



BASE DE DADOS DE JURISPRUDÊNCIA – DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

DECISÕES NACIONAIS

CASO	Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas
-------------	--

DECISÕES JUDICIAIS	Tribunal		Processo	Data
	Sentença	Tribunal do Comércio de Lisboa, 1º Juízo	938/ 10.7TYLSB	29.04.2011
	Decisão	Tribunal da Relação de Lisboa	938/10.7YLLSB.L1	15.11.2011
	Acórdão	Tribunal de Justiça da União Europeia	C-1/12	28.02.2013

ASSUNTO	Tipo de infração	Decisão de associação de empresas
	Questões substantivas	Associação de empresas; decisão de associação de empresas; fixação de preços; afetação das trocas comerciais entre os Estados Membros; determinação da medida abstrata da coima.
	Questões processuais	

NORMAS EUROPEIAS	Artigo 101.º do TFUE Artigo 3.º e artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002
-------------------------	---

COMENTÁRIO	
-------------------	--

SENTENÇA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

Em 29 de abril de 2011, o Tribunal do Comércio de Lisboa (“Tribunal do Comércio” ou “Tribunal”) deu parcial provimento ao recurso interposto pela Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (Ordem) da decisão condenatória da Autoridade da Concorrência (AdC). O Tribunal confirmou a prática de uma contraordenação p.p. pelo artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 e do artigo 81.º do Tratado da Comunidade Europeia (“TCE”) - atual artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). Esta prática consistiu na adoção de um regulamento, o Regulamento da Formação de Créditos, que segmentou de modo artificial o mercado da formação obrigatória dos técnicos oficiais de contas (TOC), reservando um terço deste mercado à própria Ordem e impondo, em relação à outra parte, condições de acesso discriminatórias em detrimento dos concorrentes.

O Tribunal absolveu, contudo, a Ordem da prática de um abuso de posição dominante, p. p. pelo artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, da qual vinha acusada, por segmentar mercados, impor condições discriminatórias de acesso aos seus concorrentes. Segundo o Tribunal, esta factualidade decorria da aprovação e aplicação do referido regulamento, julgado e punido nos termos do artigo 4.º; não constituía um comportamento autónomo passível de, *per se*, configurar um ilícito.

O Tribunal do Comércio reduziu o valor da coima de 114.654,10 euros para 90.000 euros; declarou a nulidade das normas do referido Regulamento; e ordenou a publicação de um extrato da Sentença num jornal diário de circulação, tendo condenado, ainda, a Ordem nas custas do processo. Da Sentença do Tribunal do Comércio cumpre-nos realçar os seguintes aspetos:



a) *Decisão de uma associação de empresas*

Apoiando-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“Tribunal de Justiça”), nomeadamente no acórdão *Wouters*, o Tribunal considerou que os TOC são operadores económicos que prestam serviços mediante remuneração. Porquanto, constituem empresas no sentido do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003 (atual artigo 3.º da Lei da Concorrência). Tendo reconhecido que a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas é uma pessoa coletiva de direito público, criada com o objetivo de controlar o acesso e o exercício da profissão, bem como de representar e defender os interesses dos seus associados; o Tribunal considerou a Ordem uma associação de empresas, nos termos do referido artigo.

Apoiando-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente no acórdão *Société Technique Minière*¹, o Tribunal qualificou como uma decisão de associação de empresas, a aprovação, pelo Conselho Diretivo da Ordem, do Regulamento da Formação de Créditos. Segundo Tribunal, tratava-se de uma resolução aprovada por um órgão social, que representava e vinculava a Ordem, destinada a todos os seus associados e tomada no âmbito da defesa dos seus interesses.

b) *Restrição sensível da concorrência*

O Tribunal do Comércio começou por afirmar que a conduta em apreço não preenchia uma das situações exemplificativas elencadas no n.º 1, do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003. No entanto, segundo o Tribunal, o Regulamento aprovado interferia, com o regular funcionamento do mercado, influenciando tanto a oferta como a procura, nomeadamente por: (i) a segmentação entre formação institucional (inferior a 16 horas a que correspondiam 12 dos 35 créditos) e formação profissional (superior a 16 horas); (ii) o facto de a formação institucional ser ministrada exclusivamente pela Ordem; (iii) o facto de ser a Ordem quem decide quais as entidades que podem dar formação e (iv) o tipo de formação a ser ministrada. O Tribunal concluiu que «a aprovação da Regulação da Formação de Créditos tem como efeito a restrição da concorrência no mercado nacional, (...) sem necessidade de aquilatar se alguma entidade deixou de estar no mercado da formação após a aprovação do regulamento em análise uma vez que, como referimos, estamos perante um ilícito em que a lei se basta com o perigo». O Tribunal não aceitou o argumento, de que a restrição não era sensível, atendendo ao número de formadores inscritos. O Tribunal contrapôs que tal não alterava o facto que as formações inferiores a 16 horas só puderem ser ministradas pela Ordem. Por ultimo, o Tribunal não considerou preenchidas as condições cumulativas do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, nem do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, porquanto esta restrição não estava justificada. O Tribunal referiu, ainda, estar em presença de uma infração permanente, uma vez que o Regulamento se encontrava em vigor.

c) *Afetação do comércio entre os Estados Membros*

Ao apurar se a conduta em apreço afetava o comércio entre os Estados Membros, o Tribunal guiou-se pela Comunicação da Comissão sobre este conceito e pelo relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais, elaborado também pela Comissão. O Tribunal concluiu pela afetação do comércio entre Estados Membros, dado que a decisão criava barreiras à entrada no mercado nacional e dificultava a integração económica pretendida pelo Tratado.

d) *Abuso de Posição Dominante*

O Tribunal concordou com a AdC quanto ao mercado relevante (mercado nacional da formação dos TOC) e quanto à existência de uma posição dominante - a Ordem era a única entidade que ministrava formação profissional e institucional sem limitação de conteúdos; tinha a exclusividade da formação institucional; tinha competência para aprovar

¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de junho de 1966, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*, no proc. 56/65, Colet. 1966, p. 381.



as outras entidades que pretendiam entrar no mercado e as ações de formação por elas propostas. Contudo, o Tribunal discordou da AdC quanto à existência de um abuso. Segundo o Tribunal, os comportamentos alegadamente abusivos resultavam da aplicação do Regulamento da Formação de Créditos, porquanto não constituíam um comportamento autónomo passível de configurar um ilícito.

DECISÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA: REENVIO PREJUDICIAL PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 15 de novembro de 2011, o Tribunal da Relação de Lisboa suspendeu a instância e, nos termos do artigo 267.º do TFUE, submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais. Primeira, se a circunstância de a OTOC ser legalmente obrigada a instituir um sistema de formação obrigatória destinada aos seus membros, a fim de garantir aos cidadãos o fornecimento de um serviço credível e de qualidade, e de essas regras não terem influência direta na atividade económica dos técnicos oficiais de contas, tem incidência na aplicação do artigo 101.º TFUE. Segunda, se uma ordem profissional como a OTOC deve ser considerada uma associação de empresas na aceção do artigo 101.º, n.º1, do TFUE, quando adota um regulamento como o regulamento controvertido ou, pelo contrário, uma autoridade pública. Terceira, se, atendendo à jurisprudência *Wouters*², em que estava em causa a regulamentação com influência na atividade económica dos profissionais membros da ordem, os artigos 101.º e 102.º do TFUE opunham-se a uma regulamentação em matéria de formação que não tem influência direta na atividade económica daqueles profissionais. Quarta, se o direito da concorrência da União se opõe a que uma ordem profissional exija aos seus membros que sigam uma formação exclusivamente ministrada por ela própria em condições como as que estão em causa no processo principal.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O Tribunal de Justiça considerou, seguindo a jurisprudência *Wouters*, que os técnicos oficiais de contas eram empresas; e que ao regulamentar a formação obrigatória - nomeadamente: ao impor sanções ao técnico que não se submete à formação obrigatória por si determinada; ao regular o acesso de prestadores que pretendem ministrar tal formação -; a Ordem interferia nas trocas comerciais do mercado da formação. Acresce que, segundo o Tribunal, ao adotar o regulamento controvertido, a Ordem não exercia prerrogativas típicas de poder público, apresentando-se antes como o órgão de regulação de uma profissão cujo exercício constitui uma atividade económica. Segundo o Tribunal de Justiça, ainda que fosse legalmente obrigada a instituir um sistema de formação obrigatória, a Ordem tinha uma ampla margem de apreciação na determinação dos princípios, condições e modalidades desse sistema. Também o facto de a Ordem não prosseguir fins lucrativos, não obstava a que fosse considerada uma empresa, uma vez que oferecia serviços em concorrência com operadores que prosseguem fins lucrativos³.

O Tribunal de Justiça indicou qual a análise e quais os elementos a ter em consideração para determinar se o regulamento restringia a concorrência. O Tribunal de Justiça alertou para duas grandes questões. Primeira, analisar a estrutura de mercado que resultava do regulamento – era necessário averiguar se a formação institucional e profissional eram intermutáveis; caso em que, esta segmentação do mercado seria artificial, sendo necessário determinar em que medida o regulamento reservava à Ordem uma parte não despicienda do mercado da formação. Segunda, analisar as condições de acesso ao mercado pelos outros prestadores de formação – era necessário averiguar em que medida estas condições punham em causa a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores. O Tribunal de Justiça considerou ainda se os efeitos anticoncorrenciais suscetíveis de decorrer do regulamento - a saber, a eliminação da

² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de fevereiro de 2002, *Wouters c. Comissão*, processo C-309/99, Colet. 2002 I -01577.

³ Acórdão, de 10 de janeiro de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e o.*, proc. C-222/04, Colet. 2006, p. I-289, para. 122 e 123; e acórdão, de 1 de julho de 2008, *MOTOE*, C-49/07, Colet. 2008, p. I-4863, para. 27.



concorrência numa parte substancial do mercado e a fixação de condições discriminatórias na outra parte - podiam ser justificados. O Tribunal concluiu que tais restrições, a verificarem-se, iam além do necessário para garantir a qualidade dos serviços oferecidos pelos técnicos oficiais de contas, porquanto não eram justificáveis à luz do 101.º, n.º 3, do TFUE. Também não eram justificáveis ao abrigo do 106.º, n.º 2, do TFUE, uma vez que, ao aprovar este o regulamento, a Ordem não prestava um serviço de interesse económico geral, e, ainda que assim se considerasse, as restrições de concorrência iriam além do necessário para garantir o cumprimento desse serviço. Nestes termos, o Tribunal de Justiça declarou:

1. *Um regulamento como o Regulamento da Formação de Créditos, adotado por uma ordem profissional como a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, deve ser considerado uma decisão tomada por uma associação de empresas na aceção do artigo 101.º, n.º1, TFUE.*

A circunstância de uma ordem profissional como a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas ser legalmente obrigada a instituir um sistema de formação obrigatória destinado aos seus membros não é suscetível de subtrair ao âmbito de aplicação do artigo 101.º TFUE as normas aprovadas por esta ordem profissional, desde que estas sejam imputáveis exclusivamente a esta última.

A circunstância de estas normas não terem uma influência direta na atividade económica dos membros da referida ordem profissional não afeta a aplicação do artigo 101.º TFUE, uma vez que a infração imputada à mesma ordem profissional diz respeito a um mercado no qual ela própria exerce uma atividade económica.

2. *Um regulamento que institui um sistema de formação obrigatória dos técnicos oficiais de contas a fim de garantir a qualidade dos serviços prestados por estes últimos, como o Regulamento da Formação de Créditos, adotado por uma ordem profissional como a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, constitui uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º TFUE, na medida em que, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, elimine a concorrência numa parte substancial do mercado pertinente, em proveito dessa ordem profissional, e imponha na outra parte desse mercado condições discriminatórias em detrimento dos concorrentes da referida ordem profissional».*

COMENTÁRIO

Este foi o primeiro caso em que se condena uma Ordem Profissional por uma decisão que não tem uma implicação direta na atividade económica dos seus membros, mas numa atividade económica exercida pela própria Ordem.

O Tribunal do Comércio concluiu que o Regulamento de Formação de Créditos tinha por efeito restringir a concorrência. No entanto, disse não ser necessário analisar os seus efeitos concretos por tratar-se de um crime de perigo. Além da confusão entre infração por objeto, ou por efeito e a necessidade de demonstrar, ou não, os efeitos concretos da conduta; o Tribunal do Comércio fez, mais uma vez, corresponder a dicotomia crime de perigo/crime de dano à distinção entre restrição por objeto e restrição por efeito. Em nosso entender, tal correspondência não tem razão de ser. Ao afirmar que em presença de uma infração por objeto, não é necessário aferir os respetivos efeitos, o Tribunal de Justiça não disse que se bastava com a possibilidade de tal conduta vir, eventualmente, a restringir a concorrência. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça afirmou que se tratava de acordos ou práticas concertadas que pela sua natureza⁴ constituem uma restrição à concorrência, porquanto não é necessário verificar os efeitos concretos. Ou seja, a infração por objeto pressupõe a afetação (o dano) da concorrência⁵. A infração por objeto traduz-se, assim, numa presunção que é ilidível

⁴ Ver neste sentido o acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de fevereiro de 1978, *Miller International Schallplatten c. Comissão*, proc. 19/77, Colet. 1978 p. 131, para. 7.

⁵ No caso *Expedia*, o Tribunal presume que uma restrição por objeto afeta de forma sensível a concorrência – ver acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de dezembro de 2012, *Expedia Inc c. Autorité de la Concurrence*, proc. C-226, ainda não publicado, para. 37.

nos termos do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE⁶. O Tribunal de Justiça fez ainda uma distinção entre infração por efeitos atuais e infração por efeitos potenciais⁷. Em relação à última é que se poderia, eventualmente, falar em crime de perigo, na medida em que, neste caso, o dano ainda não se verificou.

No que respeita à acusação por abuso de posição dominante, vamos mais longe que a análise do Tribunal de Comércio. Em nosso entender, a própria posição dominante advém da adoção do Regulamento de Formação de Créditos. Não obstante, a análise do Tribunal do Comércio veio ao encontro da jurisprudência comunitária segundo a qual para se apurar uma infração ao artigo 102.º do TFUE não basta ‘reciclar’ os factos constitutivos da infração ao artigo 101.º do TFUE⁸.

Alexandra Amaro

⁶ Ver neste sentido a Comunicação da Comissão (2004/C 101/08) sobre Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, para. 20 e 21.

⁷ Ver, neste sentido, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1985, *Fabriques d'Ébauches c. SA DK Investment*, proc. C-31/85, Colet. 1985, p. 3933, para.12; e de 17 de novembro de 1987, *BAT e Reynolds c. Comissão*, proc. apensos C-142/84 e C-156/84, Colect. 1987, p. 4487, para. 54.

⁸ Ver neste sentido o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 março de 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA c. Comissão*, proc. apensos T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colect. 1992, p.II-1403, para. 360.