que está em jogo nesta questão, ao sublinhar que:

«as características específicas dos mercados dos serviços profissionais exigem alguma regulamentação. Os oponentes da auto-regulamentação pela própria profissão insistem para que seja o Estado ou, pelo menos, organismos reguladores controlados pelo Estado a regulamentarem as profissões liberais, tendo em conta os riscos de abuso inerentes aos poderes reguladores. Contudo, de um ponto de vista económico, surge de novo um problema de informação. A natureza complexa desses serviços e a sua evolução permanente em razão da alteração frequente dos conhecimentos e desenvolvimentos tecnológicos, tornam difícil, para os parlamentos nacionais e governos, a adopção das regras circunstanciadas e actualizadas necessárias. A auto-regulamentação por membros experientes das profissões liberais é muitas vezes preferível, uma vez que permite reagir com a flexibilidade necessária. O maior desafio para todo o sistema de direito da concorrência consiste, portanto, em prevenir o uso abusivo dos poderes de regulamentação sem suprimir a autonomia de regulamentação das profissões liberais» [210].

210 — N.° 92.

210. O Tribunal de Justiça é assim solicitado a estabelecer critérios que permitam encontrar um equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de reconhecer um certo poder de auto-regulação às profissões liberais e, por outro lado, a necessidade de prevenir os riscos de comportamentos anticoncorrenciais, inerentes à atribuição desse poder.

211. A esse respeito, penso que duas condições são susceptíveis de realizar esse equilíbrio.

212. A primeira condição está já inerente à jurisprudência actual do Tribunal de Justiça. Exige que as autoridades públicas se reservem o poder de ser elas próprias a fixar o conteúdo das regras essenciais da profissão e, nomeadamente, das regras susceptíveis de afectar direitos dos interessados. Este poder pode ser exercido segundo diversas modalidades. Pode situar-se a *montante* do processo regulamentar, ao prever que as autoridades públicas têm a possibilidade de intervir nesse processo. Pode também situar-se a *jusante*, ao instaurar um controlo *a posteriori* dos regulamentos adoptados pelos órgãos da Ordem.

213. A segunda condição é respeitante às vias de recurso que estão à disposição dos membros da profissão. Exige que os profissionais disponham do direito de impugnar as decisões adoptadas pelos órgãos da Ordem, de modo a poderem denunciar os eventuais comportamentos anticoncorrenciais que se produzirem no seio da profissão. A este respeito, um recurso para as autoridades da Ordem parece-me insuficiente para assegurar um controlo efectivo por parte dos poderes públicos. Esse controlo exigiria que os profissionais tivessem a possibilidade de se dirigir aos órgãos jurisdicionais de direito comum, quer dizer, às instâncias que se situam fora da profissão. A fiscalização pelos tribunais devia incidir não só sobre as decisões de carácter individual, mas também sobre as medidas que têm alcance geral.

214. Há que examinar os factos do litígio no processo principal à luz destas duas condições.

A — *Quanto ao poder de que dispõem as autoridades neerlandesas para determinar, directa ou indirectamente, o conteúdo das normas essenciais da profissão*

215. No que diz respeito à primeira condição, o *dossier* apresentado ao Tribunal de Justiça contém elementos relativos à existência de um controlo preventivo e de um controlo repressivo.

216. Quanto ao controlo preventivo, a NOvA expôs [211] que as autoridades neer-

211 — Observações escritas da NOvA (n.os 32 e 197).

landesas estavam intimamente associadas ao processo de adaptação dos seus regulamentos. A Ordem referiu que transmitia sistematicamente os seus projectos de regulamentos ao Ministro da Justiça, de modo a permitir-lhe seguir atentamente o que se passa no interior da profissão. No entanto, no seu despacho de reenvio [212], o Raad van State referiu que as disposições da Advocatenwet não previam qualquer intervenção das autoridades públicas na elaboração dos regulamentos da NOvA.

Estes dois elementos de informação não me parecem contraditórios em si mesmos. É possível que, não obstante a inexistência de disposições formais na Advocatenwet, a prática se tenha desenvolvido no sentido de um controlo preventivo do conteúdo dos regulamentos da NOvA pelo Ministro da Justiça. Assim, a questão que se coloca consiste em assegurar que essa prática existe e, no caso de resposta afirmativa, determinar a sua natureza e alcance reais.

217. O Tribunal de Justiça não dispõe dos elementos necessários para se pronunciar sobre esta questão. Assim, convém remeter o exame para o Raad van State.

A este respeito, considero que o juiz de reenvio poderá concluir pela existência de um controlo preventivo suficiente se considerar que existe uma prática *constante* em virtude da qual os órgãos da NOvA são *obrigados*: (1) a comunicar ao Ministro da Justiça os projectos de regulamentos respeitantes às *regras essenciais* da profissão de advogado nos Países Baixos e (2) a tomar em consideração as observações formuladas pelo Ministro da Justiça relativamente a esses projectos.

218. Se o controlo preventivo exercido pelo Ministro da Justiça não preencher as condições mencionadas, não se conclui necessariamente que as autoridades neerlandesas não tiveram em consideração as disposições previstas nos artigos 5.° e 85.° do Tratado. Resta examinar o controlo repressivo instaurado pelo artigo 30.° da Advocatenwet.

Nos termos dessa disposição: «[a]s decisões do colégio de delegados, do conselho geral ou dos outros órgãos da [NOvA] podem ser suspensas ou anuladas por decreto real, desde que contrárias ao direito ou ao interesse geral».

219. Quanto a este ponto, os recorrentes no processo principal consideram que a Advocatenwet é incompatível com os artigos 5.° e 85.° do Tratado. Sublinham que as autoridades públicas não têm a possibilidade de adoptar elas próprias regras que organizam a profissão de advogado ou de substituir as medidas adoptadas pelos órgãos da Ordem pelas suas próprias decisões.

212 — Tradução francesa (p. 19).

220. Não sou desta opinião.

221. Não me parece que a condição imposta pela jurisprudência do Tribunal de Justiça — segundo a qual as autoridades públicas devem ter a possibilidade de substituir as medidas adoptadas pelos operadores económicos privados pelas suas próprias decisões — constitua apenas a expressão de um princípio mais geral, exigindo que o controlo exercido pelos poderes públicos seja um controlo *efectivo*. Nestas circunstâncias, o poder de substituição directo constitui apenas uma das modalidades possíveis do exercício do controlo estatal.

222. Assim, a questão que se coloca consiste em determinar se o poder de anulação e de suspensão atribuído ao Reino dos Países Baixos constitui um controlo *efectivo*. Para este efeito, em minha opinião, deveriam ser examinados três elementos respeitantes: (1) à frequência do exercício do poder de anulação ou de suspensão; (2) ao objecto das medidas anuladas ou suspensas; e (3) ao carácter obrigatório dos fundamentos que conduziram à anulação ou à suspensão.

223. Quanto aos dois primeiros elementos, a NOvA referiu [213] que o Reino dos Países Baixos já tinha utilizado a sua competência no passado. Anulou parcialmente um regulamento relativo ao estágio de advogado (em 1955) e suspendeu certas disposições de um regulamento relativo ao exercício da profissão como assalariado (em 1997). Além disso, o Reino dos Países Baixos tinha ameaçado exercer a sua competência se certos regulamentos fossem adoptados pela NOvA. Assim, advertiu que faria uso do seu poder de anulação no que diz respeito a um regulamento relativo ao exercício da profissão como assalariado (em 1977) e relativamente a uma alteração do regulamento do estágio, que era respeitante ao «patrono externo» (em 1984).

Quanto ao terceiro elemento, os recorrentes no processo principal referiram que, «mesmo depois da anulação de um regulamento, a Ordem é competente para ser ela própria a estabelecer, de modo independente, o teor do novo regulamento» [214].

224. Penso que estas informações são insuficientes para que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a questão do controlo repressivo exercido pelo Reino dos Países Baixos.

225. As informações relativas aos dois primeiros elementos permitem presumir que as autoridades públicas exercem um controlo real sobre a actividade regulamentar da NOvA. Apesar disso, essas informações devem, em minha opinião, ser confirmadas por outros elementos de prova no Raad van State.

213 — Observações escritas da NOvA (n.os 33 a 35 e 106).

214 — Observações escritas dos recorrentes no processo principal (n.º 145).

O critério determinante, a este respeito, consiste em verificar se, efectivamente, o Reino dos Países Baixos intervém para controlar a compatibilidade com o interesse geral dos regulamentos essenciais para o acesso à profissão e exercício da mesma.

226. No que diz respeito ao terceiro elemento, parece-me difícil conceber que a NOvA possa, após a intervenção do Reino dos Países Baixos, adoptar um regulamento idêntico ao que foi objecto de uma anulação ou de uma suspensão. A lógica do sistema estabelecido pela ordem jurídica neerlandesa parece-me, antes, exigir que a NOvA seja obrigada a adoptar um novo regulamento em conformidade com os fundamentos que conduziram à anulação ou à suspensão. Se esse for efectivamente o caso, o Raad van State poderá concluir que as autoridades públicas reservam o direito — indirecto — de determinar o conteúdo das regras relativas à profissão de advogado nos Países Baixos.

B — *Quanto à existência de uma via de recurso aberta aos membros da profissão*

227. A segunda condição, relativa à existência de uma via de recurso aberta aos membros da profissão, está manifestamente preenchida no caso em apreço.

Os factos na origem do presente litígio demonstram que J. Wouters e J. Savelbergh tiveram a possibilidade de se dirigir aos órgãos jurisdicionais de direito comum para contestar uma decisão individual tomada a seu respeito pelos órgãos da Ordem. Nesse processo, os interessados puderam invocar a ilegalidade da medida geral que constitui o regulamento em causa, em relação às disposições do direito da concorrência. Os advogados inscritos nos Países Baixos dispõem, assim, de uma via de recurso efectiva para os órgãos jurisdicionais de direito comum, contra decisões de carácter individual e geral que sejam adoptadas pelas autoridades das Ordens.

228. Com base nas considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à sexta questão prejudicial no sentido de que os artigos 5.° e 85.° do Tratado não se opõem a que um Estado-Membro confira a uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, competência para adoptar medidas vinculativas que regulem a possibilidade de os advogados que exerçam no seu território estabelecerem uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas, na dupla condição de (1) as autoridades do Estado-Membro em causa se reservarem o poder de determinar, directa ou indirectamente, o conteúdo das regras essenciais da profissão e de (2) os membros da profissão disporem de uma via de recurso efectiva para os órgãos jurisdicionais de direito comum, contra decisões adoptadas pelos órgãos da Ordem.

IX — Os artigos 52.° e 59.° do Tratado

229. As três últimas questões prejudiciais são respeitantes às disposições do Tratado em matéria de direito de estabelecimento (artigo 52.°) e de livre prestação de serviços (artigo 59.°).

230. A sétima questão prejudicial visa identificar as disposições do Tratado aplicáveis ao presente litígio. Nos órgãos jurisdicionais neerlandeses, os recorrentes no processo principal sustentaram que o litígio integrava o campo de aplicação das *duas* disposições já referidas. Pelo contrário, a NOvA considera que os artigos 52.° e 59.° do Tratado não podem ser aplicados simultaneamente à mesma situação factual.

231. Através da sua oitava questão, o juiz de reenvio deseja saber se a proibição de colaboração em causa constitui um entrave ao direito de estabelecimento e/ou à livre prestação de serviços.

232. Por último, a nona questão é respeitante às razões que permitem justificar um eventual obstáculo à livre circulação de pessoas. Mais precisamente, o Raad van State pergunta se a proibição de colaborações integradas entre os advogados e os revisores de contas pode ser equiparada a uma «modalidade de venda» na acepção do acórdão Keck e Mithouard [215] ou se, pelo contrário, essa proibição deve ser examinada à luz das condições enunciadas no acórdão Gebhard [216].

233. No decurso do presente processo, vários intervenientes sustentaram que o litígio no processo principal não apresentava qualquer factor de ligação com o direito comunitário. Consideram estar em presença de uma situação puramente interna dos Países Baixos. Esse argumento será abordado aquando do exame da sétima questão prejudicial.

A — *As disposições aplicáveis ao litígio no processo principal*

234. A título preliminar, devo recordar que as disposições do Tratado em matéria de livre circulação de pessoas e de serviços não se impõem unicamente às medidas adoptadas pelas autoridades públicas. Abrangem também medidas de uma outra natureza que regulam de forma colectiva o trabalho

215 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097, n.° 16, a seguir «acórdão Keck e Mithouard»).

216 — Acórdão de 30 de Novembro de 1995 (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.° 37, a seguir «acórdão Gebhard»).

assalariado e as prestações de serviços [217]. Assim, os artigos 52.° e 59 do Tratado podem ser aplicados às regulamentações que sejam adoptadas pelas associações ou organismos como as ordens profissionais.

235. Deve-se igualmente recordar que, segundo jurisprudência constante, as disposições do Tratado em matéria de estabelecimento e de serviços não se aplicam às situações puramente internas, quer dizer, às situações em que todos os elementos se encontram no interior de um único e mesmo Estado-Membro [218].

236. No caso em apreço, os recorrentes no processo principal sustentam [219] que, para determinar as disposições aplicáveis ao litígio, é necessário distinguir duas situações factuais: a de J. Wouters e J. Savelbergh e a das sociedades Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV.

J. Wouters e J. Savelbergh invocam as disposições do Tratado em matéria de livre prestação de serviços. Os interessados desejam manter uma colaboração com as duas referidas sociedades para oferecer serviços «integrados» a clientes que estão estabelecidos noutros Estados-Membros. Em contrapartida, as sociedades Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV fundamentam-se nas disposições comunitárias em matéria de estabelecimento. Reivindicam, «para elas próprias e para os seus colaboradores» [220], o direito de se estabelecerem de forma duradoura nos Países Baixos com o fim de manter uma colaboração integrada com os advogados.

237. O argumento dos recorrentes no processo principal é desprovido de fundamento.

238. As disposições do Tratado em matéria de estabelecimento aplicam-se às pessoas singulares ou colectivas que desejam «participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do [seu] Estado de origem [...] no domínio das actividades não assalariadas» [221].

239. Ora, no caso em apreço, nenhum elemento permite afirmar que o litígio no processo principal apresenta um factor de ligação com o artigo 52.° do Tratado.

217 — V., nomeadamente, acórdãos de 12 de Dezembro de 1974, Walrave e Koch (36/74, Colect., p. 595, n.° 17); de 14 de Julho de 1976, Donà (13/76, Colect., p. 545, n.° 17); de 11 de Abril de 2000, Deliège (C-51/96 e C-191/97, Colect., p. I-2549, n.° 47); e de 6 de Junho de 2000, Angonese (C-281/98, Colect., p. I-4139, n.os 30 a 36).

218 — No que diz respeito ao artigo 59.° do Tratado, v., nomeadamente, os acórdãos de 18 de Março de 1980, Debauve e o. (52/79, Recueil, p. 833, n.° 9); Höfner e Elser, já referido (n.° 37); Reisebüro Broede, já referido (n.° 14); e Deliège, já referido (n.° 58). No que diz respeito ao artigo 52.° do Tratado, v., nomeadamente, os acórdãos de 20 de Abril de 1988, Bekaert (204/87, Colect., p. 2029, n.° 12), e de 3 de Outubro de 1990, Nino e o. (C-54/88, C-91/89 e C-14/89, Colect., p. I-3537, n.° 11).

219 — Observações escritas dos recorrentes no processo principal (n.° 162).

220 — Observações escritas dos recorrentes no processo principal (n.° 162).

221 — Acórdão Gebhard (n.° 25; o sublinhado é meu).

Resulta dos autos [222] que, no momento em que as autoridades das ordens proibiram as colaborações em causa, todos os recorrentes no processo principal estavam estabelecidos no território neerlandês. J. Wouters e J. Savelbergh, bem como as sociedades Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs, Price Waterhouse Balastingadviseurs BV e Arthur Andersen & Co. Accountants, exerciam já as suas actividades profissionais de maneira estável e continuada nos Países Baixos.

Além disso, contrariamente ao que parecem sugerir os recorrentes no processo principal, nada permite sustentar a tese segundo a qual as sociedades Arthur Andersen & Co. Belastinngadviseurs e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV possuíam uma procuração especial para agir em nome dos «profissionais que colaboram com elas» e que estavam estabelecidos noutro Estado-Membro. Nestas condições, os recorrentes no processo principal não podem invocar utilmente as disposições do Tratado em matéria de direito de estabelecimento [223].

240. Em contrapartida, as disposições comunitárias relativas à livre prestação de serviços são aplicáveis no presente litígio.

Com efeito, nos termos de uma jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça considera que: «o direito à livre prestação de serviços pode ser invocado por uma empresa relativamente ao Estado em que está estabelecida, quando os serviços são prestados a destinatários estabelecidos noutro Estado-Membro» [224]. De acordo com esta jurisprudência, não é portanto necessário que o prestador ou o destinatário do serviço se desloque no interior da Comunidade. O factor de ligação com o direito comunitário pode residir na mera «deslocação» do serviço em causa. Ora, é o que se passa no caso em apreço, dado que os advogados e as sociedades demandantes no processo principal desejam oferecer serviços «integrados» destinados a clientes que estão estabelecidos noutros Estados-Membros [225].

241. Daqui resulta que o regulamento em causa deve ser examinado apenas à luz das disposições do artigo 59.° do Tratado. A questão que se coloca consiste em determinar se a proibição de colaborações integradas entre os advogados e revisores de contas constitui um entrave à livre circulação de serviços.

222 — V. as informações fornecidas pela NOvA (no n.° 208 das suas observações escritas), que não foram contestadas pelos recorrentes no processo principal.

223 — No seu despacho de reenvio (tradução francesa, p. 23), o Raad van State referiu que os advogados e os consultores fiscais estabelecidos noutros Estados-Membros, e que fazem parte do grupo Arthur Andersen ou do grupo Price Waterhouse, poderiam ter a intenção de se estabelecer de forma duradoura no território neerlandês, com vista a exercer as suas actividades no âmbito de uma colaboração integrada com J. Wouters e J. Savelbergh. Tal situação poderia, a existir, ficar compreendida no domínio de aplicação do artigo 52.° do Tratado. Apesar disso, a questão apresenta um carácter hipotético no caso em apreço, dado que nenhum elemento dos autos indica que as pessoas interessadas sejam partes no processo perante o Raad van State.

224 — Acórdão Alpine Investments, já referido (n.° 30). V. igualmente os acórdãos de 17 de Maio de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Colect., p. I-1783, n.° 30); de 14 de Julho de 1994, Peralta (C-379/92, Colect., p. I-3453, n.° 40); de 5 de Outubro de 1994, Comissão/França (C-381/93, Colect., p. I-5145, n.° 14); Sodemare e o., já referido (n.° 37); e de 8 de Março de 2001, Gourmet International Produts (C-405/98, Colect., p. I-1795, n.° 37).

225 — No seu despacho de reenvio (tradução francesa, p. 23), o Raad van State referiu que os advogados e os consultores fiscais estabelecidos noutros Estados-Membros, e fazendo parte do grupo Arthur Andersen ou do grupo Price Waterhouse, poderiam ter a intenção de propor, em colaboração com J. Wouters e J. Savelbergh, serviços «integrados» no território neerlandês ou a partir desse território. Uma tal situação poderia, eventualmente, ficar compreendida no domínio de aplicação do artigo 59.° do Tratado. No entanto, a questão tem um carácter hipotético no caso em apreço, uma vez que nenhum elemento dos autos indica que as pessoas interessadas são partes no processo no Raad van State.

B — *Quanto à existência de um entrave à livre prestação de serviços*

242. A este respeito, o Raad van State pergunta ao Tribunal de Justiça se é possível transpor para o presente litígio os critérios constantes do acórdão Keck e Mithouard.

243. O acórdão Keck e Mithouard tinha por objectivo pôr fim aos riscos de desvios inerentes à definição extremamente ampla do conceito de medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa, na acepção do artigo 30.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 28 CE). Com o objectivo de centrar a sua jurisprudência nos objectivos reais do Tratado em matéria de livre circulação de mercadorias, o Tribunal de Justiça sublinhou que:

«contrariamente ao que até agora foi decidido, a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas *modalidades de venda* a produtos provenientes de outros Estados-Membros não é susceptível de entravar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário na acepção da jurisprudência Dassonville (acórdão de 11 de Julho 1974, 8/74, Colect., p. 423), desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros» [226].

244. Deste modo, o Tribunal de Justiça excluiu do âmbito de aplicação do artigo 30.° do Tratado as medidas que não sejam susceptíveis de impedir o acesso dos produtos importados ao mercado nacional, ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais [227]. O critério *substancial* imposto pelo acórdão Keck e Mithouard reside, assim, na existência de um obstáculo ao acesso ao mercado dos produtos importados [228].

245. A questão da aplicação da jurisprudência Keck e Mithouard no domínio da livre prestação de serviços é expressamente colocada no processo Apline Investments, já referido [229].

A sociedade Apline Investments exercia as suas actividades nos Países Baixos. Estava especializada no sector dos contratos a prazo de mercadorias. As autoridades neerlandesas tinham proibido o recurso à prática do «cold calling», que consistia em contactar particulares pelo telefone sem o

226 — Acórdão Keck e Mithouard (n.° 16; o sublinhado é meu).

227 — Acórdão Keck e Mithouard (n.° 17).

228 — V., igualmente, neste sentido, as conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no processo Comissão/Grécia (acórdão de 26 de Junho de 1995, C-391/92, Colect., p. I-1621, n.° 18).

229 — O Tribunal de Justiça já adoptou o critério do «acesso ao mercado» no domínio da livre circulação de trabalhadores. V. os acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.° 103), e de 27 de Janeiro de 2000, Graf (C-190/98, Colect., p. I-493, n.os 23 a 26).

seu prévio consentimento escrito a fim de lhes propor diversos serviços financeiros. A Alpine Investments contestara essa decisão com fundamento no artigo 59.° do Tratado. No Tribunal de Justiça, o Governo neerlandês sustentou que a proibição em causa não devia escapar ao domínio da aplicação desta disposição [230]. No seu entender, a proibição de praticar o «cold calling» apenas afectava o *modo* como os serviços podiam ser oferecidos no mercado, pelo que possuía as características de uma «modalidade de venda» na acepção do acórdão Keck e Mithouard.

A este respeito, o Tribunal de Justiça afirmou que: «essa proibição priva os operadores em causa de uma técnica rápida e directa de publicidade e de contacto com clientes potenciais que se encontram noutros Estados-Membros. Assim, é susceptível de constituir uma restrição à livre prestação de serviços transfronteiriços» [231].

O Tribunal de Justiça rejeitou o argumento do Governo neerlandês porque: «uma proibição como a que está em causa emana do Estado-Membro de estabelecimento do prestador de serviços e diz respeito não apenas às ofertas que ele faz a destinatários estabelecidos no território desse Estado, ou que aí se deslocam para receber serviços, mas também *às ofertas dirigidas a destinatários que se encontram no território de outro Estado-Membro*. Devido a isso, condiciona directamente o *acesso ao mercado dos serviços nos outros Estados-Membros*. Assim, é susceptível de entravar o comércio intracomunitário dos serviços» [232].

246. Resulta deste acórdão que uma medida é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 59.° do Tratado se restringir o direito dos prestadores, que estão estabelecidos no território do Estado-Membro em causa, de oferecerem serviços destinados a clientes que estão estabelecidos no território de *outro* Estado-Membro [233]. A jurisprudência Keck e Mithouard não pode aplicar-se às medidas que condicionam directamente o acesso dos operadores ao mercado dos serviços noutros Estados-Membros.

247. Ora, é este precisamente o caso do regulamento em causa.

Com efeito, o SWV restringe o direito de os advogados e revisores de contas estabelecidos nos Países Baixos oferecerem serviços «integrados» a potenciais clientes estabelecidos noutros Estados-Membros. Por esse facto, o regulamento em causa condiciona o acesso dos operadores ao mercado dos serviços noutros Estados. Esse entrave ao comércio intracomunitário de serviços não é teórico, já que outros Estados-Membros,

230 — Acórdão Alpine Investments, já referido (n.° 33).

231 — *Ibidem* (n.° 28).

232 — *Ibidem* (n.° 38; o sublinhado é meu).

233 — V. igualmente o acórdão Gourmet International Products, já referido (n.° 38).

como a República Federal da Alemanha, autorizam a constituição de estruturas integradas que reagrupam membros das duas categorias profissionais. Assim, os clientes estabelecidos no território desses Estados podiam, portanto, pretender beneficiar de serviços «integrados» propostos por operadores estabelecidos nos Países Baixos.

248. Por conseguinte, a proibição da colaboração em causa não pode ser equiparada a uma «modalidade de venda» na acepção do acórdão Keck e Mithouard. Constitui um entrave à livre prestação de serviços e deve ser examinada na perspectiva das condições impostas pelo artigo 59.° do Tratado.

C — *Quanto à justificação do entrave*

249. No acórdão Gebhard[234], o Tribunal de Justiça recordou que as medidas susceptíveis de perturbar ou tornar menos atractivo o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições para ser compatíveis com o direito comunitário. Devem: (1) aplicar-se de maneira não discriminatória, (2) ser justificadas por razões imperativas de interesse geral, (3) ser adequadas a garantir a realização do objectivo que prosseguem e (4) não ultrapassar o que é necessário para o atingir.

250. Há que examinar o regulamento em causa à luz destas quatro condições.

251. Para esse efeito, referir-me-ei em grande parte às considerações que teci aquando do exame da quinta questão prejudicial, relativa à interpretação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

252. No seu despacho de reenvio[235], o Raad van State afirmou que o regulamento em causa preenchia a primeira condição enunciada pelo acórdão Gebhard.

Os elementos dos autos confirmam que o SWV não faz qualquer discriminação em razão da nacionalidade dos operadores afectados. De facto, por força do artigo 29.° da Advocatenwet, os regulamentos adoptados pelos órgãos da Ordem aplicam-se indistintamente aos advogados inscritos nos Países Baixos e aos «advogados visitantes», quer dizer, às pessoas que não se encontram inscritas como advogado nos Países Baixos, mas que estão autorizadas a exercer a sua actividade profissional noutro Estado-Membro com o título de advogado ou equivalente.

253. Quanto à segunda condição, o Raad van State indicou expressamente que «o

234 — N.° 37.

235 — Tradução francesa (p. 25).

[SWV] tem por objecto garantir a independência e a parcialidade do advogado» [236]. Resulta dos n.os 182 e 186 das presentes conclusões que a proibição da colaboração em causa é igualmente necessária para assegurar o respeito do segredo profissional do advogado.

Ora, no domínio da livre circulação de pessoas, o Tribunal de Justiça julgou invariavelmente que a aplicação de regras profissionais aos advogados — nomeadamente regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade — prosseguem um objectivo de interesse geral [237]. O Tribunal de Justiça considera que a aplicação de tais regras profissionais dá a necessária garantia de integridade e de experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e contribui para a boa administração da justiça [238].

254. O regulamento em causa é assim justificado por razões imperativas de interesse geral na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

255. No que diz respeito à terceira condição, já referi que a proibição de colaborações integradas entre advogados e revisores de contas era adequada a garantir a realização dos objectivos que prossegue. Assim, proponho ao Tribunal de Justiça que tenha em conta a exposição que a este respeito apresentei nos números 185 e 186 das presentes conclusões.

256. Por último, quanto à última condição, já referi as razões pelas quais vários elementos permitem considerar que o regulamento em causa não ultrapassa o que é necessário para proteger a independência e o segredo profissional do advogado [239]. No entanto, indiquei que, em minha opinião, o Tribunal de Justiça não dispõe de toda a informação necessária para se pronunciar sobre a questão da proporcionalidade do SWV [240]. Por conseguinte, há que remeter o exame desta questão ao juiz de reenvio.

A este respeito, o Raad van State poderá concluir que o regulamento em causa é compatível com as disposições do artigo 59.° do Tratado se concluir existirem razões objectivas para autorizar os advogados inscritos nos Países Baixos a manterem uma colaboração integrada com os notários, os consultores fiscais e os agentes da propriedade industrial e para proibir os advogados inscritos nos Países Baixos de estabelecerem uma colaboração integrada com membros da categoria profissional dos revisores de contas [241].

236 — Despacho de reenvio (tradução francesa, p. 13).

237 — V. os acórdãos Binsbergen, já referido (n.os 12 a 14); de 28 de Abril de 1977, Thieffry (71/76, Colect., p. 277, n.° 12); de 19 de janeiro de 1988, Gullung (292/86, Colect., p. 111, n.° 29); Gebhard (n.° 35); e Reisebüro Broede, já referido (n.° 38).

238 — Acórdão Reisebüro Broede, já referido (n.° 38).

239 — V. os n.os 190 a 195 das presentes conclusões.

240 — V. os n.os 196 a 199 das presentes conclusões.

241 — V. o n.° 200 das presentes conclusões.

257. Com base nas considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às últimas questões prejudiciais no sentido de que o artigo 59.° do Tratado não se opõe a que uma ordem profissional de advogados, como a NOvA, adopte uma medida vinculativa que proíbe os advogados, que exercem no território do Estado-Membro em causa, de estabelecerem uma colaboração integrada com os revisores de contas se essa medida for necessária para proteger a independência e o segredo profissional do advogado.

X — Conclusão

258. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte maneira às questões colocadas pelo Raad van State:

«1) O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 81.°, n.° 1, CE) deve ser interpretado no sentido de que o conceito de associação de empresas se aplica a uma ordem profissional de advogados como a Nederlandse Orde van Advocaten.

Uma vez que uma ordem profissional de advogados é composta exclusivamente por membros da profissão e não é obrigada por lei a tomar as suas decisões no respeito de um certo número de critérios de interesse geral, deve ser considerada uma associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado relativamente ao conjunto das actividades que desenvolve, independentemente do objecto e da finalidade da medida adoptada.

O facto de uma ordem profissional de advogados estar investida, por lei, de poderes regulamentares e disciplinares é irrelevante para efeitos da sua qualificação como associação de empresas na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

2) Sem prejuízo da aplicação das disposições do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado CE (actual artigo 86.°, n.° 2, CE), o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado opõe-se a que uma ordem profissional de advogados, como a Nederlandse Orde van Advocaten, adopte uma medida vinculativa que proíbe aos advogados, que exerçam no território do Estado-Membro em causa, estabelecer uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas.

3) O artigo 86.° do Tratado (actual artigo 82.° CE) deve ser interpretado no sentido de que o conceito de empresa não se aplica a uma ordem profissional de advogados, como a Nederlandse Orde van Advocaten, quando esta adopta, por força de poderes regulamentares conferidos por lei, medidas vinculativas que regulam a possibilidade de os advogados, que exercem no território do Estado-Membro em causa, estabelecerem uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas.

4) O artigo 90.°, n.° 2, do Tratado não se opõe a que uma ordem profissional de advogados, como a Nederlandse Orde van Advocaten, adopte uma medida vinculativa que proíba aos advogados, que exerçam no território do Estado-Membro em causa, estabelecer uma colaboração integrada com membros da categoria profissional dos revisores de contas se considerar que essa medida é necessária para proteger a independência e o segredo profissional do advogado. Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se é esse o caso.

5) As disposições do artigo 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE) e o artigo 85.° do Tratado não se opõem a que um Estado-Membro confira a uma ordem profissional de advogados, como a Nederlandse Orde van Advocaten, competência para adoptar medidas vinculativas que regulem a possibilidade de os advogados que exerçam no seu território estabelecerem uma colaboração integrada com os membros da categoria profissional dos revisores de contas, na dupla condição de (1) as autoridades do Estado-Membro em causa se reservarem o poder de determinar, directa ou indirectamente, o conteúdo das regras essenciais da profissão e de (2) os membros da profissão disporem de uma via de recurso efectiva para os órgãos jurisdicionais de direito comum, contra decisões adoptadas pelos órgãos da Ordem. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se é esse o caso.

6) O artigo 52.° do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 43.° CE) não se aplica às situações puramente internas de um Estado-Membro.

7) O artigo 59.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.° CE) não se opõe a que uma ordem profissional de advogados, como a Nederlandse Orde van Advocaten, adopte uma medida vinculativa que proíbe os advogados, que exerçam no território do Estado-Membro em causa, de estabelecerem uma colaboração integrada com os revisores de contas se essa medida for necessária para proteger a independência e o segredo profissional do advogado. Compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se é esse o caso.»