

PRC/2018/3

DECISÃO FINAL

[Versão Não Confidencial]

DECISÃO CONDENATÓRIA

APAP – ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE, COMUNICAÇÃO E MARKETING

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DAS AGÊNCIAS DE MEIOS; ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DAS AGÊNCIAS DE COMUNICAÇÃO; B.A.R. OGILVY PORTUGAL UNIPESSOAL; BRANDKEY, SERVIÇOS DE MARKETING, S.A.; FULLSIX PORTUGAL – MARKETING INTERACTIVO, S.A.; FUEL PUBLICIDADE, LDA.; MTSF PARTNERS, LDA.; NIU SISTEMAS, POWER FOR BRANDS, S.A.; NOSSA, AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO, LDA.; WUNDERMAN CATO JOHNSON – SERVIÇOS COMUNICAÇÃO DIRECTA, LDA.

DECISÃO DE ARQUIVAMENTO

APAN – ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ANUNCIANTES

Índice

1. DO PROCESSO	7
1.1. Notícia da infração	7
1.2. Abertura de Inquérito e subsequente alargamento do âmbito subjetivo	8
1.3. Segredo de justiça	8
1.4. Diligências probatórias	8
1.4.1. Diligências de busca e apreensão	8
1.4.1.1. Diligências de busca e apreensão na APAN	9
1.4.1.2. Diligências de busca e apreensão na APAP	9
1.4.2. Desentranhamento e devolução de documentos	9
1.4.3. Pedidos de elementos	9
1.4.3.1. Pedidos de elementos à APAN	9
1.4.3.2. Pedidos de elementos à APAP	10
1.4.3.3. Pedidos de elementos às associadas da APAN e da APAP	10
1.4.4. Decisão de Inquérito	11
1.4.5. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	13
1.4.6. Audições Orais	13
1.4.7. Diligências Complementares de Prova	14
1.4.7.1. Diligências complementares de prova requeridas	14
1.4.7.2. Diligências complementares de prova realizadas oficiosamente pela Autoridade	15
1.4.7.3. Relatório de Diligências Complementares de Prova	15
1.4.8. Da adoção da Decisão Final da Autoridade da Concorrência e dos subsequentes recursos de impugnação	17
1.4.9. Do Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 26.04.2021	17
2. DAS QUESTÕES PRÉVIAS	18
2.1. Da alegada violação dos direitos de defesa em virtude de as visadas não terem sido constituídas como arguidas nos termos do artigo 58.º do CPP	18
2.1.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	18
2.1.2. Apreciação da AdC	18
2.2. Da alegada ilegalidade probatória na apreensão de correio eletrónico	19
2.2.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	19
2.2.2. Apreciação da AdC	20
2.3. Da alegada violação dos direitos de defesa resultante da falta de clareza da imputação do comportamento ilícito	25
2.3.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	25
2.3.2. Apreciação da AdC	25

2.4. Da alegada violação dos direitos de defesa resultante da insuficiente definição na Nota de Ilicitude dos pressupostos de determinação da coima	26
2.4.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	26
2.4.2. Apreciação da AdC.....	27
2.5. Da alegada inconstitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência	28
2.5.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	28
2.5.2. Apreciação da AdC.....	31
2.6. Da alegada violação da liberdade de associação	35
2.6.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	35
2.6.2. Apreciação da AdC.....	36
2.7. Da não inconstitucionalidade do artigo 73.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012.....	38
2.7.1. Da natureza da associação de empresas e sua relação com as empresas associadas.....	39
2.7.2. Jurisprudência do Tribunal Constitucional	41
2.7.3. Da alegada violação do direito a um processo justo e equitativo	44
2.7.3.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	44
2.7.3.2. Apreciação da AdC.....	45
2.7.4. Da alegada violação do princípio da não transmissibilidade da responsabilidade penal e do princípio da pessoalidade das penas.....	45
2.7.4.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	45
2.7.4.2. Apreciação da AdC.....	46
2.7.5. Da alegada violação do princípio da culpa e da presunção da inocência.....	53
2.7.5.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	53
2.7.5.2. Apreciação da AdC.....	55
2.7.6. Da alegada violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade	62
2.7.6.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	62
2.7.6.2. Apreciação da AdC.....	63
3. DOS FACTOS	66
3.1. Identificação e caracterização das visadas destinatárias da presente decisão	66
3.1.1. APAN	66
3.1.2. APAP	66
3.2. Identificação e caracterização dos mercados	68
3.2.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	70
3.2.2. Apreciação da AdC e conclusões	71
3.3. Comportamento das visadas	71
3.3.1. Elaboração, aprovação e divulgação do Guia de Boas Práticas	71
3.3.1.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude	78
3.3.1.2. Apreciação da AdC e conclusões	82

3.3.2. Contactos da APAP com agências de publicidade e anunciantes até 17.06.2015	83
3.3.2.1. Pronúncias sobre a Nota de Illicitude	86
3.3.2.2. Apreciação da AdC e conclusões	88
3.3.3. Reunião de Direção da APAP de 17.06.2015 e o Compromisso	89
3.3.3.1. Pronúncias sobre a Nota de Illicitude	97
3.3.3.2. Apreciação da AdC e conclusões	98
3.3.4. Contatos da APAP com agências de publicidade e anunciantes após 17.06.2015	100
3.3.4.1. Pronúncias sobre a Nota de Illicitude	124
3.3.4.2. Apreciação da AdC e conclusões	127
3.4. Conclusões quanto à matéria de facto	130
4. DO DIREITO	131
4.1. Da infração cometida pela APAP: apreciação jurídica e económica	131
4.1.1. Mercado Relevante	131
4.1.1.1. Da definição de mercado relevante	131
4.1.1.2. Da desnecessidade da definição de mercado no caso em análise	132
4.1.1.3. Mercado relevante identificado	133
4.1.2. Do tipo objetivo	133
4.1.2.1. Conceito de associação de empresas	134
4.1.2.2. Da existência de uma decisão de associação de empresas	135
4.1.2.3. O objeto e o efeito anticoncorrencial	141
4.1.2.4. Carácter sensível da restrição da concorrência	149
4.1.2.5. Da alegada justificação da prática ao abrigo do artigo 10.º, n.º 1, da Lei da Concorrência	150
4.1.3. Do tipo subjetivo	158
4.1.3.1. Posição da APAP e responsáveis solidárias	158
4.1.3.2. Posição da AdC quanto ao preenchimento dos elementos do tipo	160
4.1.4. Execução temporal da infração	163
4.2. Determinação das sanções	163
4.2.1. Prevenção geral e prevenção especial	163
4.2.2. Medida legal da coima e volumes de negócios da visada APAP	164
4.2.3. Critérios de determinação da medida concreta da coima	165
4.2.3.1. Gravidade da infração	166
4.2.3.2. A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração	167
4.2.3.3. Duração da infração	167
4.2.3.4. Grau de participação da APAP	167

4.2.3.5. Vantagens de que beneficiaram as associadas da APAP em consequência da infração	167
4.2.3.6. Comportamento das visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.....	168
4.2.3.7. Situação económica da APAP	168
4.2.3.8. Antecedentes contraordenacionais jusconcorrenciais das infratoras	169
4.2.3.9. Colaboração prestada à Autoridade da Concorrência.....	169
4.2.3.10. Conclusão	169
4.3. Responsabilidade solidária dos membros dos órgãos diretivos de uma associação de empresas	170
4.3.1. Período de funções no órgão direutivo	171
4.3.1.1. Pronúnncias das responsáveis solidárias	171
4.3.1.2. Apreciação da AdC.....	172
4.3.2. Manifestação de oposição por parte da Fuel	175
4.3.2.1. Pronúnncia da Fuel	175
4.3.2.2. Apreciação da AdC.....	176
4.3.3. Não qualificação como empresa.....	177
4.3.3.1. Pronúnncias das responsáveis solidárias	177
4.3.3.2. Apreciação da AdC.....	178
4.3.4. Âmbito de atividade diverso.....	181
4.3.4.1. Pronúnncias das responsáveis solidárias	181
4.3.4.2. Apreciação da AdC.....	181
4.3.5. Risco de extinção da empresa.....	183
4.3.5.1. Pronúnncias das responsáveis solidárias	183
4.3.5.2. Apreciação da AdC.....	183
4.4. Sanções acessórias.....	183
5. CONCLUSÃO	184

DECISÃO FINAL

PRC 2018/3

A Autoridade da Concorrência,

Considerando as atribuições e competências, que lhe são conferidas pelo disposto na alínea a) do artigo 5.º e na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;

Considerando o disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, (“Lei n.º 19/2012” ou “Lei da Concorrência”);

Considerando a instauração do processo de contraordenação registado sob o n.º PRC/2018/3, por decisão do conselho de administração da Autoridade da Concorrência, em 09.08.2018;

Considerando a Nota de Illicitude (“Nota de Illicitude” ou “NI”) deduzida, por decisão do conselho de administração da Autoridade da Concorrência, em 17.07.2019, relativamente às visadas:

- i) APAP – Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP), pessoa coletiva n.º 501065415, com sede social na Rua Pinheiro Chagas, n.º 69, 1.º Dto, 1050-176 Lisboa;
- ii) APAN – Associação Portuguesa de Anunciantes (APAN), pessoa coletiva n.º 501936483, com sede social na Avenida da República, n.º 62 F, 6.º andar, 1050-197 Lisboa;

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito:

1. DO PROCESSO

1.1. Notícia da infração

1. A Autoridade da Concorrência (Autoridade ou AdC) recebeu, em 27.09.2017, uma denúncia apresentada pela empresa SPGC – Sociedade Promotora de Gestão e Comércio, Lda. (“SPGC” ou “denunciante”), referente a comportamentos levados a cabo pela Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP) e pela Associação Portuguesa de Anunciantes (APAN)¹.
2. A SPGC, associada da APAP, exerce a sua atividade no domínio do agenciamento de publicidade.
3. A prática denunciada refere-se à aprovação e implementação do documento “Guia de Boas Práticas para Concursos de Agências de Publicidade e Comunicação” (doravante Guia de Boas Páticas ou Guia) que, destinando-se aos profissionais de marketing, foi produzido e subscrito pelas associações alvo da denúncia (fls. 6 e ss.).
4. Conforme resulta da parte introdutória do referido Guia, o mesmo contém um conjunto de “*regras e recomendações práticas sobre como gerir um concurso de agências de publicidade e comunicação*” (fls. 22), sendo especificamente destacada na denúncia a respetiva regra n.º 4 (quatro) (fls. 28).
5. Tal regra estabelece que os anunciantes (clientes) devem “[decidir] o concurso tendo por base apenas uma lista de três agências. Se a atual agência for convidada a participar então poderá ir até às 4 agências no total” e “[dar] a conhecer o número de agências convidadas e se inclui, ou não, a sua agência atual” (fls. 28).
6. Acresce que, em ata da reunião de 17.06.2015 da Direção da APAP, se prevê que, “*todos os Associados da APAP deverão ser envolvidos neste tema e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas*”, o que veio a culminar na adoção e subscrição de um “Compromisso para Concursos Privados”, objeto de divulgação através de uma reunião plenária da APAP, realizada em 23.09.2015, bem como através de entrevista concedida ao jornal “Expresso”, pela Secretária-Geral da APAP, em 21.11.2015 (fls. 7, 12, 43 e 52).
7. Neste contexto, a denunciante, que se terá recusado a subscrever o Guia, considera que “*o Guia de Boas Práticas [...] é, decorrente da implementação dos princípios que defende, um instrumento restritivo da concorrência*”, suscitando “*sérias dúvidas quanto à sua legalidade, porquanto, em seu entender, consubstancia um conjunto de decisões que tem como objeto ou como efeito impedir e restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, e enquanto tal, consagram uma prática anti-concorrencial ilegal*” (fls. 7 e 18).
8. Em sustentação da exposição remetida, juntou a denunciante cópia de onze documentos, designadamente, o Guia de Boas Práticas, uma apresentação em power point efetuada numa reunião plenária da APAP, uma entrevista da Secretária-Geral da

¹ Cf. fls. 6 a 53.

APAP, publicada no jornal "Expresso", em 21.11.2015, sete atas de reuniões da APAP, e o documento "Compromisso em concursos privados", publicado *online* pela APAP (cf. anexos à denúncia, fls. 21 a 53).

1.2. Abertura de Inquérito e subsequente alargamento do âmbito subjetivo

9. Existindo indícios de infração, o conselho de administração da AdC ordenou, em 09.08.2018, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, a abertura do competente inquérito contraordenacional, que foi registado sob o n.º PRC/2018/3, contra as associações APAN e APAP, para investigar a existência de práticas restritivas da concorrência proibidas pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 (fls. 2 a 5).
10. No decurso da fase de inquérito, as diligências de investigação realizadas determinaram o eventual envolvimento, no ilícito em causa, dos seguintes titulares de órgãos de Direção da APAP, pelo que os mesmos passaram a assumir igualmente a qualidade de visados no processo, conforme despacho de alargamento do âmbito subjetivo do processo, proferido pelo conselho de administração da AdC, em 17.04.2019 (fls. 1184-A): **[Colaborador da Fuel 1]; [Colaborador da Wunderman]; [Colaborador da Brandkey] e [Colaborador da Fullsix Portugal – Marketing Interactivo, S.A.]**.

1.3. Segredo de justiça

11. Por meio da referida Decisão de abertura de inquérito, o conselho de administração da AdC decidiu sujeitar o processo a segredo de justiça, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 3 do artigo 86.º do Código de Processo Penal (CPP), aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), *ex vi* n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, por considerar que a publicidade seria suscetível de prejudicar os interesses da investigação e os direitos das empresas alegadamente envolvidas na prática das infrações em causa (fls. 2 a 7).
12. Verificou-se, todavia que, na fase de instrução do PRC/2018/3, isto é, após a notificação da Nota de Ilicitude nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, deixaram de se verificar os fundamentos que determinaram a sujeição do processo a segredo de justiça, conforme resulta da Decisão de Inquérito adotada em 17.07.2019 (cf. fls. 1494-v).

1.4. Diligências probatórias

1.4.1. Diligências de busca e apreensão

13. Ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, e atenta a matéria de facto constante da informação remetida pelo denunciante, a complexidade dos eventuais ilícitos em causa e a especial dificuldade de obtenção da respetiva prova, assim como o risco para a investigação decorrente da utilização de outro tipo de meios de obtenção de prova, foi identificada a necessidade de se

proceder, nas instalações das associações visadas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, quer se encontrassem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em suportes informáticos, bem como eventual apreensão de objetos, incluindo computadores, e exame e cópia da informação que contivessem, a fim de se obter elementos constitutivos de prova dos comportamentos em causa.

14. Para o efeito foi requerido, em 26.09.2018, à competente entidade judiciária (Ministério Público – Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa) a emissão de Mandados de Busca e Apreensão, tendo os mesmos sido emitidos em 27.09.2018 (fls. 71 a 79 e 117 a 121).
15. Em cumprimento dos Mandados, as diligências de busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação foram executadas, nas datas e locais a seguir identificados, no que respeita às associações visadas.

1.4.1.1. Diligências de busca e apreensão na APAN

16. Foram realizadas diligências de busca, exame, recolha e apreensão nas instalações da APAN nos dias 9 e 10.10.2018 (fls. 80 a 116).
17. Na sequência das diligências foram juntos aos autos os elementos recolhidos nas instalações da APAN, os quais se dão como integralmente reproduzidos (fls. 89 a 116).

1.4.1.2. Diligências de busca e apreensão na APAP

18. Foram realizadas diligências de busca, exame, recolha e apreensão nas instalações da APAP nos dias 9 e 10.10.2018 (fls. 122 a 162).
19. Na sequência das diligências foram juntos aos autos os elementos recolhidos nas instalações da APAP, os quais se dão como integralmente reproduzidos (fls. 130 a 162).

1.4.2. Desentranhamento e devolução de documentos

20. A AdC procedeu, por ofício datado de 11.02.2019, remetido à APAP, ao desentranhamento e à devolução de documentação apreendida nas diligências de busca, referidas na secção 1.4.1, por não constituir meio de prova com relevância para os presentes autos (fls. 223 a 226).

1.4.3. Pedidos de elementos

1.4.3.1. Pedidos de elementos à APAN

21. Em 08.01.2019, foi solicitado à APAN, ao abrigo do disposto nos artigos 15.º, no n.º 2 do artigo 17.º, e na alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, o fornecimento da informação respeitante aos (i) titulares dos órgãos de Direção da APAN, desde

2009; (ii) a identificação (denominação social), sede social e número de identificação fiscal de cada uma das empresas atualmente associadas da APAN; (iii) um enquadramento do(s) mercado(s) em que a APAN opera, explicitando as respetivas áreas de intervenção e competências e (iv) o volume de negócios total da APAN relativo ao exercício de 2018 (fls. 174 a 177).

22. Em 04.02.2019, a AdC recebeu a resposta ao pedido de elementos acima referido (fls.182 a 193), complementada em 03.06.2019, com a indicação do volume de negócios total da APAN relativo ao exercício de 2018 (fls. 1404 a 1406).
23. Em 04.03.2019, foi solicitado à APAN, ao abrigo do disposto nos artigos 15.^º, no n.^º 2 do artigo 17.^º, e na alínea a) do n.^º 1 do artigo 18.^º da Lei n.^º 19/2012, o fornecimento da informação respeitante às motivações da APAN subjacentes à criação, divulgação e implementação do Guia de Boas Práticas; e cópia de todas as Atas da Assembleia Geral da APAN que se relacionem ou de alguma forma abordem temas relacionados com o Guia, nomeadamente que confirmem a respetiva aprovação e implementação (fls. 227 a 230).
24. Em 12.03.2019, a AdC recebeu a resposta ao pedido de elementos referido no parágrafo anterior (fls. 231 a 369).

1.4.3.2. Pedidos de elementos à APAP

25. Em 08.01.2019, foi solicitado à APAP, ao abrigo do disposto nos artigos 15.^º, no n.^º 2 do artigo 17.^º, e na alínea a) do n.^º 1 do artigo 18.^º da Lei n.^º 19/2012, o fornecimento da informação respeitante aos (i) titulares dos órgãos de Direção da APAP, desde 2009; (ii) a identificação (denominação social), sede social e número de identificação fiscal de cada uma das empresas atualmente associadas da APAP; (iii) um enquadramento do(s) mercado(s) em que a APAP opera, explicitando as respetivas áreas de intervenção e competências e (iv) o volume de negócios total da APAP relativo ao exercício de 2018 (fls. 178 a 181).
26. A resposta ao pedido de elementos supramencionado, datada de 07.02.2019, consta de fls. 194 a 215.
27. Em 20.01.2020, a AdC dirigiu um pedido de elementos à APAP com o objetivo de obter informação sobre (i) as agências suas associadas durante o período de 2009 a 2019 e (ii) o seu volume de negócios relativo ao exercício de 2019 (fls.7892 a 7898).
28. A respetiva resposta deu entrada nos serviços da Autoridade a 29.01.2020 (fls. 8471 a 8473).

1.4.3.3. Pedidos de elementos às associadas da APAN e da APAP

29. Em 14.03.2019, foi solicitado às 84 associadas da APAN e às 31 associadas da APAP, indicados pelas respetivas associações em resposta aos pedidos de elementos da AdC identificados *supra*, a confirmação da qualidade de associada, indicando a data a partir da qual cada empresa assumiu essa qualidade e a indicação do volume de negócios de cada empresa respeitante ao ano de 2018 (fls. 386 a 845).

30. As respostas aos pedidos de elementos atrás referidos constam de fls. 846 a 1103, 1109 a 1166, 1176 a 1184, 1201 a 1203, 1225 a 1244, 1350, 1353 a 1354, 1374 a 1376, 1377 a 1379, 1403, 1407, 1408, 1416, 1420, 1437, 1439 e 1442 a 1458.
31. Com base na resposta da APAP referida no parágrafo 28, a AdC dirigiu um pedido de elementos a 77 (setenta e sete) das suas associadas, com o objetivo de obter as seguintes informações: (i) os anos durante os quais foi associada da APAP; (ii) o seu volume de negócios para o ano de 2019; (iii) o volume de negócios correspondente ao serviços de contratação privada durante os anos em que foi associada da APAP (fls. 8540 a 8770).
32. Subsequentemente, a AdC considerou necessário o envio de novos pedidos de elementos e pedidos de esclarecimentos às associadas da APAP, com o objetivo de obter toda a informação considerada relevante para efeitos de instrução do processo. Esses ofícios foram enviados nos dias: 18.02.2020², 02.03.2020³, 24.03.2020⁴, 30.03.2020⁵ e 08.04.2020⁶.
33. As respostas das empresas aos pedidos de elementos da AdC foram rececionadas nos dias: 11.02.2020 (fls. 9331), 12.02.2020 (fls. 9332), 13.02.2020 (fls. 9342 a 9347), 14.02.2020 (fls. 9437 a 9439), 17.02.2020 (fls. 9452 e 9453), 18.02.2020 (fls. 9455 a 9473 e 9494), 19.02.2020 (fls. 9577), 20.02.2020 (9618 a 9621, 9625 e 9630), 21.02.2020 (fls. 9635 a 9641), 24.02.2020 (fls. 9696 a 9700 e 9702 a 9703), 26.02.2020 (fls. 9704 a 9710), 28.02.2020 (fls. 9711 a 9723 e 9730 a 9733), 3.03.2020 (fls. 9826 a 9832), 04.03.2020 (fls. 9833 a 9873), 05.03.2020 (fls. 9880 a 9897), 06.03.2020 (fls. 9898 a 9931), 10.03.2020 (fls. 9934 a 9936), 11.03.2020 (fls. 9940 a 9944), 12.03.2020 (fls. 9945 a 9948), 13.03.2020 (fls. 9967 a 9991), 17.03.2020 (fls. 10020), 18.03.2020 (fls. 10027 a 10028), 19.03.2020 (fls. 10040 a 10041), 24.03.2020 (fls. 10042), 25.03.2020 (fls. 10067 a 10071), 27.03.2020 (fls. 10074), 31.03.2020 (fls. 10086 a 10090), 1.04.2020 (fls. 10093 a 10097), 07.04.2020 (fls. 10098 a 10101), 14.04.2020 (fls. 10108 a 10120), 16.04.2020 (fls. 10121 a 10122), 30.04.2020 (fls. 10155 a 10156), 07.05.2020 (fls. 10254) e 12.05.2020 (fls. 10264).

1.4.4. Decisão de Inquérito

34. Em 17.07.2019, a Autoridade encerrou a fase de inquérito com a adoção de uma Nota de Ilicitude, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei da Concorrência, dando início à fase de instrução, relativamente à APAN e à APAP e respetivas eventuais responsáveis solidárias:
 - i) Automóveis Citroen, S.A. (Citroen);
 - ii) Caixa Geral de Depósitos, S.A. (CGD);
 - iii) CTT – Correios de Portugal, S.A. (CTT);
 - iv) Diageo Portugal – Distribuidora de Bebidas Unipessoal, Lda. (Diageo);
 - v) EDP – Energias de Portugal, S.A. (EDP);

² Cf. fls. 9501 a 9525 e 9534 a 9560.

³ Cf. fls. 9748 a 9813.

⁴ Cf. fls. 10043 a 10066.

⁵ Cf. fls. 10078 a 10083.

⁶ Cf. fls. 10102 a 10105.

- vi) El Corte Inglês – Grandes Armazéns, S.A. (ECIGA);
- vii) Johnson & Johnson, Lda. (J&J);
- viii) L'Oréal Portugal, Unipessoal, Lda (L'Oréal);
- ix) Modelo Continente Hipermercados, S.A. (MCH);
- x) MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO);
- xi) SCC – Sociedade Central de Cervejas (SCC);
- xii) SEAT Portugal, Unipessoal, Lda. (SEAT);
- xiii) Sistemas McDonald's, S.A. (McDonald's);
- xiv) Sogrape – Distribuição, S.A. (Sogrape);
- xv) Sovena Portugal – Consumer Goods, S.A. (Sovena);
- xvi) Sumol + Compal, S.A. (S+C);
- xvii) Unilever Fima, Lda. (Unilever);
- xviii) Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone);
- xix) B.A.R. – Ogilvy Portugal, S.A. (BAR);
- xx) BBDO Portugal – Agência de Publicidade, S.A. (BBDO);
- xxi) Brandkey – Serviços de Marketing, S.A. (Brandkey);
- xxii) DDB Lisboa Publicidade, Lda. (DDB);
- xxiii) Fuel Publicidade, Lda. (Fuel);
- xxiv) Fullsix Portugal – Marketing Interactivo, S.A. (Fullsix);
- xxv) J. Walter Thompson – Publicidade, Unipessoal, Lda. (JWT);
- xxvi) Niusistemas – Power for Brands, S.A. (Niusistemas);
- xxvii) Nossa – Agência de Comunicação, Lda. (Nossa);
- xxviii) Wunderman Cato Johnson (Portugal)- Serviços de Comunicação Directa, Lda. (Wunderman);
- xxix) GrandVision Portugal, Lda. (GrandVision);
- xxx) Millennium BCP, S.A. (BCP);
- xxxi) Super Bock Group, SGPS, S.A. (Super Bock);
- xxxii) Grupo GCI – Tiverley, Consultadoria e Projectos, Lda. (Grupo GCI);
- xxxiii) MSTF Partners – Agência de Publicidade, Lda. (MSTF);
- xxxiv) Strat – Comunicação e Tecnologia, S.A. (STRAT);
- xxxv) Associação Portuguesa das Agências de Meios (APAME);
- xxxvi) Associação Portuguesa das Agências de Comunicação (APECOM).

35. No contexto da Decisão de Inquérito, foi igualmente arquivado o processo, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea d), n.º 3 do artigo 24.º da Lei da Concorrência, relativamente às pessoas singulares **[Colaborador da Fuel 1]**, **[Colaborador da Wunderman]**, **[Colaborador da Brandkey]** e **[Colaborador da Fullsix]**.

36. A notificação da referida Decisão de Inquérito foi realizada por ofício datado de 18.07.2019 (fls. 1558 a 1643), com exceção da notificação relativamente às empresas DDB e STRAT, na qualidade de eventuais responsáveis solidárias, em relação às quais foi necessário proceder à notificação por Edital, através de publicação no jornal nacional diário “Público”, de 31.07.2019 (fls. 1742).

1.4.5. Pronúncias sobre a Nota de Ilícitude

37. Foram requeridos pedidos de prorrogação do prazo para pronúncia sobre a Nota de Ilícitude por parte das seguintes empresas e associações: Unilever (fls. 1655 a 1658); Diageo (fls. 1704); APAP (fls. 1712 a 1714); MCH (fls. 1730 a 1733); BBDO (fls. 1734 a 1737); Citroen (fls. 1743 a 1745); APAN (fls. 1766 e 2142 a 2144); SCC (fls. 1789 a 1790); BAR, JWT e Wunderman (fls. 1791 a 1797); Nossa (fls. 1825); BCP (fls. 1839 a 1841); Sovena (fls. 1842 a 1844); CGD (fls. 1854 a 1858); MEO (fls. 1864 a 1865); EDP (fls. 1866 a 1868); CTT (fls. 1880 a 1881); Niusistemas (fls. 1890 a 1896); e APAME (fls. 2053 a 2055).
38. Com exceção das empresas STRAT e do Grupo GCI, as restantes visadas e eventuais responsáveis solidárias, em relação aos quais não foi proferida decisão de arquivamento, apresentaram Pronúncia sobre a Nota de Ilícitude (PNI).
39. As respetivas PNI deram entrada nos serviços da Autoridade nos dias 10.09.2019; 11.09.2019; 12.09.2019; 13.09.2019; 16.09.2019; 23.09.2019; 25.09.2019; 26.09.2019 e 27.09.2019, todas constantes de fls. 2217 a 6444.
40. No âmbito das PNI remetidas, foi requerida a realização de Audições Orais e de Diligências Complementares de Prova, conforme *infra* melhor detalhado.

1.4.6. Audições Orais

41. A realização de Audições Orais foi requerida, nos termos do artigo 25.º, n.º 2, da Lei da Concorrência pelas APAP (fls. 2329), Wunderman, JWT e BAR (fls. 3271), para efeitos de complemento da respetiva pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude.
42. As Audições Orais foram integralmente realizadas nas instalações da Autoridade e de acordo com o estabelecido no artigo 26.º da Lei da Concorrência.
43. A Audição Oral requerida pela APAP foi realizada em 27.11.2019, conforme termo de realização de Audição Oral constante de fls. 7749, tendo as declarações sido prestadas, em representação da APAP, por **[Representante da APAP]**.
44. A Audição Oral requerida pela Wunderman foi realizada em 07.01.2020, conforme termo de realização de Audição Oral constante de fls. 7865, tendo as declarações sido prestadas, em representação da Wunderman, por **[Colaborador da Wunderman]**.
45. A Audição Oral requerida pela BAR foi realizada em 08.01.2020, conforme termo de realização de Audição Oral constante de fls. 7873, tendo as declarações sido prestadas, em representação da BAR, por **[Colaborador da BAR]**.
46. A Audição Oral requerida pela JWT foi realizada em 09.01.2020, conforme termo de realização de Audição Oral constante de fls. 7880, tendo as declarações sido prestadas, em representação da JWT, por **[Colaborador da JWT]**.
47. As Audições Orais *supra* referidas foram gravadas, tendo sido disponibilizada imediatamente após a sua conclusão a correspondentes cópias em CD-ROM a cada uma das entidades ouvidas (fls. 7750, 7866, 7874 e 7881, respetivamente).

48. Dando cumprimento ao disposto no n.º 8 do artigo 26.º da Lei da Concorrência, em 05.05.2020, foram notificados os co-visados e respetivas eventuais responsáveis solidárias da realização das Audições Orais acima referidas, assim como dos seguintes documentos: (i) Ofício de notificação; (ii) Termos de realização de todas as Audições Orais, (iii) Gravação da Audição Oral requerida pela APAP, (iv) Versões Não Confidenciais dos Autos de Transcrição das Audições Orais requeridas pela BAR, JWT e Wunderman, e respetivos anexos, quando aplicável (fls.10165 a 10238).

1.4.7. Diligências Complementares de Prova

1.4.7.1. Diligências complementares de prova requeridas

49. A realização de diligências complementares de prova foi requerida nos termos do artigo 25.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, pela visada APAP (fls. 2329), pelas responsáveis solidárias da APAP: BAR (fls. 3271 e 3272); BBDO (fls. 3124); Brandkey (fls. 3352); DDB (fls. 3173); Fullsix (fls. 3602); JWT (fls. 3271 e 3272); Nossa (fls. 3298); Niusistemas (fls. 3298) e Wunderman (fls. 3271 e 3272); e pelas responsáveis solidárias associadas da APAN: BCP (fls. 4927); Citroen (fls. 6361); EDP (fls. 4219-verso); MCH (fls. 5290); Sovena (fls. 4563); Super Bock (fls. 6091-verso); Unilever (fls. 3999); Vodafone (fls. 5690-verso).
50. As empresas BAR, JWT e Wunderman, requereram, conjuntamente, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 18.º *ex vi* o n.º 4 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, a obtenção da informação acerca dos ganhos de eficiência quantitativos e qualitativos e, junto das responsáveis solidárias, a obtenção de informação sobre como e quando se produzirão os ganhos de eficiência, conforme fls. 3272.
51. As empresas Nossa e Niusistemas requereram, conjuntamente, que as associadas da APAP fossem *“notificados para vir juntar aos autos os elementos necessários e que como tal sejam considerados pela AdC, para o real e efetivo apuramento dos “eventuais” benefícios económicos decorrentes de terem ganho procedimentos concursais em que o Guia, mormente a Regra n.º 4 do mesmo, tenham sido aplicados pelos Anunciante[s]”*, conforme fls. 3298.
52. A AdC notificou as empresas *supra* referidas, nos termos do n.º 3 do artigo 25.º Lei da Concorrência, do sentido provável de decisão de indeferimento das diligências requeridas, por ofícios datados de 18.02.2020, tendo sido concedido um prazo de 10 (dez) dias úteis para pronúncia do referido sentido provável de decisão de indeferimento [fls. 9495 a 9497 (BAR, JWT e Wunderman) e 9498 a 9500 (Nossa e Niusistemas)].
53. As empresas em causa não apresentaram qualquer pronúncia, pelo que a Autoridade adotou uma decisão final de indeferimento, notificada aos requerentes por ofício datado de 18.03.2020 [fls. 10031 a 10034 (Nossa e Niusistemas) e 10035 a 10037 (BAR, JWT e Wunderman)].
54. A visada APAP e as responsáveis solidárias BBDO, BCP, Brandkey, Citroen, DDB, EDP, Fullsix, MCH, Sovena, Super Bock, Unilever e Vodafone requereram a inquirição de testemunhas.

55. Neste contexto e para aferir da pertinência e relevância das diligências de inquirição, a Autoridade notificou 8 (oito) das empresas requerentes⁷, através de ofícios de 23.10.2019 (conforme fls. 7334 a fls. 7349), para prestarem as seguintes informações relativamente às testemunhas cuja inquirição havia sido solicitada: (i) funções desempenhadas pelas testemunhas indicadas, desde 2009, ou, em caso posterior, desde a respetiva data de entrada em funções na empresa; (ii) razão de ciência das testemunhas; e (iii) factos concretos sobre os quais é pretendida a respetiva inquirição.
56. Neste contexto, a DDB (fls. 7619 e 7620) e a Fullsix (fls. 7809) prescindiram das testemunhas inicialmente arroladas, e a BBDO prescindiu de parte das testemunhas que havia arrolado (fls. 7625).
57. As restantes inquirições requeridas foram deferidas pela Autoridade e foram realizadas durante os meses de dezembro de 2019 e janeiro de 2020 (cf. Autos de Inquirição a fls. 7775 a 7778, 7786 a 7808, 7824 a 7842, 7846 a 7849, 7855 a 7861, 7869 a 7872, 7875 a 7879, 8448 a 8455 e 8474 a 8478).

1.4.7.2. Diligências complementares de prova realizadas oficiosamente pela Autoridade

58. A Autoridade realizou pedidos de elementos junto das associadas da APAP, tal como melhor referido *supra* no parágrafo 28.
59. Destes pedidos de elementos, foi possível retirar a informação necessária quanto ao volume de negócios daquelas empresas relativo à atividade de prestação de serviços publicitários em contexto de contratação privada, necessários para efeitos de cálculo da eventual coima a aplicar, nos termos das Linhas de Orientação da AdC relativas à metodologia a utilizar na fixação de coimas, em cumprimento, nomeadamente do previsto nos §§ 18 e 19 das identificadas Linhas de orientação.

1.4.7.3. Relatório de Diligências Complementares de Prova

60. Em cumprimento do estabelecido no n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, a AdC elaborou e notificou, em 17.06.2020, os co-visados e eventuais responsáveis solidários do Relatório de Diligências Complementares de Prova, fixando o prazo de 10 (dez) dias úteis para pronúncia do mesmo (fls. 10296 a 10377).
61. Tal como consta do Relatório referido acima, das inquirições realizadas resultou, em síntese, o seguinte:
 - i) De acordo com as testemunhas inquiridas por indicação da APAP e de associadas agências de publicidade, o mercado em causa é concorrencial, especializado e muito dinâmico, sendo o trabalho realizado específico, orientado para o cliente e, portanto, não reutilizável.
 - ii) No que diz respeito ao Guia, as testemunhas referem a convicção que tinham da sua licitude, pelo facto de se tratar de uma reprodução de Guias em vigor

⁷ BBDO; Brandkey; Citroen; DDB; Fullsix; Superbock; Unilever e Vodafone.

noutros países (alguns deles, Estados-Membros da União Europeia) e atendendo ao seu carácter não vinculativo, que não coarta a liberdade dos anunciantes para seguir as suas próprias regras, correspondendo a regra n.º 4 apenas a uma das fases do procedimento sugerido no Guia.

- iii) Segundo as testemunhas inquiridas, a apresentação de uma proposta criativa tem associados elevados custos (recursos humanos, financeiros, tempo alocado ao desenvolvimento de cada projeto, etc.), principalmente porque os casos em que é paga um *rejection fee* são escassos, existindo ainda preocupações com a falta de proteção jurídica concedida às ideias criativas desenvolvidas, o que muitas vezes conduz a situações de utilização indevida dessas ideias por concorrentes das agências ou por anunciantes.
- iv) Acresce que, para as testemunhas, a apresentação de propostas criativas por uma quantidade elevada de agências, ao reduzir as probabilidades de cada agência concorrente vencer o concurso, implicará um menor investimento no projeto e, como tal, uma qualidade mais reduzida da proposta criativa a apresentar.
- v) No contexto das inquirições realizadas a testemunhas indicadas por empresas anunciantes, foi genericamente referido que estas estão vinculadas a procedimentos internos, pelos quais se rege a atividade das suas equipas de *marketing*, havendo inclusivamente situações em que obedecem a procedimentos internacionais das sociedades-mãe. Existem ainda anunciantes que selecionam agências através de um sistema de *pools*, que são avaliadas e revistas periodicamente e que podem variar entre 7, 10 ou 12 agências, tendo, no entanto, a possibilidade excepcional de contratar fora dessa *pool*.
- vi) Quanto ao Guia, foi referido, por algumas das testemunhas inquiridas, o desconhecimento do mesmo até ao momento em que foram confrontadas com o presente processo contraordenacional. No entanto, e de uma forma geral, consideram que a regra de convidar 3 ou 4 agências na fase final de um procedimento concursal parece eficaz e eficiente, salientando que alguns dos anunciantes com procedimentos internos têm também uma regra que prevê esse número e que o mesmo resulta do *know-how* e da prática do mercado.
- vii) Neste contexto, foi salientado que um procedimento de seleção de agências com 10 agências numa fase final desse procedimento é extremamente difícil de gerir, sendo inevitável que o número seja reduzido, sendo inclusivamente referido que um procedimento sem a previsão de uma *short-list* é considerado um procedimento mal gerido pelos corpos gerentes das empresas anunciantes.
- viii) Foram igualmente apontados, no contexto das inquirições realizadas, os custos elevados que um procedimento implica para os anunciantes (em relação aos recursos humanos necessários, ao tempo despendido com cada processo e ao custo financeiro), sendo referido que um procedimento com *short list* é relevante para demonstração de respeito e valorização do trabalho das agências de publicidade no mercado (ou seja, uma ideia de ética de mercado).
- ix) Por fim, foi referido que um procedimento que implica um elevado número de agências a concurso reduz a qualidade das propostas apresentadas por estas.

62. Pronunciaram-se sobre o Relatório de Diligências Complementares de Prova a APAN, por ofício de 06.07.2020 (fls. 10404 a 10406) e as empresas Grandvision (fls. 10422 a

10424), Vodafone (fls. 10410 a 10414) e Unilever (fls. 10415 a 10421), todas por ofício de 01.07.2020.

63. A APAN, a Grandvision, a Unilever e a Vodafone reiteram os argumentos respetivamente apresentados em sede de PNI, concluindo pela inexistência de indícios de práticas anticoncorrenciais por parte da APAN e suas associadas e pela necessidade de adoção por parte da Autoridade da Concorrência de uma Decisão de arquivamento quanto à APAN.
64. As empresas CTT e MEO, por ofício datado de 06.07.2020, referiram expressamente não considerarem necessário, nesta fase, pronunciar-se sobre os elementos probatórios juntos aos autos nem sobre o Relatório elaborado pela Autoridade sobre os mesmos (fls. 10427 a 10428 e fls. 10425 a 10426, respetivamente).

1.4.8. Da adoção da Decisão Final da Autoridade da Concorrência e dos subsequentes recursos de impugnação

65. Em 20.10.2020, a Autoridade concluiu a fase de instrução com a adoção de uma Decisão Condenatória, relativamente à APAP e respetivas eventuais responsáveis solidárias, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 3 do artigo 29.º da Lei da Concorrência, e uma Decisão de Arquivamento, relativamente à APAN e respetivas eventuais responsáveis solidárias, nos termos e para os efeitos da alínea d) do n.º 3 do artigo 29.º da Lei da Concorrência⁸.
66. A AdC notificou regularmente as visadas e responsáveis solidárias da Decisão Final em 22 de outubro de 2020⁹.
67. Na sequência da adoção da Decisão Final pela Autoridade indicada no ponto 65, foram interpostos recursos de impugnação daquela Decisão por parte da APAP, APAME, APECOM, B.A.R., Wunderman, Brandkey, Fuel, Fullsix, MSTF, Niusistemas e Nossa.
68. No âmbito do seus recursos as responsáveis solidárias, APAME e APECOM, arguiram a nulidade da referida Decisão Final por não constar expressamente dos artigos finais e conclusivos (o dispositivo da Decisão), a qualidade em que as responsáveis solidárias da APAP tinham sido chamadas, e/ou, *maxime, condenadas*, no processo de contraordenação em causa, nulidade igualmente invocada pelo Ministério Público junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS).

1.4.9. Do Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 26.04.2021

69. Após admitir os recursos interpostos e as alegações da AdC¹⁰, o TCRS, por despacho de 26.04.2021, concluiu quanto à referida nulidade invocada que “*tem de existir uma decisão de condenação não apenas em relação à visada que comete o ilícito, mas também quanto aos responsáveis solidários pelos pagamentos da coima*”.

⁸ Cf. fls. 10488 a 10593.

⁹ Cf. fls. 10594 a 10671.

¹⁰ Por despacho de 26.03.2021

70. Assim, declarou o TCRS “que decorre da alínea a) e c) do n.º 1 do artigo 179.º do CPP que a decisão é nula quando não contiver a decisão condenatória a que alude a alínea b) do n.º 3 do artigo 374.º do CPP”.
71. Decidindo, em consequência, que “[d]eve assim ser remetido o processo para a entidade administrativa (...) sendo de aplicar o disposto no artigo 122.º do CPP, do qual se retira que a declaração de nulidade não afecta todo o processado. A decisão há-de-ser meramente formal, de declaração de nulidade da decisão administrativa que a torna inválida, como dos demais actos que dela dependem. Não são afetados, porém, os anteriores actos que puderem ser aproveitados”.
72. Em cumprimento da referida decisão judicial, a AdC procede à eliminação do vício identificado pelo TCRS e constante da Decisão da AdC de 20.10.2020, adotando-se, em consequência, nova decisão.

2. DAS QUESTÕES PRÉVIAS

73. Uma vez que as questões de ordem formal e prévia, suscitadas pelas visadas ou pelas responsáveis solidárias, poderiam prejudicar a adoção de uma decisão final pela AdC quanto à materialidade dos factos objeto dos presentes autos, procede-se, desde já, à análise das mesmas.

2.1. Da alegada violação dos direitos de defesa em virtude de as visadas não terem sido constituídas como arguidas nos termos do artigo 58.º do CPP

2.1.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

74. Na sua PNI conjunta, a BAR, a JWT e a Wunderman, alegam que o artigo 58.º do CPP deve considerar-se aplicável subsidiariamente ao processo contraordenacional por infrações ao direito da concorrência¹¹.
75. Como tal, não tendo a AdC comunicado à APAP nem à APAN a sua qualidade de arguidas/visadas nos presentes autos antes da realização de diligências de busca nas suas instalações e, bem assim, dos pedidos de prestação de informações e envio de documentação, não podem tais elementos ser utilizados como prova, nos termos do artigo 58.º, n.º 5, do CPP.

2.1.2. Apreciação da AdC

76. As responsáveis solidárias BAR, JWT e Wunderman invocam uma nulidade processual em razão de, alegadamente, a AdC ter omitido o dever de comunicação do estatuto processual de arguida à APAP e à APAN.
77. De acordo com o acórdão pelo Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 26.06.2019, proferido no âmbito do processo judicial n.º 71/18.3YUSTR-H.L1-3, que manteve a decisão anteriormente proferida na primeira instância, “não há lugar à aplicação

¹¹ Cf. fls. 3201 a 3203 - parágrafos 1-7 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

subsidiária do regime de constituição de arguido previsto em processo penal [...] nem existe qualquer nulidade decorrente da não constituição da recorrente como visada” (cf. ponto D do acórdão).

78. Com efeito, o TRL acompanhou o entendimento do Tribunal a quo, de que não cabe aplicação subsidiária, nomeadamente, do artigo 58.º do CPP, porquanto não existe uma “*situação jurídica carente de solução exterior ao R.G.CO ou ao NRJC e que seja adequada ao processo sancionatório, seja por notória inadaptação dos pressupostos formais daquele acto formal de inquérito decorrente da indiciação de um crime, obrigatório numa estrutura acusatória do processo penal, ao cumprimento do direito de audição e defesa na fase administrativa do processo contraordenacional*”.
79. Pelo contrário, entende o TRL, citando a decisão da primeira instância que “*o estatuto processual de visado em processo contraordenacional deve ser observado à luz do cumprimento do art.º 50.º do R.G.CO e sem que se possa exigir a obrigatoriedade de um acto formal de constituição dos destinatários de diligências probatórias em visadas*”.
80. Em qualquer caso, importa esclarecer que, tal como consta dos autos, e desde os primeiros pedidos de elementos dirigidos às visadas¹², a AdC indicou expressamente que tais pedidos se dirigiam à APAP e APAN nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.
81. Em face da referida decisão judicial, nada mais cumpre apreciar nesta sede, improcedendo liminarmente a arguição desta nulidade.

2.2. Da alegada ilegalidade probatória na apreensão de correio eletrónico

2.2.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

82. As empresas EDP¹³, Sovena¹⁴, BCP¹⁵ e MCH¹⁶, todas responsáveis solidárias, pronunciaram-se, de forma idêntica, acerca da alegada nulidade decorrente da apreensão de correio eletrónico por parte da AdC no âmbito das diligências de busca, recolha e apreensão realizadas.
83. Alegam as empresas, primeiramente, que não pode haver, por falta de previsão legal, apreensão de correio eletrónico no direito da concorrência, independentemente de as mensagens se encontrarem abertas ou fechadas, o que implica que a sua realização seja ilegal e que, por esse facto, o mandado do MP seja inexistente ou, no mínimo, nulo por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto nos artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.ºs 8 e 10 e 34.º, n.º 4 CRP, constituindo tal apreensão por parte da

¹² Cf. Pedidos de Elementos dirigidos à APAP e à APAN, ambos datados de 18.01.2019.

¹³ fls. 4192 a 4201

¹⁴ fls. 4534-v a 4543-v

¹⁵ fls. 4903 a 4910-v

¹⁶ fls. 5262-v a 5271-v

AdC uma violação direta do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, e 34.º, n.º 4 da Constituição. Como tal e, por consequência, a prova obtida será proibida¹⁷.

84. Alegam, ainda, que o MP não é competente para a emissão de mandados de busca e apreensão que compreenda a possibilidade de apreensão de mensagens de correio eletrónico, pois, aplicando-se *ope legis* o regime de apreensão de correspondência previsto no artigo 179.º do CPP ao processo contraordenacional, seria necessário que a apreensão fosse determinada por despacho judicial, “*sob pena de nulidade*” (n.º 1) das apreensões e a proibição de valoração de todos os elementos probatórios por essa via obtidos¹⁸.
85. Sem embargo, alegam que, ainda que se considere que a AdC detém poderes para a apreensão de correspondência, seria sempre necessário recorrer ao processo penal para concluir os critérios para a densificação do conceito e das garantias aplicáveis ao correio eletrónico e do regime da sua apreensão; isto é, ao artigo 179.º do CPP, de onde se conclui que tal apreensão teria necessariamente de ser determinada por despacho judicial, inexistindo um regime legal específico que permita afastar a aplicação deste artigo, já que os termos do regime geral em matéria de prova digital, previstos na Lei do Cibercrime, remetem expressamente para o regime geral previsto no CPP¹⁹.
86. Subsidiariamente, e por fim, consideram que, com o alargamento do âmbito do regime das escutas, previsto no artigo 189.º CPP, e com a entrada em vigor da Lei do Cibercrime (em particular, do artigo 17.º do diploma), o correio eletrónico passou a configurar sempre correspondência, e nunca um mero documento eletrónico, estando a sua apreensão sujeita ao regime de tutela reforçada, em que se inclui nomeadamente a reserva de juiz²⁰.

2.2.2. Apreciação da AdC

87. A alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência determina expressamente a legitimidade da Autoridade para, no âmbito de diligências de busca e apreensão, apreender “*extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte*”, desde que subjacente a um juízo prévio sobre a necessidade de apreensão, “*sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção da prova*”.

¹⁷ Cf. fls. 4196-v e 4197- parágrafos 489, 492, 493 e 494 da PNI da EDP; fls. 4539 e verso- parágrafos 487, 490, 491 e 492 da PNI da Sovena; fls. 4907 e verso- parágrafos 489, 492, 493 e 494 da PNI do BCP; fls. 5267 e verso- parágrafos 489, 492, 493 e 494 da PNI do MCH.

¹⁸ fls. 4197-v- parágrafos 498 e 501 da PNI da EDP; fls. 4540 e verso- parágrafos 496 e 499 da PNI da Sovena; fls. 4908- parágrafos 498 e 501 da PNI do BCP; fls. 5268- parágrafos 498 e 501 da PNI do MCH.

¹⁹ fls. 4197 e verso- parágrafos 495, 500 e 501 da PNI da EDP; fls. 4540 e verso- parágrafos 493, 498 e 499 da PNI da Sovena; fls. 4907-v e 4908- parágrafos 495, 500 e 501 da PNI do BCP; fls. 5267-v e 5268- parágrafos 495, 500 e 501 do MCH.

²⁰ fls. 4198-v, 4199-v, 4201- parágrafos 509, 513, 514, 515 e 518 da PNI da EDP; fls. 4541-v, 4542 e verso, 4543-v- parágrafos 507, 511, 512, 513 e 516 da PNI da Sovena; fls. 4909 e verso, 4910 e verso- parágrafos 509, 513, 514, 515 e 518 da PNI do BCP; fls. 5269 e verso, 5270 e verso, 5271-v- parágrafos 509, 513, 514, 515 e 518 da PNI do MCH.

88. Claramente, a intenção do legislador foi a de conferir uma ampla redação àquela norma, para que fosse abrangida toda a forma de documentação, “*independentemente do seu suporte*”, nomeadamente correio eletrónico, sendo o artigo 18.º da Lei da Concorrência conforme com o n.º 4 do artigo 34.º da CRP.
89. O n.º 4 do artigo 34.º da CRP prevê que “[é] proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação”, sendo entendimento doutrinal e jurisprudencial constante que “[Na] busca na sede e nas demais instalações das pessoas coletivas não beneficia da proteção constitucional do domicílio do artigo 34.º da CRP”²¹ ²².
90. Quanto à distinção entre correspondência aberta e fechada, é entendimento pacífico que a partir do momento em que determinada carta é aberta, deixa de configurar efetiva correspondência e, portanto, deixa de beneficiar do regime previsto para a apreensão de correspondência (fechada), esse sim sem consagração expressa na Lei n.º 19/2012.
91. Portanto, a correspondência eletrónica que já tenha sido aberta e/ou lida, ainda que tenha natureza reservada, beneficia do regime, em termos de valor probatório, idêntico ao dos documentos em suporte físico, perdendo, portanto, as exigências associadas à reserva da correspondência.
92. Tal como asseverado no acórdão do TRL, de 02.03.2011, proferido no Processo n.º 463/07.3TAALM-A.L1-3:

“Como afirma COSTA ANDRADE (Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, pág. 758, § 16) ‘é precisamente este facto - estar fechada - que define a fronteira da tutela penal do sigilo de correspondência e dos escritos, em geral.’ E uma carta está fechada quando existe ‘um procedimento que estabeleça um obstáculo físico à tomada de conhecimento e que só seja ultrapassável à custa de uma actividade física que pode ou não (...) implicar uma ruptura material (...) Não basta seguramente (...) a sua arrumação num dossier ou numa gaveta aberta.’ E para concluir: ‘uma carta que foi (ainda que indevidamente) aberta, deixa de ser uma carta fechada, mesmo que persista reservada’”.

93. É assim de concluir que, da redação atribuída pelo legislador à alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º, da Lei n.º 19/2012, a expressão “*demais documentação, independentemente do seu suporte*” apenas exclui a correspondência (não aberta), podendo quaisquer documentos, sem prejuízo do seu suporte, ser apreendidos em sede de inquérito contraordenacional.
94. Portanto, à luz da norma em causa, as comunicações eletrónicas que se encontrem já abertas e arquivadas, no sistema informático ou fora dele, devem ser consideradas como correspondência aberta, não sendo de distinguir a apreensão de uma mensagem de correio eletrónico lida (mas ainda guardada na caixa de entrada do

²¹ Cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, página 164, anotação ao artigo 42.º.

²² Cf. Acórdão do TC n.º 593/2008, de 07.09.2008.

servidor de correio eletrónico, ou convertida em qualquer outro documento em formato digital) de um documento impresso em papel e arquivado fisicamente — realidade, de resto, cada vez menos frequente.

95. Importa a este respeito referir o acórdão do TRL²³, de 04.03.2020, o qual trata precisamente a questão da apreensão de correio eletrónico em sede de diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC referindo expressamente a sua admissibilidade.
96. No que diz respeito ao conceito de correio eletrónico o Tribunal recorre ao disposto na Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, do qual resulta que a noção de correio eletrónico inclui “*qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica, enviada através de um rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até que este a recolha*”²⁴.
97. Assim, afirma o Tribunal, “*a partir do momento em que ocorre esta recolha da mensagem, o órgão legiferante europeu e pátrio deixaram de considerar que se trata de correio/correspondência, mas antes de informação em arquivo*” e que “*foi esta informação em arquivo que foi visada pela AdC (o correio eletrónico já aberto e lido)*”, pelo que “*não está em causa nestes autos a apreensão de ‘correspondência’ (comunicação que está em trânsito)*”²⁵.
98. Conclui o Tribunal que “*esta alínea c) do n.º 1 do art. 18.º da LdC garante, por isso, o respeito pelo princípio da reserva de lei necessário a este procedimento da AdC*”²⁶. Sendo que “*as mensagens visualizadas, e no final apreendidas pela AdC, não gozam da tutela constitucional fornecida pelo art. 34.º da Constituição da República Portuguesa porquanto: (i) Os emails a que se reportam estes autos não respeitam a mensagens eletrónicas em trânsito (a circular na rede), ainda não rececionadas pelos destinatários, não constituindo, por isso ‘correspondência’ na aceção da Constituição da República Portuguesa*”²⁷.
99. Ademais, e tal como também relembra aquele Tribunal, encontra-se em fase de transposição para o ordenamento jurídico interno a Diretiva (EU) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2018, que, nas palavras do Tribunal dá “*agasalho*” “*ao sentido abrangente da alínea c) do n.º 1 do art. 18.º, da LdC (...), como resulta quer dos considerandos 4, 30, 32, 34, 35 e 73, quer das normas dos arts. 6.º e 32.º*”²⁸ da Diretiva. Assim, “*Este pensamento ancora-se no princípio da interpretação conforme do Direito nacional com o Direito da União Europeia, tal com é entendido hodiernamente*”²⁹.

²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.3.2020, processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2 (ainda não transitado em julgado).

²⁴ Páginas 20 e 21 do acórdão

²⁵ Página 21 do acórdão

²⁶ Página 21 do acórdão

²⁷ Página 23 do acórdão

²⁸ Página 25 do acórdão

²⁹ Página 27 do acórdão

100. Em face do exposto, improcedem as alegações das responsáveis solidárias, na medida em que o n.º 4 do artigo 34.º da CRP não se opõe à possibilidade de apreensão de correio eletrónico aberto, não se verificando qualquer proibição de prova.
101. Alegam também as responsáveis solidárias que o Ministério Público não tem legitimidade para a emissão de mandados de busca que compreendam a apreensão de mensagens de correio eletrónico.
102. A este respeito, afirmou claramente o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Juízo de Instrução Criminal de Lisboa – Juiz 6, em decisão datada de 27.03.2019 a propósito da execução de uma diligência de busca e apreensão realizada pela AdC³⁰:

“Nos termos do disposto das disposições conjugadas dos artigos 18º n.º 1 c) e 21º da Lei n.º 19/2012 de 8/5, a emissão dos mandados de busca e apreensão competia ao MP e não ao JIC por a situação em causa nos autos não se enquadrar na previsão dos art.º 174º e 177º CPP.

Por outro lado, as mensagens apreendidas, uma vez que são meros documentos, não gozam do regime de proteção da reserva da correspondência e das comunicações.”

103. No mesmo sentido concluiu também o TRL, no acórdão de 04.03.2020 *supra* mencionado:

“(...) parece-nos que do legalmente previsto nos arts. 18.º a 20.º da LdC, o órgão legiferante reparte pelo Ministério Público e pelo juiz a competência para autorizar e validar a prática de certos atos da AdC (busca, exame, recolha, apreensão, selagem), tendo deixado a cargo do juiz os atos mais sensíveis como as buscas no domicílio, em escritório de advogado e consultório médico, as apreensões em escritório de advogado, consultório médico e nos bancos ou outras instituições de crédito”, entendendo que “esta repartição não obedeceu a um modelo garantístico constitucional, o qual summo rigore, não tem especial relevância no âmbito do processo contraordenacional, mas a uma opção do legislador, no quadro da sua livre margem de conformação”³¹.

104. Acrescenta que “ao que nos parece, o Órgão legiferante terá tido em consideração o previsto nos arts. 1.º, alínea b), 267.º a 270.º, todos do Código do Processo Penal” e, portanto, “daí não advém ofensa constitucional alguma, na medida em que o legislador procurou valorizar o regime do processo sancionatório da concorrência, que tem como destinatários por excelência as empresas, com um standard garantístico mais elevado”³².
105. Quanto à necessidade de recurso ao regime processo penal, também este Tribunal relembra que no ordenamento jurídico português se consolidou já a autonomia do direito contraordenacional³³.

³⁰ Processo n.º 10626/18.0T9LSB

³¹ Página 24 do acórdão

³² Página 24 do acórdão

³³ Página 25 do acórdão

106. Ademais, no que respeita à necessidade de se recorrer ao regime processual penal para determinação da legitimidade para a apreensão de correio eletrónico em processos jusconcorrenciais, referiu ainda o Tribunal que: “(...) *no caso dos autos inexiste uma lacuna da Lei da Concorrência, quanto à situação concreta, que demande a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) e, por arrastamento, ex vi do art. 41.º, n.º 1 do RGCC, o regime do processo penal*”³⁴.
107. Por seu turno, no que especificamente diz respeito à aplicação da Lei do Cibercrime à apreensão de mensagens de correio eletrónico aberto, há que referir que não há lugar à aplicação de tal normativo ao processo contraordenacional de concorrência.
108. A Lei do Cibercrime tem, como objeto, processos relativos a crimes no domínio da cibercriminalidade e um âmbito de aplicação circunscrito aos ilícitos criminais.
109. Por sua vez, as infrações por violação das regras da concorrência não são crimes, são contraordenações, conforme os artigos 67.º e 68.º da Lei da Concorrência, pelo que as regras atinentes às diligências de busca e apreensão – especialmente reguladas no artigo 18.º – estão pensadas para um processo contraordenacional jusconcorreacial, razão pela qual as disposições da Lei do Cibercrime nunca poderiam aplicar-se, especificamente, aos processos contraordenacionais da concorrência.
110. Só na falta de disposição especial, remete o legislador para a aplicação do regime geral do ilícito de mera ordenação social (n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência) e, subsidiariamente, para as disposições do CPP (ex vi, n.º 1 do artigo 41.º do RGCO).
111. Por outro lado, a Lei n.º 19/2012 foi publicada e entrou em vigor em momento posterior à Lei do Cibercrime, sendo manifesta a intenção do legislador em afastar o regime consagrado pela Lei do Cibercrime e em criar um regime especial no que respeita ao âmbito dos poderes da AdC relativamente às diligências de busca e apreensão: o legislador podia ter previsto, na Lei n.º 19/2012, a aplicação subsidiária da Lei do Cibercrime, o que não fez.
112. Este entendimento é sufragado pelo TRL³⁵:

“afigura-se-nos que a Lei do Cibercrime não pode ser aplicada à situação dos presentes autos, porquanto os seus normativos processuais se aplicam somente a ‘processos relativos a crimes’ ali previstos, ou cometidos por meio de um sistema informático, ou ‘em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico’ [cf. art. 11.º, n.º 1, alínea c) da Lei 109/2009, de 15-set]”, acrescentando que “(...) respeitando os presentes autos o processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrências, nenhuma correspondência ou ligação tem com um tal ambiente informático criminal”.
113. De qualquer modo, ainda que a Lei do Cibercrime fosse aplicável à situação em apreço – no que não se concede –, sempre se diga que não foi apreendida no âmbito dos presentes autos qualquer mensagem de correio eletrónico que não estivesse aberta/lida, constituindo, portanto e indubitavelmente, meros documentos em suporte digital.

³⁴ Página 19 do acórdão

³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.3.2020, processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2, página 20

114. Assim, encontrando-se especificamente prevista na Lei da Concorrência a apreensão de qualquer tipo de documentação, independentemente do seu suporte e não estando em causa a apreensão de correspondência, mas de documentos, resulta manifesto que a intenção do legislador foi – inequivocamente – a de afastar o regime consagrado pela Lei do Cibercrime, cujos objeto e finalidades são manifestamente distintos daqueles que foram consagrados pela Lei da Concorrência.
115. Pelo exposto, conclui-se pela inexistência de qualquer ilegalidade probatória na apreensão de correio eletrónico, improcedendo também todos os argumentos relacionados com a alegada necessidade de aplicação, relativamente a estas matérias, do regime previsto no CPP ou da Lei do Cibercrime.

2.3. Da alegada violação dos direitos de defesa resultante da falta de clareza da imputação do comportamento ilícito

2.3.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

116. Segundo a PNI conjunta da BAR, JWT e Wunderman, “(...) a NI peca por falta de clareza. Não se comprehende qual o comportamento em concreto que merece a censura da Autoridade! É a decisão de adotar o Guia? É a decisão de relançar o Guia sobre a forma de Compromisso?”³⁶.
117. Ainda segundo as mesmas responsáveis solidárias, “[a] síntese exposta no § 200 da NI – com o devido respeito – retrata a confusão da investigação. As responsáveis solidárias não conseguem exercer cabalmente o seu direito de defesa sem compreender qual o comportamento em causa”³⁷.
118. A este respeito, concluem estas empresas que “[a] presente confusão afeta incontornavelmente os direitos de defesa das responsáveis solidárias, algo que desde já se invoca para os devidos efeitos legais”³⁸.

2.3.2. Apreciação da AdC

119. As responsáveis solidárias BAR, a JWT e a Wunderman afirmam que os seus direitos de defesa se encontram incontornavelmente afetados pela alegada falta de clareza da NI quanto ao comportamento imputado à APAP.
120. No entanto, não extraem de tal afirmação qualquer consequência jurídica, nomeadamente, não invocam qualquer ilegalidade ou invalidade de que a NI padeça em consequência de tal alegada falta de clareza.
121. De resto, não se vislumbra que a NI contenha qualquer obscuridade ou ambiguidade que coubesse à AdC corrigir, uma vez que estas responsáveis solidárias apresentaram a sua PNI relativamente aos factos imputados, nomeadamente, à APAP,

³⁶ Cf. fls. 3222 – parágrafo 140 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

³⁷ Cf. fls. 3222 – parágrafo 142 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

³⁸ Cf. fls. 3222 – parágrafo 143 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

demonstrando assim que foram capazes de apreender a lógica e *iter* decisório da AdC na NI.

122. Com efeito, estas responsáveis solidárias afirmam que “à cautela, [...] vão segmentar as duas hipóteses acima³⁹ referidas e pronunciar-se sobre elas separadamente”. A este respeito realce-se a afirmação de que “ao invés do que sucede com a aprovação do Guia, o Compromisso subsume-se ao conceito de decisão de associação de empresas”⁴⁰; não obstante considerarem que “mesmo o Compromisso surge perfeitamente legitimado aos olhos do direito da União Europeia”⁴¹.
123. Constatase, pois, que estas responsáveis solidárias compreenderam integralmente a factualidade que lhes foi imputada e, bem assim, representaram a subsunção do direito a tal factualidade, realizada pela AdC na NI, apresentando a sua discordância sobre as mesmas e os argumentos em que suportam tal posição na respetiva PNI.
124. Pelo exposto, improcede o argumento das responsáveis solidárias de que a NI padece de falta de clareza e de que haja quaisquer direitos de defesa das mesmas que tenham sido violados com este fundamento.

2.4. Da alegada violação dos direitos de defesa resultante da insuficiente definição na Nota de Ilicitude dos pressupostos de determinação da coima

2.4.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

125. De acordo com a APAN, a NI é omissa quanto à análise dos critérios indicados nas alíneas b), e) e g), do n.º 1, do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, não permitindo à APAN ter “qualquer informação no que diz respeito aos fatores que, em concreto e a final, e caso a AdC entenda aplicar-lhe uma coima, serão ponderados”, pelo que se deve considerar nula, nos termos do artigo 283.º, n.º 3, alínea b), do CPP, aplicável com fundamento nos artigos 13.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012 e dos artigos 41.º, n.º 1 e 50.º do RGCO⁴².
126. Defende ainda a APAN que “[q]ualquer interpretação do disposto no art.º 24.º, n.º 3, alínea a), da LdC, 13.º, n.º 1, da LdC, 50.º, do RGCO e 283.º, n.º 3, alínea b), do CPP, nos termos da qual se entenda que, em concreto, poderão vir a ser valorados, em eventual fixação da medida da coima, sempre redundará em norma materialmente inconstitucional, por violação do direito de defesa em processo de contraordenação, direito esse com sede no art. 32.º, n.ºs 1 e 10, da CRP, inconstitucionalidade que, para todos os efeitos legais, se deixa expressamente invocada”⁴³.
127. Já segundo a BAR, a JWT e a Wunderman, da NI, designadamente dos respetivos parágrafos 252 e 253, “[n]ão se consegue deslindar a métrica a ter em conta para o cálculo de uma potencial coima”, “[n]em tampouco se comprehende em que sentido

³⁹ Cf. parágrafo 144 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

⁴⁰ Cf. fls. 3237 – parágrafo 227 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

⁴¹ Cf. fls. 3237 – parágrafo 232 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

⁴² Cf. fls. 5804-verso – parágrafos 599-601 da PNI da APAN.

⁴³ Cf. fls. 5805 – parágrafo 602 da PNI da APAN.

*seria aplicada a metodologia adotada nas linhas de orientação sobre aplicação de coimas, nos termos do n.º 8 do artigo 69.º da Lei 19/2012*⁴⁴.

128. A este respeito, argumentam ainda estas responsáveis solidárias que, “[s]e tomarmos em consideração as ‘Linhas de Orientação da AdC’ sobre a metodologia a utilizar para o cálculo da respetiva coima, não se comprehende se a AdC teria em consideração o mercado afetado, ou pura e simplesmente um montante até 10% do volume de negócios”, alegando-se ainda que “[a] presente indefinição impede assim o exercício dos direitos de defesa, que desde já se invoca para todos os efeitos legais”⁴⁵.
129. Sobre esta matéria, refere também a Brandkey que “(...) não entende a fórmula de cálculo da coima potencialmente aplicada à APAP (...) e da responsabilidade que, em consequência, lhe poderia ser solidariamente imputável”⁴⁶.
130. De acordo com a L’Oréal, uma vez que a AdC não mencionou expressamente na NI os critérios de determinação da medida da coima referidos nas alíneas b), e) e g) do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, caso venha a ter em conta tais critérios na Decisão Final, “sem, no entanto, ter concedido oportunidade às visadas e co-responsáveis para se pronunciarem sobre o seu entendimento e considerações sobre tais critérios, bem como sobre o respetivo preenchimento e aplicação concreta sobre os mesmos, [...] tal decisão será [...] nula ou anulável”, nomeadamente por falta de fundamentação⁴⁷.

2.4.2. Apreciação da AdC

131. Conforme referido no parágrafo 253 na NI, “[n]a determinação da medida da coima a Autoridade utilizará a metodologia adotada nas suas linhas de orientação sobre aplicação de coimas, nos termos do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, considerando, entre outros, os critérios a seguir referenciados, por força do n.º 1 da mesma disposição”.
132. Assim, por um lado, a AdC comunicou inequivocamente às visadas e responsáveis solidárias quais os critérios que teria em conta na determinação concreta da coima – os que resultam expressamente do artigo 69.º, n.º 1 da Lei da Concorrência; por outro lado, referiu expressamente a sua avaliação da conduta das visadas à luz dos critérios de determinação da medida da coima para os quais dispunha de elementos à data da adoção da NI.
133. A este respeito, recordem-se as Linhas de Orientação⁴⁸ aplicáveis, de acordo com as quais “[c]om a notificação da Nota de Ilícitude [...] são comunicados aos visados pelos processos os critérios a considerar na determinação concreta da coima, nomeadamente o volume de negócios total considerado para efeitos da moldura abstrata da coima, o volume de negócios relacionado com a infração, quando o mesmo for determinável, a qualificação da gravidade da infração e a duração da mesma, sem

⁴⁴ Cf. fls. 3259 – parágrafos 378 e 379 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

⁴⁵ Cf. fls. 3259 e 3260 – parágrafos 380 e 381 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

⁴⁶ Cf. fls. 3349 – parágrafo 96 da PNI da Brandkey.

⁴⁷ Cf. fls. 3316 – parágrafos 111 e 118 da PNI da L’Oréal.

⁴⁸ Linhas de Orientação da AdC sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas, de 07.08.2012.

*prejuízo dos elementos e informações que forem trazidos ao conhecimento da AdC durante a instrução do processo, designadamente, nas pronúncias dos visados*⁴⁹.

134. Pelo que improcede a arguição da alegada violação dos direitos de defesa das visadas e responsáveis solidárias, não padecendo a NI de qualquer invalidade.
135. Ora, em resultado dos elementos trazidos aos autos em sede de instrução do processo, concluiu a AdC que o mercado afetado diz respeito à prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários, pelo que não poderá esta conclusão deixar de ser tida em conta na determinação da medida concreta da coima.
136. A aplicação dos critérios para determinação do montante concreto da coima vertida na secção 4.2.3 da presente Decisão Final teve assim, em conta, não só os elementos de que a AdC dispunha à data da NI como também os elementos e informações adicionais trazidos ao seu conhecimento na fase de instrução entretanto tramitada, nomeadamente quanto à natureza e dimensão dos mercados afetados, e à situação económica da visada APAP.
137. De resto, a determinação do montante concreto da coima só poderia, em qualquer caso, ser comunicada às visadas na Decisão Final, nos termos do artigo 29.º, n.º 4, da Lei n.º 19/2012.
138. Pelo que improcede a arguição da alegada violação dos direitos de defesa das visadas e responsáveis solidárias, não padecendo a presente Decisão Final de qualquer nulidade ou anulabilidade.

2.5. Da alegada inconstitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência

2.5.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

139. De acordo com a APAN, na sua PNI, “a inconstitucionalidade da norma constante do art. 69.º, n.º 1 e n.º 2, da LdC, por violação do princípio da proporcionalidade, ínsito no art. 18.º, n.º 2, da CRP, se interpretado no sentido de que a medida concreta da coima, determinada no âmbito de uma moldura sancionatória abstrata cujo limite máximo consiste no montante correspondente a 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas, pode ser concretamente superior à capacidade económica da própria associação visada pelo processo, por frustrar as finalidades da sanção, em particular, as finalidades de prevenção especial, e por não se revelar no contexto do caso concreto uma sanção eficaz, dissuasiva e proporcional”⁵⁰.
140. O BCP, a EDP, a MCH e a Sovena, consideraram separadamente que “ao contrário do que é comum no ordenamento sancionatório português, a coima associada à infração ora em crise não se encontra quantitativamente determinada, por referência a valores pecuniários, no seu limite mínimo e máximo”⁵¹.

⁴⁹ *Idem*, parágrafo 44.

⁵⁰ Fls. 5807 - parágrafos 630 e 631 da PNI da APAN.

⁵¹ Fls. 4919 – parágrafo 602 e ss da PNI do BCP; fls. 4210 – parágrafo 605 e ss da PNI da EDP; fls. 5280-verso – parágrafo 604 e ss da PNI da MCH; e fls. 4553 – parágrafo 601 e ss da PNI da Sovena.

141. Ao invés, consideram as empresas BCP; EDP; MCH e Sovenia, que (nos termos do artigo 69.º, n.º 2, da atual Lei da Concorrência), “a sanção associada à contraordenação em causa [...] encontra-se indexada, na definição (apenas) do respetivo limite máximo, ao volume de negócios do infrator no exercício imediatamente anterior à condenação ou, no caso de associações de empresas, como sucede nos presentes autos, ao volume de negócios agregado das empresas associadas”⁵².
142. Continuam, referindo que a norma constante do já referido artigo 69.º, n.º 2, determina que o limite máximo da coima, estabelecido por percentagem, corresponde a 10% do volume de negócios desse mesmo agregado e “[n]ão havendo teto máximo (pecuniário) para o valor da coima a aplicar, e sendo esta determinada, no seu limite máximo, através da aplicação de uma percentagem sobre uma dada base de incidência (in casu, o volume de negócios agregado das empresas associadas da APAN), para o que se considera um dado período temporal, a coima máxima abstratamente aplicável pela prática da mesma exata infração prevista na Lei da Concorrência variará sempre e necessariamente em cada caso [...]” “[p]ois, verdadeiramente, o concreto exercício em que é proferida a decisão condenatória (a considerar na determinação do volume de negócios que constitui a aludida base de incidência) é determinado pelo se e pelo quando da marcha do processo, determinando-se por essa via o valor da coima aplicável”⁵³.
143. É, neste contexto e por consequência, que as empresas BCP; EDP; MCH e Sovenia, vêm considerar que a regra prevista no artigo 69.º, n.º 2, da Lei da Concorrência redunda em manifesta inconstitucionalidade material por violação do princípio da legalidade no que se refere à indeterminabilidade da sanção; à indeterminabilidade do período temporal de referência e no que concerne à separação de poderes e indisponibilidade de competências.
144. A inconstitucionalidade material da norma é igualmente alegada por parte destas empresas, por violação do princípio da proporcionalidade, quanto à indeterminabilidade da sanção e quanto à indeterminabilidade e arbitrariedade da base de cálculo da coima.
145. Segundo estas 4 empresas, o único modo de assegurar a verificação do respeito pela relação de proporção constitucionalmente exigida entre a conduta ilícita e a respetiva sanção implica que se encontre concretamente (pré-)determinada e quantificada quanto ao seu limite máximo, a sanção aplicável.
146. Ou seja, de acordo com as empresas *supra* identificadas e por força dos princípios da legalidade e da proporcionalidade das sanções, a moldura sancionatória tem de estar determinada previamente à punição do comportamento, tendo por referente o desvalor que determinada conduta assume.
147. Em caso contrário, alegam as empresas BCP; EDP; MCH e Sovenia, sendo a sanção indeterminada, por falta do limite quantitativo, não será possível verificar, em termos gerais e abstratos, se o requisito da proporção entre o comportamento proibido e a sanção respetiva se encontra observado.

⁵² Fls. 4919 da PNI do BCP; fls. 4210 da PNI da EDP; fls. 5280-verso da PNI da MCH; fls. 4553 da PNI da Sovenia.

⁵³ Fls. 4919 da PNI do BCP; fls. 4210-verso da PNI da EDP; fls. 5281 da PNI da MCH; fls. 4553-verso da PNI da Sovenia.

148. Segundo o BCP; a EDP; a MCH e a Sovena, não existe um parâmetro objetivo de determinabilidade da coima, uma vez que, ainda que a sanção seja determinável – através do apuramento da percentagem de 10% reportada ao volume de negócios verificado no ano anterior à publicação da Decisão condenatória da AdC –, a mesma não se encontra determinada.
149. A mesma norma também viola, segundo estas empresas, o princípio da legalidade quando se considera que o período de referência temporal a que se reporta a aplicação da taxa percentual de 10% para efeitos de apuramento da coima aplicável é feito por referência ao exercício imediatamente anterior à Decisão condenatória a proferir pela Autoridade.
150. Neste sentido, para o BCP; a EDP; a MCH e a Sovena, a circunstância da impossibilidade de conhecimento certo e preciso da sanção viola o princípio da legalidade e, por isso, é materialmente inconstitucional a norma fixada no artigo 69, n.º 2, da Lei da Concorrência.
151. Acresce, segundo o BCP; a EDP; a MCH e a Sovena, que a amplitude sancionatória – adotada no cálculo da coima por referência ao volume de negócios de todas as associadas de cada associação – resulta ser incompatível à luz do princípio da legalidade, revelando-se, o disposto no n.º 2 do artigo 69.º, inconstitucional por ofensa do princípio da legalidade da sanção, consagrado no n.º 1 e 3 do artigo 29.º da CRP, e dos princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados nos artigos 2.º e n.ºs 1 e 2 do artigo 111.º da CRP.
152. Acresce a alegação de que, ao determinar-se, como base de incidência para o cálculo da coima aplicável, o volume de negócios das associadas das visadas, sobre a qual incidirá a percentagem até 10%, o impacto real sobre a entidade visada excederá necessariamente o tido em vista, na medida em que se toma em consideração um valor que não integra a esfera patrimonial da entidade visada. *“Numa palavra: desconsidera-se a efetiva capacidade económica do agente condenado”*⁵⁴.
153. Segundo o BCP; a EDP; a MCH e a Sovena, *“enquanto critério de fixação da moldura abstrata, o volume de negócios, e especialmente o volume de negócios agregado no caso de uma associação de empresas, longe de refletir a real situação e disponibilidade financeira dos visados, extravasa-a e transcende-a [...] quer por referência à associação, quer por referência a cada um dos associados ditos responsáveis solidários, individualmente considerados”*⁵⁵.
154. Concluindo, as empresas referem que *“[...] o regime normativo convocado pela AdC poder levar à imposição da obrigação solidária de pagamento de uma coima calculada com base num período infracional dilatado no tempo, mesmo se e independentemente de o responsável solidário nada pudesse fazer nesse período de tempo para contrariar a infração que resulta na aplicação daquela coima, ou só pudesse em tese fazê-lo num período de tempo muito mais limitado do que aquele, designadamente por só num*

⁵⁴ Fls.4925 da PNI do BCP; fls. 4217 da PNI da EDP; fls. 5288 da PNI da MCH e fls. 4560-verso da PNI da Sovena.

⁵⁵ Fls.4926-verso da PNI do BCP; fls. 4218-verso da PNI da EDP; fls. 5289 da PNI da MCH e fls. 4562 da PNI da Sovena.

limitado espaço temporal ter assumido funções nos órgãos diretivos de associação de empresas visada pela AdC.

2.5.2. Apreciação da AdC

155. Conforme se demonstrará, não se verifica qualquer violação dos princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade por referência aos artigos 2.º, 111.º, 18.º, 29.º e 30.º da CRP.
156. Recorde-se, em primeiro lugar, que os preceitos citados da CRP são de aplicação direta e natural aos ilícitos de natureza criminal. Porém, distintamente, os ilícitos no processo em apreço, correspondem, como se sabe, a ilícitos contraordenacionais.
157. No que respeita aos ilícitos contraordenacionais, o artigo 2.º do RGCO – *princípio da legalidade “qua tale”* – compreende os princípios da não retroatividade (“*nullum crimen sine lege*”) e o da tipicidade (“*nulla poena sine lege*”).
158. Já no que se refere a ilícitos jusconcorrenciais, em concreto, e no que se refere à *ratio legis* do artigo 69.º, mormente do seu n.º 2, da Lei da Concorrência, a mesma prende-se, tão-só e naturalmente, com a preocupação do legislador em balizar o valor máximo da coima aplicável com a situação económica e atual dos visados pelo processo de contraordenação, e não com qualquer intenção de impedir que os visados possam determinar o montante máximo da coima aplicável.
159. Ou seja, verifica-se, desde logo, que, quer o tipo contraordenacional, quer os critérios de determinação do valor da coima e do seu limite máximo, já se encontravam previstos por lei anterior no momento da prática dos factos que são imputados às visadas, sendo, consequentemente, do conhecimento dos visados.
160. Acresce que, considerando que o n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência determina que se atenda até 10% do volume de negócios, constituindo este, assim, o limite máximo da coima aplicável, as empresas visadas e responsáveis solidárias sempre terão a possibilidade de conhecer a proporção máxima que a coima poderá representar na sua atividade^{56 57}, não podendo igualmente alegar o desconhecimento dos critérios a considerar na determinação concreta da coima (nos termos do n.º 1 do artigo 69.º da Lei da Concorrência), porquanto, segundo o disposto no referido artigo 69.º, são mencionados pela AdC na Nota de Ilicitude: a gravidade da infração, a duração da mesma e o grau de participação das visadas, entre outros.
161. Em qualquer caso, e para que não restassem dúvidas a esse respeito, a Autoridade refere expressamente no parágrafo 251 da Nota de Ilicitude que: “[n]a determinação da medida da coima a Autoridade utilizará a metodologia adotada nas suas linhas de

⁵⁶ Cf. Sentença do TCRS de 20.10.2016 – proc. n.º 36/16.0YUSTR – pp. 291-292, confirmada no Acórdão do TRL de 14.07.2017, pp. 239-269.

⁵⁷ Cf. a decisão sumária do TC n.º 216/2016 analisou a questão na sua fundamentação a propósito do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão e confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respetivamente: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>.

orientação sobre aplicação de coimas, nos termos do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, considerando, entre outros, os critérios a seguir referenciados, por força do n.º 1 da mesma disposição”.

162. Por outras palavras, e ainda que, num primeiro momento, o limite máximo possa não estar determinado, a verdade é que o mesmo, por força do preceito em causa, é sempre determinável por referência ao volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão de condenação da AdC, concedendo-se ao visado, desde logo, os mínimos necessários para conformar a sua margem de ação e conhecer as consequências do desrespeito dessa obediência legal⁵⁸ ⁵⁹.
163. A este respeito importa desde logo referir que no acórdão do TRL de 14.6.2017⁶⁰, este tribunal rejeitou o entendimento vertido no acórdão do mesmo Tribunal, de 11.3.2015⁶¹ (citado pelas responsáveis solidárias) e afirmou expressamente que a norma equivalente ao artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade. Nas palavras do TRL, “o facto de a lei [...] assegurar [às empresas] que a coima terá como limite 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à condenação pela AdC – que reflete, com o mínimo de segurança, a sua situação económica mais atual – é, salvo melhor entendimento, suficiente para as empresas se autodeterminarem no momento da prática do facto”⁶². Aplicando-se este entendimento, *mutatis mutandis*, à conduta das associações de empresas.
164. Acrescenta ainda o TRL, citando o tribunal *a quo*:

“Quanto à possibilidade desse limite estar sujeito à variação no tempo ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e da própria complexidade do processo, note-se que há critérios de determinação da medida das sanções que também estão sujeitos a variações temporais. E, no entanto, são necessários para que a sanção seja apta a cumprir as finalidades punitivas que lhes estão subjacentes no momento em que é aplicada. Tal como sucede, no caso, com a fixação do limite de 10% em função da situação económica mais atual do visado no momento da condenação pela AdC.

E, por fim, quanto à possibilidade de manipulação intencional do limite máximo da coima pela AdC é uma hipótese que não pode ser equacionada ou aceite em termos gerais. Com efeito, pese embora se admita que um sistema, de acordo com a moderna conceção de garantismo, não pode depender das supostas ‘boas qualidades’ das pessoas que o integram, sendo necessário introduzir garantias adicionais, sobretudo quando estão em causa matérias em que as “fragilidades humanas” mais se podem

⁵⁸ Cf. Acórdão do TC n.º 466/12, proc. n.º 248/12 – 2.ª Secção: respeitante à distinção entre limites do processo penal e do processo contraordenacional que consente num nível de indeterminação menos exigente, *in casu*, no regime jurídico da concorrência. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120466.html>.

⁵⁹ Sentença proferida em 04.01.2016, no âmbito do proc. n.º 102/15.9YUSTR.

⁶⁰ Processo n.º 36/16.0YUSTR.L1 – 3.ª Secção, pp. 250 e 251, ainda não publicado.

⁶¹ Processo 204/13.6YUSTR.L1-3.

⁶² Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.6.2017, processo n.º 36/16.0YUSTR.L1 – 3.ª Secção, p. 260, ainda não publicado.

manifestar, o certo é que o volume de negócios do visado é algo que a AdC não pode controlar” (sublinhados no original).

165. Ademais, além de estabelecer o limite máximo abstrato da coima – correspondente a 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas realizado no ano imediatamente anterior à decisão final (o que se encontra expressamente fixado pelo legislador e, por consequência, determinável) – o n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 estabelece ainda um rol (não exaustivo) de critérios que a AdC deve ponderar na determinação do montante concreto da coima a fixar.
166. Refira-se, neste contexto, que, na Nota de Ilícitude que foi notificada às visadas e responsáveis solidárias, a Autoridade começou justamente por indicar qual a medida legal da coima abstratamente aplicável, atendendo necessariamente aos critérios estipulados na Lei da Concorrência para a determinação da medida concreta da coima em total conformidade com as Linhas de Orientação definidas e publicadas pela Autoridade sobre a aplicação de coimas, por força do disposto no n.º 8 do artigo 69.º da referida Lei da Concorrência.
167. Mas vejamos a que obedece o cumprimento do disposto no artigo 69.º da Lei da Concorrência, mormente, o disposto nos seus n.ºs 2 e 8.
168. Os critérios estipulados na Lei da Concorrência e nas Linhas de Orientação visam assegurar maior precisão, previsibilidade e segurança jurídica ao processo de determinação de coimas em obediência ao princípio da legalidade, sem prejuízo da manutenção da amplitude necessária à adaptação da coima às circunstâncias do caso concreto, à luz dos princípios da adequação e proporcionalidade, os quais são invariável e necessariamente aplicados ao caso concreto no momento da adoção da Decisão Final.
169. Em rigor, apenas quando da adoção de uma Decisão Final é que importa aplicar os referidos critérios. A precisão e previsibilidade conferidas pela Lei da Concorrência e que necessariamente devem balizar a determinação do montante da coima, não poderiam em circunstância alguma ficar especificamente determinadas ou ficar concretamente cristalizadas no momento da Nota de Ilícitude. Tal interpretação é que seria inequívoca e manifestamente inconstitucional por grosseiramente impedir ou limitar, desde logo, o direito de defesa dos visados que contam com a oportunidade de se pronunciarem sobre a Nota de Ilícitude para ajudar a formar a convicção junto da Autoridade de que os seus argumentos são válidos e terão de ser devidamente ponderados para efeitos de determinação da medida concreta da coima, em sede de Decisão Final.
170. Portanto, a precisão e previsibilidade conferidas, pela Lei da Concorrência e pelas Linhas de Orientação já identificadas, legitimam o processo de determinação da medida da coima por parte da Autoridade, o qual termina com a ponderação de todos os elementos constantes dos autos relevantes para a determinação da coima, recolhidos tanto na fase de inquérito, como de instrução, no momento da Decisão Final, depois do pleno exercício de defesa por parte dos visados.
171. Tal processo não padece de qualquer vício e nem poderia padecer. Pelo contrário, tal processo assegura que as visadas (e responsáveis solidárias) têm, todas e até ao momento da Decisão Final, o direito à defesa, a qual, no limite, poderá contrariar os

factos enunciados na Nota de Illicitude e culminar na adoção de uma Decisão de Arquivamento por parte da Autoridade da Concorrência.

172. Resulta, pois, claro que o (n.º 2 do) artigo 69.º da Lei da Concorrência não viola o princípio da determinação da coima tal como previsto no n.º 1 do artigo 30.º da CRP, não merecendo a Nota de Illicitude qualquer correção também nesta matéria.
173. Adicionalmente, faz-se notar, a este respeito, a posição assumida pelo TC que, através da Decisão Sumária n.º 216/2016, de 14.04.2016⁶³, decidiu não julgar inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, no que se refere à amplitude da moldura sancionatória entre a medida mínima e a medida máxima da coima, considerando a diferenciação entre a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito penal que não ocorre no direito contraordenacional, sem prejuízo do respeito pelo princípio da tipicidade.
174. Importa ainda sublinhar, em resposta ao alegado por algumas das empresas visadas e responsáveis solidárias, a natureza não exaustiva do disposto no n.º 1 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, o qual refere expressamente que “[n]a determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios [...]”, o que, portanto, não exclui a eventual ponderação de outros que não estejam tipificados na lei e que se revelem necessários para este efeito, nomeadamente, determinados pelos elementos trazidos aos autos pelos visados nas respetivas PNI.
175. Quanto à alegada inconstitucionalidade material por violação do princípio da proporcionalidade, cumpre referir que a AdC perfilha o entendimento do TRL – aplicável, *mutatis mutandis*, à factualidade dos presentes autos, isto é, ao limite máximo da coima aplicável a uma associação de empresas – segundo o qual o artigo 69.º, n.º 2, da Lei nº 19/2012 “não viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art.º 18.º da CRP) e do princípio da culpa (art.º 1.º da CRP)”.⁶⁴
176. Por outro lado, quanto à alegada inconstitucionalidade material por violação do princípio da igualdade, refira-se o entendimento do Tribunal Constitucional, na decisão sumária n.º 216/2016, tal como citado pelo TRL naquele acórdão: “Ao mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que é tida em conta a situação particular de cada empresa, o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa”.⁶⁵
177. Acrescentou ainda o TRL, citando o TCRS, que “os fundamentos supra exarados são igualmente aplicáveis à consideração do volume de negócios no ano anterior à decisão de condenação pela AdC, fundamentos esses que se partilham”.⁶⁶

⁶³ Cf. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão. Confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respetivamente:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>.

⁶⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.6.2017, processo n.º 36/16.0YUSTR.L1 – 3.ª Secção, p. 266, ainda não publicado.

⁶⁵ *Idem*, p. 267.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 268.

178. Por fim, também improcede o argumento de que o resultado líquido seria o melhor critério para determinar a sua capacidade de pagamento, ao invés do volume de negócios, conforme estipulado pelo n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, pelos seguintes motivos.
179. Em primeiro lugar, o lucro de uma empresa não consubstancia um valor suficientemente objetivo, existindo diversas maneiras de chegar à parcela lucro e isso feriria a objetividade e previsibilidade que o legislador tentou assegurar.
180. Acresce que, a infração cometida pela empresa tem diretamente expressão, em primeira análise, no volume de negócios da empresa, sendo o resultado líquido um valor dependente de muitos outros fatores.
181. Deste modo, conclui-se que o volume de negócios é o critério mais objetivo e previsível para efeitos de determinação dos benefícios resultantes da infração em causa, sendo que, reitere-se, a AdC sempre se mantém vinculada aos critérios estabelecidos no artigo 69.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, para a determinação da medida concreta da coima, estando nomeadamente obrigada a ter em conta a situação económica do visado (alínea g).
182. Em face do exposto, e em conclusão, resulta que o artigo 69.º da Lei da Concorrência, mormente os seus n.ºs 1 e 2, não violam o previsto nos artigos da CRP invocados, não se identificando assim quaisquer inconstitucionalidades dos mesmos.

2.6. Da alegada violação da liberdade de associação

2.6.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

183. A este respeito, a Niusistemas e a Nossa argumentam que “(...) ainda que a AdC considere que a Regra n.º 4, analisada de forma isolada, o que não se concebe, é, por si só, enquadrável no conceito de prática restritiva da concorrência, tal como previsto no n.º 1 do artigo 9.º do RJC (...)” estaria a AdC “(...) a colocar em causa quer o Princípio Fundamental do Estado de Direito democrático, coartando a realização da democracia económica dos cidadãos, violando o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa e, bem assim, o artigo 46.º do referido diploma legal, porquanto há claramente uma interferência do poder público no exercício livre e constitucionalmente consagrado do prosseguimento dos fins da APAP e que são, entre outros, os de contribuir para o desenvolvimento da atividade empresarial (...)”⁶⁷.
184. Sobre esta matéria, pronuncia-se também a APAP, referindo que “[o] prosseguimento deste processo e uma decisão condenatória seria o anúncio do fim destas e doutras associações e um golpe fatal para o movimento associativo e, portanto, para a liberdade de associação”⁶⁸.

⁶⁷ Cf. fls. 3281 e 3282 - parágrafos 30 e 31 da PNI conjunta da Nossa e da Niusistemas.

⁶⁸ Cf. fls. 2328 – parágrafo 484 da PNI da APAP.

185. Por outro lado, algumas das associadas da APAN⁶⁹ sustentam que, caso a AdC adotasse uma interpretação do artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012 que considerasse que o comportamento de uma associação correspondente à elaboração, aprovação e divulgação de um Guia inspirado nas boas práticas a nível internacional, tal constituiria uma restrição à liberdade de associação, constitucionalmente prevista.
186. A Brandkey, por sua vez, argumenta que “(...) a eventual reclamação do pagamento solidário de uma eventual coima aplicada à Brandkey (...) colocaria irreversivelmente em causa o direito de associativismo, constitucionalmente consagrado”⁷⁰.
187. Acrescenta ainda a Brandkey que, neste caso, “(...) estaríamos perante uma insanável contradição de regimes, sendo que nunca mais qualquer empresa aceitaria fazer parte dos órgãos diretivos de qualquer associação, até pelo facto de, pela própria natureza de qualquer associação, sempre os poderes decisivos individuais serem manifestamente reduzidos”⁷¹.
188. Por outro lado, algumas das associadas da APAN⁷² invocam que o n.º 8 do artigo 73.º, conforme interpretado pela AdC, de forma que as empresas cujos representantes tenham sido titulares do órgão de Direção de uma associação de empresas respondem solidariamente pelo pagamento de coimas relativas a decisões que constituem infrações adotadas num momento anterior ao exercício do respetivo cargo, implica uma oneração excessiva de cada empresa no sentido de investigar toda a atividade prévia da associação desde a sua constituição, o que levaria a que os cargos de Direção das associações ficassem por preencher e as associações ficassem impedidas de prosseguir os seus fins, conduzindo a uma restrição inconstitucional da liberdade de associação.

2.6.2. Apreciação da AdC

189. Ainda que esteja sempre em causa uma alegada violação da liberdade de associação consagrada no artigo 46.º da CRP, distinguem-se dois tipos de argumentos de entre os acima descritos que foram invocados nas PNI.
190. Por um lado, argumenta-se que, caso a AdC interpretasse o n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 de um determinado modo, essa norma seria inconstitucional à luz do artigo 46.º da CRP; por outro lado, sustenta-se que o regime de responsabilidade solidária do n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência, ao implicar uma oneração excessiva aos titulares dos órgãos diretivos das associações de empresas, faria com os que os cargos de Direção destas últimas ficassem por preencher, levando a que as associações ficassem impedidas de prosseguir os seus, conduzindo deste modo a uma violação do artigo 46.º da CRP.

⁶⁹ As associadas da APAN que suscitaron a inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 9.º em virtude da violação do princípio da liberdade de associação foram as seguintes: CTT (fls. 5596 – 5600), ECI (fls. 6115), MEO (fls. 5995 – 5997), Super Bock (fls. 6076 – 6077), Sogrape (fls. 5974) e SEAT (fls. 5695 – 5696). Neste sentido se pronunciou também a própria APAN (fls. 5814).

⁷⁰ Cf. fls. 3349 - parágrafo 97 da PNI da Brandkey.

⁷¹ Cf. fls. 3349 e 3350 - parágrafo 98 da PNI da Brandkey.

⁷² As associadas da APAN que suscitaron a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º em virtude da violação do princípio da liberdade de associação foram as seguintes: CTT (fls. 5596 – 5600), MEO (fls. 5995 – 5997), Vodafone (fls. 5661 – 5663), S+C (fls. 5721 – 5722) e SEAT (fls. 5695 – 5696).

191. Quanto à primeira alegação, a AdC, na presente Decisão, não interpreta o n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 da forma descrita nas PNI *supra* citadas, pelo que a inconstitucionalidade invocada fica por esta via desde logo afastada.
192. Sem prejuízo, importa salientar que as associações de empresas não podem ser excluídas do âmbito de aplicação das regras da concorrência por mero efeito deste princípio constitucional: há que destingir entre a liberdade de associação e a prossecução, através de uma associação, de fins ilícitos. A liberdade de associação não pode permitir a prossecução, pelo objeto estatutário ou por outra via, de atividades ilícitas por parte de quaisquer associações, independentemente da sua natureza ou composição.
193. A este respeito, cite-se o Sentença do Tribunal de Comércio, no caso *ANEPE c. AdC*, de 29.05.2012⁷³: “*Alega a arguida no seu recurso de impugnação sob a epígrafe “preterição de outros direitos fundamentais”, que assume no caso dos autos particular relevância a liberdade de associação, considerada como direito, liberdade e garantia, que beneficia do regime geral dos direitos fundamental previsto nos arts. 17 e 18 da CRO que terá que considerar a atuação da ANEPE, no desenvolvimento da atividade legítima de associação. (...)*
194. *Nos termos do n.º 2 do artigo 46 da CRP, as associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas atividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial*
195. *Ora, o facto de a AdC ter considerado a carta que a ANEPE dirigiu aos membros da associação uma comunicação em relação a alterações legislativas como “recomendação” configurável como uma infração às regras da concorrência, não viola a liberdade de associação constitucionalmente consagrada. Tal só configurará uma restrição à atividade legítima das associações se, de facto, tal prática for legítima; se se compreender no prosseguimento dos seus fins e não constituir um ilícito, nomeadamente contraordenacional, e em concreto uma prática proibida pelo artigo 4.º da LdC*⁷⁴.
196. Quanto ao segundo tipo de argumento invocado para sustentar a violação da liberdade de associação, relacionado com uma oneração excessiva dos titulares dos órgãos diretivos das associações de empresas, que alegadamente faria com os que os cargos de Direção destas últimas ficassem por preencher, os motivos pelos quais o mesmo deve ser rejeitado resultam já do exposto nas seções precedentes, recuperando-se nesta sede, de forma sintética, os pontos fundamentais do raciocínio que o justifica, remetendo-se, quanto ao remanescente, para tudo o que já foi referido *supra*.
197. Conforme confirmado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdão 561/2011 e Acórdão 180/2014⁷⁵), os membros dos órgãos diretivos de uma pessoa coletiva assumem uma especial responsabilidade pela atividade desenvolvida pelas mesmas.

⁷³ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 29.05.2012, *ANEPE c. AdC*, Proc. 349/11.7TYLSB – pág.41.

⁷⁴ Neste sentido, cf. também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.12.2011, *A IPL c. AdC*, Proc. 178/09.8TYLSB.L1 – pág. 29.

⁷⁵ Citados *infra* no parágrafo 229.

198. Deste modo, é exigível que os titulares de órgãos de Direção de uma associação de empresa (i) tenham conhecimento das regras da concorrência relevantes, (ii) diligenciem no sentido de obter conhecimento de eventuais práticas ilegais levadas a cabo pela associação, e (iii) caso concluam que se encontra uma prática ilegal em curso, a ela se oponham por escrito.
199. E esta exigência de um especial dever de cuidado que recai sobre os titulares de órgãos de Direção de uma associação de empresa, afigura-se adequada, razoável e não excessiva, no âmbito de uma cultura empresarial que se pretende respeitadora das regras de defesa da concorrência, bem jurídico constitucionalmente tutelado, ainda para mais em face do potencial de risco que associações de empresas apresentam em matéria jusconcorrencial.
200. De resto, quanto à concreta alegação que agora se refuta, sempre se dirá que o pressuposto na qual a mesma se baseia, de que os cargos de Direção das associações ficarão por preencher, levando a que as associações fiquem impedidas de prosseguir os seus fins, não tem qualquer suporte em fundamentos suscetíveis de efetiva averiguação, relevando-se especulativa, senão mesmo de teor alarmista, implicando, em última análise, que, por mera ação do artigo n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, todo o associativismo em Portugal estaria ameaçado de forma severa, o que manifestamente não procede.
201. À luz do exposto, importa concluir pela inexistência de qualquer inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 face ao princípio da liberdade de associação, prevista no artigo 46.º da CRP.

2.7. Da não inconstitucionalidade do artigo 73.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012

202. Antes de se analisar as questões concretas suscitadas nas PNI a propósito da pretensa inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, em 2.7.1 *infra*, faz-se algumas considerações preliminares, para efeitos de contextualização dessa mesma análise, quanto às características das associações de empresas, sua relação com as associadas, fundamento da proibição de determinadas decisões por estas adotadas, e respetivas implicações na medida abstrata da coima aplicável à infração *sub judice* na presente Decisão.
203. Por outro lado, também a título de nota preliminar, estabelecendo o n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 a responsabilidade solidária das empresas cujos representantes, ao tempo da infração, eram membros do órgão diretivo da associação de empresas, pelo pagamento de coimas aplicadas à associação, e nunca tendo esta norma sido sujeita a uma apreciação quanto à sua pretensa inconstitucionalidade, seja pelo Tribunal Constitucional, seja pelos restantes tribunais, indicar-se-ão, em 2.7.2 *infra*, de forma sintética, os acórdãos mais relevantes do Tribunal Constitucional quanto a normas com contornos semelhantes existentes no ordenamento jurídico português, dos quais se podem retirar ilações relevantes para a análise a realizar a propósito da norma *sub judice*.

2.7.1. Da natureza da associação de empresas e sua relação com as empresas associadas

204. As associações de empresas assumem um importante e relevante papel na economia: a título de exemplo, podem servir como fóruns de representação dos interesses das empresas perante poderes públicos e privados, desenvolver funções de auto-regulação ou permitir a definição de boas práticas e padrões de qualidade para a atividade a desenvolver pelas empresas suas associadas.
205. No entanto, as associações de empresas comportam também relevantes riscos jusconcorrenciais, em virtude do contexto institucional apropriado que proporcionam para o desenvolvimento de estratégias comerciais comuns das empresas.
206. Por este motivo, as associações de empresas são destinatárias preferenciais das regras de defesa da concorrência, tendo o legislador expressamente colocado o conceito de “*decisões de associações de empresas*” ao mesmo nível dos acordos entre empresas e das práticas concertadas entre empresas, enquanto restrições concorrenciais típicas, proibidas pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência.
207. Dito isto, as associações de empresas, sem prejuízo de constituírem uma entidade jurídica autónoma, têm tipicamente como propósito principal a defesa dos interesses das empresas que são suas associadas, conforme sucede no caso da APAP.
208. Deste modo, não será de estranhar que a atuação das associações de empresas seja, na generalidade dos casos, conformada e determinada pelas empresas suas associadas, *maxime* nos casos como o da APAP, em que o órgão direutivo é composto por representantes de determinadas empresas associadas.
209. Por outro lado, apesar da sua personalidade jurídica distinta, as associações de empresas não têm normalmente uma estrutura humana e organizacional de relevo, em funcionamento de forma permanente e autónoma em relação às empresas associadas.
210. Acresce que se afigura expectável que as associações de empresas, de forma geral, não tenham um volume de negócios significativo, uma vez que o seu propósito não é em regra a prossecução do lucro ou sequer de uma atividade económica autónoma, mas tão-somente a defesa dos interesses das suas associadas, de cujas contribuições dependem, na maioria dos casos, para a prossecução da respetiva finalidade.
211. Por estas razões, o facto de as associações de empresas terem uma personalidade jurídica distinta e autónoma das suas associadas, deve ser tido em conta, para os efeitos de uma análise jusconcorrencial, com a devida ponderação, de modo a garantir uma avaliação adequada do substrato económico relevante, independentemente da específica configuração jurídica adotada.
212. De facto, relembre-se que o próprio fundamento de as associações de empresas serem destinatários preferenciais das normas jusconcorrenciais reside no potencial das mesmas para servir de veículo mediante o qual as empresas associadas coordenem ou condicionem a sua conduta no mercado por meio de uma entidade terceira.

213. Com efeito, a *ratio legis* da proibição de determinadas decisões de associações de empresas consiste em garantir o efeito útil da proibição da coordenação de comportamentos empresariais, permitindo abranger não apenas as situações em que as empresas entre si, de forma concertada ou através de um plano de ação comum, condicionam ou articulam, de forma artificial, comportamentos individuais no mercado (acordos e práticas concertadas), como também os casos em que o fazem através de uma *proxy*, ou seja, através de uma estrutura ou organização autónoma das empresas que a constituem (decisões de associações de empresas).
214. O contrário seria admitir que decisões de associações de empresas que camuflassem acordos entre empresas ou outras práticas colusivas, exteriorizadas de forma a justificar uma adesão às mesmas por parte das associadas, fossem desconsideradas como infrações jus-concorrenciais, tão-somente pelo facto de não serem decisões exteriorizadas pelas próprias empresas.
215. Dito isto, para que exista uma decisão de associação de empresas enquadrável no âmbito do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE, deverá verificar-se uma exteriorização de uma vontade imputável objetivamente à associação, da qual resulta uma intenção ou objetivo de coordenar (ou determinar) os comportamentos comerciais das suas associadas, e que essa exteriorização seja adequada a tais fins, igualmente em termos objetivos e de potencialidade causal.
216. Daqui resulta que, apesar da personalidade jurídica distinta, uma decisão de uma associação de empresas será ilícita na medida em que seja suscetível de condicionar ou alinhar, de forma artificial, por razões estranhas ao normal funcionamento do mercado, a conduta comercial das empresas suas associadas.
217. O que evidencia a razão pela qual, quando da verificação de uma decisão de associação de empresas restritiva da concorrência à luz do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE, a medida abstrata da coima aplicável, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, tenha como limite máximo 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas da associação, e não 10% do volume de negócios da própria associação.
218. De facto, da mesma forma que, em face de um acordo nos termos do qual duas empresas concordaram em restringir a respetiva atividade concorrencial no mercado de forma ilícita, cada uma delas pode ser objeto de uma coima que tem como limite máximo 10% do respetivo volume de negócios;
219. Em face de uma decisão de associação de empresas suscetível de alinhar de forma ilícita a conduta comercial dos seus diversos membros, a medida abstrata da coima, de modo a assegurar a respetiva correspondência com as empresas abrangidas pela restrição ilegal, deve ter como limite máximo 10% do volume de negócios agregado das associadas da associação.
220. Com efeito, este regime legal revela-se adequado e proporcional, uma vez que, apesar de as associações de empresas tipicamente não terem um volume de negócios significativo, as decisões por si adotadas são suscetíveis de condicionar de forma ilícita a conduta concorrencial no mercado de um universo de empresas – as suas associadas –, que pode constituir uma parte significativa ou mesmo a totalidade de um determinado setor da economia, representando desta forma um risco jusconcorrencial que não tem correspondência no volume de negócios da associação, estando, isso

sim, relacionado com o peso e dimensão conjunto das associadas no mercado, por sua vez refletido nos seus volumes de negócios aferidos de forma agregada.

2.7.2. Jurisprudência do Tribunal Constitucional

221. Conforme acima referido, o n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 nunca foi objeto de apreciação quanto à sua conformidade com a Constituição, seja pelo Tribunal Constitucional, seja pelos tribunais inferiores⁷⁶.
222. Deste modo, na ausência de precedentes jurisdicionais quanto à norma *sub judice*, faz-se referência na presente secção a alguns dos acórdãos mais relevantes do acervo jurisprudencial do Tribunal Constitucional para efeitos da contextualização da análise que se realiza na presente Decisão quanto à constitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.
223. De salientar que a grande maioria dos acórdãos referidos abaixo são mencionados nas PNI recebidas relativamente à Nota de Ilícitude. No entanto, os mesmos são muitas vezes citados nas PNI fora de contexto. Deste modo, o propósito do resumo que se segue, organizado de forma cronológica e por ramos de direito, é o de fornecer uma visão global e integrada da jurisprudência em causa.
224. Sem prejuízo do atrás dito, note-se que na presente secção é feita apenas uma referência sumária a cada um dos acórdãos, designadamente indicando a sequência cronológica dos mesmos e as normas em causa. Pretende-se, deste modo, que quando da apreciação do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 à luz de cada princípio constitucional específico, sempre que um destes acórdãos seja citado, o mesmo possa ser tido em conta considerando este enquadramento.
225. Assim, numa primeira fase, o Tribunal Constitucional pronunciou-se em diversas ocasiões quanto à não constitucionalidade de normas que impõem responsabilidade subsidiária a administradores e gerentes por coimas aplicadas a pessoas coletivas em processo de contraordenação por infrações fiscais.
226. Concretamente, as disposições legais em causa nestes arrestos são o n.º 1 do artigo 7.º-A do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA)⁷⁷ e o n.º 1

⁷⁶ Assim como o artigo correspondente da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, ou seja, o artigo 47.º, n.º 4: “As empresas que integrem uma associação de empresas que seja objeto de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos previstos nos artigos 43.º e 46.º, são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima.”

⁷⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de janeiro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de novembro. A norma em questão estabelece o seguinte:

“Artigo 7.º-A - Responsabilidade civil subsidiária

1 - Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam funções de administração em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis, em caso de insuficiência do património destas, por si culposamente causada, nas relações de crédito emergentes da aplicação de multas ou coimas àquelas entidades referentes às infrações praticadas no decurso do seu mandato.

2 - Se forem várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade.”

do artigo 8.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT)⁷⁸, que revogou e substitui o RJIFNA.

227. A este respeito, o Tribunal Constitucional, no Acórdão 129/2009⁷⁹, começou por se pronunciar no sentido da não constitucionalidade do n.º 1 do artigo 8.º do RGIT, refutando estar em causa uma violação dos princípios da proibição de transmissão das penas e da presunção de inocência.
228. No entanto, pouco tempo depois, no Acórdão 481/2010⁸⁰, a propósito do n.º 1 do artigo 7.º-A do RJIFNA⁸¹, o Tribunal pronunciou-se no sentido da constitucionalidade da norma, não por violação do princípio da intransmissibilidade das penas, mas sim por violação dos princípios da culpa, igualdade e proporcionalidade.
229. Perante a divergência de julgados verificada⁸², foi requerida a intervenção do Plenário do Tribunal Constitucional, que proferiu os Acórdãos 437/2011⁸³ e 561/2011⁸⁴, nos quais, ainda que com alguns votos de vencido, foi declarada, com efeito uniformizador de jurisprudência, a não constitucionalidade das normas, recorrendo-se, no essencial, à argumentação do Acórdão 129/2009⁸⁵.
230. Outra disposição legal em matéria de legislação fiscal sobre a qual o Tribunal Constitucional foi chamado por diversas vezes a pronunciar-se, e que apresenta algumas semelhanças com o n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência, foi o n.º 7 do

⁷⁸ Aprovado pela Lei nº 15/2001, de 5 de junho. A norma em questão estabelece o seguinte:

“Artigo 8.º - Responsabilidade civil pelas multas e coimas

1 – Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas coletivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são subsidiariamente responsáveis:

a) Pelas multas ou coimas aplicadas a infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa coletiva se tornou insuficiente para o seu pagamento;

b) Pelas multas ou coimas devidas por factos anteriores quando a decisão definitiva que as aplicar for notificada durante o período do exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.”

⁷⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 129/2009, de 12.03.2009, Processo 649/08, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁸⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 481/2010, de 09.12.2010, Processo 506/09, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁸¹ De notar que o n.º 1 do artigo 7.º-A do RJIFNA e o n.º 1 do artigo 8.º do RGIT, no que releva para a presente análise, suscitam essencialmente as mesmas questões em sede de aferição da respetiva conformidade com os preceitos constitucionais relevantes.

⁸² De notar que se verificou uma divergência de julgados tanto quanto ao n.º 1 do artigo 7.º-A do RJIFNA como quanto ao n.º 1 do artigo 8.º do RGIT, o que deu origem a dois acórdãos de uniformização de jurisprudência: o Acórdão 437/2011 pronunciou-se sobre o n.º 1 do artigo 8.º do RGIT, e o Acórdão 561/2011 pronunciou-se sobre o artigo 7.º-A do RJIFNA.

⁸³ Acórdão n.º 437/2011 do Tribunal Constitucional, de 03.10.2011, Processo 206/10, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, sobre o n.º 1 do artigo 8.º do RGIT.

⁸⁴ Acórdão n.º 561/2011 do Tribunal de Constitucional, de 22.11.2011, Processo 509/09, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, sobre o artigo 7.º-A do RJIFNA.

⁸⁵ A este respeito, de referir ainda que, no Acórdão n.º 249/12 do Tribunal Constitucional, decidiu-se que o entendimento no Acórdão n.º 561/2011 seria transponível para o caso, também previsto no n.º 1 do artigo 8.º do RGIT, em que esteja em causa a responsabilidade subsidiária pelas multas aplicáveis às pessoas coletivas (cf. Acórdão 249/2012 do Tribunal Constitucional, de 22.05.2012, Processo n.º 789/11, disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

artigo 8.º do RGIT, que prevê a responsabilidade solidária pelo pagamento de coimas ou multas para quem colaborar dolosamente na prática de infração tributária⁸⁶.

231. Assim, no Acórdão 1/2013⁸⁷ o Tribunal considerou que, no caso em concreto sob análise, não estava em causa uma transmissão de responsabilidade penal, mas a violação do princípio *ne bis in idem*⁸⁸.
232. No entanto, no Acórdão 297/2013⁸⁹, o Tribunal declarou a norma inconstitucional por violação do princípio da proibição da transmissão da responsabilidade penal, salientando, entre outros fatores, a natureza pessoalíssima das sanções penais.
233. Por fim, no Acórdão 171/2014⁹⁰, o Tribunal Constitucional pronunciou-se, com força obrigatória geral, sobre esta matéria, confirmando as suas conclusões no Acórdão 297/2013, e declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 8.º, n.º 7, do RGIT, na parte em que se refere à responsabilidade solidária dos gerentes e administradores de uma sociedade que hajam colaborado dolosamente na prática de infração pelas multas aplicadas à sociedade, por violação do n.º 3 do artigo 30º da Constituição.
234. Importa, no entanto, salientar que os Acórdãos 1/2013, 297/2013 e 171/2014 se pronunciaram apenas sobre casos em que estava em causa responsabilidade criminal, e não responsabilidade contraordenacional.
235. Por sua vez, em matéria de legislação laboral, o Tribunal Constitucional foi chamado em diversas ocasiões a pronunciar-se sobre o n.º 3 do artigo 551.º do Código do Trabalho, que prevê a responsabilidade solidária dos administradores, gerentes ou diretores por coimas aplicadas à pessoa coletiva por contraordenações laborais⁹¹.

⁸⁶ A norma dispõe que “[q]uem colaborar dolosamente na prática de infração tributária é solidariamente responsável pelas multas e coimas aplicadas pela prática da infração, independentemente da sua responsabilidade pela infração, quando for o caso.”

⁸⁷ Acórdão 1/2013 do Tribunal Constitucional, de 09.01.2013, Processo n.º 373/2012, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁸⁸ No que respeita à justificação da violação do princípio *ne bis in idem*, a mesma está relacionada com os contornos específicos do caso sobre o qual o tribunal se pronunciou. Cf. o texto do acórdão para mais informação a este respeito.

⁸⁹ Acórdão 297/2013 do Tribunal Constitucional, de 28.05.2013, Processo 495/2011, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁹⁰ Acórdão 171/2014 do Tribunal Constitucional, de 18.02.2014, Processos n.º 1125 e 1126/2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁹¹ Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. A norma estabelece o seguinte: “Artigo 551.º - Sujeito responsável por contraordenação laboral

1 – O empregador é o responsável pelas contraordenações laborais, ainda que praticadas pelos seus trabalhadores no exercício das respetivas funções, sem prejuízo da responsabilidade cometida por lei a outros sujeitos. (...)

3 – Se o infrator for pessoa coletiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com aquela, os respetivos administradores, gerentes ou diretores.”

236. Assim, no Acórdão 180/2014⁹², o Tribunal, depois de fazer uma síntese da sua jurisprudência sobre normas similares do ordenamento jurídico português⁹³, pronunciou-se pela constitucionalidade da norma, baseando-se, em primeiro lugar, no facto de o princípio da culpa em matéria de contraordenações não revestir o mesmo sentido que em matéria criminal e, em segundo lugar, relevando que a responsabilidade solidária prevista no n.º 3 do artigo 551.º do Código de Trabalho possui uma dimensão civilística, como mera garantia de satisfação da sanção pecuniária.
237. Por sua vez, no Acórdão n.º 201/2014⁹⁴, o Tribunal Constitucional, chamado de novo a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do n.º 3 do artigo 551.º do Código de Trabalho, chegaria à mesma conclusão, ainda que com fundamentação em alguns aspetos diversa.
238. Nesta ocasião, o Tribunal Constitucional realiza uma análise aprofundada da sua jurisprudência até à data em matéria de aplicação de princípios constitucionais com relevo em matéria penal no domínio contraordenacional, à qual recorreremos sempre que pertinente no âmbito da presente análise, dada a sua relevância para análise da constitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.
239. Feita esta introdução, analisam-se de seguida as questões suscitadas nas PNI quanto à pretensa inconstitucionalidade do artigo n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.
240. A análise da alegada inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º será efetuada tendo em conta não só o alegado pela visada APAP e pelas responsáveis solidárias para efeitos da presente Decisão, mas também pela APAN e pelas associadas da APAN que se pronunciaram sobre a Nota de Ilicitude.

2.7.3. Da alegada violação do direito a um processo justo e equitativo

2.7.3.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

241. Sobre esta matéria, invocam algumas das associadas da APAN⁹⁵ que a notificação para o exercício do direito de defesa das responsáveis solidárias decorre de uma atuação discricionária da AdC que não tem enquadramento legal expresso.

⁹² Acórdão 180/2014 do Tribunal Constitucional, de 26.02.2014, Processo 240/2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁹³ São mencionados os acima referidos acórdãos 437/2011 e 561/2011 (n.º 1 do artigo 7.º-A do RJIFNA e n.º 1 do artigo 8.º do RGIT), 249/2012 (aplicação do Acórdão 561/2011 ao n.º 1 do artigo 8.º quando esteja em causa responsabilidade criminal) e 171/2014 (a propósito do n.º 7 do artigo 8.º do RGIT).

⁹⁴ Acórdão 201/2014 do Tribunal Constitucional, de 03.03.2014, Processo 70/2012, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁹⁵ As associadas da APAN que suscitaron a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º em virtude da violação do direito a um processo justo e equitativo foram as seguintes: MCH (fls. 5272), BCP (fls. 4911), EDP (fls. 4201 - 4202), Sovena (fls. 4544), Super Bock (fls. 6070 e 6071), CTT (fls. 5598 - 5600), ECIGA (fls. 6109 e 6110), MEO (fls. 5995 - 5997) e Vodafone (fls. 5660 e 5661). Neste sentido se pronunciou também a própria APAN (fls. 5807 – 5809).

242. Deste modo, as empresas estariam sujeitas ao eventual pagamento de uma coima a título solidário, sem disporem, formalmente, de acordo com o disposto na Lei da Concorrência, de um direito de intervenção no processo.
243. Nestes termos, inexistindo uma garantia formal expressamente prevista na lei que permita o exercício do direito de defesa e o exercício do contraditório por parte das responsáveis solidárias, o n.º 8 do artigo 73.º seria materialmente inconstitucional por violação do direito fundamental a um processo justo e equitativo, consignado no n.º 4 do artigo 20.º da CRP.

2.7.3.2. Apreciação da AdC

244. Sem prejuízo de a Lei n.º 19/2012 não prever expressamente a notificação das potenciais responsáveis solidárias para exercerem o contraditório no âmbito do processo, a verdade é que a AdC, reconhecendo a necessidade de conferir a estas empresas o direito de audição e defesa (n.º 10 do artigo 32.º da CRP) e a um processo justo e equitativo (n.º 4 do artigo 20.º da CRP), as notificou para se pronunciarem por escrito sobre as questões que pudessem interessar ao processo.
245. Adicionalmente, foi ainda conferida a estas empresas a possibilidade de requererem a sua audição oral, em complemento da defesa escrita, e ainda de requererem diligências complementares de prova, o que muitas empresas fizeram, tendo as respetivas diligências, sempre que pertinentes, sido levadas a cabo de acordo com os trâmites aplicáveis.
246. Ou seja, verifica-se que, na prática, a interpretação e aplicação que a AdC realizou do regime previsto no n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência está perfeitamente em linha e salvaguarda o pleno cumprimento dos direitos constitucionalmente consagrados que, de acordo com as empresas que se pronunciaram sobre esta matéria, estariam alegadamente a ser violados.
247. Por esta razão, considera-se não existir, no presente caso, nenhuma inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º, tal como interpretado pela AdC, por violação do direito fundamental a um processo justo e equitativo, consignado no n.º 4 do artigo 20.º da CRP.

2.7.4. Da alegada violação do princípio da não transmissibilidade da responsabilidade penal e do princípio da pessoalidade das penas

2.7.4.1. Pronúnrias sobre a Nota de Ilicitude

248. Algumas associadas da APAN⁹⁶ sustentam que o n.º 8 do artigo 73.º, da Lei n.º 19/2012, viola o princípio da proibição da transmissão da responsabilidade penal, assim como o princípio da pessoalidade das penas.

⁹⁶ As associadas da APAN que suscitaron a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º em virtude da violação do princípio da proibição da transmissão da responsabilidade penal e do princípio da pessoalidade das penas foram as seguintes: BCP (fls. 4913 – 4918), EDP (fls. 4204 – 4209), MCH (fls.

249. Para este efeito, alega-se que a coima não pode deixar de ser entendida como uma sanção de carácter repressivo, que se consubstancia numa advertência social ao agente, pelo facto de este não ter respeitado a ordem vigente, tendente à reafirmação dessa mesma ordem vigente, através da punição do agente.
250. Nestes termos, o n.º 8 do artigo 73.º, ao impor às responsáveis solidárias o pagamento de uma coima que decorreria da conduta de outrem (associação de empresas), teria como efeito uma transmissão inadmissível da responsabilidade sancionatória da associação para as associadas.
251. Ou seja, estaria alegadamente em causa uma transferência em moldes constitucionalmente desconformes da responsabilidade pelo pagamento da coima, por via de um regime solidário de responsabilidade, para uma esfera jurídica diversa da do infrator, sendo certo que a pretensa distinção entre *"responsabilidade pelo cometimento da contraordenação"* e *"responsabilidade pelo pagamento da coima"* se afiguraria fictícia e incompatível com os princípios que regem o exercício do poder sancionatório num Estado de Direito.
252. Daqui resultaria uma violação dos princípios da proibição de transmissão da responsabilidade penal e da pessoalidade das penas, resultantes do disposto no n.º 3 do artigo 30.º da CRP, por aplicação subsidiária destes princípios ao processo contraordenacional de direito da concorrência, e a consequente inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.

2.7.4.2. Apreciação da AdC

253. Conforme já referido, o Tribunal Constitucional já se pronunciou, em diversas ocasiões, relativamente a normas que impõem responsabilidade (subsidiária ou solidária) a gerentes e administradores de pessoas coletivas, pelas coimas aplicadas em processo contraordenacional quanto a estas últimas, numa série de arrestos que surgem aliás citados, pelo menos grande parte deles, nas PNI recebidas quanto à Nota de Ilicitude.
254. Alguns desses arrestos deram indicações relevantes sobre a aplicação dos princípios da proibição de transmissão da responsabilidade criminal e da pessoalidade das penas, cujo âmbito de aplicação por excelência é o direito penal, ao domínio dos ilícitos contraordenacionais.
255. Assim, no Acórdão 129/2009⁹⁷, que incidiu sobre a responsabilidade subsidiária aos administradores e gerentes por coimas aplicadas a pessoas coletivas em processo de contraordenação por infrações fiscais – artigo 8.º, n.º 1 do RGIT –, o Tribunal considerou que a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes que resulta dessa norma assume a natureza de responsabilidade civil por facto próprio.

5275 – 5280), Sovena (fls. 4547 – 4552), CTT (fls. 5596 – 5600), ECIGA (fls. 6113 – 6115), MEO (fls. 5995 – 5997), Super Bock (fls. 6074 – 6076), Vodafone (fls. 5663 – 5664), CGD (fls. 3815 – 3817). Diageo (fls. 3896-3897), McDonald's (fls. 4117 – 4119), Unilever (fls. 3955 – 3958), Sogrape (fls. 5972 – 5974), S+C (fls. 5720 – 5721), Grandvision (fls. 3734 – 3735), J&J (fls. 5736), Citroen (fls. 6309 – 6313) e SCC (fls. 4040-4042). Neste sentido se pronunciou também a própria APAN (fls. 5812 – 5813).

⁹⁷ Citado supra em 2.7.2.

256. Ainda assim, neste mesmo acórdão, o Tribunal, baseando-se no que já havia sido antes referido no Acórdão 160/2004⁹⁸, não deixou desde logo de salientar que a norma do n.º 3 do artigo 30.º da CRP “(...) não pode servir de parâmetro uniforme para a responsabilidade penal e a responsabilidade contraordenacional”.

257. Por outro lado, no Acórdão 481/2010⁹⁹, que incidiu sobre a norma similar constante do artigo 7.º-A do RJIFNA, apesar de considerar tal norma inconstitucional, o Tribunal não chegou a tal juízo por ter verificado a existência de uma violação do princípio da proibição de transmissão da responsabilidade penal, tendo referido que “(...) quando carregado com o sentido valorativo advcente do princípio da pessoalidade das penas que o informa, o conceito de transmissão não abrange situações deste tipo”.

258. No mesmo sentido aponta o Acórdão 561/2011¹⁰⁰, adotado em Plenário para dirimir o diferendo jurisprudencial quanto à constitucionalidade do artigo 7.º-A do RJIFNA (tendo-se pronunciado pela respetiva conformidade com a Constituição), o qual, embora tenha afastado estar-se perante uma situação de responsabilidade contraordenacional dos gerentes ou administradores, acrescentou que, mesmo que se entendesse o contrário, daí não decorreria a violação de qualquer princípio constitucional, uma vez que “(...) no domínio contraordenacional, não são automaticamente aplicáveis os princípios que regem a legislação penal, designadamente no que toca às exigências da autoria do ato-tipo para efeito de incriminação”.

259. Por sua vez, no Acórdão 180/2014¹⁰¹, que versou sobre a constitucionalidade do n.º 3 do artigo 551.º do Código de Trabalho, suscitou-se expressamente a questão de saber se a responsabilidade do gerente pelo pagamento de coimas aplicadas à pessoa coletiva, em matéria contraordenacional, viola o princípio da não transmissibilidade das sanções, como princípio extraível do disposto no n.º 3 do artigo 30.º da CRP, que comina a insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal, tendo o Tribunal Constitucional começado por salientar o seguinte:

“Quanto a este ponto, importa antes de mais ter em consideração que as diferenças existentes entre o ilícito de natureza criminal e o ilícito de mera ordenação social impedem que se possa efetuar uma estrita transposição das normas e princípios constitucionais em matéria penal para o domínio do direito contraordenacional.

Como começou por se afirmar no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 231/79, de 24 de julho, que introduziu o ilícito de mera ordenação social na ordem jurídica portuguesa, «hoje é pacífica a ideia de que entre os dois ramos de direito medeia uma autêntica diferença: não se trata apenas de uma diferença de quantidade ou puramente formal, mas de uma diferença de natureza. A contraordenação «é um aliud que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respetivo ilícito e as reações que lhe cabem não são diretamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal» (...). Está em causa um ordenamento sancionatório distinto do direito criminal. Não é, por isso, admissível qualquer forma de prisão preventiva ou sancionatória, nem sequer a pena de multa ou

⁹⁸ Acórdão 160/2004 do Tribunal Constitucional, de 17.03.2004, Processo 352/02, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁹⁹ Citado supra em 2.7.2.

¹⁰⁰ Citado supra em 2.7.2.

¹⁰¹ Citado supra em 2.7.2.

qualquer outra que pressuponha a expiação da censura ético pessoal que aqui não intervém. A sanção normal do direito de ordenação social é a coima, sanção de natureza administrativa, aplicada por autoridade administrativa, com o sentido dissuasor de uma advertência social, pode, consequentemente, admitir-se a sua aplicação às pessoas coletivas e adotar-se um processo extremamente simplificado e aberto aos corolários do princípio da oportunidade.

Admite-se por isso uma variação do grau de vinculação aos princípios do direito criminal e uma autonomia relativa do direito das contraordenações em matérias como as do âmbito de vigência da lei, da responsabilização das pessoas coletivas, da culpa, do erro, da autoria e do concurso (FIGUEIREDO DIAS, Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra, 2001, pág. 150)".

260. Em conclusão, o Tribunal Constitucional é perentório ao afirmar que “(...) *nada permite concluir, dada a diferença de regimes que regem os dois géneros de ilícitos, que a intransmissibilidade de um juízo hipotético ou definitivo de censura ética, consubstanciado numa acusação ou condenação penal, tenha de implicar, por analogia ou identidade de razão, a intransmissibilidade de uma acusação ou condenação por desrespeito de normas de ordenação administrativa que não possuem a mesma ressonância ética* (cfr., neste sentido, os citados acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 160/2004 e 161/2004)”.¹⁰²
261. Incidindo sobre a mesma norma que o Acórdão 180/2014, o Acórdão 201/2014¹⁰³ faz também uma análise do problema da valência de determinados princípios constitucionais com relevo em matéria penal no domínio contraordenacional, desta feita bastante mais aprofundada e extensa do que aquela efetuada no Acórdão 180/2014, e que nos escusamos, nesta sede, em virtude da dimensão da mesma, de reproduzir, citando apenas a respetiva conclusão, que se afigura elucidativa:

“Assim, se não restam dúvidas que as normas constitucionais com relevo penal têm a natureza e estrutura de princípios, também não restam dúvidas de que tais princípios valerão para o domínio contraordenacional, não «com o mesmo rigor» ou «com o mesmo grau de exigência» com que valem para o domínio criminal, mas apenas na sua «ideia essencial». Esta é pois a conclusão firme que se pode retirar da rica jurisprudência constitucional sobre o tema (...).”

262. Tendo chegado a esta conclusão, o Tribunal desenvolve o seu raciocínio sobre a forma como deverá ser aplicado o princípio ínsito no n.º 3 do artigo 30.º da CRP no domínio contraordenacional, começando por salientar que, tratando-se de um princípio e não de uma regra, “[u]ma das características dos princípios é a sua capacidade de acomodação ou de adaptação face a outros que com eles conflituam”, sendo certo que, se no domínio penal tal exercício de “acomodação” ou “adaptação” deverá ser efetuada de forma muito rigorosa e rígida, atenta a relevância dos princípios em causa num sistema constitucional fundado na dignidade da pessoa humana, “[d]iversamente se passarão as coisas no domínio contraordenacional, precisamente por aí velarem

¹⁰² À luz destas considerações, o tribunal considerou que o n.º 3 do artigo 551.º do Código de Trabalho, ao impor ao gerente de uma pessoa coletiva a responsabilidade solidária por coimas aplicadas à pessoa coletiva, não violava o n.º 3 do artigo 30.º da CRP.

¹⁰³ Citado supra em 2.7.2.

com «menos rigor» ou com «menos intensidade» os princípios que integram as normas da Constituição com relevo penal.”

263. Estabelecido este pressuposto, são referidas as coordenadas a seguir para apreciar a constitucionalidade da norma, devendo verificar-se se “(...) na ponderação efetuada em sede legislativa, o princípio da proibição de transmissão de responsabilidade foi devidamente integrado”, sendo certo que, “(...) no domínio contraordenacional, é de reconhecer um maior poder de conformação do legislador (...).”
264. Assim, dando por certo que a norma em causa compele o princípio da proibição da transmissão da responsabilidade, o Tribunal nota também que esta “compressão” foi levada a cabo em observância de deveres estaduais de “proteção” ou “prestação de normas”, a que o legislador ordinário se encontra adstrito, e que se destinam a proteger bens jus-fundamentais.
265. Neste contexto, o juízo de razoabilidade da ponderação inerente à disposição legal passará por pesar “(...) a intensidade do sacrifício imposto pela norma sub judice ao princípio da proibição da transmissão da responsabilidade e a vantagem que através dela se obtém para efeitos da proteção dos deveres estaduais (...).”
266. Por se afigurar equilibrada no que respeita à articulação dos vários interesses e bens jurídicos em causa, seguiremos de perto nos parágrafos que se seguem a ponderação efetuada pelo Tribunal Constitucional neste aresto.
267. Quanto ao primeiro aspeto, ou seja, a intensidade do sacrifício imposto pela norma ao princípio da proibição da transmissão da responsabilidade, nas palavras do Tribunal Constitucional, (...) verifica-se que a norma sub judicio não sacrifica totalmente o princípio da proibição de transmissão da responsabilidade. Com efeito, os sujeitos ficam apenas responsáveis pelo pagamento da coima, não lhes sendo transmitida a autoria do ilícito contraordenacional em si mesma considerada (...).”
268. É precisamente isto que ocorre com o n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, do qual não resulta que as responsáveis solidárias assumam uma posição de autoria quanto à infração; essa posição apenas é atribuída à associação de empresas visada pelo processo contraordenacional, ficando reservada às associadas pertencentes aos órgãos de direção da Associação apenas a responsabilidade, a título solidário, pelo pagamento da coima.
269. Refere ainda o Tribunal Constitucional que “[a] isso acresce que a transmissão da responsabilidade não opera entre indivíduos mas sim entre uma pessoa coletiva, entidade responsável pela contraordenação laboral, e titulares de órgãos executivos dessa mesma pessoa coletiva. Dada a conexão objetivamente existente entre o sujeito passivo responsável pela contraordenação e os sujeitos que, nos termos da norma sub judicio, ficam responsáveis pelo pagamento da coima, não se afigura que a compressão do princípio da proibição de transmissão da responsabilidade se aproxime sequer do seu núcleo” (sublinhado da Autoridade).
270. Esta conexão também se verifica no n.º 8 do artigo 73.º, mas em termos tais que a compressão do princípio da proibição de transmissão da responsabilidade será ainda menor.

271. Em primeiro lugar, ao passo que, nos termos da norma apreciada no Acórdão 201/2014, as responsáveis solidárias pelo pagamento da coima aplicada à pessoa coletiva são pessoas singulares, no âmbito do n.º 8 do artigo 73.º, as responsáveis solidárias pelo pagamento da coima aplicada à pessoa coletiva são também pessoas coletivas.
272. Este aspecto assume relevância uma vez que, encontrando-se a importância dos princípios constitucionais aplicáveis a direito penal, nomeadamente o princípio da proibição de transmissão de responsabilidade penal, intrinsecamente ligada à sua inserção num sistema constitucional fundado na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), a compressão desse princípio, quando aplicado ao domínio contraordenacional, será ainda menor quando, em casos como o n.º 8 do artigo 73.º, o responsável solidário, que não é o destinatário da norma incriminadora mas pode ser chamado a pagar a coima, é uma pessoa coletiva e não uma pessoa singular.
273. Por outras palavras, à luz do próprio fundamento da consagração constitucional do princípio da proibição de transmissão de responsabilidade penal, é possível afirmar que o mesmo será comprimido de uma forma constitucionalmente menos relevante quando o segundo responsável, sobre quem apenas pode recair a responsabilidade pelo pagamento da coima, é uma pessoa coletiva, uma vez que a proteção da dignidade da pessoa humana assume um pendor objetivamente menos “urgente” quanto às pessoas coletivas.
274. Em segundo lugar, as sociedades comerciais (destinatárias preferenciais da norma do Código do Trabalho) e as associações de empresas apresentam diferenças, na sua relação com os órgãos de direção, que não são de desprezar nesta análise.
275. Assim, as sociedades comerciais têm tipicamente como objeto a prossecução do lucro, e os seus gerentes ou administradores procurarão maximizar esse lucro uma vez que daí resultarão também, à partida, vantagens para eles; no entanto, não se poderá dizer que a atividade de uma sociedade comercial, além desta vantagem indireta para os membros do respetivo órgão diretivo, tenha como propósito a defesa dos interesses dos membros desse órgão.
276. Diversamente, numa associação de empresas, na grande generalidade dos casos a sua atividade é dirigida de forma direta à defesa dos interesses das suas associadas, sendo certo que, entre essas associadas, alguns poderão ter representantes no órgão diretivo da associação, como é o caso da APAP.
277. Deste modo, se existe, conforme entendimento do Tribunal Constitucional, uma conexão objetivamente existente entre os gerentes ou administradores de uma pessoa coletiva, e essa mesma pessoa coletiva, que contribui para atenuar a compressão do princípio da proibição da responsabilidade penal, tal conexão será ainda mais relevante, e como tal mais suscetível de atenuar essa compressão, no caso das associações de empresas, em que os membros do órgão diretivo são por norma também destinatários da atividade por ela realizada.
278. Por outro lado, segundo o Acórdão 201/2014, a ponderação do “sacrifício” do princípio da proibição da transmissibilidade das penas deverá ter em conta as vantagens que resultam da norma em causa para efeitos da proteção de bens jurídicos constitucionalmente consagrados, o que no caso do n.º 8 do artigo 73.º consiste em assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a concorrência

entre as empresas, que constitui a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência (alínea e) do artigo 81.º da CRP)¹⁰⁴.

279. Sobre esta matéria refere o tribunal que “(...) *no que se refere à vantagem que através dela se obtém para efeitos da proteção dos deveres estaduais* (...), é admissível o entendimento segundo o qual o envolvimento, através da assunção coerciva da responsabilidade pelo pagamento da coima, dos administradores, gerentes ou diretores da pessoa coletiva responsável pela contraordenação-laboral, garante, diretamente, uma maior eficácia na cobrança efetiva da coima, e, através disso, indiretamente, uma mais elevada probabilidade de que a infração não chegará sequer a ser cometida, assim se protegendo melhor bens jusfundamentais” (sublinhado da Autoridade).
280. Novamente, importa salientar as diferenças entre, por um lado, as sociedades comerciais, às quais a norma *sub judice* no Acórdão 201/2014 primordialmente se dirige, e, por outro lado, as associações de empresas a que o n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 se direciona.
281. De facto, no que respeita à eficácia na cobrança da coima, ao passo que o património da sociedade comercial será em princípio maior que o dos seus gerentes ou administradores, no caso das associações de empresas sucede o contrário, ou seja, o património das empresas cujos representantes foram membros do órgão diretivo será à partida mais representativo que o da associação de empresas.
282. Neste contexto, a eficácia da cobrança da coima, objetivo assumido pelo Tribunal Constitucional como uma vantagem a ser tida em conta nesta equação, assume-se como uma justificação ainda mais válida no caso de associações de empresas do que no caso das sociedades comerciais.
283. Por outro lado, no que respeita ao efeito dissuasor da norma, importa relembrar a *ratio legis* do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, na parte respeitante às decisões de associações de empresas, consistente em evitar que, mediante a intermediação de uma entidade terceira – associação –, empresas possam implementar formas de cooperação horizontal que não se qualifiquem como um acordo ou uma prática concertada, em virtude precisamente da interposição da associação, que poderá tomar decisões que conduzem ao mesmo resultado.
284. Deste modo, se apenas a ameaça ao património da associação pudesse contribuir para atenuar a probabilidade de a infração ser cometida, tal teria um efeito dissuasor diminuto sobre as empresas associadas; de facto, revela-se ainda mais premente no caso das associações de empresas, em comparação com as sociedades comerciais, com vista a garantir o efeito dissuasor da norma, que o património das empresas cujos representantes, ao tempo da infração, eram membros do órgão diretivo da associação, possa também ser ameaçado.

¹⁰⁴ Note-se que o funcionamento eficiente dos mercados constitui um instrumento específico do desenvolvimento económico do Estado. Estão em causa bens jurídicos supraíndividuais afetos ao desenvolvimento económico e isto explica a preocupação constitucional de tutela dos mercados. Mas não só: em causa estão ainda os direitos dos consumidores. A contraordenação e, consequentemente, a sanção aplicável em causa, visam também proteger direitos individuais, como seja a salvaguarda do património próprio dos cidadãos.

285. Resumindo, as vantagens que a responsabilidade solidária implica em sede de incremento do efeito dissuasor assumem bastante mais importância no caso de associações de empresas, na vertente das mesmas que é relevante para efeitos do n.º 8 do artigo 73.º, do que no caso de sociedades comerciais.
286. Feita referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional que incidiu sobre normas do ordenamento jurídico português com contornos semelhantes ao n.º 8 do artigo 73.º, e tendo-se aplicado tal jurisprudência ao regime previsto nesta disposição legal, sinalizando as respetivas diferenças e especificidades, resulta que o n.º 8 do artigo 73.º apresenta características que tornam o respetivo regime compatível com o princípio da proibição da transmissão de responsabilidade sancionatória.
287. Em síntese e, sem pretensão de exaustividade, releva para este efeito o facto de a responsabilidade solidária pelo pagamento da coima ser assumida por uma pessoa coletiva (e não por uma pessoa singular); a estreita relação que existe entre os interesses da associação e os interesses das associadas / membros do órgão diretivo da mesma; bem como o facto de o efeito dissuasor da norma, caso apenas o património da associação seja ameaçado, ser quase inexistente para as empresas associadas, prejudicando de forma decisiva o objetivo da proibição constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, na sua aplicação a decisões de associações de empresas.
288. Neste contexto, importa concluir que, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, o regime do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 não configura uma compressão desrazoável ou excessiva do princípio da proibição da transmissão da responsabilidade sancionatória, tendo em conta o reduzido *“nível de sacrifício”* do princípio que se verifica, e as vantagens que do mesmo resultam com vista à proteção do bem protegido pela norma de garantir a concorrência no mercado.
289. À luz do exposto, encontra-se assegurada a conformidade constitucional da norma face ao princípio da proibição da transmissão de responsabilidade penal e ao princípio da pessoalidade das penas, que resultam do n.º 3 do artigo 30.º da CRP.
290. Sem prejuízo desta conclusão, que se impõe à luz de tudo o que foi *supra* referido quanto ao princípio da proibição de transmissão da responsabilidade penal, quando aplicado no domínio contraordenacional, de salientar ainda que a razoabilidade da compressão deste princípio deverá também ter em conta os pressupostos de que depende a assunção por parte das responsáveis solidárias dessa mesma qualidade.
291. Esta matéria, por razões relacionadas com uma melhor e mais eficiente sistematização da exposição, será abordada de seguida, em 2.7.5, a propósito da alegada violação dos princípios da culpa e da presunção da inocência. Como ficará claro nessa sede, os elementos de que depende a responsabilidade solidária no caso do n.º 8 do artigo 73.º, corroboram e complementam a conclusão de que esta norma não se afigura inconstitucional à luz dos princípios que resultam do n.º 3 do artigo 30.º da CRP.

2.7.5. Da alegada violação do princípio da culpa e da presunção da inocência

2.7.5.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilícitude

292. A MTSF sustenta que a interpretação efetuada na Nota de Ilícitude do n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência, se afigura inconstitucional, nomeadamente enquanto decorrência da violação do princípio da culpa (artigos 1.º, 29.º e 30.º da CRP).

293. A este respeito, alega a MTSF que “(...) a responsabilidade solidária prevista no n.º 8 do artigo 73.º do RJC nunca poderia resultar da mera constatação objetiva da não oposição por escrito à decisão que constitui, ou da qual resultou, a alegada infração (...)”, argumentando neste sentido que, “[n]a verdade, seria necessário que, no caso em apreço, se pudesse imputar à PARTNERS uma atuação culposa (dolosa ou negligente), o que não decorre, ainda que minimamente, da NI”¹⁰⁵¹⁰⁶.

294. Por outro lado, a Brandkey alega que “(...) em algum caso poderá a medida de uma coima / sanção exceder a medida da culpa” (parágrafo 99 da PNI)¹⁰⁷.

295. Quanto às associadas da APAN¹⁰⁸, estas empresas alegam, em síntese, que o n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência não pressupõe a verificação de qualquer conduta ilícita por parte das responsáveis solidárias.

296. Assim, a responsabilização de cada responsável solidária teria sido efetuada sem atender a fatores a elas atinentes, tanto no que respeita à sua conduta como à determinação concreta da sanção, verificando-se uma impossibilidade de proceder a

¹⁰⁵ Cf. fls. 3092 - parágrafos 22 e 23 da PNI da MTSF.

¹⁰⁶ A MTSF invoca no parágrafo 26 da sua PNI a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência, com base na violação de vários princípios contemplados pela CRP. Por sua vez, a fundamentação da inconstitucionalidade da norma à luz desses mesmos princípios encontra-se nos parágrafos 22 a 25 dessa mesma PNI. No entanto, a MTSF não faz corresponder cada um dos fundamentos invocados à violação de um específico princípio constitucional. Inversamente, os fundamentos são invocados na generalidade a propósito da violação dos diversos princípios constitucionais que alegadamente estão em risco de ser infringidos.

Deste modo, para efeitos de sistematização, citaremos, sempre que possível, cada um dos fundamentos invocados pela MTSF (agrupados por parágrafos da respetiva PNI) a propósito do princípio constitucional que, *prima facie*, se afigura mais suscetível de ser chamado à colação tendo em conta o fundamento em causa.

De qualquer forma, em virtude da extensão e abrangência da análise empreendida, as questões suscitadas pela MTSF serão sempre abarcadas pelas considerações efetuadas pela AdC a propósito da pretensa inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência.

¹⁰⁷ Cf. fls. 3350 – parágrafo 99 da PNI da Brandkey.

¹⁰⁸ As associadas da APAN que suscitaram a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º em virtude da violação do princípio da culpa e do princípio da presunção da inocência foram as seguintes: BCP (fls. 4913-4918), EDP (fls. 4204-4209), MCH (fls. 5275 – 5280), Sovena (fls. 4547 – 4552), CTT (fls. 5596 – 5600), ECIGA (fls. 6110 - 6113), MEO (fls. 5995 – 5997), Super Bock (fls. 6071 – 6074), Vodafone (fls. 5661 – 5663), CGD (fls. 3813 – 3815; 3817 – 3820), Diageo (fls. 3895; 3897 - 3899), McDonald's (fls. 4115 – 4117; 4119 - 4123), Unilever (fls. 3951 – 3955; 3958 - 3963), Sogrape (fls. 5972 – 5974), S+C (fls. 5720-5721), Grandvision (fls. 3734 – 3735), J&J (fls. 5736), Citroen (fls. 6309 – 6313), e SCC (fls. 4040-4042) e SEAT (fls. 5702 – 5074). Neste sentido se pronunciou também a própria APAN (fls. 5809 – 5812).

uma diferenciação casuística com base no respetivo grau de participação no ilícito e características específicas de cada uma delas.

297. No entender destas empresas, estaríamos perante uma modalidade de responsabilidade solidária objetiva pelo pagamento de uma coima decorrente de um ilícito praticado por uma entidade terceira e ponderada em função da conduta dessa mesma entidade, a qual não se conforma com as exigências do princípio da culpa (artigo 1.º da CRP)¹⁰⁹.
298. A respeito da alegada inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º por violação do princípio da presunção da inocência, previsto no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, argumentam algumas associadas da APAN que a Nota de Ilicitude inverte o ónus da prova, já que a AdC não demonstrou a existência de uma prática ilícita, dolosa e culposa das responsáveis solidárias, pelo que estas empresas foram responsabilizadas sem que a sua culpabilidade tivesse sido provada.
299. Por fim, em linha com o invocado pela MTSF, algumas empresas associadas da APAN sustentam também que a conduta ilícita não pode resultar apenas do facto de as empresas não lavarem a sua oposição por escrito à decisão que constituiu a infração ou da qual a mesma resultou.
300. Assim, no seu entendimento, não se revela exigível que novas empresas que sejam nomeadas para os órgãos diretivos de uma associação revisitem todas as decisões

¹⁰⁹ Em estreita conexão com esta alegação, algumas associadas da APAN invocam também a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º em virtude de o mesmo implicar a aplicação de uma sanção, sem que, todavia, seja demonstrada a prática do facto ilícito que lhe corresponde, designadamente quanto ao elemento subjetivo e à culpa, mas reconduzem a inconstitucionalidade em causa à violação, não do princípio da culpa, mas de outros princípios constitucionais, a saber:

(i) Violação do princípio da legalidade, na vertente *nulla poena sine crimen*, decorrente do previsto no n.º 1 do artigo 29.º da CRP, aplicável ao direito contraordenacional por força do princípio do Estado de Direito Democrático, consignado no artigo 2.º da CRP, porquanto não pode ser imputada uma sanção sem que seja demonstrado um facto ilícito - cf. PNI das seguintes empresas: CTT (fls. 5596 – 5600), ECIGA (fls. 6113 – 6115), MEO (fls. 5995 – 5997), Super Bock (fls. 6074 – 6076), Vodafone (fls. 5663 - 5664), Citroen (fls. 6309 – 6313), e ainda da APAN (fls. 5812-5813);

(ii) Preterição do direito de audição e defesa, previsto no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, porquanto sem uma adequada imputação do ilícito ter-lhes-iam sido denegados estes direitos fundamentais - cf. PNI das seguintes empresas: CGD (fls. 3812), Diageo (fls. 3894), McDonald's (fls. 4114-4115) e Unilever (fls. 3938 – 3943).

Tendo em consideração que, não obstante as diferentes bases legais invocadas, a fundamentação da invocação da inconstitucionalidade é similar, se não mesmo equivalente, afigura-se adequado, de um ponto de vista sistemático, que estas alegações sejam rebatidas por via das considerações formuladas quanto ao princípio da culpa, dando-se como tal estes argumentos por respondidos por esta via.

Por sua vez, a MTSF invoca também a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º por violação do princípio da legalidade (n.º 1 do artigo 29.º e artigo 30.º CRP) e do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP), sem, todavia, invocar fundamentos específicos para sustentar esta alegação.

Neste contexto, não resta outra solução à AdC senão reconduzir a invocação por parte da MTSF da inconstitucionalidade da norma à luz destes princípios à fundamentação aduzida neste sentido pelas restantes empresas que se pronunciaram sobre a Nota de Ilicitude.

Consequentemente, dá-se também por rebatida, nesta seção, a invocação por parte da MTSF da inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º por violação do princípio da legalidade (n.º 1 do artigo 29.º e artigo 30.º CRP) e do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP).

adotadas anteriormente pela associação no sentido de se assegurarem que não existe nenhuma prática ilegal em curso levada a cabo pela associação.

301. Deste modo, segundo estas empresas, a pretensão de imputar a prática de um facto ilícito com base na mera circunstância do representante da empresa não ter manifestado por escrito a sua oposição a uma decisão de associação de empresas implicaria um juízo de reprovação que ultrapassa os critérios legais de imputação de responsabilidade, em violação dos princípios da culpa, resultante do artigo 1.º da CRP (enquanto decorrência do princípio da dignidade humana) e da presunção da inocência, previsto no n.º 2 do artigo 32.º da CRP.

2.7.5.2. Apreciação da AdC

302. Quanto à apreciação da pretensa constitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 à luz dos princípios da culpa e da presunção da inocência, importa também recorrer às orientações fornecidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional que se debruçou sobre a aplicação destes princípios no domínio contraordenacional.
303. Merece destaque o Acórdão 344/2007¹¹⁰, no qual o Tribunal Constitucional se pronunciou da seguinte forma:

[D]este modo, não pondo em dúvida que os princípios da proporcionalidade e da igualdade e mesmo o princípio da culpa também vinculem o legislador na configuração dos ilícitos contravencional (como nos de contraordenação) e respetivas sanções (cfr. acórdão n.º 547/2001, publicado no Diário da República, II Série, de 15 de Julho) é diferente o limite que deles decorre para a discricionariedade legislativa na definição do que o legislador pode assumir e o que deve ser deixado ao juiz na determinação concreta da sanção.

Designadamente, não ocorre aqui colisão com nenhum dos preceitos constitucionais em que se funda a afirmação de violação do princípio da culpa (...). Na verdade, não está em causa minimamente o direito à liberdade (artigo 27.º, n.º1) porque a multa contravencional, diversamente da multa criminal, não tem prisão sucedânea. E só de modo muito remoto – e nunca por causa da sua invariabilidade – uma sanção estritamente pecuniária, num ilícito sem qualquer efeito jurídico estigmatizante, pode contender com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), que é de onde o Tribunal tem deduzido o princípio da culpa na "Constituição criminal".

Como diz FIGUEIREDO DIAS, O Movimento da Desriminalização..., pág. 29, a propósito da culpa na imputação das contraordenações, também perante uma categoria de infrações, punidas “independentemente de toda a intenção maléfica”, não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal baseada numa censura ética dirigida à pessoa do agente, à sua abstrata intenção, mas apenas de uma imputação do ato à responsabilidade social do seu autor” (sublinhado da Autoridade).

¹¹⁰ Acórdão 344/2007 do Tribunal Constitucional, adotado em Plenário, de 06.06.2007, Processo n.º 215/06 disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

304. Por sua vez, no Acórdão 336/2008¹¹¹, o Tribunal Constitucional voltou a dar importantes orientações sobre esta matéria:

“A diferente natureza do ilícito condiciona, desde logo, a eventual incidência dos princípios da culpa, da proporcionalidade e da sociabilidade.”

É que «no caso dos crimes estamos perante condutas cujos elementos constitutivos, no seu conjunto, suportam imediatamente uma valoração – social, moral, cultural – na qual se contém já a valoração da ilicitude. No caso das contraordenações, pelo contrário, não se verifica uma correspondência imediata da conduta a uma valoração mais ampla daquele tipo; pelo que, se, não obstante ser assim, se verifica que o direito valora algumas destas condutas como ilícitas, tal só pode acontecer porque o substrato da valoração jurídica não é aqui constituído apenas pela conduta como tal, antes por esta acrescida de um elemento novo: a proibição legal.» (FIGUEIREDO DIAS, na ob. cit., pág. 146). (...)

E por isso, se o direito das contraordenações não deixa de ser um direito sancionatório de carácter punitivo, a verdade é que a sua sanção típica «se diferencia, na sua essência e nas suas finalidades, da pena criminal, mesmo da pena de multa criminal (...) A coima não se liga, ao contrário da pena criminal, à personalidade do agente e à sua atitude interna (consequência da diferente natureza e da diferente função da culpa na responsabilidade pela contraordenação), antes serve como mera admoestação, como especial advertência ou reprimenda relacionada com a observância de certas proibições ou imposições legislativas; e o que esta circunstância representa em termos de medida concreta da sanção é da mais evidente importância. Deste ponto de vista se pode afirmar que as finalidades da coima são em larga medida estranhas a sentidos positivos de prevenção especial ou de (re)socialização.» (FIGUEIREDO DIAS, em “Temas Básicos da Doutrina Penal”, pág. 150-151, da ed. de 2001, da Coimbra Editora).

Daí que, em sede de direito de mera ordenação social, nunca há sanções privativas da liberdade. E mesmo o efeito da falta de pagamento da coima só pode ser a execução da soma devida (...).

“Estas diferenças não são nada despiciendas e deverão obstar a qualquer tentação de exportação imponderada dos princípios constitucionais penais em matéria de penas criminais para a área do ilícito de mera ordenação social” (sublinhado da Autoridade).

305. Fica claro destes excertos que o princípio da culpa deverá ser aplicado de forma diversa no domínio contraordenacional do que no domínio penal, até porque “[a] coima não se liga, ao contrário da pena criminal, à personalidade do agente e à sua atitude interna (consequência da diferente natureza e da diferente função da culpa na responsabilidade pela contraordenação) (...)¹¹².

306. Esta diferença de preponderância do princípio da culpa no domínio contraordenacional assinalada pelo Tribunal Constitucional nos dois acórdãos citados (344/2007 e 336/2008), reflete-se também na forma como o Tribunal analisou a constitucionalidade

¹¹¹ Acórdão 336/2008 do Tribunal Constitucional de 19.06.2008, Processo n.º 84/2008, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹¹² Acórdão 336/2008 do Tribunal Constitucional de 19.06.2008, Processo n.º 84/2008, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

de normas com semelhanças com o n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 do ordenamento jurídico português, designadamente nos acórdãos que versaram sobre normas de legislação fiscal e de legislação laboral a que temos vindo a fazer referência.

307. Num primeiro momento, no Acórdão 481/2010¹¹³ o Tribunal pronunciou-se no sentido de que o artigo 7.º-A do RJIFNA violava o princípio da culpa. No entanto, a jurisprudência do Acórdão 481/2010, por se encontrar em situação de divergência de julgados com outros acórdãos do Tribunal Constitucional, foi objeto de recurso para o Plenário do Tribunal Constitucional que, no Acórdão 561/2011¹¹⁴, se pronunciou pela não constitucionalidade do artigo 7.º-A do RJIFNA.
308. Quanto ao princípio da culpa, a violação do mesmo foi afastada neste acórdão (Acórdão 561/2011¹¹⁵) com base na seguinte fundamentação:

“[e], isto, essencialmente porque se deverá aceitar que, no domínio contraordenacional, não são automaticamente aplicáveis os princípios que regem a legislação penal, designadamente no que toca às exigências da autoria do ato-tipo para efeito de incriminação.

Na verdade, tal como o Tribunal afirmou no Acórdão n.º 160/04 ao recusar a equiparação «por analogia ou identidade de razão – que não existe –» entre a acusação (ou condenação) penal e a contraordenacional, a norma do artigo 30º n.º 3 da Constituição, não pode ser estendida, sem mais, à responsabilidade contraordenacional.

Além disso, o artigo 7.º-A do RJIFNA não prevê uma verdadeira transmissão, no sentido de impor a sucessão automática de uma responsabilidade contraordenacional alheia, que passa a ser imputada ao gerente ou administrador. Na verdade, a responsabilidade contraordenacional primária surge na esfera jurídica da pessoa coletiva por ato do seu gerente ou administrador, pois é de entender que os poderes de gerência ou de administração lhes permitem desenvolver a atividade necessária à não ocorrência do ato gerador daquela responsabilidade”.

309. Por sua vez, no Acórdão 180/2014¹¹⁶, o Tribunal foi ainda mais claro, abordando expressamente alguns dos argumentos invocados pelas associadas da APAN:

“Poderia dizer-se, ainda, que a responsabilidade solidária aqui prevista não depende de qualquer comportamento culposo por parte do administrador ou gerente e decorre apenas da imputação do facto à pessoa coletiva – o que pode implicar uma violação do princípio da culpa, como também se invoca na decisão recorrida – e, por outro lado, pode pôr em causa o princípio da proporcionalidade das sanções, na medida em que a coima é aplicada em função da situação económica e de outras circunstâncias apenas atinentes ao autor da infração, que não se transmitem necessariamente ao responsável solidário.

¹¹³ Citado supra em 2.7.2.

¹¹⁴ Citado supra em 2.7.2.

¹¹⁵ Citado supra em 2.7.2.

¹¹⁶ Citado supra em 2.7.2.

Como já se fez notar, no ilícito de mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais, para além de que, para a punição, assumem particular relevo razões de pura utilidade e estratégia social, não podendo invocar-se, por isso, para essa categoria de infrações, um conceito de culpa equivalente ao exigível para a imposição de uma sanção criminal (cfr. o citado acórdão n.º 574/95).

Por outro lado, o que está em causa, na previsão do n.º 3 do artigo 551º do Código do Trabalho, é a solidariedade quanto ao pagamento da coima e não a solidariedade quanto à infração, o que revela que se pretende apenas instituir uma garantia de satisfação da sanção pecuniária contra os riscos inerentes ao próprio funcionamento das pessoas coletivas (JOÃO SOARES RIBEIRO, Análise do Novo Regime Geral das Contraordenações Laborais, Questões Laborais, Ano VII, 2000, pág. 20).

Poderá dizer-se que a razão de ser do regime legal decorre da necessidade de acautelar o pagamento das coimas aplicáveis às pessoas coletivas, prevenindo a possibilidade de estas virem a ser colocadas numa situação de insuficiência patrimonial que inviabilize por motu próprio a satisfação do crédito.

O recurso a um princípio civilístico de solidariedade passiva, para esse efeito – que nunca poderia justificar a transferência de uma responsabilidade penal –, não deixa de ser uma medida compreensível no plano de política legislativa e numa perspetiva utilitarista de eficácia da prevenção contraordenacional. Funciona aqui uma garantia patrimonial que é exigível ao administrador ou gerente em função da sua qualidade de representante legal da pessoa coletiva e em atenção à sua ligação física e funcional à atividade empresarial que é suscetível de envolver a prática de infrações contraordenacionais (neste sentido, JOÃO SOARES RIBEIRO, Contraordenações Laborais. Regime Jurídico Anotado, 3ª edição Coimbra, págs. 335-336)” (sublinhado da Autoridade).

310. Também o Acórdão 201/2014¹¹⁷ é bastante elucidativo quanto a esta matéria:

“[o] que acaba de ser dito relativamente ao princípio da proibição de transmissão da responsabilidade vale, por maioria de razão e face ao que atrás ficou dito (supra pontos 10 e 11) no que respeita ao princípio da culpa.

É certo que, nos termos da norma sub judicio, o terceiro fica solidariamente responsável pelo pagamento de uma coima, para a determinação da qual, seja a nível de moldura abstrata seja a nível de medida concreta (designadamente atendendo a fatores tais como a situação económica do agente ou o benefício económico que este retirou da prática da contraordenação), não foi ponderado qualquer elemento atinente à sua pessoa, assumindo o mesmo a totalidade do montante sancionatório que resultara da valoração da conduta de um outro sujeito, devedor originário.

Simplesmente, a assunção coerciva, porque fundada na lei, da responsabilidade pelo pagamento de uma sanção estritamente pecuniária, a que se não encontra associado qualquer efeito jurídico estigmatizante, não comprome o princípio da culpa em termos constitucionalmente desconformes, sobretudo atendendo às razões legislativas que

¹¹⁷ Citado supra em 2.7.2.

servem de justificação para essa compressão, assentes em deveres estaduais de proteção de bens jusfundamentais" (sublinhado da Autoridade).

311. Esta extensa referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre normas com características similares ao n.º 8 do artigo 73.º justifica-se na medida em que se acolhe por inteiro o entendimento deste Tribunal, que se revela elucidativo, até porque os acórdãos citados abordam e refutam, em grande parte, os argumentos aduzidos nas PNI a favor da constitucionalidade da norma *sub judice*.
312. Dito isto, uma vez que o n.º 8 do artigo 73.º apresenta contornos diferentes, tanto quanto aos pressupostos de que depende a responsabilidade solidária, como também relativamente à tipologia dos sujeitos objeto da norma¹¹⁸, e ainda a respeito do bem jurídico objeto da proteção da norma, importa acrescentar algumas considerações complementares especificamente direcionadas para o regime nele previsto.
313. Nos termos do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, *"as empresas cujos representantes, ao tempo da infração, eram membros dos órgãos diretivos de uma associação de empresas que seja objeto de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória (...) são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima, exceto se, por escrito, tiverem lavrado a sua oposição à decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou"* (sublinhado da Autoridade).
314. É de sublinhar a existência de dois elementos nesta norma que não existem na norma *sub judice* nos acórdãos 180/2014 e 201/2014¹¹⁹. Por um lado, o n.º 8 do artigo 73.º exige, para efeitos da responsabilização solidária, que os representantes das empresas fossem membros dos órgãos diretivos da associação ao tempo da infração¹²⁰. Por outro lado, nos termos do n.º 8 do artigo 73.º, as empresas poderão eximir-se dessa responsabilidade lavrando, por escrito, a sua oposição à decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou¹²¹.

¹¹⁸ Os gerentes/administradores, na sua relação com a pessoa coletiva, tipicamente uma sociedade comercial, são, neste caso, "substituídos" pelos membros do órgão direutivo da associação de empresas, na sua relação com a associação.

¹¹⁹ Relembrando, estes acórdãos incidiram sobre o n.º 3 do Artigo 551.º (com a epígrafe "Sujeito responsável por contraordenação laboral") do Código de Trabalho, que dispõe que:

"1- Se o infrator for pessoa coletiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com aquela, os respetivos administradores, gerentes ou diretores."

¹²⁰ O Artigo 551.º n.º 3 do Código de Trabalho não exige, pelo menos expressamente, que os gerentes, administradores ou diretores estivessem em funções aquando da prática da infração contraordenacional. De facto, limita-se a referir que, caso o destinatário seja uma pessoa coletiva ou equiparada, então os gerentes, administradores ou diretores responderão solidariamente pelo pagamento da coima

¹²¹ O Artigo 551.º, n.º 3, do Código de Trabalho não contempla nenhuma possibilidade de os gerentes, administradores ou diretores se eximirem ao pagamento da coima lavrando por escrito a sua oposição à decisão da qual resulta a infração (o que seria certamente possível no caso de sociedades por quotas, em caso de gerência colegial, e no caso de sociedades anónimas, no âmbito do funcionamento dos respetivos conselhos de administração)

No mesmo sentido, a Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, que aprova a Lei-quadro das Contraordenações Ambientais, dispõe no respetivo Artigo 11.º, sob a epígrafe "Responsabilidade solidária":

"Se o agente for pessoa coletiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com esta, os respetivos titulares do órgão máximo das pessoas coletivas públicas, sócios, administradores ou gerentes."

315. Estes dois elementos corroboram o entendimento de que se deve dar por afastada a não constitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º por violação do princípio da culpa e da presunção da inocência, nos termos que se passará a descrever.
316. Quanto ao primeiro, para que a uma empresa possa ser imputada a responsabilidade solidária, exige-se que um seu representante, ao tempo da infração, fizesse parte do órgão diretivo da associação de empresas a quem seja aplicada uma coima ou sanção acessória.
317. Este pressuposto implica que a pessoa em questão, pela sua posição privilegiada em termos de acesso a informação e de particular responsabilidade quanto ao desenvolvimento da atividade da associação, teve conhecimento, ou deveria ter tido conhecimento (no sentido de que se lhe exigia que diligenciasse no sentido de se informar), da infração perpetrada pela associação da qual era dirigente.
318. A jurisprudência do Tribunal Constitucional evidencia a importância deste aspeto na avaliação da constitucionalidade da responsabilidade de membros de órgãos diretivos pelas coimas aplicadas à pessoa coletiva, tal como resulta do Acórdão 561/2011¹²²: “[n]a verdade, a responsabilidade contraordenacional primária surge na esfera jurídica da pessoa coletiva por ato do seu gerente ou administrador, pois é de entender que os poderes de gerência ou de administração lhes permitem desenvolver a atividade necessária à não ocorrência do ato gerador daquela responsabilidade” (sublinhado da Autoridade).
319. Na mesmo sentido se expressa o Acórdão 180/2014¹²³ quando refere, expressamente a propósito do princípio da culpa, que “[f]unciona aqui uma garantia patrimonial que é exigível ao administrador ou gerente em função da sua qualidade de representante legal da pessoa coletiva e em atenção à sua ligação física e funcional à atividade empresarial que é suscetível de envolver a prática de infrações contraordenacionais” (sublinhado da Autoridade).
320. Quanto ao segundo elemento do regime previsto no n.º 8 do artigo 73.º, esta disposição legal, diversamente de outras do ordenamento jurídico português com contornos semelhantes, prevê de forma expressa uma forma de as empresas se eximirem à responsabilidade solidária pelo pagamento da coima, lavrando por escrito a sua oposição à decisão que constituiu a infração ou da mesma resultou.
321. Deste modo, o que a norma legal exigia, e que não resulta dos autos do processo, era que os representantes das associadas no órgão diretivo da associação de empresas, na posse do conhecimento obtido (ou que deveriam ter procurado obter em função da sua posição de membro desse mesmo órgão), lavrassem a sua oposição à decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou.
322. Ainda assim, pretende-se sustentar nas PNI que se debruçaram sobre esta matéria que, tendo uma pessoa (representante da empresa associada) sido nomeada para uma posição de direção da associação, não lhe era exigível que (i) diligenciasse no sentido de obter conhecimento de eventuais práticas ilegais levadas a cabo pela

¹²² Citado supra em 2.7.2.

¹²³ Citado supra em 2.7.2.

associação que passou a dirigir, e que, (ii) caso conclúisse que se encontrava uma prática ilegal em curso, a ela se opusesse por escrito.

323. Sob este prisma, o argumento da violação do princípio da presunção da inocência apresenta-se claramente infundado, na medida em que se consubstancia, no essencial, na alegação de que, não obstante estar expressamente previsto na lei o que era exigido das empresas, estas não o fizeram, e posteriormente invocam que tal não lhes era exigível (portanto não lhes era exigível o conhecimento da lei e as diligências por esta impostas), e como tal encontrar-se-ia violado o princípio da presunção da inocência.
324. O que se pretende sustentar não se coaduna minimamente com uma cultura empresarial que se pretende respeitadora das regras de defesa da concorrência, bem jurídico constitucionalmente tutelado, no âmbito do qual uma posição de direção numa associação de empresas deverá ser assumida apenas e quando a pessoa em questão (representante da associada) tenha conhecimento das regras da concorrência aplicáveis.
325. Por outro lado, o referido até agora a propósito da parte final do n.º 8 do artigo 73.º - cláusula de exclusão de responsabilidade – já evidencia que a norma, para além de não violar o princípio da culpa, também não afeta, em termos constitucionalmente desconformes, o princípio da presunção de inocência, antes servindo precisamente para assegurar o respetivo cumprimento, na medida em que as empresas têm à sua disponibilidade um modo de refutar a prática do ilícito e de se eximirem da responsabilidade.
326. Aliás, se atendermos à redação do n.º 2 do artigo 32.º da CRP – “*todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado de sentença de condenação*” -, mesmo quando devidamente adaptado para o domínio contraordenacional (no qual a condenação, a ter lugar, ocorre apenas no final da fase administrativa do processo), a alegação de violação do princípio da presunção da inocência afigura-se, para além de não fundamentada, também prematura.
327. De facto, relembre-se que através da Nota de Ilicitude a AdC apenas comunicou à visada e às responsáveis solidárias que existia uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória (al. a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012). Sem prejuízo, em resposta à Nota de Ilicitude, portanto ainda num momento em que nenhuma empresa havia sido condenada, já várias empresas argumentaram que a norma do n.º 8 do artigo 73.º violava o princípio da presunção da inocência.
328. Ademais, a alegação de violação do princípio da presunção da inocência afigura-se também de certo modo contraditória: a AdC, reconhecendo a necessidade de conferir às responsáveis solidárias o direito de audição e defesa (n.º 10 do artigo 32.º da CRP) notificou-as para se pronunciarem por escrito sobre as questões que pudessem interessar ao processo, o que a grande maioria delas fizeram; adicionalmente, foi ainda conferida a estas empresas a possibilidade de requererem a sua audição oral, em complemento da defesa escrita, e ainda de requererem diligências complementares de prova, o que muitas empresas também fizeram, tendo as respetivas diligências, sempre que pertinentes, sido levadas a cabo de acordo com os trâmites aplicáveis.
329. Assim, no que respeita expressamente ao n.º 8 do artigo 73.º, tendo a AdC constatado que nos autos não constavam elementos probatórios da existência de oposição à

infração por parte das responsáveis solidárias (não se percebe sob nenhum ponto de vista o argumento de que estaria em causa uma inversão do ónus da prova), foi-lhes dada a possibilidade de, no exercício do direito de contraditório, fornecer à AdC elementos de prova que evidenciassem o contrário, tendo sido assegurado, também por esta via, o princípio da presunção da inocência.

330. À luz do exposto, importa concluir pela constitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 ao abrigo do princípio da culpa, resultante do artigo 1.º da CRP (enquanto decorrência do princípio da dignidade humana) e do princípio da presunção da inocência, previsto no n.º 2 do artigo 32.º da CRP.

2.7.6. Da alegada violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade

2.7.6.1. Pronúncias sobre a Nota de Illicitude

331. A MTSF sustenta que a interpretação efetuada na Nota de Illicitude do n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência se afigura inconstitucional, nomeadamente enquanto decorrência da violação dos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade relativamente à restrição de direitos fundamentais (artigo 18.º da CRP) e da igualdade (artigo 13.º da CRP).
332. Neste sentido, alega a MTSF que “(...) o valor a suportar pela PARTNERS como responsável solidária, decorrente da circunstância de ter integrado a Direção da visada APAP durante um mandato de 3 anos, nunca poderia ter como base o volume de negócios do conjunto das associadas da APAP, mas apenas, e quanto muito, o da própria APAP”¹²⁴.
333. Assim, sustenta esta empresa que “[u]ma interpretação do artigo 73.º, n.º 8 do RJC, segundo a qual as empresas cujos representantes, ao tempo da infração, eram membros dos órgãos diretivos, são responsáveis solidários pelo pagamento do valor da totalidade da coima calculada em função do volume de negócios agregado das associadas e do total do período de duração da infração, (i) abstraindo do volume de negócios da Associação (responsável pela alegada infração), (ii) do período de tempo em que a responsável integrou os órgãos diretivos da Associação, e (iii) da atuação concreta do respetivo representante, seria claramente inconstitucional”¹²⁵¹²⁶.
334. Por fim, a Nossa e a Niusistemas questionam “qual a bondade e a justiça de colocar em planos de igualdade e responsabilizar de forma igual quem participou em períodos

¹²⁴ Cf. fls. 3092 – parágrafo 24 da PNI da MTSF.

¹²⁵ Cf. fls. 3092 – parágrafo 25 da PNI da MTSF.

¹²⁶ Adicionalmente a tudo o que já foi referido, a MTSF invoca ainda a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º por violação do “princípio das sanções ilimitadas ou indefinidas” (n.º 1 do artigo 30.º da CRP) sem, todavia, invocar fundamentos específicos para sustentar esta alegação.

Na ausência de fundamentação específica, sempre se dirá que a questão parece estar mais de perto relacionada com a alegação da inconstitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012. Neste contexto, remetemos esta matéria para a secção 2.5 supra, onde a mesma se encontra abordada em detalhe.

de tempo diferentes na Direção da APAP?"; "[é] uma justiça ferida de total injustiça material e de desproporcionalidade (...)"¹²⁷.

335. Por sua vez, algumas das empresas associadas da APAN que se pronunciaram sobre a Nota de Ilicitude¹²⁸ invocam que a responsabilidade, a título solidário, das empresas cujos representantes fizeram parte do órgão diretivo durante o período da infração, pela coima aplicada à associação, determinada tendo como limite máximo 10% do volume de negócio agregado de todas as associadas, coloca as responsáveis solidárias numa situação mais desfavorável do que se fossem diretamente responsáveis pela prática da contraordenação.
336. A responsabilidade solidária, conforme consagrada na Lei da Concorrência e perfilhada pela AdC, afigurar-se-ia assim excessiva e ostensivamente irrazoável, nomeadamente porque a própria associação infratora pode ficar exonerada do pagamento da sanção, caso se exigisse o pagamento diretamente a uma das responsáveis solidárias.
337. Por outro lado, alega-se que o regime do n.º 8 do artigo 73.º restringe de forma intolerável os direitos fundamentais das empresas (nomeadamente a livre iniciativa económica e a propriedade privada), para além da necessidade de tutela de quaisquer outros bens jurídicos constitucionalmente consagrados.
338. Sustenta-se ainda que o n.º 8 do artigo 73.º conforma uma solução legal incompatível com os princípios da igualdade e da proporcionalidade, consignados nos artigos 13.º e 18.º da CRP, uma vez que trata de modo igual situações materialmente diferentes, responsabilizando de modo equivalente diversas entidades, sem ter em conta o facto de os representantes das diversas empresas terem sido titulares do órgão de direção em diferentes momentos e por períodos diversos.
339. Por fim, o n.º 8 do artigo 73.º afigurar-se-ia ainda inconstitucional em face dos princípios citados, porquanto equipara o património da associação ao das responsáveis solidárias, às quais não teria sido dirigido nenhum juízo de reprovação jurídica, sujeitando-se deste modo indistintamente o património da associação e das responsáveis solidárias à prossecução das finalidades da sanção.

2.7.6.2. Apreciação da AdC

340. Na generalidade, a jurisprudência do Tribunal Constitucional que incidiu sobre normas com contornos semelhantes aos do n.º 8 do artigo 73.º da Lei nº 19/2012 não se debruça em detalhe sobre a violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, porquanto faz decorrer a não inconstitucionalidade das normas à luz destes princípios do referido, de forma mais extensa e aprofundada, a propósito da não

¹²⁷ Cf. fls. 3297 - parágrafos 100 e 101 da PNI conjunta da Nossa e da Niusistemas.

¹²⁸ As associadas da APAN que suscitaram a inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º em virtude da violação do princípio da proporcionalidade e do princípio da igualdade foram as seguintes: CTT (fls. 5596 – 5600), ECIGA (fls. 6110 - 6113), MEO (fls. 5995 – 5997), Super Bock (fls. 6071 – 6074), Vodafone (fls. 5661 – 5663), CGD (fls. 3820 – 3827), Diageo (fls. 3899 – 3906), McDonald's (fls. 4123 – 4129), Unilever (fls. 3963 - 3967), J&J (fls. 5736), SCC (fls. 4040 – 4042) e SEAT (fls. 5702 – 5704). Neste sentido se pronunciou também a própria APAN (fls. 5809 – 5812).

constitucionalidade em face dos princípios da proibição de transmissão de responsabilidade penal e da culpa.

341. Assim, tendo sido feita referência às orientações do Tribunal Constitucional a respeito destes últimos dois princípios nas seções precedentes, não tem efeito útil voltar a descrever o raciocínio do Tribunal a este respeito, dando-se aqui por reproduzido e tido em devida consideração, sempre que aplicável e pertinente, o que foi referido *supra*.
342. Noutros casos, como no Acórdão 180/2014¹²⁹, o Tribunal Constitucional optou por analisar de forma conjunta a potencial violação do princípio da culpa e do princípio da proporcionalidade, tendo-se pronunciado nos termos que se reproduziram no parágrafo 309 *supra*, os quais damos também aqui por reproduzidos, com as devidas consequências em termos de apreciação da constitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º.
343. Por outro lado, também no Acórdão 180/2014, o Tribunal, apesar de remeter, em parte, a sua apreciação da potencial violação do princípio da igualdade para considerações feitas anteriormente, não deixou ainda sim de se pronunciar especificamente quanto ao princípio da igualdade:

“Por idêntica ordem de considerações, não tem cabimento a invocação da violação do princípio da igualdade. Não se trata aqui de definir a moldura da coima aplicável a um administrador ou gerente com base em elementos de aferição que apenas respeitem à pessoa coletiva e que são necessariamente diferenciados. O que está em causa é uma responsabilidade solidária que confere ao sujeito individual a condição de garante do pagamento da coima, a qual não deixa de ser fixada, no âmbito do processo contraordenacional, em função da moldura ajustável à personalidade coletiva do devedor primário. Não ocorre, por isso, uma parificação, quanto ao objeto, de situações de responsabilidade que, do ponto de vista da natureza do sujeito responsável, sejam desiguais, e pudesse suscitar uma desconformidade com o princípio da igualdade.”

344. Dito isto, especificamente no que diz respeito ao n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, importa mencionar alguns aspectos adicionais que corroboram e completam as considerações do Tribunal Constitucional, relacionados com o regime nele previsto e sua interação com o regime jurídico da concorrência como um todo, no âmbito do qual a adequação de certas normas depende, não só mas também, da sua relação com outras disposições legais conexas.
345. Em primeiro lugar, importa relembrar que o fundamento inerente à medida abstrata da coima a aplicar em face de uma decisão de associação de empresas ter como limite máximo 10% do volume de negócios agregado das associadas afigura-se absolutamente adequado e em linha com a *ratio* da disposição legal.
346. Com efeito, o propósito principal da proibição das decisões de associações de empresas em sede de direito da concorrência consiste precisamente em obviar a que as empresas atuem de forma concertada no mercado, mas que, em virtude de a concertação ter lugar por via da interposição de uma entidade com personalidade

¹²⁹ Citado supra em 2.7.2.

jurídica distinta, tal conluio, por não constituir um acordo ou prática concertada entre empresas, não seja sindicável.

347. Deste modo, pretender que a coima aplicável nestes casos tenha como limite máximo 10% do volume de negócios da associação de empresas não tem pertinência, afigura-se injustificado, e, em rigor, desproporcional, já que de forma alguma uma coima aplicada com tal referencial teria correspondência com a realidade económica abrangida pela restrição ilegal.
348. Por outro lado, na sequência do já referido *supra* em 2.7.1, caso se limitasse a coima aplicável nestes casos ao limite máximo de 10% do volume de negócios da associação de empresas, estaria encontrada uma forma fácil de as empresas coordenarem os seus comportamentos no mercado, por intermédio de uma entidade terceira, mantendo o seu património intacto, daqui resultando um quase total esvaziamento do potencial dissuasor das regras da concorrência, quando aplicadas a decisões de associações de empresas.
349. O limite máximo da coima potencialmente aplicada a uma decisão de associação de empresas encontra-se assim perfeitamente justificado, na medida em que só assim se assegura a correspondência entre a moldura da sanção e a realidade económica abrangida pela restrição ilegal.
350. De facto, note-se que o que poderia constituir uma ameaça ao princípio da igualdade seria, num caso de uma decisão de associação que condicionasse de forma anticoncorrencial e ilícita a conduta de todas as suas associadas, aplicar uma coima tendo apenas por referência o volume de negócios dessa associação, na medida em que tal equivaleria a tratar de forma igual situações diferentes: por um lado, caso duas empresas coordenassesem de forma ilegal a sua conduta no mercado, ser-lhes-ia aplicada a cada uma coima com limite máximo de 10% do respetivo volume de negócios; por outro lado, caso uma decisão de associação de empresas condicionasse ilegalmente a conduta de, por hipótese, vinte empresas suas associadas, seria ainda assim, de forma absolutamente inconsistente, aplicada uma coima tendo apenas como referência o volume de negócios da associação.
351. Desta forma, considera-se assegurado o cumprimento dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, tal como previstos nos artigos 18.º e 13.º da CRP, pelo que também quanto a este ponto fica excluída qualquer constitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência.

3. DOS FACTOS

3.1. Identificação e caraterização das visadas destinatárias da presente decisão

3.1.1. APAN

352. A APAN, criada em 1987¹³⁰, é, de acordo com os seus Estatutos¹³¹, uma associação sem fins lucrativos e que tem por objeto específico a defesa, a salvaguarda e a promoção dos interesses das empresas suas associadas em todos os aspetos ou setores relacionados com a publicidade.

353. A APAN é uma associação de empresas não setorial, podendo ser suas associadas todas as pessoas singulares ou coletivas que façam publicidade em Portugal para os seus produtos ou serviços¹³².

354. A APAN representa os interesses dos anunciantes em diversas instituições nacionais e internacionais (fls. 185).

355. Em janeiro de 2019, a APAN tinha 84 associadas (fls. 191 a 193).

356. A APAN elege os seus órgãos sociais¹³³, em Assembleia Geral e por períodos de 3 anos (fls. 183 e fls. 190)¹³⁴.

357. A Secretária-Geral da APAN é **[Colaboradora da APAN]**, a qual exerce funções, pelo menos, desde 2008, de acordo com os elementos de prova apreendidos (APAP-0031).

358. De acordo com a APAN, as suas associadas, representam, em 2020, no seu conjunto, um volume de vendas superior a 46.000.000 € (quarenta e seis milhões de euros), mais de 75.000 postos de trabalho diretos e cerca de 75% do investimento publicitário em Portugal¹³⁵.

3.1.2. APAP

359. A APAP tem a sua génese no antigo Grémio Nacional das Atividades Publicitárias, criado em 1969, e que, em 1975, se transformou na Associação Portuguesa das Atividades Publicitárias¹³⁶.

360. Atualmente, a APAP é, nos termos dos seus Estatutos¹³⁷, uma associação de empregadores de duração ilimitada, constituída pelas agências que exercem a sua

¹³⁰ Cf. <https://pt.linkedin.com/company/apan---associa-o-portuguesa-de-anunciantes> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹³¹ Cf. <https://www.apan.pt/sobre-nos/estatutos/> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹³² Cf. artigo 6.º, n.º 1 dos Estatutos da APAN.

¹³³ Mesa da Assembleia Geral, Direção e Conselho Fiscal.

¹³⁴ Cf. <https://www.apan.pt/sobre-nos/orgaos-sociais/> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹³⁵ Cf. <https://www.apan.pt/sobre-nos/quem-somos/> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹³⁶ Cf. <http://www.apap.co.pt/aapap/historia.aspx> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹³⁷ Cf. Boletim do Trabalho, n.º 1, 8/2011 (de acordo com informação remetida pela APAP).

atividade no âmbito da comunicação comercial, abrangendo nomeadamente as agências cujo objeto for o exercício das atividades de publicidade, planeamento e compras de meios, *marketing* digital, *marketing* relacional, eventos e ativação de marcas e relações públicas e comunicação (fls. 201).

361. Qualquer empresa membro da APAP deverá ser independente das empresas anunciantes e dos suportes publicitários, não devendo também explorar concessões ou exclusivos publicitários de qualquer tipo (fls. 201).
362. Ainda de acordo com os seus Estatutos, a APAP tem por objetivo defender os interesses legítimos e direitos de todas as associadas, promovendo o seu prestígio e dignificação; contribuir para o desenvolvimento da atividade empresarial da comunicação comercial e desenvolver um espírito de solidariedade e apoio recíproco entre os seus membros (fls. 201).
363. A admissão de associadas pela APAP faz-se mediante prova do exercício efetivo da atividade económica, as quais se farão representar por um dos administradores ou gerentes, passível de delegação (fls. 202).
364. Em julho de 2020, as empresas associadas da APAP correspondiam a 33¹³⁸.
365. São órgãos da APAP, a Assembleia Geral, a Direção e o Conselho Fiscal que são eleitos por um mandato de 3 anos (fls. 202)¹³⁹.
366. O órgão direutivo da APAP eleito para o triénio 2018-2020 é composto pelos seguintes membros (fls. 199 e 210-verso):
 - Fuel – **[Colaborador da Fuel 1]** (Presidente);
 - APAME – **[Colaborador da APAME]** (Vice-Presidente);
 - Fullsix – **[Colaborador da Fullsix]** (Vice-Presidente);
 - Wunderman – **[Colaborador da Wunderman]** (Vogal);
 - Niusistemas – **[Colaborador da Niusistemas]** (Vogal);
 - BAR – **[Colaborador da BAR]** (Vogal);
 - Nossa – **[Colaborador da NOSSA]** (Vogal).
367. O órgão direutivo da APAP eleito para o triénio 2015-2017 era composto pelos seguintes membros (fls. 198):
 - Fuel – **[Colaborador da Fuel 1]** (Presidente);
 - APAME – **[Colaborador da APAME]** (Vice-Presidente);

¹³⁸ Cf. <https://www.apap.co.pt/associados/directorioassociados.aspx> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹³⁹ Cf. <http://www.apap.co.pt/aapap/corposgerentes.aspx> (documento constante de CD a fls. 10476).

- Fullsix – Marketing Interactivo, S.A. – **[Colaborador da Fullsix]** (Vice-Presidente);
- Wunderman – Serviços Comunicação Direta, Lda. – **[Colaborador da Wunderman]** (Vogal);
- Brandkey – **[Colaborador da Brandkey]** (Vogal);
- APECOM¹⁴⁰ (Vogal);
- MTSF – **[Colaborador da MTSF]** (Vogal).

368. A Secretária-Geral da APAP, **[Colaboradora da APAP]**, exerce funções, pelo menos, desde 2008, de acordo com os elementos de prova apreendidos (APAP-0031).

369. O volume anual de negócios da APAP foi, em 2019, de 222.367,94 € (duzentos e vinte e dois mil trezentos e sessenta e sete euros e noventa e quatro cêntimos) (fls. 8472).

370. O volume de negócios agregado das empresas associadas da APAP foi, em 2019, de 177.488.480,57 € (cento e setenta e sete milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e oitenta euros e cinquenta e sete cêntimos), conforme resulta do Anexo 1.

371. O volume de negócios realizado pelas associadas da APAP com a prestação de serviços publicitários em contexto de contratação privada, no período entre 2015 e 2018, foi de 92.024.781 € (noventa e dois milhões, vinte e quatro mil e setecentos e oitenta e um euros), 96.547.818 € (noventa e seis milhões, quinhentos e quarenta e sete mil e oitocentos e dezóito euros), 101.419.262 € (cento e um milhões, quatrocentos e dezanove mil e duzentos e sessenta e dois euros); e 92.662.034 € (noventa e dois milhões, seiscentos e sessenta e dois mil e trinta e quatro euros), respetivamente (fls. 10296 a 10377).

3.2. Identificação e caracterização dos mercados

372. Em Portugal, a atividade de publicidade é regulada através do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, na sua redação atual.

373. De um modo geral, entende-se publicidade como qualquer forma de mensagem a troco de remuneração ou outra forma de contraprestação, difundida com objetivos autopromocionais por uma entidade pública ou privada, relacionada com uma atividade comercial, industrial, artesanal ou de profissão liberal, com o objetivo último de promover o fornecimento de bens e serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações.

374. A publicidade comercial corresponde àquela que mais nos rodeia e que nos incentiva diretamente à compra de produtos ou serviços através de métodos de persuasão.

375. A publicidade institucional destina-se, sobretudo, a alertar os consumidores para determinados aspetos da vida em sociedade, nomeadamente os de prevenção e

¹⁴⁰ Sem indicação do representante.

implementação de regras de vida (por exemplo: campanhas de solidariedade, de prevenção, etc.).

376. A procura pelos serviços de publicidade é constituída pelos anunciantes, que são as pessoas singulares ou coletivas no interesse de quem se realiza a comunicação aludida acima (parágrafo 373).
377. O objetivo dos anunciantes é criar consciência de marca, informar sobre as características da sua oferta e/ou persuadir e incrementar o valor percecionado pelos clientes em relação a essa oferta, tendo em vista a venda última dos seus produtos e serviços.
378. A APAN, na qualidade de associação do setor, tinha inscritos, em 2019, 84 anunciantes, as quais correspondem essencialmente a empresas de grande dimensão que estão presentes no mercado da publicidade (parágrafo 355).
379. A fim de conceber, produzir e divulgar a mensagem publicitária, os anunciantes podem recorrer a um ou mais serviços prestados por empresas especializadas. Para efeitos do presente processo de contraordenação, os serviços relevantes são os de produção de conteúdos publicitários.
380. Por seu turno, a oferta dos serviços de produção de conteúdos publicitários é constituída pelas pessoas individuais ou coletivas que levam a cabo um processo criativo tendente à produção do conteúdo da mensagem publicitária, a troco de remuneração ou outra forma de contraprestação. Tipicamente, estas pessoas são conhecidas como agências de publicidade.
381. Depois de criado o conteúdo da mensagem publicitária, esta é tipicamente veiculada através dos meios de comunicação. Estes podem ser *online* (e.g. os blogues, os motores de busca, os sítios de Internet em geral e as aplicações para telemóvel), mas também *offline* (e.g. a televisão, a imprensa, a rádio, as camisas dos jogadores de futebol profissional e a publicidade exterior). Este serviço de divulgação pode ser feito pelas próprias agências de publicidade, ou por outras empresas, conhecidas por agências de meios.
382. A separação entre os dois tipos de serviços aludidos é coerente com a prática decisória europeia¹⁴¹.
383. Em julho de 2020, a APAP, tinha 33 agências de publicidade associadas (parágrafo 364).
384. Neste contexto, identifica-se o mercado da produção de conteúdos publicitários, sem prejuízo da possibilidade de o mesmo poder ser segmentado distintamente.

385. Quanto à dimensão geográfica do mercado, atenta a factualidade analisada e dada a natureza da prática investigada, considera-se, neste caso, poder ser o território nacional, sem prejuízo da possibilidade de o mesmo ter uma outra dimensão,

¹⁴¹ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.3579 - WPP / GREY.

atendendo à realização de concursos internacionais para aquisição do tipo de serviços em apreço.

386. De salientar que, no caso em análise, não será necessária uma delimitação prévia e exata do mercado relevante, atento o referido na secção 4.1.1.2.

3.2.1. Pronúncias sobre a Nota de Illicitude

387. No que diz respeito à definição do mercado, a APAP refere que a oferta neste mercado é bastante atomizada, sendo, por isso, fortemente concorrencial¹⁴².

388. A APAP considera também que este mercado tem poucas barreiras à entrada, desde logo por inexistirem barreiras regulamentares; no entanto, refere existirem barreiras estruturais, uma vez que não se trata de uma indústria de capital intensivo, sendo o capital humano o mais relevante e que tem maior peso na estrutura de custos de uma agência de publicidade¹⁴³.

389. Por sua vez, a APAN descreve aquela que considera ser a evolução do mercado nos últimos 10 anos¹⁴⁴, por entender que o setor das agências de publicidade evoluiu significativamente durante esse período. Nesta descrição, começa por alegar que o setor se manteve sempre bastante atomizado, “estimando a APAN que o número de empresas registadas em Portugal como agências de publicidade nunca tenha sido inferior a 3.000”¹⁴⁵. Mais caracteriza o mercado, nestes últimos 10 anos, como “francamente concorrencial e dinâmico”¹⁴⁶.

390. No que se refere aos anunciantes, a APAN considera que passou a notar-se um amadurecimento, passando estes a dispor de “maior sofisticação no momento de selecionar e reter agências”¹⁴⁷. Além disso, a APAN entende que o processo de seleção de agências de publicidade complexificou-se, surgindo as figuras dos consultores que auxiliam os anunciantes na gestão dos concursos¹⁴⁸.

391. A APAN conclui, a propósito da caracterização do mercado, que as agências têm cada vez maior possibilidade e capacidade para se especializarem, diferenciarem e concorrerem entre si e que a oferta é suficientemente sofisticada, e em quantidade mais do que adequada, para dar resposta a todos os tipos de anunciantes, existindo agora mais concorrência¹⁴⁹.

392. Por sua vez, a Vodafone na sua PNI, refere que a AdC não caracteriza adequadamente o mercado relevante “ao concluir, sem mais, pela identificação do mercado nacional da disponibilização de serviços de publicidade”¹⁵⁰.

¹⁴² Cf. fls. 2250- parágrafo 121 da PNI da APAP.

¹⁴³ Cf. fls. 2251- parágrafos 124, 125 e 126 da PNI da APAP.

¹⁴⁴ Cf. fls. 5775 a 5776-verso.

¹⁴⁵ Cf. fls. 5775- parágrafo 209 da PNI da APAN.

¹⁴⁶ Cf. fls. 5775- parágrafo 210 da PNI da APAN.

¹⁴⁷ Cf. fls. 5776- parágrafo 218 da PNI da APAN.

¹⁴⁸ Cf. fls. 5776- parágrafo 219 da PNI da APAN.

¹⁴⁹ Cf. fls. 5776- parágrafo 221 da PNI da APAN.

¹⁵⁰ Cf. fls. 5645- parágrafo 92 da PNI da Vodafone.

3.2.2. Apreciação da AdC e conclusões

393. As PNI descritas *supra* não contendem com o referido na secção 3.2, pelo que se identifica como mercado relevante o mercado da produção de conteúdos publicitários, sem prejuízo da possibilidade de o mesmo poder ser segmentado distintamente.
394. Quanto à dimensão geográfica do mercado, atenta a factualidade analisada e dada a natureza da prática investigada, considera-se, neste caso, poder ser definida como abrangendo o território nacional, sem prejuízo da possibilidade de o mesmo ter uma outra dimensão, atendendo à realização de concursos internacionais para aquisição do tipo de serviços em apreço.
395. De salientar ainda que, no caso em análise, não será necessária uma delimitação prévia e exata do mercado relevante, atento o referido na secção 4.1.1.2.

3.3. Comportamento das visadas

3.3.1. Elaboração, aprovação e divulgação do Guia de Boas Práticas

396. Em 22.01.2008, a APAN, na sequência de proposta da APAP de “Boas Práticas para Concurso de Agências”, decidiu criar um grupo de trabalho conjunto para elaboração de um documento de “Boas Práticas nas Relações entre Agências e Anunciantes”, conforme resulta da ata da Direção da APAN dessa mesma data (documento APAN-0013¹⁵¹).
397. Em 05.02.2009, a APAP, através da sua Secretária-Geral, deu a conhecer por *email* às suas associadas o Guia de Boas Práticas entretanto aprovado e subscrito pela APAP e pela APAN¹⁵² (documento APAP-0773).

¹⁵¹ As cadeias de conversação em que se encontram inseridas as mensagens de correio eletrónico referidas na presente Nota de Ilicitude encontram-se, para efeitos de contextualização, listadas no Anexo 2, dando-se como integralmente reproduzidas para todos os efeitos legais.

¹⁵² O Guia de Boas Práticas foi aprovado pela APAN na sua reunião de Direção de 30.01.2009 (cf. fls. 4001 e 4002).

De: [REDACTED]

Enviada: qui 05/02/09 11H08m

Para: [REDACTED]

Assunto: Guia de Boas Práticas para Concursos de Comunicação Comercial

Caros associados

Em anexo, o Guia de Boas Práticas para Concursos de Agências de Publicidade e Comunicação, subscrito pela APAP e pela APAN e que será divulgado e apresentado à imprensa durante a próxima semana.

Como o próprio nome indica, contém um conjunto de recomendações que as duas associações, enquanto representantes da indústria da publicidade e comunicação, consideram serem essenciais para criar um contexto em que agências e clientes possam obter os resultados mais eficazes, de uma forma racional e profissional.

Ganhar um concurso é para todas as agências de publicidade e comunicação o corolário de um esforço, de um investimento e, com todo o orgulho, de um trabalho criativo e estratégico superior.

Mas os processos de selecção de agência são altamente dispendiosos para todos os envolvidos, e a ausência de "normas" da indústria que defendam alguma disciplina, onera fortemente os custos do sector, prejudica a rentabilidade de agências e anunciantes e a qualidade do trabalho que é desenvolvido. E, principalmente na severa conjuntura que estamos a viver, é um absurdo favorecer o desperdício de recursos.

A introdução de medidas que aportem eficiência, celeridade e transparência é apenas uma questão de bom senso. E é este o objectivo do Guia de Boas Práticas que vos apresentamos.

Não sendo normas vinculativas, não podemos assegurar que todos os anunciantes e agências sigam as recomendações aqui enunciadas.

Mas há algo que, com este Guia, ficamos todos a saber – o que são "boas práticas", definidas e reconhecidas internacionalmente. E só assim, também, se podem reconhecer as "máis práticas", que apenas contribuem para a ineficiência do sector, o desperdício, o desrespeito, a banalização e a desvalorização do produto criativo.

Para finalizar, esperamos que o Guia de Boas Práticas contribua para aquele que é o objectivo comum de Agências e Clientes – o início de uma relação estável e duradoura, que beneficie a imagem das marcas e das empresas.

Melhores cumprimentos

398. Ainda em 05.02.2009, a Secretária-Geral da APAP, confirmou junto da Direção o envio dos *emails* que davam a conhecer às suas associadas a existência do Guia de Boas Práticas (documento APAP-0102).
399. Na mesma data, foi igualmente dado conhecimento do Guia de Boas Práticas a não associados da APAP (documentos APAP-0100 e APAP-0101).
400. Em 27.02.2009, a APAP e a APAN anunciaram na imprensa do setor que a apresentação do Guia de Boas Práticas teria lugar no dia 3 de março (documento APAP-0019), tendo sido inclusivamente enviados convites para participação no evento (documento APAN-0004).

401. No sítio da APAP na Internet foi igualmente dada nota da divulgação pela APAP e pela APAN à imprensa, em 03.03.2009, do Guia de Boas Práticas¹⁵³, tendo sido adotado um documento que dava conta dessa mesma apresentação conjunta (documento APAN-0003).
402. Segundo informação disponível no sítio da APAP na Internet relativamente ao Guia de Boas Práticas:

“(...) Como o próprio nome indica, [o Guia] contém um conjunto de recomendações que as duas associações, enquanto representantes da indústria da publicidade e comunicação, consideram serem essenciais para criar um contexto em que agências e clientes possam obter os resultados mais eficazes, de uma forma racional e profissional.

(...) Mas os processos de seleção de agência são altamente dispendiosos para todos os envolvidos, e a ausência de "normas" da indústria que defendam alguma disciplina, onera fortemente os custos do sector, prejudica a rentabilidade de agências e anunciantes e a qualidade do trabalho que é desenvolvido. E, principalmente na severa conjuntura que estamos a viver, é um absurdo favorecer o desperdício de recursos.

A introdução de medidas que aportem eficiência, celeridade e transparência é apenas uma questão de bom senso. E é este o objetivo do Guia de Boas Práticas que vos apresentamos.

Não sendo normas vinculativas, não podemos assegurar que todos os anunciantes e agências sigam as recomendações aqui enunciadas.

Mas há algo que, com este Guia, ficamos todos a saber - o que são "boas práticas", definidas e reconhecidas internacionalmente. E só assim, também, se podem reconhecer as "máximas práticas", que apenas contribuem para a ineficiência do sector, o desperdício, o desrespeito, a banalização e a desvalorização do produto criativo”¹⁵⁴.

403. De acordo com informação disponível no sítio da APAN na Internet, “[o]s profissionais de marketing têm que trabalhar em parcerias mutuamente benéficas com as suas agências com o objetivo de criar, construir e manter marcas fortes e com boa reputação. Este documento de Boas Práticas contém regras e recomendações práticas sobre como gerir um concurso de agências de publicidade e comunicação desde a procura até à seleção e gestão dessas relações de parceria”¹⁵⁵.
404. Do Guia de Boas Práticas consta a regra n.º 4 *infra*, segundo a qual, os anunciantes (clientes) devem “[decidir] o concurso tendo por base uma lista de apenas 3 agências. Se a atual agência for convidada a participar então poderá ir até às 4 agências no total [...]” e “[dar] a conhecer aos concorrentes o número de agências convidadas e se inclui, ou não, a sua agência atual” (fls. 28 e fls. 160 para versão papel do Guia):

¹⁵³ Cf. <http://www.apap.co.pt/boaspraticas.aspx> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁵⁴ Cf. <http://www.apap.co.pt/boaspraticas.aspx> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁵⁵ Cf. <https://www.apan.pt/guia-de-boas-praticas-para-concursos-de-agencias-de-publicidade-e-comunicacao/#more-17159> (consultado em 15.07.2019; documento constante de CD a fls. 10476).

Regra

04.

Convide até 3 agências para um concurso (ou 4 se incluir a actual).

Decida o concurso tendo como base uma **lista de apenas 3 agências**. Se a actual agência for convidada a participar então poderá ir até às 4 agências no total. **Não convide a actual agência para o concurso** se não tem qualquer intenção de a reconduzir. Se ainda não o fez, deve falar com a sua agência sobre as razões que o levam a não a incluir na lista de convidados. **Não se deixe seduzir pelo alargamento** da lista de agências a concurso. Dê a conhecer aos concorrentes o número de agências convidadas e se inclui, ou não a sua agência actual. O cliente deve informar por escrito se o concurso e os nomes das agências participantes são confidenciais

É neste momento, ou seja, antes da reunião de apresentação do briefing, que deve ser assinado o **acordo de confidencialidade**, caso isso seja um requisito.

405. Em 04.03.2009, o Guia de Boas Práticas aprovado foi igualmente objeto de divulgação pela APAN, por *email*, junto das suas associadas (documento APAN-0026).
406. Ainda no dia 04.03.2009, a revista "Meios&Publicidade" dá conta da apresentação do Guia pela APAP e pela APAN, salientando, entre outros aspetos, a regra n.º 4, relativa ao convite de apenas três agências, no máximo quatro se se incluir a agência incumbente, para participação em concursos para aquisição de serviços de publicidade.

Figura 1: Notícia publicada na revista “Meios & Publicidade”¹⁵⁶

AS REGRAS PARA A ABERTURA DE CONCURSOS

Por Rui Oliveira Marques a 4 de Março de 2009



Convidar até três agências, ou quatro se incluir a incumbente, preparar informação detalhada, estabelecer um calendário pormenorizado e definir os critérios de avaliação. Estes são alguns dos princípios que integram o Guia de Boas Práticas para Concursos de Agências de Publicidade e Comunicação, apresentado ontem pela Associação Portuguesa de Empresas de Publicidade e Comunicação (APAP) e pela Associação Portuguesa de Anunciantes (APAN). Os princípios, que serão divulgados junto dos associados, foram inspirados no documento *Finding an Agency*, subscrito pelas associações congéneres do Reino Unido. Apesar do acordo entre a APAN e APAP, este não implica qualquer tipo de obrigatoriedade de subscrição ou implementação para os seus membros. “A APAN não é uma entidade sancionadora ou reguladora”, nem este documento pretende “regular uma relação financeira”, refere Pedro Nogueira, presidente da APAN. Das 10 regras que compõem o documento, Susana Carvalho, presidente da APAP, acredita que a mais difícil de implementar é a referente ao número de participantes nas consultas. “O maior desperdício é ter dez ou vinte agências a trabalhar a estratégia. Quando há concursos internacionais, concorremos todos. Nos outros concursos, o problema é ter empresas muito diferentes” a disputar uma conta. Se o grupo de agências for mais reduzido, sublinha a também CEO da JWT, “as agências estão mais motivadas porque têm mais possibilidades de ganhar. Os anunciantes também podem passar mais informação confidencial”.

407. Importa aqui clarificar que o Guia de Boas Práticas esteve, assim, em vigor e disponível para consulta nos sítios da APAN¹⁵⁷ e da APAP¹⁵⁸ na Internet, desde o início de 2009, até depois da adoção da Decisão de Inquérito pela Autoridade da Concorrência.

¹⁵⁶ Cf. <http://www.meiosepublicidade.pt/2009/03/as-regras-para-a-abertura-de-concursos/> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁵⁷ Cf.

<https://www.apan.pt/quia-de-boas-praticas-para-concursos-de-agencias-de-publicidade-e-comunicacao/#more-17159> (consulta à página eletrónica da APAN em 15.07.2019; documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁵⁸ Cf. Guia retirado da página eletrónica da APAP:

http://www.apap.co.pt/media/714/quia_de_boas_praticas.pdf (documento constante de CD a fls. 10476).

408. A Direção da APAN, em reunião extraordinária realizada em 27.08.2019, deliberou, suspender, provisória e cautelarmente, as recomendações constantes do Guia, bem como a sua publicitação no seu sítio na Internet, “enquanto persistirem em Portugal dúvidas quanto à sua compatibilidade com as regras de concorrência”¹⁵⁹. Adicionalmente, a APAN aprovou um comunicado que enviou a todas as associadas em que comunica esta suspensão e indica que nunca praticou qualquer ato no sentido de pretender dotar o Guia de qualquer elemento de obrigatoriedade¹⁶⁰.
409. Por sua vez, a APAP, também após a Decisão de Inquérito da AdC, suspendeu temporariamente o acesso ao Guia no seu sítio na Internet^{161,162}.
410. No que diz respeito aos acontecimentos ocorridos após a divulgação e a publicitação do Guia refira-se que, entre 05.03.2009 e 24.03.2009, a APAN e a APAP decidiram sobre aspetos relacionados com a partilha dos custos associados ao Guia de Boas Práticas, (cf. documento APAP-0134 e documento APAP-0072).
411. Posteriormente, a APAN e a APAP avaliaram a possibilidade de realização de um questionário junto das respetivas associadas com vista ao apuramento dos resultados da implementação do Guia de Boas Práticas, como se pode comprovar pelo *email* interno da APAP de 16.12.2009 e o *email* interno da APAN de 03.05.2010 (documentos APAP-0736 e APAN-0027).
412. Em 10.05.2010, tanto a APAP como a APAN enviaram por *email* o questionário às respetivas associadas (documentos APAP-0739 e APAN-0025).
413. Em 27.06.2014, e por referência à regra n.º 4 do Guia, a Secretária-Geral da APAP sinalizou ao Presidente da Direção que as associadas estavam “em polvorosa por causa de concursos sem regras”, propondo que se realizasse uma reunião “para que se definam mínimos Olímpicos para participar” em concursos, sugestão que foi acolhida (documento APAP-0878 *infra* dividido em duas imagens).

¹⁵⁹ Cf. fls. 5802 a 5803 e 5956 a 5964.

¹⁶⁰ Cf. fls. 5802 a 5803 e 5965 e 5966.

¹⁶¹ Cf. <https://www.apap.co.pt/boaspraticas.aspx> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁶² Verifica-se porém que usando uma hiperligação direta (https://apap.co.pt/media/714/guia_de_boas_praticas.pdf) ou um motor de pesquisa *online* é possível aceder ao referido guia (documento constante de CD a fls. 10476).

From: [REDACTED] <[REDACTED]@apap.co.pt>
To: <[REDACTED]@fuel.pt>
Date: 02/07/2014 10:57
Subject: RE: Concursos e masi concursos...

E este tema?

Bjs

[REDACTED]
Secretaria Geral APAP
APAP Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
T +351 [REDACTED] M + [REDACTED]
www.apap.co.pt

De: [REDACTED] [mailto: [REDACTED]@apap.co.pt]
Enviada: sexta-feira, 27 de Junho de 2014 16:07
Para: [REDACTED]@fuel.pt'
Cc: 'APAP'
Assunto: Concursos e masi concursos ...

Olá [REDACTED]

Tenho os associados em polvorosa por causa de concursos sem regras.

E hoje um propôs que se fizesse uma reunião de Associados para que se definam mínimos Olímpicos para participar que, de acordo com a sua opinião seriam: Máximo de 4 agências, com divulgação dos nomes, 3 / 4 semanas para trabalhar e informação do budget disponível.

Que te parece? Tenho medo da participação, mas seria uma primeira etapa, não achas?

Alguma outra sugestão?

Bis

De: [REDACTED]@fuel.pt
Enviado: 2 de julho de 2014 13:55
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: Concursos e masi concursos ...

Acho que sim, que devemos organizar esse encontro e tornar pública a acta. Bjos. [REDACTED]
CEO
Office Fuel Lisbon, Edifício Diogo Cão - Doca de Alcântara Norte, 1350-352 Lisboa
Email [REDACTED]s@fuel.pt Web www.fuel.pt
Tel +351 [REDACTED] Mob [REDACTED] Fax [REDACTED]

FUEL
A AGENCIA MAIS EFICAZ
PELO 2º ANO CONSECUTIVO
EFICÁCIA
PREMIADA E AVALIADA
NA COMPETIÇÃO

[f](#)

Esta mensagem pode conter informação confidencial e/ou protegida pela lei referente aos direitos de propriedade intelectual. A Fuel é proprietária da informação contida nesta mensagem. Esta mensagem destina-se unicamente ao conhecimento dos destinatários nela identificados. Caso não seja o destinatário desta mensagem, agradecemos que informe de imediato o remetente e proceda à destruição da mesma. O uso não autorizado da informação contida nesta mensagem e/ou seus anexos é punido por lei. Obrigado pela sua colaboração.

This message may contain confidential information and/or information protected by copyright law. Fuel is the owner of the information contained in this message. The content of this message is only and exclusively intended to the named recipients. If you are not the named recipient(s), please inform us immediately and delete the present email. The unauthorized use of the information contained in this message and in the annexes is punished by law. Thank you for your cooperation.

3.3.1.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

414. A APAP¹⁶³ e a APAN¹⁶⁴ indicam nas respetivas PNI que a elaboração do Guia pretendia adaptar ao mercado nacional boas práticas internacionais na seleção e retenção de agências de publicidade. Neste contexto, referem que a fonte de inspiração imediata do Guia foi o documento “*Finding an Agency – a best practice guide to agency search and selection*”¹⁶⁵, revelando que existem outros documentos com características semelhantes, produzidos em vários países¹⁶⁶, que foram tidos em

¹⁶³ Cf. fls. 2223 a 2249. As referências a comentários da APAP ao longo da presente secção têm origem nas mesmas folhas identificadas nesta nota de rodapé.

¹⁶⁴ Cf. fls. 5760 a 5772. As referências a comentários da APAN ao longo da presente secção têm origem nas mesmas folhas identificadas nesta nota de rodapé.

¹⁶⁵ Produzido, segundo a APAN e a APAP, pela Incorporated Society of British Advertisers (ISBA), pelo The Institute of Practitioners in Advertising (IPA) - instituições congéneres, respetivamente da APAN e da APAP no Reino-Únido -, bem como pela Direct Marketing Association (DMA), Marketing Communication Consultants Association (MCCA) e Public Relations and Communications Association (PRCA).

¹⁶⁶ A APAN identifica 27 países com este tipo de documentos. A APAP refere um estudo de 2016 da Associação Europeia das Agências de Comunicação que conclui que das 23 associações nacionais que responderam a um inquérito, 20 possuíam Guias de Boas Práticas para Concursos, 15 dos quais coproduzidos com Associações de Anunciantes. Indica também a APAP que a análise de Guias semelhantes disponibilizados noutras países revela que, a recomendação de que na fase da apresentação das propostas criativas, só devem estar 3 ou 4 agências (incluindo a incumbente) é comum a 24 dos 28 Guias analisados.

conta na elaboração do Guia. Alegam, assim, que esta era uma prática disseminada num vasto conjunto de países¹⁶⁷.

415. Referem igualmente a APAP e a APAN que a motivação para a elaboração do Guia se relaciona com o facto da apresentação de propostas no âmbito de concursos ser um processo exigente e consumidor de recursos, implicando, na maioria dos casos, a existência de trabalho criativo. Defendem, assim, que o Guia visava a obtenção de procedimentos de contratação mais eficientes, nomeadamente através da promoção de uma melhor alocação dos recursos das agências e dos anunciantes e da redução dos custos de transação (sobretudo das agências)¹⁶⁸.
416. A APAP e a APAN, bem como várias responsáveis solidárias destas associações¹⁶⁹ destacam que o Guia apresenta recomendações que se enquadram nas melhores práticas identificadas, considerando não existir nada no Guia que traduza uma natureza vinculativa do seu conteúdo. Neste contexto, revelam as visadas que também a divulgação do Guia, efetuada diretamente por si ou por órgãos de comunicação, foi concretizada de um modo que apresenta o seu conteúdo como um conjunto de recomendações não vinculativas.

¹⁶⁷ Do lado das responsáveis solidárias da APAP, a BAR, a JWT, a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220, a BBDO (cf. fls. 3099 a 3112), a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348), a Fuel (cf. fls. 3410 a 3417), a Fullsix (cf. fls. 3571 a 3578) e a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284) apresentam alegações no mesmo sentido. Também do lado das responsáveis solidárias da APAN existem várias entidades que apresentam comentários semelhantes – BCP (cf. fls. 4857 a 4890), CGD (cf. fls. 3759 a 3769), Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a/o ECIGA (cf. fls. 6107 a 6108 e 6115 a 6120), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a L'Oréal (cf. fls. 3308 a 3314), a McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082), a MEO (cf. fls. 5979 a 5987), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515).

¹⁶⁸ No mesmo sentido pronunciam-se a APAME (cf. fls. 3086), a APECOM (cf. fls. 3077), a BAR, a JWT, a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220), a BBDO (cf. fls. 3099 a 3112), a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348), a Fuel (cf. fls. 3410 a 3417), a Fullsix (cf. fls. 3571 a 3578), a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284), o BCP (cf. fls. 4857 a 4890), a Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a/o ECIGA (cf. fls. 6107 a 6108 e 6115 a 6120), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a MEO (cf. fls. 5979 a 5987), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515).

¹⁶⁹ Nomeadamente as seguintes responsáveis solidárias da APAP: a BAR, a JWT, a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220), a BBDO (cf. fls. 3099 a 3112), a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348), a Fuel (cf. fls. 3410 a 3417), a Fullsix (cf. fls. 3571 a 3578), a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284). Nomeadamente as seguintes responsáveis solidárias da APAN: o BCP (cf. fls. 4857 a 4890), a CGD (3769 a 3770), a Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a/o ECIGA (cf. fls. 6107 a 6108 e 6115 a 6120), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a J&J (cf. fls. 5737 a 5750), a L'Oréal (cf. fls. 3308 a 3314), a McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082), a MEO (cf. fls. 5979 a 5987), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a SEAT (cf. fls. 5696 a 5703), a S+C (cf. fls. 5722 a 5725), a Sogrape (cf. fls. 5969 a 5972), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515)

417. Adicionalmente, as visadas e várias das suas responsáveis solidárias, quer do lado das agências de publicidade¹⁷⁰, quer do lado dos anunciantes¹⁷¹, revelam que o Guia prevê um procedimento com várias fases, sendo a regra n.º 4 apenas aplicável na fase final do procedimento de contratação e identificando 2 fases prévias¹⁷², nas quais são definidas listas de agências com um número superior às 3 ou 4 da regra n.º 4.

418. Salientam, assim, as visadas que o Guia prevê um procedimento de contratação sem limitações no número de agências a contactar e que a regra n.º 4 apenas se aplicará de fase de apresentação de proposta estratégica ou criativa. Alegam as visadas que esta fase, ao contrário das anteriores, implica custos substanciais para as agências, sendo os custos para o anunciente crescentes com o número de participantes¹⁷³.

419. A APAN salienta que, quando se enquadra o Guia e as suas recomendações como uma restrição de concorrência ao nível das agências no mercado da prestação de serviços de publicidade, não é possível identificar um fundamento que explique o seu comportamento ou das suas associadas. A este respeito indica que nunca poderá ter existido uma motivação da APAN ou das suas associadas em reduzir a concorrência e a diversidade de escolha num mercado no qual são clientes¹⁷⁴. A APAP e alguns das suas responsáveis solidárias¹⁷⁵ vão mais longe, referindo que não identificam uma motivação na introdução de uma restrição concorrencial na oferta, não só para os anunciantes, mas também para as agências de publicidade.

420. A APAN e a APAP indicam que a introdução de melhorias no processo de seleção e contratação de empresas pode melhorar a situação dos anunciantes, possibilitando uma decisão mais informada e uma melhor utilização dos seus recursos, bem como

¹⁷⁰ Nomeadamente a BAR, a JWT, a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220), a BBDO (cf. fls. 3099 a 3112), a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348), a Fuel (cf. fls. 3410 a 3417), a Fullsix (cf. fls. 3571 a 3578) e a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284).

¹⁷¹ Nomeadamente o BCP (cf. fls. 4857 a 4890), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a MEO (cf. fls. 5979 a 5987), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515).

¹⁷² Especificam a este respeito que, numa fase inicial do procedimento global constante no Guia, é recomendado que o anunciente comece por fazer uma primeira triagem do perfil de agência que melhor se adequa à sua empresa, definindo uma primeira listagem (*long list*) de agências a quem pedir credenciais e outro tipo de informação sobre os trabalhos já realizados. Alegam que com base nesta informação e em critérios que o anunciente entenda relevantes, o anunciente deve definir uma nova listagem de agências (*medium list*).

¹⁷³ Várias responsáveis solidárias da APAP e da APAN apresentaram alegações no mesmo sentido, nomeadamente a BAR, a JWT e a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220), a Fuel (cf. fls. 3410 a 3417), a Fullsix (cf. fls. 3571 a 3578), a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284) a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644) a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515).

¹⁷⁴ O BCP (cf. fls. 4857 a 4890), a Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), a/o ECIGA (cf. fls. 6107 a 6108 e 6115 a 6120), a J&J (cf. fls. 5737 a 5750), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a S+C (cf. fls. 5722 a 5725), a Sogrape (cf. fls. 5969 a 5972), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515) apresentam comentários no mesmo sentido.

¹⁷⁵ Nomeadamente a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284).

acerderem a propostas das agências com melhor qualidade¹⁷⁶. Numa perspetiva mais dinâmica, referem igualmente que as melhorias no processo de contratação promovem adicionalmente uma maior sustentabilidade da atividade das agências de publicidade, preservando uma maior diversidade na escolha das agências.

421. A APAP revela, por sua vez, que os próprios consultores especializados, incluindo associadas da APAN¹⁷⁷, aconselham os seus clientes a seguir um procedimento de seleção de agência em termos semelhantes aos indicados no Guia.
422. Relativamente à realização do questionário para avaliar a implementação do Guia, a APAN indica que o documento APAN-0027 revela que o questionário foi uma oferta da empresa Netsonda, não tendo implicado qualquer investimento por parte dessa associação. Adicionalmente, salienta resultar do mesmo documento que o questionário foi apresentado como um “*Inquérito de Satisfação*”, em que a confidencialidade dos respondentes e empresas era salvaguardada, e no âmbito do qual foi reiterado que o Guia não constituía um documento vinculativo.
423. A APAN destaca que não consta da NI ou dos autos qualquer referência a uma resposta das associadas da APAN e que, do que foi possível apurar junto dos serviços da APAN e da Netsonda, não existiu qualquer resposta, não tendo assim existido um apuramento de resultados, relatório ou avaliação do mesmo¹⁷⁸. Indica igualmente que a APAN não voltou a repetir a realização deste questionário, concluindo que não será admissível acusar a APAN de implementação do Guia.
424. Relativamente ao questionário em consideração, existem responsáveis solidárias, quer do lado da APAP¹⁷⁹, quer do lado da APAN¹⁸⁰, que indicam que o questionário visou unicamente avaliar se o Guia tinha tido algum efeito prático no mercado.
425. A APAN menciona também que o *email* de 27.06.2014 da Secretária-Geral da APAP (documento APAP-0878) demonstra que os anunciantes não consideraram as recomendações constantes do Guia como vinculativas, nem as seguiram coletivamente, considerando que isso é evidência de que não houve “*tentativa ou efetivamente uma implementação por parte da APAN da Regra 4 do Guia e tão-pouco houve lugar a uma adesão coletiva por parte dos seus associados à mesma*”.
426. Neste contexto, a J&J salienta que a APAN “*promoveu um serviço de consultoria para auxiliar os seus associados nos concursos para selecionar uma agência de*

¹⁷⁶ No mesmo sentido pronunciam-se a BAR, a JWT e a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515).

¹⁷⁷ Refere especificamente a consultora SCOPEN, indicando que é associada da APAN, com “*presença em vários pontos do mundo*”.

¹⁷⁸ Existem várias responsáveis solidárias da APAN que apresentam comentários alinhados, destacando que não responderam ao questionário e/ou nunca receberam um relatório com os resultados do questionário – nomeadamente o BCP (cf. fls. 4857 a 4890), a CGD (cf. fls. 3772 a 3774), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a J&J (cf. fls. 5737 a 5750), a McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082), a Unilever (cf. fls. 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5220 a 5241), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4151 a 4172) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4495 a 4515).

¹⁷⁹ A BAR, a JWT e a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220).

¹⁸⁰ A Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082) e a Unilever (cf. fls. 3968 a 3991).

publicidade” e que nesse âmbito nunca foram dadas orientações aos consultores no sentido de praticar um limite no número de agências que deviam estar envolvidas (fls. 5737 a 5750).

427. A APAN indica que a sua Direção “*deliberou em reunião extraordinária realizada em 27.08.2019 suspender provisóriamente e cautelarmente as recomendações constantes do Guia bem como a sua publicitação na página oficial da APAN enquanto persistirem em Portugal dúvidas quanto à sua compatibilidade com as regras de concorrência*”. Adicionalmente, menciona que aprovou um comunicado que enviou a todos as associadas em que comunica a referida suspensão e onde “*reitera que nunca a APAN praticou qualquer ato, nem tomou qualquer iniciativa, no sentido de pretender dotar o Guia de qualquer elemento de obrigatoriedade*”, não tendo tomado iniciativas no sentido da sua implementação por parte das suas associadas e sendo “*seu entendimento que competia a cada associado decidir livremente o método para a seleção e contratação de agências de publicidade*”¹⁸¹.
428. Por sua vez, a APAP indicou que, “*até que se mostre concluída a análise pela AdC*”, decidiu suspender o acesso ao Guia no seu sítio na Internet, destacando que, a partir do momento em que teve conhecimento das preocupações da AdC (pelo menos desde 09.10.2018), suspendeu “*qualquer comportamento ativo ou reativo no que diz respeito às referidas Boas Práticas*”¹⁸².

3.3.1.2. Apreciação da AdC e conclusões

429. A regra n.º 4 do Guia faz efetivamente parte de um conjunto de regras e recomendações que se enquadram num procedimento global com vista a contratar agências de publicidade e comunicação. Tais factos, incluindo a existência da regra n.º 1 que prevê a definição de um *long-list* e de uma *medium-list* antes da fase de apresentação de propostas criativas, foram considerados na fase de inquérito e na análise efetuada pela AdC.
430. A AdC considerou e ponderou os comentários apresentados nas PNI identificadas na secção 3.3.1.1, não encontrando motivos para alterar as principais conclusões relativamente à factualidade relacionada com o comportamento das visadas no que diz respeito à elaboração, aprovação e divulgação do Guia. Confirma-se, assim, que:
 - (i) Entre janeiro de 2008 e fevereiro/março de 2009, a APAN e a APAP desenvolveram um trabalho conjunto que culminou com a aprovação do Guia de Boas Práticas, a sua divulgação às associadas e a sua apresentação à imprensa em 03.03.2009 (parágrafos 396 a 401).
 - (ii) Do Guia de Boas Práticas consta a regra n.º 4, segundo a qual os anunciantes (clientes) devem “[decidir] o concurso tendo como base uma lista de apenas 3 agências. Se a atual agência for convidada a participar então poderá ir até às 4 agências no total (...)” e “[dar] a conhecer aos concorrentes o número de agências convidadas e se inclui, ou não, a sua agência atual” (parágrafo 404). Esta regra

¹⁸¹ Cf. fls. 5802 e 5803.

¹⁸² Cf. fls. 2324.

especifica também que o “*cliente deve informar por escrito se o concurso e os nomes das agências participantes são confidenciais*”.

- (iii) Quando da adoção da Decisão de Inquérito, o Guia encontrava-se ainda em vigor e disponível para consulta nos sítios da APAN e da APAP na Internet (parágrafo 407).
- 431. Adicionalmente, tendo em consideração as PNI recebidas, a AdC considera relevante destacar que, após a aprovação da Decisão de Inquérito, ambas as associações deixaram de disponibilizar o Guia nos seus sítios na Internet, tendo adicionalmente a APAN aprovado suspender provisória e cautelarmente as recomendações, e comunicado às suas associadas tal decisão (parágrafos 408 e 409).

3.3.2. Contactos da APAP com agências de publicidade e anunciantes até 17.06.2015

- 432. Após a aprovação e divulgação do Guia, no âmbito da sua relação com as associadas e no acompanhamento do mercado publicitário, e sempre que tomava conhecimento da existência de concursos privados que incumpriam as regras do Guia de Boas Práticas, mormente a regra n.º 4 que limita a participação em concursos a três agências (no máximo quatro, caso participe igualmente a agência incumbente), a APAP contactava por *email* ou por telefone, tipicamente através da sua Secretaria-Geral, os anunciantes envolvidos e/ou as suas associadas.
- 433. Veja-se, a este propósito, os concursos referidos de seguida.
- 434. Em 30.04.2009, no caso respeitante ao “Concurso Publicitário Espaço Guimarães”, a Secretaria-Geral da APAP solicita internamente que seja enviado um *email* às associadas, informando-os de que, tendo sido identificado um concurso para o qual foram convidadas 16 agências, o que constitui, na sua perspetiva, uma “*má prática*”, contactou o anunciante e deu-lhe conhecimento do Guia (documento APAP-0719).
- 435. Por *email* datado de 04.05.2009, e em resposta à APAP, o anunciante identifica as agências participantes no concurso e informa que será criada uma *short-list* de três agências para os dois projetos (documento APAP-0777).
- 436. No mesmo dia, a APAP, através da Secretaria-Geral, responde por *email*, no qual, para além de mostrar disponibilidade para prestar esclarecimentos sobre o conteúdo do Guia, aconselha que, nos termos do Guia de Boas Práticas, sejam apenas convidadas três agências para apresentar proposta estratégica e/ou criativa em cada concurso (documento APAP-0731).
- 437. Em 05.05.2009, o anunciante indica por *email* não concordar com a limitação de dirigir convite para participação nos seus concursos a apenas um conjunto restrito de agências, nos termos do Guia de Boas Práticas apresentado pela APAP, salientando aquelas que considera serem as desvantagens inerentes a esse procedimento, bem como que deve caber às agências a decisão de participação, ou não, nos concursos (documento APAP-0732).

438. Em 11.05.2009, e na sequência da comunicação *supra*, uma das associadas reage perguntando por *email* se “[o]btiveram algum feedback?”, ao que a Secretária-Geral da APAP responde que, embora o contacto não tenha implicações no processo atual, por estar perto do seu termo, terá seguramente impacto em procedimentos futuros a lançar por este anunciantre (documento APAP-0016).
439. Em 10.02.2010, no caso do concurso lançado pela companhia Transporte Aéreos Portugueses, S.A. (TAP), a APAP, através da sua Secretária-Geral, contacta por *email* as agências suas associadas e indica que irá contactar o anunciantre, por se entender que o concurso, nos termos do qual foram convidadas oito agências para apresentar propostas criativas, não se coaduna com o Guia de Boas Práticas e, em particular, com a limitação da participação a três ou, em caso de inclusão da agência incumbente, quatro agências (documento APAP-0774).
440. Ainda em 23.08.2010, e em reação ao concurso lançado pela companhia aérea SATA, a APAP, através da sua Secretária-Geral, envia por *email* o Guia de Boas Práticas (incluindo a regra n.º 4) ao anunciantre, dando nota da receção de reclamações por parte de várias associadas sobre a forma como se desenvolveu o concurso (documento APAP-0341).
441. Em 25.09.2012, no contexto do concurso “BTL Sociedade Central de Cervejas 2013”, uma agência associada da APAP responde por *email* à solicitação da Secretária-Geral da APAP com o objetivo de identificar as agências a concurso, para aferir do número de participantes, comprometendo-se simultaneamente a informar as associadas de futuros desenvolvimentos sobre o tema (documento APAP-0803).
442. No âmbito do mesmo procedimento, outras agências associadas da APAP responderam por *email* ao mesmo pedido de informação da Secretária-Geral da APAP (documentos APAP-0637; APAP-0640; APAP-0641; APAP-0642; APAP-0644 ou APAP-0815).
443. Em 22.04.2014, e na sequência de queixas sucessivas sobre concursos lançados pela GALP, nomeadamente a não indicação pelo anunciantre de quais e quantas agências são convidadas, a Secretária-Geral da APAP questiona por *email* as associadas, com o propósito de endereçar uma carta à Administração da GALP sobre os termos dos concursos lançados (documento APAP-0520, de entre outros como sendo os documentos APAP-0795; APAP-0844; APAP-0848; APAP-0849 e APAP-0857).
444. As agências associadas respondem à solicitação da APAP (documento APAP-0520, de entre outros como sendo os documentos APAP-0795; APAP-0844; APAP-0848; APAP-0849 e APAP-0857).
445. Em 01.07.2014, na sequência da auscultação das associadas, a Secretária-Geral da APAP prepara uma carta a enviar à GALP, submetendo-a à validação da Direção, como demonstrado no *email* e na carta proposta anexa ao referido *email* (documento APAP-0713). Nos termos da proposta de carta anexo, a APAP refere “[...] os procedimentos adotados pela GALP, em que não se indicam, mesmo a pedido, nem o número nem o nome das agências a concurso, [...] julgo estarem reunidos todos os ingredientes para que o “mercado publicitário”, a pouco e pouco, deixe de investir os seus melhores recursos nas propostas para a GALP!”.

446. Também em 01.07.2014, é dado conhecimento por *email* à APAP, por uma agência sua associada, de concursos em que optou por não participar por não estarem “*ao abrigo do que são as boas práticas e ética de Concursos*”. Entre os aspetos mencionados, refira-se a não identificação pelos anunciantes do número e da identidade das agências participantes no concurso (documento APAP-0176).

De: [REDACTED]@excentricgrey.com>
Enviado: 1 de julho de 2014 18:17
Para: [REDACTED]@apap.co.pt
Cc: [REDACTED]
Assunto: Concursos

Boa Tarde [REDACTED]

No seguimento do seu contacto com o [REDACTED] junto faço um status referentes a projetos recentes de New Business, os quais optámos por não participar dado as condições dos mesmos não estarem ao abrigo do que são as boas práticas e ética de Concursos:

1. Media Capital/TVI
- não identificam as agências a concurso
- budget totalmente desajustado face ao SOW definido

2. Unidade Central de Negociação da Farminveste/ANF
- não identificam o número e agências a concurso
- cerca de 6 dias úteis após briefing para o desenvolvimento de estratégia, propostas criativas e orçamentação para uma campanha multimeios – posteriormente deram mais 4 dias úteis
- o caderno de encargos encuncia que não se obrigam a prestar esclarecimentos sobre o processo de avaliação, seleção, decisão e consequente adjudicação
- não existe um budget global indicativo, quando existem critérios como “condições comerciais para os produtos/serviços a fornecer” e pedidos como “Proposta de oferta de um serviço ou incentivo adicional aos consumidores”

3. Huawei
- timing de 3 dias úteis para o desenvolvimento de estratégia Social Media, propostas criativas e orçamentação – posteriormente deram mais 7 dias úteis.
- não identificam as agências a concurso
- Caderno de encargos com encuncia de penalizações e ausência de resposta face a contraproposta de igual inclusão de bonificações indexadas aos mesmos critérios.

Se necessitar de mais esclarecimentos, por favor não hesite em nos contactar.

Melhores Cumprimentos,
[REDACTED]

447. Após discussão por *email* entre a APAP e a sua associada sobre a melhor forma de abordar os anunciantes identificados (documento APAP-0735 e documento APAP-0634), a Secretária-Geral da APAP remete-lhes, em 16 de julho e 22 de julho, por *email* o Guia de Boas Práticas, incluindo a regra n.º 4, disponibilizando-se para a realização de uma reunião (documentos APAP-0716, APAP-0717 e APAP-0355).

448. Em 26.01.2015, interpelada por *email* por um anunciantes, o Grupo Quinta do Lago, quanto aos moldes de lançamento de um concurso, a Secretária-Geral da APAP

remete o Guia de Boas Prática que, conforme referido anteriormente, inclui na regra n.º 4 (documento APAP-1023).

3.3.2.1. Pronúnícias sobre a Nota de Ilícitude

449. A APAP¹⁸³, bem como as respetivas responsáveis solidárias¹⁸⁴, indicam que o número de concursos identificados na Decisão de Inquérito em que existiu uma intervenção por parte da APAP é reduzido face às projeções que apresenta para o número total de concursos realizados após a aprovação do Guia.

450. Adicionalmente, a APAP destaca três aspetos que, na sua perspetiva, resultam da análise das situações descritas pela AdC na Decisão de Inquérito¹⁸⁵:

- (i) Os contactos efetuados pela APAP destinaram-se a dar a conhecer aquilo que se consideram ser as boas práticas, previstas no Guia (e não, apenas, a regra n.º 4), e, especificamente no que à regra n.º 4 diz respeito, a aconselhar que os procedimentos de seleção tivessem em conta todas as regras do Guia;
- (ii) Nas comunicações enviadas pela APAP reforçou-se sempre que o Guia de Boas Práticas não era vinculativo, tratando-se antes de sugestões/recomendações daquilo que se considera serem as boas práticas;
- (iii) A postura da APAP e da sua Secretária-Geral foi sobretudo reativa e teve sempre presente a mesma preocupação: informar e esclarecer dúvidas, sem interferir no desfecho concreto dos procedimentos.

451. Para além das considerações gerais supra, a APAP pronuncia-se especificamente sobre os vários procedimentos de contratação mencionados na Decisão de Inquérito, conforme resumido nos parágrafos seguintes¹⁸⁶.

452. Relativamente ao **concurso para o Espaço Guimarães**, indica a APAP que a sua intervenção visou dar a conhecer ao anunciante o Guia de Boas Práticas, bem como as diferentes fases do procedimento de seleção constantes do Guia, tendo reforçado que o Guia não tem caráter vinculativo.

453. Refere, assim, que o *email* da APAP (documento APAP-0731) não tinha como pressuposto que, “nos termos do Guia de Boas Práticas, fossem apenas convidadas três agências para cada concurso” e indica que a resposta do anunciante (documento APAP-0732) não demonstra discordância com a limitação de dirigir convite para participação nos seus concursos a um conjunto restrito de agências.

¹⁸³ Cf. fls. 2253 a 2291. As referências a comentários da APAP ao longo da presente secção têm origem nas mesmas folhas identificadas nesta nota de rodapé.

¹⁸⁴ A BAR, a JWT e a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220) e a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348)

¹⁸⁵ Existem responsáveis solidárias da APAP que apresentam comentários que, na sua globalidade, apontam no mesmo sentido: a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284).

¹⁸⁶ A Fuel (cf. fls. 3417 a 3427) e a Fullsix (cf. fls. 3578 a 3589) apresentam comentários específicos sobre os vários concursos analisados que, em geral, são coincidentes com os comentários apresentados pela APAP.

454. No que diz respeito ao **concurso TAP 2010**, esclarece a APAP que se trata de um aconselhamento no sentido de se “*evoluir de uma medium-list para uma short-list*”, indicando que a intervenção da APAP no processo se limitou a dar a conhecer ao anunciante as boas práticas previstas no Guia.
455. No que diz respeito ao **concurso SATA**, indica a APAP que se limitou a dar a conhecer o Guia de Boas Práticas ao anunciante em causa, e este a agradecer o envio do documento.
456. Salienta a APAP que o *email* que enviou no âmbito do **concurso BTL – Sociedade Central de Cervejas 2013**, decorreu de uma reclamação de um associado, não pretendendo identificar as agências a concurso, nem aferir do número de participantes, mas sim ter “*uma noção da dimensão da situação e selecionar a atitude/resposta da APAP que vier a ser considerada mais conveniente*”.
457. Indica ainda a APAP que a intervenção desta associação junto da **GALP** foi motivada por uma queixa de um associado, tendo a associação intervindo relativamente a vários assuntos que extravasam os temas abordados na Decisão de Inquérito e que demonstram o objetivo da APAP de, nos termos dos seus Estatutos, “*defender os interesses e direitos dos seus associados, contribuindo para o desenvolvimento sustentável da atividade empresarial da publicidade e da comunicação*”.
458. No caso dos concursos “denunciados” pela **Excentricgrey**, a APAP revela que a sua intervenção ocorre na sequência da queixa do seu associado, tendo em conta não ser identificado o número e o nome das agências participantes, para além de outras práticas levadas a cabo pelo anunciente. Neste contexto, indica que a APAP se limitou a, depois de finalizados os concursos, enviar o Guia aos anunciantes.
459. A APAP refere também que a interação com o **Grupo Quinta do Lago** surgiu na sequência de um pedido da anunciente que solicitou apoio e informação sobre como poderia lançar um concurso. Refere a APAP que se limitou a enviar o Guia, disponibilizando-se para prestar esclarecimentos mais específicos numa reunião ou conversa telefónica.
460. A APAN, por sua vez, menciona¹⁸⁷ que, não existindo factos imputados ou imputáveis à APAN e às suas associadas, não se afigura admissível esta associação ser acusada pela implementação do Guia. No mesmo sentido será relevante considerar algumas PNI de responsáveis solidárias da APAN que destacam que desde 2010 até cerca de 2015, existem poucos sinais de qualquer atividade conjunta entre a APAN e a APAP¹⁸⁸, bem como de qualquer tipo de monitorização ou pressão relativamente ao seu cumprimento¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Cf. fls. 5760 a 5772.

¹⁸⁸ Nomeadamente a BAR, a JWT e a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220) e a Unilever (cf. fls. 3927 a 3933 e 3968 a 3991).

¹⁸⁹ Nomeadamente a Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a/o ECIGA (cf. fls. 6107 a 6108 e 6115 a 6120), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a J&J (cf. fls. 5737 a 5750), a L'Oréal (cf. fls. 3308 a 3314), a McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082), a MEO (cf. fls. 5979 a 5987), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a SEAT (cf. fls. 5696 a 5703), a S+C (cf. fls. 5722 a 5725), a Sogrape (cf. fls. 5969 a 5972), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3927 a 3933 e 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206, 5208 a

3.3.2.2. Apreciação da AdC e conclusões

461. Tendo em conta o exposto *supra*, há dois comentários da APAP que são comuns a vários dos concursos analisados: (i) a APAP limitou-se a divulgar e recomendar o Guia e as Boas Práticas aí definidas; (ii) a intervenção da APAP teve em consideração um conjunto de questões que extravasava as recomendações incluídas no Guia de Boas Práticas.
462. De salientar, no entanto, que a APAP não se limitou a divulgar e promover o Guia e as recomendações aí constantes. Com efeito, constata-se que a APAP seguia de perto a conduta dos anunciantes à luz do Guia, incitando as suas associadas a sinalizar os concursos que não cumpriam as recomendações deste, nomeadamente quando os anunciantes convidavam mais do que 3 (ou 4, nas circunstâncias já explicadas) concorrentes a apresentar uma proposta estratégica ou criativa.
463. É nessas circunstâncias específicas que, por várias vezes, a APAP interage com os anunciantes, caso estes tenham convidado mais do que 3 (ou 4) concorrentes a apresentar uma proposta criativa, pressionando-os a reduzir o número de concorrentes do procedimento, nos termos do Guia.
464. Em particular, no que diz respeito ao **concurso para o Espaço Guimarães**, entende-se que o documento APAP-0732 é suficientemente esclarecedor sobre como o anunciante percecionou a comunicação da APAP e sobre como este não desejava estar limitado no número de empresas a convidar para os seus concursos. Se assim não fosse, não indicaria explicitamente que as agências que acharem o número de convidados excessivo “são livres de não apresentarem qualquer tipo de projeto”.
465. Relativamente ao **concurso TAP 2010**, a PNI da APAP não é esclarecedora sobre as implicações do que classifica como a “*evolução de uma medium-list para uma short-list*”. Clarifica-se, assim, que a APAP aconselhou o anunciante a diminuir o número de concorrentes que apresentassem uma proposta estratégica ou criativa de 8 para 3 ou 4 (em função de participar ou não a agência que já lhe prestava serviços).
466. Releva-se que, no concurso **BTL – Sociedade Central de Cervejas 2013**, a APAP apenas coloca uma questão às suas associadas: se foi convidado para o concurso. É evidente, ou pelo menos decorre razoavelmente da questão colocada, que a informação recolhida permitiria identificar o número e os concorrentes convidados para participação neste concurso, com o objetivo de determinar se aquele anunciante se encontrava a cumprir a regra n.º 4 do Guia.
467. Como é óbvio, quer no caso da interação da APAP com a **GALP**, quer em todas as restantes interações, nunca esteve ou estará em questão a APAP ter a possibilidade de defender os interesses e direitos das suas associadas. Importa, no entanto, reafirmar que um dos pontos que motivou a intervenção da APAP, e que é especificamente mencionado na sua comunicação dirigida à GALP, diz respeito ao número de concorrentes convidados a apresentar propostas criativas ultrapassar os 3 ou 4 concorrentes definidos no Guia, bem como não ser apresentada a sua identificação.

5214 e 5253 a 5256), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138, 4140 a 4145 e 4183 a 4186) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480, 4482 a 4487 e 4527 a 4528).

468. Sobre os concursos denunciados pela **Excentricgrey**, salienta-se apenas que a APAP reconhece os factos destacados pela AdC: (i) a agência de publicidade em questão não participou em alguns concursos por, entre outros motivos, não ser informada sobre o número e nome dos concorrentes no concurso; e (ii) a APAP remeteu o Guia aos anunciantes que lançaram os concursos, divulgando a recomendação de limitação quantitativa da oferta na fase de apresentação de propostas estratégicas ou criativas.
469. Conclui-se, assim, que, na sequência da aprovação e da entrada em vigor do Guia, a APAP procurou garantir a efetiva aplicação do mesmo, essencialmente junto dos anunciantes, interpelando-os diretamente, através da Secretaria-Geral da APAP sempre que entendia que as regras do Guia não estavam a ser cumpridas por aqueles.

3.3.3. Reunião de Direção da APAP de 17.06.2015 e o Compromisso

470. Em reunião da Direção da APAP, de 17.06.2015, foram recapituladas as decisões tomadas na reunião de Direção de maio do mesmo ano, tendo ficado lavrado na respetiva ata, que (i) a limitação a um máximo de 3 ou 4 agências a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de conteúdos de publicidade constitui uma das boas práticas basilares; e que (ii) “[t]odos os associados da APAP deverão ser envolvidos neste tema e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas”. Foi igualmente decidido “que se deveria fazer uma reunião plenária extraordinária com todos os Associados para discutir e acordar os próximos passos” (cf. documento APAP-0670 *infra*).

Ata da Reunião de Direção da APAP de 17.06.2015

Ao décimo sétimo dia do mês de Junho do ano de dois mil e quinze, pelas onze horas, na sede da APAP, em Lisboa, teve lugar a segunda reunião da Direção da APAP com a presença dos seguintes Membros: [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]

Também estiveram presentes [REDACTED] da ExcentricGrey e a Secretária Geral da APAP, [REDACTED]

Aberta a sessão, a Direção deliberou sobre os respetivos temas:

- **ATA DA REUNIÃO ANTERIOR** – aprovada
- **PRÓXIMA REUNIÃO** – A 15 de Julho, às 13h00.
- **APECOM** – Na sequência das eleições dos novos Corpos Sociais da APECOM, e conforme carta recebida na APAP, o representante na Direção da APAP foi alterado. Os restantes elementos da Direção deram as boas vindas ao [REDACTED] Presidente eleito da APECOM.
- **CONCURSOS PRIVADOS** – Na sequência das decisões tomadas na reunião de Direção de Maio, e que se recapitularam como se segue:
 - A aplicação das Boas Práticas definidas pela APAN e pela APAP é a melhor forma de defender os melhores interesses de todos, anunciantes e agências, e a única forma de garantir uma afetação dos recursos de todos de forma racional e eficaz.
 - Entre as Boas Práticas, existem quatro que podem ser classificadas como basilares, nomeadamente o número máximo de agências na short list (3/4), quem são, o budget a concurso e a identificação e valorização dos critérios de avaliação.
 - Todos os Associados da APAP deverão ser envolvidos neste tema e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas.
 - A divulgação, e a defesa desta posição, deverão ser pública e mediática, junto de anunciantes e mercado na generalidade.

Foi decidido que se deveria fazer uma reunião plenária extraordinária com todos os Associados para discutir e acordar os próximos passos. [REDACTED] a organizar e a preparar o convite, que será seguido por chamada telefónica pessoal.

471. Por *email* datado de 23.07.2015 (documento APAP-0417), a Secretária-Geral da APAP validou junto dos membros da Direção uma proposta de convite para um almoço para discussão das “Boas Práticas em Concursos de Publicidade” com as suas associadas a ter lugar no dia 23 de setembro. Perante a sugestão de inclusão no texto do convite de referência a uma tomada de “*posição da indústria*”, a Secretária-Geral escreveu que “[a] “*posição da indústria*” assumida em *email* é *cartelização e ilegal com base na Lei da Concorrência!*”, mas que não consegue escrever de forma a “*não ter este perigo*” (documento APAP-0417 *infra* dividido em três imagens).

qui 23/07/2015 12:03

RE: Save the Date - 23 de Setembro - 13h00 / 15h00

Para: [REDACTED] <[REDACTED]@apap.co.pt>
 [REDACTED]@fuel.pt', [REDACTED]@pt.wunderman.com', [REDACTED]@partners.pt'; [REDACTED]

Cc: 'APAP'

A “posição de indústria” assumida em email é cartelização e ilegal com base na Lei da Concorrência!

E não consegui escrever de forma a não ter este perigo – querem sugerir redações?

Bjs
 [REDACTED]
 [REDACTED]

Secretaria Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
 T +351 217 351 [REDACTED]

De: [REDACTED] <[REDACTED]@fullsix.com>
Enviada em: 23 de julho de 2015 11:50
Para: [REDACTED] <[REDACTED]@fuel.pt>; [REDACTED] <[REDACTED]@pt.wunderman.com>; [REDACTED] <[REDACTED]@partners.pt>; [REDACTED]
Cc: APAP
Assunto: Re: Save the Date - 23 de Setembro - 13h00 / 15h00

A mim parece-me bem a proposta e concordo com o Jorge: podemos, de alguma forma, dar a entender que se tomará uma 'posição de indústria' após este alinhamento para reforçar a necessidade de estar presente.

P.

From: [REDACTED] <[REDACTED]@apap.co.pt>
Organization: APAP
Date: Thursday 23 July 2015 10:11
To: [REDACTED] <[REDACTED]@fuel.pt>; [REDACTED] <[REDACTED]@fullsix.com>; [REDACTED] <[REDACTED]@brandkey.pt>; [REDACTED] <[REDACTED]@pt.wunderman.com>; [REDACTED] <[REDACTED]@pt.wunderman.com>; [REDACTED] <[REDACTED]@llorenteycuenca.com>; [REDACTED] <[REDACTED]@partners.pt>; [REDACTED] <[REDACTED]@mbww.com>
Cc: APAP <apap@apap.co.pt>
Subject: Save the Date - 23 de Setembro - 13h00 / 15h00

Caros Diretores

Vejam lá esta proposta.

Bjs
 [REDACTED]

Organization: APAP
Date: Thursday 23 July 2015 10:11
To: [REDACTED] @fuel.pt> [REDACTED] @fullsix.com>,
[REDACTED] @brandkey.pt>, [REDACTED] @pt.wunderman.com" [REDACTED]
[REDACTED] derman.com>; [REDACTED] @llorenteycuenca.com> [REDACTED]
[REDACTED] @partners.pt> [REDACTED] (@mbww.com>
Cc: APAP <apap@apap.co.pt>

Sampled

THE INFLUENCE OF CULTURE ON PARENTING

Vejam lá esta proposta.

Bis

Bom dia

Gostaria que reservassem a hora de almoço do dia 23 de Setembro de 2015, para falarmos sobre as Boas Práticas em Concursos de Publicidade.

Seis anos depois do lançamento do Guia, continuamos a receber pedidos de intervenção dos nossos Associados, por Concursos que não incorporaram as Boas Práticas.

E porque isto tem um impacto, e um custo, altamente negativo no negócio das Agências, decidiu a Direção da APAP convidar os Associados para debater o tema.

A sua presença é que é imprescindível! Agradeço confirme até 5 de Agosto de 2015.

Obrigada

Secretaria Geral APAP

APAP Associação Port
T-35

APAP - Associação Portuguesa das Agências
T +351 21811350; M + [REDACTED]
www.apap.co.pt

472. Em 24.07.2015, a APAP endereçou *emails* às suas associadas convidando-os para almoço debate, a realizar no dia 23 de setembro, sobre boas práticas em concursos de publicidade (documento APAP-0345, APAP-0346 ou ainda o APAP-0337), nos seguintes termos:

“[s]eis anos depois do lançamento do Guia, continuamos a receber pedidos de intervenção dos nossos Associados, por Concursos que não incorporaram as Boas Práticas.

E porque isto tem um impacto, e um custo, altamente negativo no negócio das Agências, decidiu a Direção da APAP convidar os Associados para debater o tema e para, em conjunto, percebermos o que mais se poderá fazer para garantir uma maior valorização da nossa atividade”.

473. Em 23.09.2015, teve lugar o referido almoço debate (reunião plenária) da APAP, tendo sido realizada uma apresentação powerpoint intitulada “Save the Industry”, na qual se refere expressamente que, relativamente a concursos privados, “[o]s associados da APAP apenas participarão em concursos para resposta estratégica ou criativa em que seja do conhecimento das agências: 1. O número (máximo de 3 por conta/marca a atribuir, ou 4 se incluir o incumbente); 2. O nome das outras Agências a concurso, mesmo que confidencial [...]” (fls. 36 a 42).

474. Em 02.10.2015, na sequência de reunião anteriormente realizada, a APAP enviou um *email* às suas associadas remetendo o texto do “Compromisso para Concursos Privados” (doravante “Compromisso”), contendo as condições mínimas de participação em concursos privados por parte das suas associadas, decididas pela Direção da APAP em maio de 2015, tal como expressamente referidas na ata da reunião da mesma Direção de 17.06.2015; dando nota da sua entrada em vigor no dia 1 de outubro de 2015 e incentivando a utilização do dito Compromisso junto de clientes (anunciantes) (documento APAP-0336 e respetivo anexo *infra*).

475. Com efeito, de acordo com o “Compromisso Concursos Privados”:

“Enquadramento”

“[...] 3. Depois de seis anos ‘pedagógicos’, em que a APAP, APAN e os seus Associados se têm esforçado por fazer respeitar estes princípios, decidiu a APAP em reunião plenária, que todos os Associados da APAP estarão envolvidos neste tema e vão empenhar-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos.

4. Ficou assim, estabelecido o seguinte:

Compromisso

“Os Associados da APAP apenas participarão em concursos para resposta estratégica ou criativa em que seja do conhecimento das agências: 1. O número de agências (máximo de 3 por conta/marca a atribuir, ou 4 se incluir o incumbente) 2. O nome das outras Agências a concurso, mesmo que confidencial [...]”.

“Em todos os casos de serem convidados para concursos em que as três regras acima estabelecidas não sejam cumpridas, o Associado informará de imediato a APAP ([Colaboradora da APAP] / [endereço de email]@apap.co.pt / [número de contacto pessoal]), que contactará o Anunciante para lhe dar a conhecer o Compromisso das Boas Práticas”.

476. No mesmo *email*, foi indicado estar a ser preparada uma ação de relações públicas, que se entendia mais impactante do que um comunicado de imprensa, e que a APAN tinha sido informada desta iniciativa da APAP.

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 2 de outubro de 2015 13:03
Para: [REDACTED]
Cc: APAP
Assunto: Compromisso APAP - Concursos
Anexos: Compromisso APAP - Concursos.pdf

Bom dia

De acordo com o combinado na nossa reunião de dia 23, entrou ontem em vigor o Compromisso, para os concursos publicitários recebidos a partir de 1 de Outubro, sobre as condições mínimas que se exige para que os Associados da APAP participem nos mesmos.

Para que maximizemos a garantia do seu cumprimento, vinha por este email pedir que divulguem internamente o documento que anexo, para que as vossas estruturas possam, por um lado agir em conformidade, e por outro, utilizarem o mesmo junto de clientes sempre que o considerarem conveniente.

Estamos neste momento a preparar uma ação de RP, que, se tudo correr como expectável deverá ser mais impactante que um mero Press Release, e já informei pessoalmente a APAN sobre esta nossa iniciativa.

Estou à inteira disposição de todos para vos apoiar no que for necessário.

Obrigada pelo vosso suporte.

[REDACTED]
Secretaria Geral APAP

Compromisso

Os Associados APAP apenas participarão em concursos* para resposta estratégica ou criativa em que seja do conhecimento das agências:

1. O número de agências (máximo de 3 por conta/marca a atribuir, ou 4 se incluir o incumbente)
2. O nome das outras Agências a concurso, mesmo que confidencial.
3. Em que no briefing escrito estejam desde logo definidos os critérios objetivos de avaliação das propostas apresentadas para a seleção do vencedor.

* Excetuam-se concursos públicos do Estado

Procedimento

Em todos os casos de serem convidados para concursos em que as três regras acima estabelecidas não sejam cumpridas, o Associado informará de imediato a APAP [REDACTED]@apap.co.pt / [REDACTED], que contactará o Anunciante para lhe dar a conhecer o Compromisso das Boas Práticas. Caso assim o entenda, poderá enviar previamente cópia desta nota aos seus Clientes e Anunciantes, para que estes possam, se assim o entenderem, adotar por sua iniciativa as regras agora estabelecidas.

477. Em 07.10.2015, a APAP congratulou-se com a adesão generalizada à reunião de 23.09.2015, em que estiveram presentes 70% das associadas e à assinatura quase plena pelas associadas do Compromisso, conforme se pode ler na ata da Direção da APAP do mesmo dia (documento APAP-1013).
478. Em novembro de 2015, o Compromisso adotado pela APAP e assinado por muitas das suas associadas (e, igualmente, por não associadas), foi também amplamente divulgado nos meios de comunicação social, nomeadamente no jornal Expresso (fls. 43), nas revistas “Notícias ao Minuto”¹⁹⁰, “Marketeer”¹⁹¹ e “Meios e Publicidade”¹⁹².
479. Verifica-se que o Compromisso constou do sítio da APAP na Internet até depois da adoção da Decisão de Inquérito desta Autoridade¹⁹³.

¹⁹⁰ Cf. <http://www.noticiasaoiminuto.com/economia/493852/mais-de-30-agencias-de-publicidade-assinaram-compromisso-para-concursos>) (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁹¹ Cf. <https://marketeer.pt/agencias-de-publicidade-impoem-regras-aos-concursos-privados/>, (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁹² Cf. <http://www.meiosepublicidade.pt/2015/11/32-agencias-garantem-que-nao-vao-a-concursos-com-mais-de-quatro-concorrentes/>, (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁹³ Cf. <http://www.apap.co.pt/noticias/compromisso-concursos.aspx>), (documento constante de CD a fls. 10476).



apap
associação
portuguesa
das agências
de publicidade,
comunicação
e marketing

- Entrada
- A APAP
- Estudos
- Emprego
- Formação
- Associados

Notícias

[Homepage](#) / [Notícias](#) / **Compromisso Concursos Publicidade**

🔍

Compromisso Concursos Publicidade

Regras mínimas para as agências participarem em concursos

COMPROMISSO CONCURSOS PRIVADOS

Enquadramento

1. APAP e APAN assinaram em Março de 2009 um guia de boas práticas (<http://www.apap.co.pt/boaspraticas.aspx>) para a seleção de agências, vulgo concursos, adaptado de documentação semelhante à existente em diversos países europeus.

2. Na génese deste Guia, está a consciência de ambas as partes que a aplicação das Boas Práticas é a melhor forma de defender os interesses de todos, anunciantes e agências, e a única forma de garantir uma afetação dos seus recursos, de novo de todos, de forma racional e eficaz. No limite, estas regras garantem aos anunciantes que os melhores talentos das suas agências estão focados nas suas contas e não dedicados a "entrar em concursos" e às agências que o investimento, de talento e de recursos, será aplicado em concursos onde está maximizada a probabilidade de sucesso.

3. Depois de seis anos "pedagógicos", em que APAP, APAN e os seus Associados se têm esforçado por fazer respeitar estes princípios, decidiu a APAP em reunião plenária, que todos os Associados da APAP estarão envolvidos neste tema e vão empenhar-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos.

4. Ficou assim, estabelecido o seguinte:

Compromisso

Os Associados APAP apenas participarão em concursos* para resposta estratégica ou criativa em que seja do conhecimento das agências:

1. O número de agências (máximo de 3 por conta/marca a atribuir, ou 4 se incluir o incumbente)

2. O nome das outras Agências a concurso, mesmo que confidencial.

3. Em que no briefing escrito estejam desde logo definidos os critérios objetivos de avaliação das propostas apresentadas para a seleção do vencedor.

* Excetuam-se concursos públicos do Estado

Procedimento

Em todos os casos de serem convidados para concursos em que as três regras acima estabelecidas não sejam cumpridas, o Associado informará de imediato a APAP (Sofia Barros / [\[REDACTED\]](#)), que contactará o Anunciante para lhe dar a conhecer o Compromisso das Boas Práticas. Caso assim o entenda, poderá enviar previamente cópia desta nota aos seus Clientes e Anunciantes, para que estes possam, se assim o entenderem, adotar por sua iniciativa as regras agora estabelecidas.

Â© Copyright 2000-2019 apap.co.pt
Todos os direitos reservados.

[Email](#) | Rua Pinheiro Chagas, 69, 1ºD 1050-176 Lisboa Portugal | [\[REDACTED\]](#) | Tel: +351 213 121 569 | Fax: +351 213 121 569

480. Sublinhe-se que o Compromisso prevê que, caso qualquer agência identifique um procedimento concursal em que os princípios ali estabelecidos não sejam cumpridos pelos anunciantes, deverá sinalizar de imediato tal situação à APAP.

481. De acordo com o ponto 3 da Ata da reunião de Direção da APAN de 24.02.2016¹⁹⁴, a APAP reuniu com a Secretária-Geral e o Presidente da APAN para informar que “iria

¹⁹⁴ Disponível, nomeadamente, no documento APAN-0015 e a fls. 6252 a 6254.

tornar mandatórias algumas das recomendações estabelecidas nesse documento, com exceção da divulgação dos nomes das agências a concurso". Relativamente a esta questão, verifica-se que a Direção da APAN decidiu não se pronunciar sobre as decisões tomadas pela APAP, afastando-se assim de qualquer tipo de apoio ao Compromisso adotado pela APAP.

3.3.3.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

482. A APAP¹⁹⁵ salienta que é importante considerar que o Compromisso se refere à fase de preparação e apresentação de uma proposta estratégica e/ou criativa, aplicando-se assim a uma fase final do concurso/procedimento de seleção de uma agência publicitária. Clarifica a APAP que tal decorre, "de forma cristalina, de alguns dos textos preparatórios considerados durante a elaboração do compromisso"¹⁹⁶, assim como do próprio conteúdo do Guia e mesmo de notícias publicadas na imprensa¹⁹⁷.

483. A APAP refere que "os anunciantes eram totalmente livres de adotar (ou não) esta prática", mencionando que este ponto decorre expressamente do texto do Compromisso, dado que estava previsto que, "nos casos em que esta prática não fosse seguida pelo anunciante, a APAP contactá-lo-ia para lhe dar a conhecer o Compromisso para que este pudesse, se assim o entendesse, adotar, por sua iniciativa as referidas regras"¹⁹⁸.

484. Algumas das responsáveis solidárias da APAP¹⁹⁹ indicam que o Compromisso continuava a ter um caráter de recomendação e não vinculativo para as agências de publicidade, salientando que a AdC não apresentou prova que permitisse retirar uma conclusão oposta e que não existiam mecanismos penalizadores em caso de incumprimento do Compromisso. Neste contexto, a BBDO revela que nunca se sentiu pressionada e que sempre tomou as suas decisões de forma autónoma e de acordo com o seu interesse individual, indicando, sem especificar, que terá participado em concursos em que foram convidadas mais do que 3 ou 4 empresas a participar na fase de desenvolvimento estratégico/criativo (fls. 3099 a 3112).

485. A APAN²⁰⁰ e algumas responsáveis solidárias desta associação²⁰¹ indicam que os elementos de prova apresentados na Decisão de Inquérito relativamente ao

¹⁹⁵ Cf. fls. 2223 a 2249. As referências a comentários da APAP ao longo da presente secção têm origem nas mesmas folhas identificadas nesta nota de rodapé.

¹⁹⁶ Nomeadamente o documento APAP-0595 e as fls. 36 a 42.

¹⁹⁷ Cf. <http://www.meiosepublicidade.pt/2009/03/as-regras-para-a-abertura-de-concursos> (documento constante de CD a fls. 10476).

¹⁹⁸ O BCP (cf. fls. 4857 a 4890), a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348) e a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284) apresentam comentários no mesmo sentido.

¹⁹⁹ A BAR, a JWT, a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220), a BBDO (cf. fls. 3099 a 3112) e a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348).

²⁰⁰ Cf. fls. 5760 a 5772. As referências a comentários da APAN ao longo da presente secção têm origem nas mesmas folhas identificadas nesta nota de rodapé.

²⁰¹ Nomeadamente o BCP (cf. fls. 4857 a 4890), a CGD (cf. fls. 3370 a 3772), a Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a/o ECIGA (cf. fls. 6107 a 6108 e 6115 a 6120), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a J&J (cf. fls. 5737 a 5750), a L'Oréal (cf. fls. 3308 a 3314), a McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082), a MEO (cf. fls. 5979 a 5987), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a S+C (cf. fls. 5722 a 5725), a Sogrape (cf. fls. 5969 a 5972), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls.

Compromisso não envolvem a APAN e/ou as suas associadas. Destacam inclusivamente, que a ata da reunião de Direção da APAN de 24.02.2016 demonstra um inequívoco sinal de demarcação em relação ao Compromisso. Concluem, assim, que não poderá ser imputado à APAN nenhum facto relacionado com esse Compromisso.

486. Indica a APAN²⁰² que o Compromisso correspondeu a uma iniciativa exclusiva da APAP, revelando que este não consistiu num relançamento do Guia, correspondendo sim “*a um novo documento, com um novo texto*”. Neste contexto, destaca que se manteve alheia ao Compromisso, não tendo existido qualquer mudança comportamental da APAN e das suas associadas em resultado deste²⁰³.
487. O BCP menciona (fls. 4860) que, em oposição ao Guia e às recomendações efetuadas aos anunciantes, o Compromisso é claramente vinculativo para as agências de publicidade, revelando igualmente que este estabelece regras de procedimento com vista a “*monitorizar o cumprimento das normas a que os associados da APAP se vincularam*”. A CGD (fls. 3370 a 3772), a Super Bock (fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083) e a Unilever (fls. 3968 a 3991) apresentam comentários no mesmo sentido.

3.3.3.2. Apreciação da AdC e conclusões

488. À semelhança do que se indicou na secção 3.3.1.2, a AdC não ignora que o Compromisso diz respeito sobretudo à fase de apresentação de convites para propostas estratégicas ou criativas, aliás, tal como sucedia com o teor da regra n.º 4 do Guia, facto esse que foi necessariamente ponderado na análise efetuada.
489. Relativamente ao argumento da APAP de que os anunciantes eram livres de adotar outra prática (cf. parágrafo 483), importa esclarecer que, para o que aqui releva, resulta inequivocamente da letra do Compromisso que, nos casos em que o anunciante escolhesse, efetivamente, convidar mais do que o número definido, as agências deveriam desistir do concurso, ou não chegariam sequer a participar, pelo que a ressalva referida se revela manifestamente inoperante, face à clara intenção da APAP de forçar decisivamente o número de agências incluídas na fase de apresentação de propostas criativas nos concursos privados (cf. secção 3.3.3).

6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3927 a 3933 e 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5208 a 5214), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4140 a 4145) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4482 a 4487).

²⁰² Várias responsáveis solidárias desta associação apresentam comentários no mesmo sentido: BCP (cf. fls. 4857 a 4890), CGD (cf. fls. 3370 a 3772), Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580) e a Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3927 a 3933 e 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206 e 5208 a 5214), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4140 a 4145) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4482 a 4487)..

²⁰³ No mesmo sentido considerem-se os comentários dos CTT (cf. fls. 5566 a 5580), da Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), da Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), da L'Oréal (cf. fls. 3308 a 3314), da McDonald's (cf. fls. 4055 a 4082), da MEO (cf. fls. 5979 a 5987), da SCC (cf. fls. 4037 a 4040) e da S+C (cf. fls. 5722 a 5725), da Sogrape (cf. fls. 5969 a 5972), da Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), da Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), da Unilever (cf. fls. 3927 a 3933 e 3968 a 3991), da EDP (cf. fls. 4135 a 4138 e 4140 a 4145), da Sovena (cf. fls. 4477 a 4480 e 4482 a 4487), da MCH (cf. fls. 5203 a 5206, 5208 a 5214 e 5253 a 5256), da EDP (cf. fls. 4135 a 4138, 4140 a 4145 e 4183 a 4186) e da Sovena (cf. fls. 4477 a 4480, 4482 a 4487 e 4527 a 4528).

490. Relativamente ao argumento de que o Compromisso continuaria a ter um caráter não vinculativo (cf. parágrafo 484) não existem dúvidas de que, ainda que não ligado, em caso de inobservância, a penalizações específicas, o seu conteúdo é condicionador da conduta das associadas da APAP, determinando a não participação das agências de publicidade sempre que determinadas condições não estivessem cumpridas (“Os Associados da APAP apenas participarão em concursos para resposta estratégica ou criativa em que”). Note-se que a própria denominação de Compromisso tem um sentido literalmente categórico, comprovando que as agências assumem aquele Compromisso enquanto expressão do comportamento que consideram dever adotar no mercado. É certo que as agências de publicidade poderiam optar por não cumprir o Compromisso, mas tal não deixaria de constituir o incumprimento de um compromisso a que se obrigaram.

491. A própria APAP reconhece, em coerência com o expresso no próprio texto do Compromisso, que o mesmo previa que, nos casos em que os concursos não respeitassem os critérios nele expostos, as agências deveriam contactar aquela associação dando conhecimento desse facto e, no limite, abster-se de participar nos referidos procedimentos concursais. (cf. parágrafo 483). Conforme demonstrado na secção seguinte, este elemento de comunicação à APAP revela-se primordial para intervenção quer junto dos anunciantes, quer junto das agências de publicidade.

492. Resulta da prova constante dos autos que a APAN se afastou de qualquer tipo de apoio à definição, implementação ou monitorização do Compromisso da APAP (cf. parágrafo 481).

493. Não obstante, ao contrário do alegado pela APAN (cf. parágrafo 486), o Compromisso não corresponde a um texto novo. Com efeito, ficou, aliás, demonstrado que o texto do Compromisso resultou da vontade da APAP de fazer valer a limitação constante da regra n.º 4 do Guia quanto ao número de agências a convidar na fase de apresentação de propostas estratégicas ou criativas.

494. Em todo o caso, o texto do Compromisso, que expressa o que ficara decidido pela Direção da APAP em maio de 2015 (e conforme expressamente lavrado na ata da reunião da Direção de 17.06.2015), diz exclusivamente respeito à APAP e às suas associadas, determinando de forma perentória que as agências de publicidade não participariam nos concursos que não cumprissem as regras do Compromisso (nomeadamente, a limitação do número de agências na fase de apresentação de propostas criativas), definidas e nos termos no mesmo expostos. Este facto não foi contestado ou sequer justificado pela APAP na sua PNI.

495. Atendendo a todo o exposto na secção 3.3.3, conclui-se que:

- (i) A partir de, pelo menos, 17.06.2015, a APAP promoveu a existência de uma posição conjunta das agências de publicidade relativamente à atuação destas últimas no âmbito de procedimentos concursais com vista à prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários, a qual poderia levar à não participação das suas associadas em determinados concursos (cf. parágrafo 470).
- (ii) Para o que aqui releva, no que toca à fase de apresentação de propostas estratégicas ou criativas, os princípios basilares especificados no Compromisso foram os seguintes (cf. parágrafos 475 e 476):

- o número máximo de agências igual a 3 por conta/marca a atribuir (“4 se incluir o incumbente”);
- o nome das outras agências a concurso (“mesmo que confidencial”) deve ser do conhecimento das agências.

(iii) O Compromisso entrou em vigor no dia 01.10.2015 e previa que, caso os princípios especificados neste não fossem cumpridos pelos anunciantes, as agências de publicidade informariam a APAP e, caso não existisse uma alteração das regras do concurso nos termos especificados no Compromisso, não participariam no procedimento concursal em causa (cf. parágrafo 474).

(iv) Este Compromisso foi também subscrito por agências de publicidade não associadas da APAP (cf. parágrafo 478).

(v) Este compromisso foi amplamente divulgado nos meios de comunicação social por parte da APAP (cf. parágrafo 478).

(vi) A APAN e as suas associadas não estiveram envolvidas na preparação, formalização, divulgação e/ou implementação do Compromisso. Pelo contrário, a ata da reunião (de 24.02.2016) da sua Direção revela uma posição de afastamento relativamente a qualquer tipo de apoio ao Compromisso assumido pela APAP (cf. parágrafo 481).

3.3.4. Contatos da APAP com agências de publicidade e anunciantes após 17.06.2015

496. Conforme referido *supra*, em 17.06.2015, em reunião da Direção da APAP, foram recapituladas as decisões tomadas na reunião de Direção de maio do mesmo ano, tendo ficado lavrado na respetiva ata que (i) a limitação a um máximo de 3 ou 4 agências a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de conteúdos de publicidade constitui uma das boas práticas basilares; e que (ii) as associadas da APAP deveriam ser envolvidas “*neste tema e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas*” (cf. parágrafo 470).

497. Em 14.07.2015, no âmbito de um concurso lançado pela MultiOpticas, uma associada da APAP, após informação do anunciante quanto ao número (sete) e identidade de agências participantes no concurso, solicita por *email* validação pela APAP de que o concurso incumpe “*as normas da APAP*” para recusar participação, dando nota de que outras agências deveriam proceder no mesmo sentido (documento APAP-0258 *infra*).

De: [REDACTED]@barlisboa.com>
Enviado: 14 de julho de 2015 22:36
Para: [REDACTED]
Assunto: Fwd: Brief Concurso MultiOpticas

Olá [REDACTED]

Abaixo um email referente ao concurso hoje lançado pela MultiOpticas e que considero não respeitar as normas da APAP e que foram aprovadas pelos seus Associados.

Confirma-me pf se assim é para que eu possa declinar a participação da BAR. Acho que os restantes Associados deveriam fazer o mesmo mas é apenas uma opinião minha.

Obrigado e beijinhos
[REDACTED]

Enviado do meu iPhone

Iniciar a mensagem reencaminhada:

De: [REDACTED]@gmail.com>
Data: 14 de Julho de 2015 às 09:01:19 WEST
Para: [REDACTED]@barlisboa.com>
Cc: [REDACTED]@grandvision.com>
Assunto: Re: Brief Concurso MultiOpticas

Bom dia [REDACTED]

Obrigada pela resposta e assim agradecemos que nos diga o mais breve possível se a BAR vai participar no concurso.

As outras agências convidadas são:

HAVAS
MCCANN
EXCENTRIC GREY
GRAFE
NORMAJEAN
HUMAN

Cumprimentos
[REDACTED]

498. No dia 15.07.2015, em reação à solicitação da associada, a Secretária-Geral da APAP contacta as agências associadas a concurso, mediante envio de um *email* para todas elas, esclarecendo que o número de agências participantes viola o Guia de Boas Práticas, solicitando o contacto do anunciante e pedindo indicação quanto à participação, ou não, no concurso (documentos APAP-0263 e APAP-0338 *infra*).
499. Em resposta, por *email*, e no mesmo dia, uma das agências associadas informa a APAP que não irá participar no concurso (documento APAP-0263 *infra*), transmitindo posteriormente essa decisão igualmente às restantes agências associadas da APAP, em 17.07.2015 (documento APAP-0338 *infra*).

De: [REDACTED]@barlisboa.com>
Enviado: 15 de julho de 2015 12:58
Para: [REDACTED]
Assunto: Re: RES: Brief Concurso MultiOpticas

Many thanks

Enviado do meu iPhone

No dia 15/07/2015, às 12:39, [REDACTED]@apap.co.pt> escreveu:

O código em anexo.

Bjs

[REDACTED]
Secretaria Geral APAP

APAP Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
T+351 213 121 560; N [REDACTED]
www.apap.co.pt

De: [REDACTED]@barlisboa.com]
Enviada em: 15 de julho de 2015 12:27
Para: [REDACTED]
Assunto: Re: Brief Concurso MultiOpticas

Bom dia [REDACTED]

Obrigado pelo e-mail.

A BAR não vai participar no concurso.

Os contactos são:

[REDACTED]@grandvision.com
[REDACTED]@gmail.com

Aproveito para te pedir que me envies o Código das Boas Práticas. Pode ser?

Bjs

De: [REDACTED]@barlisboa.com>
Enviado: 17 de julho de 2015 19:38
Para: [REDACTED]@mccann.pt; [REDACTED]@excentricgrey.com;
[REDACTED]@normajean.com.pt; [REDACTED]@tux-gill.pt; [REDACTED]@havasww.com
Cc: APAP
Assunto: Re: Brief Concurso MultiOpticas

Boa tarde a todos,

Informo que declinámos na 4^a feira a participação no concurso MultiOpticas com a justificação que somos associados da APAP e que o mesmo não respeita o Código de Boas Práticas existente.

Bom fim-de-semana.



From: [REDACTED]@apap.co.pt>
Organization: APAP
Date: quarta-feira, 15 de Julho de 2015 às 12:09
To: [REDACTED]@havasww.com>, [REDACTED]@mccann.pt>, [REDACTED]@excentricgrey.com>, [REDACTED]@normajean.com.pt>, [REDACTED]@barlisboa.com>
Cc: APAP <apap@apap.co.pt>
Subject: Brief Concurso MultiOpticas

Bom dia a todos

Acabo de ser informada sobre a existência deste concurso em que estão “convidadas” a participar as vossas agências (5) mais duas não Associadas (Grafe e Human).

O facto de serem sete agências, viola o Código de Boas Práticas, o que eu gostaria de, por um lado, transmitir ao Cliente (algum me pode dar nome, email e telefone de contacto, por favor?) e, por outro, saber o que pretendem fazer.

Caso exista mais alguma “anomalia” no Brief, agradeço que me digam também, para eu poder falar com mais detalhe com o contacto na MultiOpticas.

Obrigada e bjs

500. No dia 17.07.2015, a Secretária-Geral da APAP informa, por *email*, as seis agências presentes no procedimento, do contacto telefónico havido com o anunciantes e do envio de *email* com o Guia de Boas Práticas em anexo, salientando que o número de agências participantes no concurso foi um dos fatores que despoletou tal contacto (documento APAP-0474 abaixo, desdobrado em duas imagens).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 17 de julho de 2015 14:22
Para: [REDACTED]@excentricgrey.com; [REDACTED]@tux-gill.pt;
[REDACTED]@normajeann.com.pt; [REDACTED]@mccann.pt; [REDACTED]@tux-gill.pt
Cc: APAP
Assunto: ENC: Concurso MultiOpticas
Anexos: Agência Certa.pdf

Boa tarde

Como esclarecimento adicional, da conversa telefónica com a [REDACTED] antes deste email, fui "apurando" algumas pérolas que não quero deixar de partilhar convosco:

1. Ao princípio não eram tantas agências, mas...
2. O facto de serem grandes e pequenas é porque o Cliente acha que não deve trabalhar com agências grandes por ter um budget pequeno, mas quer perceber a diferença ...
3. O briefing até está extenso demais, mas isso não interessa porque a ideia é perceber como funcionam/pensam as agências e as campanhas não serão para ser implementadas.
4. O fee pode-se pedir para se poder avaliar, apesar de não se saber quantas campanhas ou que tipo de campanhas serão para ser feitas anualmente

Juntem o facto de a Diretora de Marketing anterior ter saído (grande defensora da Gafe), o [REDACTED] (funcionário no Brasil, em São Paulo) aparecer como eventual Diretor de Marketing, mas em contacto telefónico com a Secretária do CEO da MultiOpticas me ter sido dito que o atual responsável é o Dr. [REDACTED] (coordenador de Marketing), a apresentação ser nas agências e a assinatura da [REDACTED] meter um link para uma página do Facebook com batidos de frutas ...

Não vou bater mais na pobre mas ... aguardo a vossa opinião sobre isto tudo.

Ric

Sofia Barros
Secretária Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
T +351 217 800 000; M + [REDACTED]
www.apap.co.pt

Enviada em: 17 de julho de 2015 13:50
[REDACTED]@apap.co.pt
Cc: [REDACTED]@grandvision.com', [REDACTED]@grandvision.pt'; APAP
Assunto: Concurso MultiOpticas

Bom dia [REDACTED]

Na sequência da conversa telefónica desta manhã e que, antes de mais, quero agradecer pela abertura e transparência, aqui vai, como combinado o Guia de Boas Práticas para Concursos de Agências de Publicidade e Comunicação.

Tenho conhecimento que a MultiOpticas é associado da APAN, pelo que gostaria de realçar que este Guia, foi subscrito pela APAP e pela APAN em Março de 2009, e foi elaborado com base nas boas práticas definidas e aceites a nível internacional.

Não quero deixar de aproveitar para ser um pouco mais detalhada relativamente ao processo do concurso que está na origem desta troca de informações:

1. Nº de agências a concurso
2. Pedido de desenvolvimento de apresentações completas para projetos, em termos estratégicos, criativos e financeiros, com entrega em mão de toda a proposta
3. Briefing vago, sem uma estratégia de marketing clara, indicando que o trabalho pedido poderá vir a ser um desperdício de recursos
4. Não indicação do que irá ser o resultado da decisão final – quantas agências irão selecionar, para que período e para que budget anualizado
5. Não definição dos critérios de avaliação das propostas em concurso, nem de prazos para resposta

Entendo, obviamente, que cabe à MultiOpticas a decisão sobre os seus próprios métodos e implementações, mas gostava de, desde já, me colocar à sua inteira disposição para prestar todos os esclarecimentos que considerar necessários sobre o guia e, caso veja utilidade, apresentá-lo pessoalmente, partilhando com mais detalhe o fundamento dos pontos supra.

Melhores cumprimentos
[REDACTED]

501. No mesmo dia 17.07.2015, uma outra agência associada da APAP agradece, por email, a intervenção da associação, considerando que “ajuda a [...] tomar o que espero ser uma posição consertada[sic.] de não participação” (documento APAP-0506 *infra*), indicando simultaneamente que a sua agência se encontrava fora do concurso e que iria comunicar essa decisão ao anunciente.

De: [REDACTED]@excentricgrey.com>
Enviado: 17 de julho de 2015 15:39
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]@tux-gill.[REDACTED]@normajean.com.pt; [REDACTED]@mccann.pt; APAP
Assunto: Re: Concurso MultiOpticas
[REDACTED]

Obrigado pela rápida intervenção, que embora não conduza a mudanças do lado do cliente, sem dúvida nos ajuda a:

- 1- clarificar ainda mais a barbaridade do concurso
- 2 - tomar o que espero ser uma posição consertada de não participação
- 3 - abrir a possibilidade de fazer deste caso o primeiro exemplo da força dos associados da APAP nesta matéria

Posto isto, confirmo que a excentricGrey está fora do concurso e vou comunicá-lo à dita Sarah na Segunda-féira.

Um ótimo fim de semana a todos,
Miguel



502. Em 28.07.2015, mantendo-se a participação de várias agências a concurso, a Secretária-Geral da APAP e uma associada que tinha desistido do procedimento, expressam em emails trocados entre si indignação perante a manutenção de participação por parte de outras associadas. A Secretária-Geral da APAP revela que “*Legalmente, nem posso estar a fazer isto*” (documento APAP-0411 *infra* desdobrado em 3 imagens).

De: [REDACTED] @apap.co.pt>
Enviado: 28 de julho de 2015 10:09
Para: [REDACTED]
Assunto: RES: RES: Brief Concurso MultiOpticas

[REDACTED]
A Havas estou a "tratar", ja num nível superior ... é uma vergonha!

E a Normajean acabei de falar com o Rodrigo ...

A 3ª, e última, nossa, é a Tux, que foi convidada pessoalmente pelo [REDACTED] das agências da [REDACTED] desde o princípio que está convencida que tem uma vantagem grande sobre todas as outras e, se calhar por isso, mais depressa sairia da APAP do que do concurso!

E tem muito que se lhe diga, sim!!! Legalmente, nem posso estar a fazer isto!

Bjs e de volta ao tema a 23 de Setembro!

[REDACTED]
Secretaria Geral APAP

APAP Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
T+351 217 500 100 M+ [REDACTED]
www.apap.co.pt

De: [REDACTED] s@mccann.pt

Enviada em: 28 de julho de 2015 09:59

Para: [REDACTED]

Assunto: Re: RES: Brief Concurso MultiOpticas

Piorou e pelos vistos vão outras 5 agências, incluindo a Havas.
Isto das boas práticas tem realmente muito que se lhe diga....

Bjs,



Portugal CEO & Iberian Business Strategy Director

Rua Carlos Alberto da Mota Pinto, 17 A – 8º A
1070-313 Lisboa

Organização: APAP
Data: Terça-feira, 28 de Julho de 2015 09:46
To: @mcann.pt
Subject: RES: Brief Concurso MultiOpticas

Uhps!

Piorou em vez de melhorar?

Bis

Secretaria Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing

De: [REDACTED]@mccann.pt
Enviada em: 28 de julho de 2015 09:42
Para: [REDACTED]ski@grandvision.com
Assunto: FW: Brief Concurso MultiOpticas

Estimado

Em resultado do que tínhamos falado ao telefone e da manutenção de um conjunto de elementos que contrariam o código de boas práticas da Apap bem como a complexificação aínda maior do processo, criando uma segunda fase sem simplificar a primeira, lamento informar mas não podemos aceitar e entrar neste concurso.

Estamos sempre disponíveis para trabalhar convosco e para entrar em concursos dentro do que são as normas e procedimentos habituais no mercado. Se achar por bem podemos falar novamente e pessoalmente sobre este tema.

Até lá os meus melhores cumprimentos,



Portugal CEO & Iberian Business Strategy Director

Rua Carlos Alberto da Mota Pinto, 17 A – 8º A
1070-313 Lisboa

[\[redacted\]@grandvision.com](mailto:[redacted]@grandvision.com)]
Sent: segunda-feira, 27 de Julho de 2015 17:22

[redacted] (S-ME)
[redacted]@gmail.com

Subject: [SUSPICIOUS URL]FW: Brief Concurso MultiÓpticas

Boa tarde [redacted]

Entro em contato para propor o horário para a apresentação do dia 5/8, se 14h30 é um horário conveniente para vocês.

Obrigado e nos vemos em breve.

Cumprimentos,

From: [redacted]@mccann.pt>

Date: 14 de Julho de 2015 às 18:56:04 WEST

To: [redacted]@gmail.com>

Subject: RE: Brief Concurso MultiÓpticas

Boa tarde [redacted]

Antes de mais, obrigada pelo vosso convite que, aceitamos, com o maior agrado.

Temos muito gosto em receber-vos aqui na McCann, no dia 5 de Agosto. Entretanto vamos trabalhar o vosso brief e esclarecer as duvidas que, entretanto, surgirem.

Com os melhores cumprimentos,

Sofia



[redacted]
Group Account Director

Rua Carlos Alberto da Mota Pinto, 17 A – 8º A
1070-313 Lisboa
[redacted]

[redacted]@mccann.pt

503. Em 12.05.2016, a Secretaria-Geral da APAP contacta por email um anuncianta, no contexto de Concurso da Pingo Doce, remetendo o Guia e Compromisso e salientando que “(...) o Compromisso diz que as agências apenas participarão se na fase de desenvolvimento estratégico e criativo apenas estejam a concurso 3 agências, ou 4 se uma for a incumbente (ou uma das incumbentes)” (documento APAP-0549 *infra*).
504. Mais resulta da mesma comunicação a recomendação pela APAP de que “(...) não seja solicitado nenhum desenvolvimento estratégico e criativo, sob pena de as agências convidadas estarem impedidas de participar” (documento APAP-0549 *infra*).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 12 de maio de 2016 18:52
Para: [REDACTED]@jeronimo-martins.pt
Cc: APAP
Assunto: Concurso Pingo Doce e Compromisso APAP (Associados e outros subscritores)
Anexos: Compromisso APAP - Concursos.pdf; Agência Certa.pdf

Estado do sinalizador: Sinalizado

Boa tarde [REDACTED]

Antes de mais obrigada pela sua disponibilidade para dialogar sobre este tema.

Em anexo envio, como combinado, um pequeno resumo do que é o Compromisso APAP sobre concursos e aproveito para enviar também o Guia de Boas Práticas para Concursos, em que consta todo o enquadramento e as restantes Boas Práticas recomendadas, e subscritas, por Anunciantes e Agências.

De forma resumida o Compromisso diz que as agências apenas participarão se na fase de desenvolvimento estratégico e criativo apenas estejam a concurso 3 agências, ou 4 se uma for a incumbente (ou uma das incumbentes).

Neste sentido, e face à estrutura que colocaram no vosso processo ser faseada em duas etapas, venho recomendar que acautelem que no que vierem a definir como a resposta esperada à 1^a parte (em que das 6 serão apuradas 3, para a 2^a, e definitiva, fase), não seja solicitado nenhum desenvolvimento estratégico e criativo, sob pena de as agências convidadas estarem impedidas de participar.

Sem querer ser “metediça”, desculpe o termo, sugiro que lhes seja pedido, como resposta ao enquadramento constante no vosso briefing, a realização de uma reunião presencial para debate, exclusivamente oral, da sua avaliação e interpretação dos dados disponibilizados, face à atividade concorrencial no mercado nacional e, se relevante, no mercado internacional.

Deverá ser claro que desta troca de ideias sairá a seleção para a 2^a fase e que os elementos que participam na reunião deverão estar futuramente alocados à conta.

Estou inteiramente à sua disposição para todos os esclarecimentos e toda a colaboração que necessitar para que este concurso cumpra o seu, e nosso, objetivo – escolher a melhor agência para a sua marca!

Melhores cumprimentos
[REDACTED]

505. Em 08.06.2016, no caso do concurso da companhia de seguros Mapfre, a APAP, através da sua Secretaria-Geral, interpela diretamente, por email, o anunciantre, conforme documento APAP-0548 *infra*, para o informar de que o concurso viola o disposto no Guia de Boas Práticas e Compromisso, designadamente que “*as agências apenas participarão se na fase de desenvolvimento estratégico e criativo apenas estejam a concurso 3 agências, ou 4 se uma for a incumbente (ou uma das incumbentes), seja conhecido quem são*”.
506. Na mesma comunicação, a APAP salienta ainda que “*face à forma que conduziram o vosso processo, convite por email sem indicação dos destinatários, venho recomendar que o revejam, sob pena de 39 agências, as maiores e, diria eu as melhores, não participarem*” (documento APAP-0548 *infra*).

De: [REDACTED] @apap.co.pt>
Enviado: 8 de junho de 2016 10:07
Para: [REDACTED]@mapfre.pt
Cc: APAP
Assunto: Concurso MAPFRE | SEGUROS para agência (2016-2018) e Compromisso APAP (Associados e outros subscritores)
Anexos: Compromisso APAP - Concursos.pdf; Agência Certa.pdf

Bom dia [REDACTED]

Antes de mais, obrigada pela sua disponibilidade para dialogar sobre este tema.

Em anexo envio, como combinado, um pequeno resumo do que é o Compromisso APAP sobre concursos e aproveito para enviar também o Guia de Boas Práticas para Concursos, em que consta todo o enquadramento e as restantes Boas Práticas recomendadas, e subscritas, por Anunciantes e Agências.

De forma resumida o Compromisso diz que as agências apenas participarão se na fase de desenvolvimento estratégico e criativo apenas estejam a concurso 3 agências, ou 4 se uma for a incumbente (ou uma das incumbentes), seja conhecido quem são e quais os critérios para seleção.

Neste sentido, e face à forma que conduziram o vosso processo, convite por email sem indicação dos destinatários, venho recomendar que o revejam, sob pena de 39 agências, as maiores e, diria eu as melhores, não participarem.

Não estando no Compromisso, gostava ainda de recomendar que levasse em consideração o ponto 02 do Guia de Boas Práticas, que contém três princípios éticos básicos que não estão respeitados no vosso Caderno de Encargos, nomeadamente, e cito - *deverá ser suficiente utilizar no concurso apenas uma ação, um projeto ou uma marca.*"... "Indique o sistema de remuneração e os termos do contrato. Torne explícito o orçamento em causa"..."Defina um sistema de avaliação objetivo, para classificar as propostas apresentadas".

Até porque a extensão e o elevado número de pedidos e valores a orçamentar irão seguramente dificultar a vossa própria tarefa de avaliação e seleção.

Estou inteiramente à sua disposição para todos os esclarecimentos e toda a colaboração que necessitar para que este concurso cumpra o seu, e nosso, objetivo – escolher a melhor agência para a sua marca, de uma forma ética!

Melhores cumprimentos
[REDACTED]

507. Em 15.06.2016, ainda no âmbito do concurso *supra*, a Secretária-Geral da APAP dirige-se por *email* às suas associadas – e não associadas –, assinantes do Compromisso, solicitando informações (documento APAP-0606 *infra*).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 15 de junho de 2016 16:52
Para: [REDACTED]
Cc: APAP
Assunto: URGENTE - Concurso MAPFRE | SEGUROS para agência (2016-2018) e Compromisso APAP (Associados e subscritores)

Caros Associados e não Associado, assinantes do Compromisso APAP

Esta é a troca de informações que recebemos da MAPFRE a semana passada e que hoje tentei atualizar sem sucesso.

O processo é inacreditável e o pedido de uma extensão injustificável!

Agradeço que me informem se receberam este email a que me refiro.

Obrigada

[REDACTED]
Secretaria Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing

www.apap.co.pt

De: [REDACTED]@mapfre.pt
Enviada em: 8 de junho de 2016 16:14
Para: [REDACTED]

Assunto: RE: Concurso MAPFRE | SEGUROS para agência (2016-2018) e Compromisso APAP (Associados e outros subscritores)

Prioridade: Alta

Cara [REDACTED]

Desde já agradecemos o vosso contacto e a informação que nos enviaram.

Informo que já passei este tema à Direção de Marketing, sendo que o mesmo será devidamente analisado tendo em conta o enquadramento e regras de boas práticas que nos indica.

508. As respostas são recebidas igualmente por *email* (documentos APAP-0601, APAP-0603, APAP-0925, APAP-0927 e APAP-0931).
509. Em 20.06.2016, e após informação da Mapfre relativamente ao número e identificação das agências a concurso, a Secretaria-Geral da APAP solicita às agências, por *email*, a confirmação de não participação face à ausência de cumprimento do estipulado no Compromisso (documento APAP-0562 *infra*).

De: [REDACTED] @apap.co.pt>
Enviado: 20 de junho de 2016 10:02
Para: [REDACTED]@fcb.com [REDACTED]@draftfcb.com; [REDACTED]@barlisboa.com;
Cc: [REDACTED]@comon.pt
Assunto: APAP
 ENC: Concurso MAPFRE | SEGUROS para agência (2016-2018) e Compromisso APAP (Associados e outros subscritores)

Bom dia

Face a estas condições, que contrariam o Compromisso APAP, e ainda o "disparatado" briefing, estou segura que estão todos fora.

Certo?

Bjs

Secretaria Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
 T+351 213 121 560; M [REDACTED]
www.apap.co.pt

De: [REDACTED] s@mapfre.pt
Enviada em: 17 de junho de 2016 17:29
Para: [REDACTED]
Cc: APAP
Assunto: RE: Concurso MAPFRE | SEGUROS para agência (2016-2018) e Compromisso APAP (Associados e outros subscritores)

Cara [REDACTED]

De acordo com a conversa tida com João Gama, segue a lista das agências que contactámos:

BAIXA62	offline
TA Design	offline
DRAFTFCB Portugal - Comunicação	offline
INESTING	offline
BRANDLIFT	offline
BAR	digital
NOSSA	digital
COMMON	digital
MONDAY'INTERACTIVE MARKETING	digital
FULLSIX	digital

510. Em resposta, por *email*, várias agências confirmam a não participação no concurso por incumprimento do Compromisso, dando inclusivamente nota disso mesmo, não apenas à APAP, mas às agências suas concorrentes (documento APAP-0293 abaixo que inclui a resposta de duas agências ou ainda os documentos APAP-0595 e APAP-0924).

De: [REDACTED]@fullsix.com>
Enviado: 20 de junho de 2016 14:23
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]@barlisboa.com; APAP; [REDACTED]
Assunto: Re: Concurso MAPFRE | SEGUROS para agência (2016-2018) e Compromisso APAP
(Associados e outros subscritores)

Boa tarde a todos,
De acordo com o Compromisso APAP assumido, a Fullsix também estará fora neste cenário de incumprimento.

From: [REDACTED]@gmail.com> [REDACTED]@comOn" <[REDACTED]@comon.pt>
Date: Monday 20 June 2016 12:27
To: [REDACTED]@fcb.com>
Cc: S [REDACTED]@apap.co.pt>, [REDACTED]@fullsix.com>, " [REDACTED]@fcb.com>, [REDACTED]@fcb.com>, [REDACTED]@barlisboa.com>, APAP <apap@apap.co.pt>, [REDACTED]@fcb.com>

Subject: Re: Concurso MAPFRE | SEGUROS para agência (2016-2018) e Compromisso APAP (Associados e outros subscritores)

Bom dia,

Confirmo que também estaremos fora neste contexto de incumprimento.

On Monday, 20 June 2016, [REDACTED]@fcb.com> wrote:

Bom dia,

Estaremos fora até e se as condições corresponderem ao compromisso acordado.

Cumprimentos,

[REDACTED] CEO/CCO

511. Em 29.06.2016, no âmbito de procedimento concursal lançado pela Credibom, a APAP solicita por *email* às associadas e não associadas subscritoras do Compromisso, informações sobre se foram convidadas para participar face ao “*inacreditável [...] número de convites*” (documento APAP-0270 *infra*).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 29 de junho de 2016 10:10
Para: [REDACTED]
Cc: APAP
Assunto: CREDIBOM- Convite | Pitch Agência Criativa 2016 - 2018

Caros Associados e não Associados, assinantes do Compromisso APAP

Parecendo moda, aqui temos um novo processo, inacreditável em número de convites e com um pedido de uma extensão injustificável!

Ontem não consegui falar com o Diretor de Marketing, [REDACTED], mas enviei um SMS e ele ligou-me agora.

Não vai mudar nada, com o argumento de que o Banco Credibom se rege por regras do Grupo Crédit Agricole, no âmbito dos seus processos de RFP.

Já lhe disse que estranhava, porque o Crédit Agricole deve estar sujeito ao mesmo conjunto de Boas Práticas, ainda por cima sendo francês, que até é mais “duro”, tendo um registo chamado La Belle Compétition!

Ao que ele respondeu que o CFO, que faz as regras para os concursos, não quer saber de compromissos do Marketing. E eu lhe disse que o CEO seguramente não quer ter comportamentos não éticos e de inobservância de princípios comuns aos diversos stakeholders.

Agradeço que me informem se foram convidados para este concurso a que me refiro.

Obrigada
[REDACTED]

512. As agências respondem à solicitação (documentos APAP-0342, APAP-0587, APAP-0912 e APAP-0914).
513. Em 19.07.2017, no contexto do concurso da SIVA para lançamento do Audi A8, o anunciante é contactado por *email* pela Secretária-Geral da APAP, sendo-lhe dado conhecimento do Guia de Boas Práticas e do Compromisso e salientado o risco de não participação das agências convidadas caso não sejam acatadas as recomendações dadas (documento APAP-0608 *infra*).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 19 de julho de 2017 11:18
Para: [REDACTED]@siva.pt
Cc: APAP
Assunto: Concurso para lançamento do Audi A8
Anexos: Agência Certa.pdf; Compromisso APAP - Concursos.pdf

Bom dia [REDACTED]

Antes de mais obrigada pela sua disponibilidade para dialogar sobre este tema.

Em anexo envio o Guia de Boas Práticas para Concursos (Agência Certa), em que consta todo o enquadramento e as Boas Práticas recomendadas, e subscritas, por Anunciantes (APAN) e Agências (APAP) e aproveito para enviar também um pequeno resumo do que é o Compromisso APAP sobre concursos.

De forma resumida, o Compromisso diz que as agências apenas participarão se na fase de desenvolvimento e estratégico e criativo apenas estejam a concurso 3 agências, ou 4 se uma for a incumbente.

Este Compromisso foi subscrito pelas agências nossas associadas e por mais uma dezena de agências não associadas, diria eu que as “leading agencies” portuguesas ☺.

Neste sentido, e face ao vosso processo, recomendaria que fosse faseado em duas etapas, uma 1ª parte com credenciais ou pedido de projetos desenvolvidos para outros clientes nesta área específica, mas sem nenhum pedido para desenvolvimento e estratégico ou criativo, sob pena de as agências convidadas estarem impedidas de participar.

Deverá ser claro que desta informação sairá a seleção para a 2ª fase de 3 agências a quem será passado o briefing do concurso.

Estou inteiramente à sua disposição para todos os esclarecimentos e toda a colaboração que necessitar, o Ricardo ou outra pessoa que indicar, para que este concurso cumpra o seu, e nosso, objetivo – escolher a melhor agência para a sua ação!

Obrigada, e desculpe a intromissão nas suas férias ☺!

514. Em 29.08.2017, a APAP é contactada, por *email*, pela Fundação Calouste Gulbenkian que procura esclarecimento sobre o Compromisso e, em particular sobre o limite ao número de agências participantes, no âmbito de concurso que pretende lançar (documento APAP-0318 *infra*).
515. Em resposta, a APAP refere como condições necessárias para a participação no máximo de três ou quatro agências (caso inclua a agência incumbente) e a identificação das mesmas (documento APAP-0619 *infra*).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 29 de agosto de 2017 10:57
Para: [REDACTED]
Cc: APAP
Assunto: RES: Concurso agências com protocolo APAP
Anexos: Compromisso APAP - Concursos.pdf

Bom dia [REDACTED]

A agência incumbente é a agência atual com quem trabalham, caso exista.

Em anexo envio o Compromisso APAP, onde constam as Boas Práticas mínimas aceitáveis para que os subscritores, Associados e Não Associados, possam participar. Resumidamente, 3, ou 4 agências, saber-se quem são e quais os critérios para a seleção.

Estou de férias, com acesso intermitente ao meu email, mas qualquer questão ou dúvida, por favor diga.

Obrigada
[REDACTED]

Secretaria Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
www.apap.co.pt

De: [REDACTED]@gulbenkian.pt
Enviada em: 29 de agosto de 2017 09:45
Para: [REDACTED]@apap.co.pt
Assunto: Concurso agências com protocolo APAP

Bom dia Dr. [REDACTED]

No âmbito do Programa Gulbenkian Inovar em Saúde, temos como objetivo contactar agências criativas para a participação num projeto da Fundação.

Tomámos conhecimento de que há regras específicas para as agências que assinaram o protocolo com a APAP.

Após consulta do vosso website encontrei o compromisso respeitante a um concurso e gostaria de esclarecer o ponto nº 1:

“1. O número de agências (máximo de 3 por conta/marca a atribuir, ou 4 se incluir o incumbente)”.

Gostaríamos de convidar para apresentação de um briefing 4 agências. No entanto, o que significa ser a agência incumbente?

Aguardamos feedback,

516. Já em 2018, no âmbito de concurso da companhia aérea TAP, a Secretaria-Geral da APAP solicita, por email de 21 de maio, com o assunto “Concurso TAP? Quantos somos?”, informação às associadas sobre a respetiva participação (documento APAP-0623 *infra*).

De: [REDACTED] [@apap.co.pt\]](mailto:@apap.co.pt)

Envia da em: 21 de maio de 2018 09:56

Para: [REDACTED]

Cc: APAP

Assunto: Concurso TAP? Quantos somos?

Bom dia

Podem, por favor responder a esta singela pergunta asap?

Obrigada

[REDACTED]
Secretária Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing

www.apap.co.pt

517. Em 25.05.2018, também por *email*, a Secretária-Geral da APAP dá conhecimento da posição do anunciente de não reconhecimento do Guia e propõe às associadas opções perante a não observância, nomeadamente “avisar a Administração da TAP” ou “fazer um pequeno escândalo mediático” (documento APAP-0623 *infra*).
518. Em 30.05.2018, é enviada para conhecimento da Direção da APAP, pela sua Secretária-Geral, carta a remeter ao Presidente do conselho de administração da TAP, salientando o incumprimento do Guia (documento APAP-0623 *infra* desdobrado em duas imagens e carta anexa, carta essa remetida ao conselho de administração da TAP).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 30 de maio de 2018 13:11
Para: [REDACTED]@fuel.pt; [REDACTED]@havasww.com; [REDACTED]@partners.pt;
[REDACTED]@partners.pt; [REDACTED]@fullsix.pt
Cc: APAP
Assunto: RES: Concurso TAP - Carta CEO
Anexos: 0529 Carta TAP CEO.docx

Bom dia

Em anexo, para vosso conhecimento, carta que está a ser entregue nos CTT para seguir para o CEO da TAP.

Bjs

[REDACTED]
Secretaria Geral APAP

APAP - Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
T+351 217 900 000
www.apap.co.pt

De: [REDACTED]@apap.co.pt
Enviada em: 25 de maio de 2018 10:32
Para: [REDACTED]@barogilvy.com); [REDACTED]@fuel.pt; [REDACTED]@havasww.com; [REDACTED]@partners.pt; [REDACTED]
Cc: APAP
Assunto: ENC: Concurso TAP? Associados, para já somos 5, onde se induem 2 incumbentes!

Bom dia

Considerando que o Cliente TAP reconhece que conhece o Guia de Boas Práticas mas que não o quer cumprir, julgo que qualquer ação didática é escusada.

Proponho, assim, ainda hoje, falar com um jornalista (Ana Marcela, Dinheiro Vivo?) e fazer um pequeno escândalo mediático com base em incumprimento de princípios éticos e responsabilidade social das empresas, nomeadamente de uma empresa com capital maioritariamente público.

Só não sei se primeiro, deveria avistar a administração da TAP, ou a Direção de Marketing.... que vos parece?

Fico à espera da vossa resposta ainda de manhã, please?

Bjs



Exmo. Senhor
Presidente do Conselho de Administração da TAP
[REDACTED]

Lisboa, 30 de Maio de 2018

Assunto: Concurso para seleção de agência de publicidade

Exmo. Senhor Presidente do Conselho de Administração da TAP,

Venho por este meio, enquanto Secretária Geral da APAP (Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing) solicitar uma reunião para, de uma forma positiva e construtiva, debater os termos e condições contratuais definidas como enquadramento do Concurso para seleção de agência de publicidade da TAP.

Numa perspetiva geral, estou certa de que uma empresa como a TAP, maioritariamente de capitais públicos e com uma forte componente de responsabilidade social e ética, não se identifica com os termos em que este concurso foi lançado, num total desrespeito pelas Boas Práticas definidas e subscritas por Anunciantes (APAN) e Agências (APAP), e com uma recorrente “imposição” de um contrato em que alguns termos podem ser classificados como “abuso de posição dominante”.

Porque julgamos que os detalhes deste processo são muito preocupantes, não só pelo que são os documentos, mas também pelas posições conhecidas e assumidas pelos colaboradores da TAP nele envolvido e mesmo não acreditando que estas atitudes refletem a opinião dos responsáveis máximos da TAP, gostaríamos de desde já dar nota deste nosso desconforto.

Por fim, reiteramos a nossa disponibilidade para colaborar com a TAP, como tem sido apanágio da nossa associação, para nos unirmos em torno do objetivo final de valorizar a marca TAP e a sua comunicação.

Com os nossos melhores cumprimentos,
Atentamente,

519. Em 19.06.2018, na sequência da carta atrás referida, a Secretária-Geral da APAP dá conhecimento às associadas presentes a concurso, da receção da resposta da TAP, a qual manifesta estranheza pelo conhecimento de informação detalhada sobre o procedimento concursal e sublinha o facto de a TAP procurar sempre assegurar a maior eficiência e concorrência na defesa dos interesses da TAP e dos seus clientes (documento APAP-0494, dividido em duas imagens e carta anexa também *infra*).

De: [REDACTED]@apap.co.pt>
Enviado: 19 de junho de 2018 16:34
Para: [REDACTED]@fuel.pt, [REDACTED]@havasww.com;
[REDACTED]@partners.pt, [REDACTED]@partners.pt, [REDACTED]@fullsix.pt
Cc: APAP; [REDACTED]@fuel.pt
Assunto: RES: Concurso TAP - Carta recebida
Anexos: 20180619 Carta Presidente da TAP para a APAP.pdf

Bom dia a todos

Em anexo envio cópia da carta recebida hoje na APAP.

Porque tanto quanto sei terão as apresentações das vossas propostas brevemente, só um pequeno esclarecimento quanto à questão da confidencialidade - eu disse-lhes que não tinha tido acesso aos documentos, mas apenas à informação oral de alguns pontos do RFP, relacionados com a seleção das agências e os direitos de autor.

Espero que esta minha "manobra" possa contribuir para moderar os termos das negociações que se avizinham com os "ganhadores".

Bjs

[REDACTED]
Secretária Geral APAP

APAP Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
[REDACTED]
www.apap.co.pt

De: [REDACTED]@apap.co.pt
Enviada em: 11 de junho de 2018 14:52
Para: [REDACTED]@barogilvy.com); [REDACTED]@fuel.pt, [REDACTED]@havasww.com';
[REDACTED]@partners.pt; [REDACTED]@partners.pt'; [REDACTED]@fullsix.pt'
Cc: APAP
Assunto: RES: Concurso TAP - Contrato - resposta URGENTE please!

Vou à TAP na próxima 5ª feira, às 16h30, falar com a Alexandra Reis, do Procurement da TAP.

Bjs

[REDACTED]
Secretária Geral APAP

Para: [REDACTED]@baroqilvy.com); [REDACTED]@fuel.pt; [REDACTED]a@havasww.com';
[REDACTED]@partners.pt; [REDACTED]@partners.pt'; [REDACTED]@fullsix.pt

Cc: APAP

Assunto: RES: Concurso TAP - Contrato - resposta URGENTE please!

Vou à TAP na próxima 5ª feira, às 16h30, falar com a Alexandra Reis, do Procurement da TAP.

Bjs

[REDACTED] S
Secretária Geral APAP

APAP Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing
[REDACTED]
www.apap.co.pt

De: [REDACTED]@apap.co.pt

Enviada em: 7 de junho de 2018 09:01

Para: [REDACTED]@baroqilvy.com); [REDACTED]@fuel.pt; [REDACTED]a@havasww.com';
[REDACTED]@partners.pt'; [REDACTED]@partners.pt'; [REDACTED]@fullsix.pt'

Cc: APAP

Assunto: RES: Concurso TAP - Contrato - resposta URGENTE please!

Bom dia a todos

Como viram na carta que enviei à TAP, uma das questões mais “indignantes” é a proposta de contrato e as mil e uma alternativas que eles têm para adjudicar e selecionar a, ou as, agências. Chamo a atenção de que a aceitação do contrato faz parte dos critérios de seleção.

Segundo ouvi, esta “arrogância” pode ter tido a sua génese nos contratos da PT/Altice, mas acho que devemos fazer alguma coisa para não permitir que isto se torne uma prática corrente.

Assim, estava a pensar pedir ao advogado da APAP para fazer uma revisão ao mesmo, para que as vossas agências, diretamente ou indiretamente através da APAP, lhes apresentem uma alternativa única.

Que vos parece? Estão na disposição de TODOS irem com o mesmo contrato? Querem enviar os vossos comentários ao mesmo para que sejam tidos em conta?

Este assunto é urgente, até porque a entrega de propostas é para a semana.

Bjs

Associação Portuguesa das Agências de Publicidade,
Comunicação e Marketing

000125 14 JUN '18

Att. Exma. Sra. [REDACTED] - Secretária Geral
Rua Pinheiro Chagas 69, 1º Dt.^o
1050-176 Lisboa

Lisboa, 14 de junho de 2018

Assunto: Concurso para a seleção de agência de publicidade

Exma. Senhora Secretária Geral,

Acusamos a receção da vossa carta com data de 30 de maio de 2018, referente ao assunto em epígrafe, lamentando desde já o desconforto manifestado pela Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (adiante designada por "APAP").

Antes de outras considerações, notamos que foi com grande surpresa que tomámos conhecimento que a APAP dispõe de informação detalhada sobre o processo de consulta ao mercado que foi lançado pela Transportes Aéreos Portugueses, S.A. (adiante designada por "TAP AIR PORTUGAL") para a seleção de agência de publicidade, incluindo da minuta contratual apresentada nesse âmbito pela TAP AIR PORTUGAL, pois toda a informação e documentação relativa a esta consulta são confidenciais.

Sem prejuízo de um eventual e posterior apuramento de responsabilidades face ao aparente desrespeito por esta confidencialidade, parece-nos importante clarificar e retificar alguns pontos referidos na vossa carta.

Desde logo notamos que a TAP AIR PORTUGAL não é, ao contrário do mencionado na vossa carta, uma empresa de capitais maioritariamente públicos, nem é, aliás, uma empresa pública, estando a estrutura acionista da TAP AIR PORTUGAL disponível ao público em geral no seu sítio Internet.

Quanto a este ponto consideramos relevante mencionar que a TAP AIR PORTUGAL sempre respeitou as boas práticas da contratação e do sector em que se insere, pautando os seus procedimentos por elevados padrões de transparência e rigor e procurando sempre assegurar a maior eficiência e concorrência possíveis na defesa dos interesses da TAP AIR PORTUGAL e dos seus clientes.

Já no que se reporta ao alegado desrespeito pelo Guia de Boas Práticas para Concursos de Agências de Publicidade e Comunicação (adiante designado por “Guia”), subscrito pela APAP e pela Associação Portuguesa de Anunciantes, será de referir que o Guia contém recomendações práticas sobre como gerir um concurso de agências de publicidade e não regras obrigatórias, não sendo a TAP AIR PORTUGAL subscritora ou aderente deste Guia.

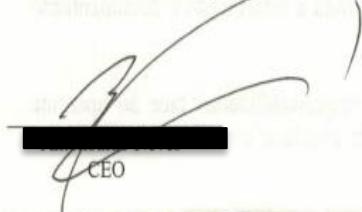
Note-se que, no âmbito do referido concurso, a TAP AIR PORTUGAL convidou algumas agências de publicidade a concorrer e apresentou uma minuta de contrato de prestação de serviços que poderá ser negociada com as agências em causa.

Por se tratar de um procedimento que se encontra em curso e sujeito a confidencialidade, a TAP AIR PORTUGAL não pode revelar informações sobre o mesmo a terceiros. Tal seria, aliás, contrário aos princípios da concorrência sã e transparente que são seguidos pela TAP AIR PORTUGAL, podendo contribuir para fomentar comportamentos contrários às regras da concorrência e promover um tratamento desigual das agências participantes no concurso.

Deste modo, e face ao acima referido, a TAP AIR PORTUGAL encontra-se impossibilitada de revelar, discutir ou acordar qualquer procedimento, termos ou condições do concurso aqui em causa com a APAP.

Certos de que a APAP compreenderá os motivos referidos nesta carta, a TAP AIR PORTUGAL continuará, como sempre, disponível para considerar oportunidades de colaboração com a APAP e as agências de publicidade que tenham em vista a valorização da empresa e da marca TAP.

Com os melhores cumprimentos,



3.3.4.1. Pronúncias sobre a Nota de Ilicitude

520. Neste contexto, a APAP indica²⁰⁴ genericamente que²⁰⁵:

- (i) O número de concursos indicados na Decisão de Inquérito é reduzido face às projeções que apresenta para o número total de concursos neste período;
- (ii) A APAP visou sobretudo dar a conhecer o Guia e o Compromisso, no sentido de aconselhar a que os concursos seguissem as “boas práticas” identificadas com o intuito de melhorar o procedimento de seleção de agências, quer para as agências de publicidade, quer para os anunciantes;

²⁰⁴ Cf. fls. 2253 a 2291. As referências a comentários da APAP ao longo da presente secção têm origem nas mesmas folhas identificadas nesta nota de rodapé

²⁰⁵ Existem responsáveis solidários do lado da APAP que apresentam comentários que, na sua globalidade, apontam no mesmo sentido: a Nossa e a Niusistemas (cf. fls. 3273 a 3284).

(iii) A APAP apresentou as boas práticas como recomendações não vinculativas;

(iv) A postura da APAP foi sobretudo reativa, respondendo a solicitações de agências de publicidade e anunciantes.

521. Neste contexto, algumas responsáveis solidárias da APAP²⁰⁶ que alegam que o Compromisso praticamente não teve aplicação prática, tendo sido aplicado pontualmente, nomeadamente em situações limite de anunciantes com uma grande dimensão e com um histórico de violações da atividade criativa das agências.

522. A Brandkey (fls. 3326 a 3348), em linha com alguns comentários da APAP relativos a procedimentos de contratação específicos, considera que o Compromisso e a sua implementação não resultou em limitações no número de participantes em fases dos concursos, incluindo na fase de apresentação de propostas criativas/estratégicas.

523. Conforme indicado *supra*, a APAP pronunciou-se sobre os vários procedimentos de contratação indicados na Decisão de Inquérito, conforme resumido de seguida²⁰⁷.

524. No que diz respeito ao **concurso da MultiOpticas**, a APAP indica que foram convidadas sete agências (e não seis) para a fase de desenvolvimento de proposta criativa. Refere também que, para além do número excessivo de agências selecionadas para apresentar uma proposta criativa, foram identificadas outras “más práticas”. A APAP refere que o seu *email* salientou todas as más práticas e não apenas a questão do número de empresas concorrentes.

525. Indica também a APAP que a expressão utilizada pela sua Secretária-Geral, “[L]egalmente, nem posso estar a fazer isto”, não pode ser desligada do contexto, indicando “a existência de uma alegada vantagem concedida a uma agência com base no conhecimento pessoal”, significando que a Secretária-Geral da APAP não se poderia imiscuir nesse tipo de situação. Termina a APAP referindo que a sua intervenção não produziu qualquer efeito.

526. No que diz respeito às interações da APAP no âmbito dos **concursos Pingo Doce**, esta associação afirma que foi o Pingo Doce que tomou a iniciativa de a contactar para conhecer as recomendações do Guia e do Compromisso de 2015.

527. Refere a APAP que pretendeu evitar que fossem pedidas “*propostas criativas de forma ilimitada, indiscriminada e sem critério, sem antes proceder a uma pré-selecção das agências que, efetivamente, integrarão a fase final do concurso*”.

528. Salienta a APAP a este respeito que, tendo em conta o estádio em que o procedimento se encontrava e a forma como foi pensado pelo anunciente, em alternativa a recomendar três fases, recomendou que fosse feita uma seleção para uma segunda fase e que, na primeira parte, não fossem pedidas propostas estratégicas e/ou criativas. Reconhece a APAP que o anunciente optou por adotar uma fase no procedimento, nos termos recomendados, com vista a selecionar uma *short-list* de 3 agências.

²⁰⁶ BAR, a JWT e a Wunderman (cf. fls. 3207 a 3220) e a Brandkey (cf. fls. 3326 a 3348).

²⁰⁷ A Fuel (cf. fls. 3417 a 3427) e a Fullsix (cf. fls. 3578 a 3589) apresentam comentários específicos sobre os vários concursos analisados que, globalmente, são coincidentes com os comentários apresentados pela APAP.

529. Relativamente às interações com a **MAPFRE**, APAP afirmou considerar que o contacto não partiu da própria APAP, referindo que a sua Secretaria-Geral e a responsável da MAPFRE terão dialogado e combinado o envio do resumo do Compromisso e do Guia.
530. Acrescenta que, neste concurso, foram convidadas, pela anuncianta 10 agências para apresentação de proposta estratégica ou criativa. Refere também que este procedimento continha outras situações, que, no entender da APAP, prejudicam um procedimento de seleção racional, objetivo e eficiente.
531. Segundo a APAP esta situação demonstra que: (i) “os anunciantes seguiam, ou não, recomendações do Guia, conforme melhor entendiam”; (ii) e a postura da APAP e da sua Secretaria-Geral tinha o objetivo de esclarecer que, através de um procedimento de seleção com várias fases, mais fácil e eficientemente se alcançaria uma seleção do melhor parceiro para o anuncianta.
532. Esclarece a APAP que, no **concurso da Credibom**, foram convidadas 10 agências para apresentação de proposta estratégica e criativa, sem que o anuncianta tivesse verificado com antecedência se estas agências já trabalhavam com outros bancos.
533. Considera a APAP que fica claro que a intervenção da APAP nunca teve como objetivo limitar ou restringir a 3 ou 4 o número de participantes nos concursos, referindo que sempre pugnou pela existência de várias fases nos concursos, com início numa *long-list*, para que o maior número de agências possível tenha possibilidade de entrar nos procedimentos.
534. Refere ainda que, neste caso, apenas manifestou preocupações com a objetividade das regras do procedimento de seleção, indicando que a anuncianta “*acabou por reconhecer a bondade do procedimento de seleção recomendado no Guia*”.
535. Considera a APAP que, no caso do **Concurso da SIVA**, não pode a AdC considerar isoladamente a regra n.º 4 do Guia e o Compromisso. Reconhece a APAP que, no *email* enviado por esta associação, atendendo ao estado em que o mesmo se encontrava, recomendou o faseamento do procedimento em duas etapas, uma com um pedido de credenciais ou projetos desenvolvidos para outros clientes (sem solicitar desenvolvimento estratégico ou criativo), da qual resultaria uma seleção de três agências a quem seria passado o *briefing* do concurso. Refere a APAP que desconhece se esta comunicação foi tida em consideração.
536. No que diz respeito ao **concurso da Fundação Calouste Gulbenkian**, indica a APAP que foi o anuncianta a contactá-la, indicando que pretendia convidar quatro agências para a apresentação de um *briefing* e a solicitando esclarecimentos sobre o que se entende por agência incumbente. Conclui, assim, a APAP que a sua Secretaria-Geral se limitou a responder às questões colocadas pela anuncianta.
537. Segundo a APAP, o que estava em causa no **concurso da TAP** era o conteúdo da proposta de contrato apresentada e não o número de agências na fase final da seleção. Destaca igualmente que a resposta da TAP revela consciência de que as recomendações contidas no Guia não são vinculativas.
538. Conforme já indicado anteriormente, a APAP destacou ainda que, a partir do momento em que teve conhecimento das preocupações de âmbito concorrencial da

AdC suspendeu “*qualquer comportamento ativo ou reativo no que diz respeito às referidas Boas Práticas*”.

- 539. A APAN menciona²⁰⁸ que, não existindo factos imputados ou imputáveis à APAN e às suas associadas relacionados com a implementação e monitorização do Compromisso de 2015, não se afigura admissível esta associação ser acusada de ilícitos relacionados com essa prática.
- 540. Em linha com o comentário anterior da APAN, diversas responsáveis solidárias daquela associação²⁰⁹ esclarecem que não seguiram as recomendações constantes do Guia nem cumpriram o Compromisso, especificando que a APAN nunca efetuou qualquer tipo de pressão ou enviou qualquer comunicação nesse sentido.
- 541. Neste contexto, existem responsáveis solidárias da APAN que indicam que seguem manuais internos ou regras e práticas específicas de condução dos procedimentos concursais que divergem do Guia, apresentando exemplos de procedimentos em que não seguiram as recomendações do Guia nem os termos do Compromisso²¹⁰.

3.3.4.2. Apreciação da AdC e conclusões

- 542. Relativamente ao concurso da **MultiOpticas** é inegável que a intervenção da APAP facilitou e promoveu a desistência por parte de várias agências de publicidade deste procedimento, materializando uma restrição efetiva na oferta.
- 543. Resulta também claro o papel central da APAP nos restantes concursos. Constatase, nomeadamente, que a APAP recebe a “queixa” sobre um concurso que não cumpre o número máximo, determinado pela APAP, de agências a convidar para a *short list* e entra em contacto com as agências promovendo e incentivando a sua autoexclusão do concurso. Adicionalmente, verifica-se que a APAP contacta também o anunciantes, com o intuito de apurar quantas agências foram convidadas para um determinado concurso, e apontando o número de empresas concorrentes nesta fase do concurso como um problema, quando o mesmo excede o número previsto no Compromisso, e que tal poderia levar à não participação das agências nesse procedimento, dando, ainda, a conhecer o Guia e o Compromisso a esses anunciantes. Tal foi, com efeito, o que também aconteceu nos concursos indicados abaixo.

²⁰⁸ Cf. fls. 5760 a 5772.

²⁰⁹ Citroen (cf. fls. 6314 a 6319), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), a Diageo (cf. fls. 3852 a 3864), a/o ECIGA (cf. fls. 6107 a 6108 e 6115 a 6120), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a J&J (cf. fls. 5737 a 5750), a L'Oréal (cf. fls. 3308 a 3314), a McDonalds (cf. fls. 4055 a 4082) a MEO (cf. fls. 5979 a 5987), a SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a SEAT (cf. fls. 5696 a 5703), a S+C (cf. fls. 5722 a 5725), a Sogrape (cf. fls. 5969 a 5972), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3927 a 3933 e 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206, 5208 a 5214 e 5253 a 5256), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138, 4140 a 4145 e 4183 a 4186), o BCP (cf. fls. 4896 a 4898) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480, 4482 a 4487 e 4527 a 4528).

²¹⁰ SCC (cf. fls. 4037 a 4040), a SEAT (cf. fls. 5696 a 5703), a Super Bock (cf. fls. 6068 a 6069 e fls. 6079 a 6083), a Vodafone (cf. fls. 5630 a 5644), a Unilever (cf. fls. 3927 a 3933 e 3968 a 3991), a MCH (cf. fls. 5203 a 5206, 5208 a 5214 e 5253 a 5256), a EDP (cf. fls. 4135 a 4138, 4140 a 4145 e 4183 a 4186), a Grandvision (cf. fls. 3731 a 3732), a J&J (cf. fls. 5737 a 5750), os CTT (cf. fls. 5566 a 5580), o BCP (cf. fls. 4896 a 4898) e a Sovena (cf. fls. 4477 a 4480, 4482 a 4487 e 4527 a 4528).

544. Nos **concursos Pingo Doce**, constata-se que a APAP remeteu ao anunciantes o Guia e o Compromisso, incluindo na sua mensagem que as agências apenas participariam no procedimento se, na fase de desenvolvimento estratégico e criativo, apenas estivessem a concurso 3 agências, ou 4 se uma fosse a incumbente. Ou seja, a APAP fez uma ameaça clara: caso as regras constantes do Compromisso, incluindo o número máximo de concorrentes na fase de desenvolvimento estratégico e criativo definido no Guia, não fossem cumpridas, as suas associadas e não associadas aderentes ao Compromisso desistiriam em bloco do concurso²¹¹.

545. Perante esta ameaça de atuação das agências de publicidade nos termos do Compromisso, verificou-se que o anunciantes optou por conformar o seu procedimento aos termos exigidos pela APAP.

546. Relativamente ao procedimento concursal da **MAPFRE**, quando a APAP identificou um incumprimento do Compromisso, contactou o anunciantes e ameaçou que, caso a situação se mantivesse, as agências de publicidade não participariam no concurso.

547. Resulta claro que, nestas situações, para além de levar a cabo este tipo de contactos junto dos anunciantes, a APAP interagia com as agências de publicidade no sentido de monitorizar e promover a implementação daquelas regras junto das agências de publicidade, até ao limite de se materializar uma desistência em bloco do concurso.

548. Constata-se que, também neste concurso, a intervenção da APAP de efetiva implementação do Compromisso, resultou em alterações no decurso normal do concurso, efetivamente restringindo o número de concorrentes numa das fases do mesmo.

549. A prova considerada relativamente ao concurso da **Credibom** revela que, perante informações de que um concurso não estaria a cumprir com os requisitos do Compromisso, nomeadamente quanto ao número de concorrentes na fase de proposta estratégica ou criativa, a APAP procurou confirmar junto dos subscritores do Compromisso quais os que tinham sido convidados para esse procedimento.

550. Ou seja, resulta da prova coligida que existe uma monitorização detalhada dos concursos privados para contratação de agências, nomeadamente no que diz respeito ao número de participantes na fase de proposta estratégica e criativa.

551. Adicionalmente, tendo em conta os comentários apresentados pela APAP na PNI, verifica-se que a intervenção desta associação junto do anunciantes levou a que o mesmo alterasse o procedimento, passando a convidar, para a fase de apresentação de proposta estratégica ou criativa, apenas 4 empresas e não 10 como inicialmente tinha feito.

552. O procedimento da **SIVA** demonstra o mesmo tipo de interação da APAP com o anunciantes, visando garantir que o número de concorrentes na fase de proposta estratégica e criativa deste procedimento estivesse limitado a 3 (ou 4). Mais uma vez a ameaça foi clara: caso o anunciantes não moldasse o seu procedimento aos requisitos definidos no Compromisso, as agências não iriam participar no concurso.

²¹¹ Cf. fls. 2281 e 2282 da PNI da APAP.

553. Relativamente à interação da **Fundação Calouste Gulbenkian** com a APAP, considera-se que, independentemente dos esclarecimentos concretos solicitados pelo anunciante, é evidente, e confirmado pela APAP, que esta associação remeteu o Guia e o Compromisso àquele anunciantre. E é também claro que o Compromisso resulta numa ameaça clara aos anunciantes que não limitem a fase de proposta estratégica e criativa a 3 (ou 4) concorrentes ou não divulguem junto dos concorrentes quem são as outras agências concorrentes de que correm o risco de enfrentar uma restrição na oferta de serviços das agências de publicidade, a qual, no limite, poderá corresponder a uma situação de ausência de oferta.
554. No caso do concurso da **TAP**, o afirmado pela APAP na sua PNI é contraditado pela prova constante dos autos e considerada na Decisão de Inquérito. Note-se que o documento APAP-0623 revela um interesse específico no número de agências convidadas/concorrentes no Concurso da TAP, perguntando claramente “*quantos somos?*”.
555. Os contactos desenvolvidos no âmbito deste concurso são também mais um exemplo evidente de que quando a APAP identificava desvios ao Compromisso intervinha junto dos anunciantes, no sentido de garantir uma alteração dos termos dos concursos.
556. De facto, a partir de 17.06.2015, sempre que era comunicado à APAP ou esta associação detetava um incumprimento do vertido na ata da sua reunião de Direção do mesmo dia, entrava em contacto com os anunciantes, remetendo-lhes o Guia e os termos do Compromisso, com o objetivo de que alterassem os procedimentos concursais, sob a ameaça de as suas associadas e restantes agências subscritoras do Compromisso se retirarem do procedimento (cf. parágrafos 504, 506 e 513).
557. Note-se ainda que a prova demonstra que a APAP não fazia apenas uma ameaça, constatando-se que, caso o anunciantre não alterasse as condições do procedimento, a APAP interagia com as agências de publicidade, promovendo e facilitando a adoção de uma posição de força por parte destas, visando concretizar essa ameaça. Isto é, quando o próprio anunciantre não limitava o número de concorrentes na fase de proposta estratégica ou criativa, a APAP intervinha procurando que todas as agências desistissem do concurso ou, caso isso não acontecesse, promovendo a diminuição do número de concorrentes (cf. parágrafos 505, 509 e 510).
558. Com efeito, ficou demonstrado que, pelo menos em algumas situações, essa ameaça se concretizou, levando a uma redução do número de agências concorrentes na fase de apresentação de propostas estratégicas ou criativas. Ou seja, a APAP promoveu e coordenou uma restrição na oferta de serviços das agências de publicidade.
559. Concluiu-se, em face do exposto, que a APAP foi um elemento central em todo o processo de monitorização das regras incluídas no Compromisso, recebendo a informação sobre o incumprimento e agindo, quer junto das agências de publicidade, quer junto dos anunciantes, no sentido de alterar as condições dos concursos e/ou limitar o número de concorrentes na fase de apresentação de propostas criativas.
560. Resulta da prova constante dos autos que a APAN expressou a sua demarcação do Compromisso, não sendo possível imputar à APAN qualquer facto relacionado com a implementação do Compromisso (cf. parágrafo 481).

3.4. Conclusões quanto à matéria de facto

561. Resulta dos elementos carreados para os autos o descrito nos pontos seguintes.
562. A APAN é uma associação de empresas que representa anunciantes (secção 3.1.1).
563. A APAP é uma associação de empresas que representa as agências de publicidade (secção 3.1.2).
564. Para efeitos do presente processo de contraordenação identifica-se como mercado relevante o mercado nacional da produção de conteúdos publicitários.
565. Entre janeiro de 2008 e fevereiro/março de 2009, a APAN e a APAP desenvolveram um trabalho conjunto que culminou com a aprovação do Guia de Boas Práticas, a sua divulgação às associadas e a sua apresentação à imprensa em 03.03.2009 (secção 3.3.1).
566. Do Guia de Boas Práticas consta a regra n.º 4 segundo a qual, os anunciantes (clientes) devem “[decidir] o concurso tendo como base uma lista de apenas 3 agências. Se a atual agência for convidada a participar então poderá ir até às 4 agências no total [...]” e “[dar] a conhecer aos concorrentes o número de agências convidadas e se inclui, ou não, a sua agência atual” (parágrafo 404).
567. Resulta da ata da reunião de 17.06.2015 que, face às queixas recebidas por parte das suas associadas, de que os anunciantes não se encontravam a cumprir as recomendações constantes do Guia de Boas Práticas (parágrafo 413), a Direção da APAP entendeu que (i) a limitação a um máximo de 3 ou 4 agências a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de conteúdos de publicidade constitui uma das boas práticas basilares; e que (ii) “[t]odos os associados da APAP deverão ser envolvidos neste tema e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas” (parágrafo 470).
568. Posteriormente, na sequência de reunião plenária da APAP ocorrida a 23.09.2015, o Compromisso foi enviado às associadas em 02.10.2015, tendo entrado em vigor a 01.10.2015 (parágrafos 474 e 475).
569. O Compromisso determina expressamente que as associadas da APAP apenas participariam em concursos para resposta estratégica ou criativa em que fosse do conhecimento das agências: “1. O número de agências (máximo de 3 por conta/marca a atribuir, ou 4 se incluir o incumbente) 2. O nome das outras Agências a concurso, mesmo que confidencial [...].” Estabelece ainda que, quando as associadas forem convidadas para concursos em que as regras estabelecidas não forem cumpridas, informa de imediato a APAP, que, por sua vez, contacta o anunciante para lhe dar a conhecer o Compromisso (parágrafo 474).
570. Este Compromisso teve a adesão generalizada das associadas da APAP e foi também subscrito por agências de publicidade não associadas (parágrafos 477 e 478).
571. A partir de, pelo menos, 17.06.2015, quando detetava a existência de um procedimento concursal que não cumpria as boas práticas consideradas pela APAP

como basilares, tal como expressamente referido na ata da reunião de Direção daquela data, nomeadamente quanto ao número máximo de agências convidadas ou a convidar para a *short list*, a APAP entrava em contacto com os anunciantes, remetendo-lhes o conteúdo do Guia e do Compromisso, efetuando uma ameaça explícita: caso o procedimento não fosse alterado, as agências subscritoras do Compromisso retirar-se-iam do concurso (cf. secção 3.3.4).

572. Acresce que, sempre que o anunciantre não alterava as condições do concurso, mantendo o incumprimento daquelas boas práticas consideradas pela APAP como basilares, esta associação interagia com as agências de publicidade, promovendo e coordenando a sua desistência do concurso, em linha com o definido no Compromisso. Ficou demonstrada a existência de concursos em que este comportamento resultou numa redução do número de agências concorrentes na fase de apresentação de propostas estratégicas ou criativas (cf. secção 3.3.4).

573. A prova constante dos autos não permite concluir pela participação da APAN no Compromisso, na medida em que a ata da sua reunião de Direção de 24.02.2016 demonstra uma posição de afastamento face ao mesmo (cf. secção 3.3.3.2).

4. DO DIREITO

4.1. Da infração cometida pela APAP: apreciação jurídica e económica

574. O comportamento da APAP descrito na secção 3.3 é subsumível na previsão das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

575. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, são proibidas “[...] *as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:*

- a) *Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) *Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; [...].*

576. Este preceito tem a sua fonte no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

4.1.1. Mercado Relevante

4.1.1.1. Da definição de mercado relevante

577. O preenchimento dos tipos de infração previstos na legislação da Concorrência implica, em regra, a prévia definição do(s) mercado(s) relevante(s), com referência ao(s) qual(is) se determina a existência de uma prática restritiva da concorrência.

578. O conceito de mercado relevante tem, no âmbito jusconcorrencial, uma dupla dimensão ou sentido: a dimensão material ou o mercado relevante do produto ou serviço, e a dimensão geográfica ou o mercado geográfico relevante.

579. O *“mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”*²¹².

580. Para a definição do mercado de produto relevante, a substituição pelo lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto. A substituibilidade do lado da oferta pode igualmente ser tomada em consideração na definição dos mercados nos casos em que os seus efeitos são equivalentes aos da substituição do lado da procura em termos de eficácia e efeito imediato.

581. O *“mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”*²¹³.

582. Para a definição do mercado geográfico relevante, podem analisar-se as variações de preços entre áreas geográficas diferentes, as características básicas da procura, opiniões dos consumidores e dos concorrentes, a atual estrutura geográfica das compras, o fluxo das trocas comerciais, as barreiras e custos associados às trocas entre áreas geográficas diferentes.

4.1.1.2. Da desnecessidade da definição de mercado no caso em análise

583. Não poderá, contudo, deixar de se sublinhar que a definição de mercados relevantes não é indispensável em processos por práticas restritivas da concorrência no âmbito de acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que seja atribuído um objeto restritivo da concorrência, tal como decorre da jurisprudência assente dos tribunais da União²¹⁴, salientando-se, em particular, o acórdão do Tribunal Geral, de 28.06.2016, no caso Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia:

“ [...] no quadro do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, não é necessária uma definição prévia do mercado relevante sempre que o acordo controvertido, em si mesmo, tenha um objeto anticoncorrencial, ou seja, sempre que a Comissão tenha podido corretamente chegar à conclusão, sem uma delimitação prévia do mercado, que o acordo em causa falseava a concorrência e era suscetível de afetar de forma

²¹² Cf. “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, in JO C 372, de 09.12.1997, p. 6, §7.

²¹³ Cf. “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, ponto 8.

²¹⁴ Cf. Acórdãos do TPI, *Groupe Danone c. Comissão*, T-38/02, Col. II-4407 (2005), e *Brouwerij Haacht NV c. Comissão*, T-48/02, Col. II-5259 (2005).

sensível o comércio entre os Estados Membros. Trata-se, nomeadamente, do caso das restrições mais graves, explicitamente proibidas pelo artigo 101.º, n.º 1, alíneas a) a e), TFUE²¹⁵.

584. Estando em causa nos presentes autos uma infração prevista no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 (de conteúdo normativo equivalente ao n.º 1 do artigo 101.º do TFUE), e revelando a decisão de associação em causa um objeto anticoncorrencial, como se demonstrará *infra*, resulta a desnecessidade de uma definição prévia e exata do mercado relevante.

4.1.1.3. Mercado relevante identificado

585. Na secção 3.2 da presente Decisão, tendo subjacentes os critérios acima mencionados, quer para a determinação do mercado do produto, quer para a determinação do mercado geográfico, foi identificado o mercado nacional da disponibilização de produção de conteúdos publicitários, não se excluindo a possibilidade de o mesmo poder ser segmentado distintamente.

4.1.2. Do tipo objetivo

586. Considerando que os factos objeto do PRC/2018/03 são subsumíveis na previsão constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, cumpre apurar e analisar os elementos integrantes do dispositivo normativo em causa, com vista à explicitação da sua aplicabilidade ao caso concreto.

587. Assim, são elementos do tipo objetivo da contraordenação prevista no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 (i) a qualidade de associação de empresas; (ii) a existência de uma decisão de associação de empresas; (iii) o objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento; e (iv) o carácter sensível da restrição da concorrência decorrente do mesmo.

588. Recorde-se que o tipo contraordenacional estabelecido no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 é inspirado nas regras do TFUE, em particular no n.º 1 do seu artigo 101.º, cujos elementos do tipo objetivo são densificados pela jurisprudência dos tribunais da União e prática decisória da Comissão Europeia, bem como pelas Orientações sobre cooperação horizontal²¹⁶, que constituem importantes elementos de interpretação da norma nacional.

589. Neste sentido, o Tribunal de Comércio de Lisboa, na sua Sentença de 12.01.2006 no caso Ordem dos Médicos Veterinários c. AdC referiu, a propósito da interpretação do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 (atual n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012) que:

"O legislador optou por não especificar e concretizar o que sejam acordos, práticas concertadas ou decisões de associações que tenham por objeto ou efeito impedir,

²¹⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Geral (Segunda Seção) de 28.06.2016, *Portugal Telecom, SGPS SA c. Comissão Europeia*, T-208/13, parágrafos 175 e 176.

²¹⁶ Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, JO C 11, 14.1.2011, p. 1–72.

falsear ou restringir a concorrência, criando o que se denomina uma norma penal (no caso contra-ordenacional) em branco. (...) A norma penal em branco será aquela que tem a particularidade de descrever de forma incompleta os pressupostos de punição de um crime remetendo parte da sua concretização para outras fontes normativas, denominando-se a primeira norma sancionadora e as segundas normas complementares ou integradoras".

590. Sendo assim, refere ainda o Tribunal que “[p]ode afirmar-se com segurança que, com as devidas adaptações, é, no caso, às orientações da Comissão e às decisões desta e dos Tribunais comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma. Os conceitos são os mesmos e têm sido intensamente trabalhados e estudados e valem para o nosso direito interno como para o direito comunitário”.

591. Nos termos do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, as decisões de associações de empresas proibidas são nulas, pelo que importa proceder à análise de cada um dos requisitos elencados, verificando se o tipo objetivo da infração ali prevista se encontra preenchido no caso concreto.

4.1.2.1. Conceito de associação de empresas

592. O conceito de “associação de empresas” para efeitos de aplicação dos normativos jusconcorrenciais, poderá concretizar-se como um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas, sociedades ou organismos, o qual toma decisões coletivas no quadro de tal agrupamento, visando a produção de efeitos nesse quadro e representando, normalmente, os interesses de determinadas categorias de agentes económicos.

593. Não se afigura necessário para a caracterização de uma associação como constituindo uma associação de empresas, na aceção a que ora nos referimos, que esta desenvolva qualquer atividade comercial ou económica, podendo ter diversas formas jurídicas e denominar-se associação, corporação, confederação, entre outros, não sendo imprescindível que tenha personalidade jurídica ou fins lucrativos, bastando apenas que as suas associadas possam caracterizar-se como empresas nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012.

594. Deste modo, para que a APAP seja qualificada como associação de empresas importa apurar se os respetivos membros, as respetivas associadas, neste caso, podem ser caracterizadas como empresas para efeitos de aplicação do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

595. Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, é considerada uma empresa, para efeitos do direito da concorrência, “[...] qualquer entidade que exerce uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”.

596. Esta disposição reflete aquela que vem sendo a jurisprudência da União Europeia desenvolvida a propósito do mesmo conceito, para efeitos de aplicação do artigo 101.º do TFUE.

597. A forma jurídica, o estatuto e a natureza da estrutura das entidades em causa, são irrelevantes, importando a qualificação dos elementos que a compõem enquanto empresas e o facto de tal estrutura prosseguir fins relacionados com as atividades económicas desenvolvidas por essas empresas.
598. Por atividade económica, neste sentido, entende-se a produção e comercialização de bens e também a prestação de serviços num determinado mercado, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da Lei da Concorrência
599. As agências de publicidade (associadas da APAP), como melhor descrito *supra*, são pessoas coletivas que prestam serviços, mediante contrapartida de uma prestação económica (parágrafos 360 e 361).
600. Neste enquadramento, no que respeita ao PRC/2018/3, face aos factos expostos *supra*, demonstrativos do exercício de atividades económicas pelas agências de publicidade, considera-se que as mesmas são "empresas" para efeitos de aplicação do regime jurídico da concorrência, porquanto, entre outros, prestam serviços no mercado da contratação de serviços de publicidade.
601. Acresce que a APAP, tal como descrito *supra* (parágrafos 359 e ss.), tem a natureza jurídica de associação de agências de publicidade, as quais como vimos, são consideradas como empresas para efeitos de aplicação das regras de concorrência.
602. Encontra-se, pois, desta forma, verificado o primeiro dos elementos do tipo objetivo constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

4.1.2.2. Da existência de uma decisão de associação de empresas

4.1.2.2.1. Posição das visadas e responsáveis solidárias

603. Refere a APAN que a elaboração do Guia em conjunto com a APAP teve por principal motivação "*o incremento da eficiência, transparência e objetividade no processo de deteção de agências de publicidade no contexto de concursos lançados por anunciantes*"²¹⁷. Em síntese, alega que "*a sustentabilidade de um número plural de agências no mercado oferece ao anunciantes e preserva a possibilidade de escolha e é, nessa medida, do seu interesse*"²¹⁸.
604. Para a APAN, não existiu assim qualquer decisão de associação de empresas nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, porquanto não foi "*a intenção ou objetivo da APAN de coordenar (ou determinar) os comportamentos comerciais dos seus membros*"²¹⁹, nem tão pouco tendo a sua adoção implicado qualquer tipo de aceitação ou obrigação por parte dos seus membros. Refere ainda a APAN que "*não praticou qualquer ato, nem tomou qualquer iniciativa no sentido da implementação do Guia*"²²⁰.

²¹⁷ Cf. fls. 5763 – parágrafo 46 da PNI da APAP.

²¹⁸ Cf. fls. 5764 – parágrafo 50 da PNI da APAP.

²¹⁹ Cf. fls. 5777 – parágrafo 230 da PNI da APAN.

²²⁰ Cf. fls. 5777 – parágrafo 235 da PNI da APAN.

605. De acordo com algumas associadas da APAN, “*as ações da APAP no sentido de assegurar o enforcement de algumas normas do Guia (que tinha um valor de mera recomendação e assim foi sempre entendido pela APAN), incluindo a adoção do “Compromisso” em 2015 e outras ações que terão visado anunciantes, são da sua exclusiva responsabilidade e têm necessariamente de ser tratadas pela AdC como juridicamente separadas da conduta da APAN. [...]. Assim, mesmo que alguma ação de enforcement de certas normas do Guia por parte da APAP possa eventualmente consubstanciar uma infração às disposições do direito da concorrência, não é possível, em todo o caso, concluir pela existência de uma infração que abranja de forma una a conduta da APAN e as ações subsequentes da APAP.*”²²¹.

606. Já a APAP afirma que a regra n.º 4 do Guia não pode ser lida isoladamente, sem ter em conta todas as outras regras que regem as restantes fases do procedimento até se chegar àquela *short-list*. Mais refere que se trata da “*vontade expressa dos dois lados do mercado – o lado da oferta (as agências de publicidade) e o lado da procura – os utilizadores/consumidores (anunciantes) [...]*”²²².

607. De acordo com a APAP, em momento algum “*pretendeu aconselhar a limitar a 3 ou 4 agências o procedimento de seleção de agência, quale tale, que, como visto, deve começar por uma long-list, evoluir para uma medium-list e terminar com os finalistas na short-list. É isso que resulta do Compromisso como decorre, de forma cristalina, dos textos preparatórios que precederam a sua elaboração [...]*”²²³.

608. Mais refere que “*o Compromisso não era obrigatório, não tinha carácter vinculativo e não previa quaisquer sanções no caso da sua inobservância*”²²⁴.

609. A MSTF referiu que “*se revê em absoluto na resposta apresentada pela APAP à NI que, nesta parte, se considera reproduzida para todos os efeitos legais*”²²⁵.

610. De acordo com a Nossa e a Niusistemas “*a aprovação e divulgação de um Guia de Boas Práticas subscrito pelas duas partes do mercado, os anunciantes, do lado da procura, e as agências, do lado da oferta, não constitui uma prática restritiva da concorrência, pois procurou responder às necessidades do mercado, regulando o setor privado através de recomendações criteriosas, com elevados benefícios para os operadores económicos desse mercado, em tudo semelhante ao que já havia sido adotado em mercados internacionais e ao que se encontra plasmado no Código dos Contratos Públicos*”²²⁶.

611. Para a Brandkey, “[...], do Compromisso não resultou qualquer limitação ao número de Agências de Publicidade susceptíveis de se apresentarem a concurso, cabendo aos Anunciantes a realização de diversas fases de triagem, tendo como intuito a escolha final de apenas uma Agência de Publicidade. O enfoque dado pelo Compromisso à Regra “04” em nada alterou o procedimento proposto. Isto sem

²²¹ Cf. fls. 3923 – páginas 4 e 5 da PNI da Unilever. No mesmo sentido, cf. fls. 3846 – página 4 da PNI da Diageo, fls. 3752 – Página 4 da PNI da CGD e fls. 4055 – página 4 da PNI da McDonald's.

²²² Cf. fls. 2294 – parágrafo 323 da PNI da APAP.

²²³ Cf. fls. 2295 – parágrafo 329 da PNI da APAP.

²²⁴ Cf. fls. 2296 – parágrafo 332 da PNI da APAP.

²²⁵ Cf. fls. 3090 – parágrafo 11 da PNI da MSTF.

²²⁶ Cf. fls. 3284 – parágrafo 42 da PNI da Nossa e da Niusistemas.

prejuízo de que, os princípios previstos no Compromisso continuam a constituir meras recomendações, inexistindo qualquer obrigatoriedade e mantendo-se o princípio da absoluta liberdade de aceitação, ou não, das recomendações previstas no Guia de Boas Práticas”²²⁷.

612. Segundo a mesma agência, a APAP teria apenas procurado dar conhecimento do Guia de Boas Práticas e prestar os esclarecimentos tidos por necessários (parágrafo 67 da PNI), não se tendo verificado uma restrição no número de agências de publicidade concorrentes aos procedimentos, nem tão pouco tendo existido tal objetivo²²⁸: “[...] O Compromisso não constitui qualquer novidade ao Guia de Boas Práticas, estando apenas em causa o reafirmar das recomendações constantes daquele Guia, incluindo também (nomeadamente) da referida ‘Regra 04’. Em qualquer caso, estão em causa recomendações não vinculativas, existindo total liberdade de aceitação, ou não, das mesmas, tanto mais que a não-aceitação do Guia das Práticas não tem qualquer implicação prática. Nem o Guia das Boas Práticas, nem o Compromisso, tinham carácter vinculativo”²²⁹.

613. Já as agências BAR, a JWT e a Wunderman, entendem que o Guia de Boas Práticas representa um acordo vertical entre fornecedores e clientes, com intuito de estabelecer recomendações, não se podendo subsumir à previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência²³⁰. Afirmam ainda que “ao invés do que sucede com a aprovação do Guia, o Compromisso subsume-se ao conceito de decisão de associação de empresas”²³¹.

614. Por outro lado, entendem a Fullsix Portugal e a Fuel²³² que a AdC ignorou o facto “de que nem todos os Associados das duas Associações aderiram ao Guia, ou sequer cumpriram as regras fixadas no mesmo”, o que, de acordo com estas agências “constitui uma clara manifestação de autonomia das Associadas [...] não se verificando assim, uma restrição da concorrência pela alegada decisão das Associações, ou um condicionamento do exercício da atividade dos associados e da concorrência, e, por conseguinte, não se encontrando preenchido mais um elemento do tipo”²³³.

4.1.2.2.2. Posição da AdC

615. Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, são proibidas as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente, as que se traduzam na repartição de mercados ou em fixar, de forma direta ou indireta, os preços ou quaisquer outras condições de transação, interferindo na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa.

²²⁷ Cf. fls. 3342 – parágrafo 64 e 65 da PNI da Brandkey.

²²⁸ Cf. fls. 3343 – parágrafo 72 da PNI da APAP.

²²⁹ Cf. fls. 3345 – parágrafos 79 a 81 da PNI da APAP.

²³⁰ Cf. fls. 3225 – parágrafo 161 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²³¹ Cf. fls. 3237 – parágrafo 227 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²³² Para simplificação, os parágrafos citados dizem respeito à PNI da Fullsix Portugal, mas relativamente a texto comum com a PNI da Fuel.

²³³ Cf. fls. 3596 – parágrafos 199 e 201 da PNI da Fullsix.

616. Tanto a nível nacional como a nível europeu, as “decisões de associações de empresas” são abrangidas, de forma idêntica aos acordos e práticas concertadas, pelas normas e princípios jusconcorrenciais:

“A atuação das associações empresariais tem [...] limites que decorrem da legislação que enquadra a sua atividade, e na qual se deve incluir o direito da concorrência. Nesta perspetiva, nem os estatutos das associações empresariais, nem as suas iniciativas, devem instituir ou potenciar limitações ou constrangimentos à livre determinação das opções dos associados relacionados com a atividade económica que exercem. Tão-pouco podem as associações ser o instrumento de uma concertação condenável à luz do ordenamento jusconcorrencial”²³⁴.

617. Assim, a aceção de decisão de associação de empresas, constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a suscetibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.

618. Desde logo, como aliás resulta da definição jurisprudencial e doutrinária das restantes práticas colusivas, as questões de forma e competência não assumem relevância fundamental face ao seu conteúdo substancial. Assim, independentemente da competência para a adoção de determinada medida ou da forma que a mesma possa assumir, o que importa é a existência da exteriorização de uma vontade imputável objetivamente à associação, da qual resulta uma intenção ou objetivo de coordenar (ou determinar) os comportamentos comerciais dos seus membros, e que essa exteriorização seja adequada a tais fins, igualmente em termos objetivos e de potencialidade causal.

619. Nestes termos, deve entender-se que a proibição do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 reflete a preocupação fundamental em garantir, para o funcionamento do livre jogo concorrencial, o princípio da autonomia comercial dos operadores do mercado enquanto elemento estruturante do processo concorrencial salvaguardado pelas regras nacionais e europeias de defesa da concorrência, como afirmado pelo Tribunal de Justiça:

“Importa recordar que os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da conceção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum [E que]se é exato que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à atuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos diretos ou indiretos entre tais operadores, que possa quer influenciar a atuação no mercado de um concorrente atual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a atuação que o outro ou os outros operadores decidiram adotar ou planeiam adotar nesse mercado, quando

²³⁴ Cf. Conselho da Concorrência, Relatório de Atividades, 1992, Ed. Ministério do Comércio e Turismo, pág. 15 e 16.

*esse contactos tenham por objetivo ou efeito originar condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa*²³⁵.

620. Neste sentido, também o Tribunal do Comércio de Lisboa sublinhou a necessidade de garantir a autonomia comercial dos operadores do mercado, por um lado, e a rigorosa proibição de condutas, por parte das associações de empresas, que direta ou indiretamente a ponham em causa, por outro lado.

621. Como referido por aquele Tribunal, em Sentença de 25.06.2010, proferida no processo promovido pela AdC contra a AIPL – Associação dos Industriais da Panificação de Lisboa:

“O que é relevante, no que respeita à teleologia da norma constante do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 [n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 12/2019], bem como, do artigo 81.º CE [101.º TFUE], é que não se admite que através de uma qualquer forma de cooperação empresarial, também sob a forma de uma associação de empresas - que pode ter finalidades legítimas, como a concertação social, normalização técnica ou a representação de interesses coletivos - permita ou potencie a coordenação ou condicionamento, efetivo ou potencial, do comportamento comercial das empresas associadas.

*Tal estatuição vem, como não pode deixar de se sublinhar, reforçar a própria proibição dos comportamentos colusivos entre empresas (acordos e práticas concertadas), incluindo nela eventuais situações que, por via da interposição de uma entidade com personalidade jurídica distinta das empresas, obviasssem à interdição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência*²³⁶.

622. Quanto ao que se entenda por “decisão de associação de empresas”, o Tribunal do Comércio de Lisboa, na citada Sentença AIPL, referiu ainda que:

“Por sua vez, as ‘decisões de associações de empresas’ na aceção dos identificados diplomas legais, poderão definir-se, entre outros, como atos de vontade coletiva emanados do órgão legal ou estatutariamente competente da respetiva associação, embora não necessariamente, uma vez que se deverá privilegiar, também neste domínio, uma interpretação com base na finalidade da proibição, bastando que se verifique uma exteriorização que reflita, com precisão mediana e inteligível para os seus destinatários, o desejo ou a vontade dessa associação coordenar o comportamento dos seus membros”.

623. Com efeito, para que estejamos perante uma "decisão de associação de empresas" abrangida pela previsão do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, não se afigura necessário que a mesma apresente efeitos jurídicos obrigatórios ou vinculativos²³⁷.

624. A este respeito, entende o Tribunal de Justiça que *“um acto pode ser qualificado de decisão de associação de empresas na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, sem*

²³⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 04.06.2009, T-Mobile, no proc. C-8/08.

²³⁶ Cf. Tribunal do Comércio de Lisboa (4.º Juízo), no Proc. N.º 178/09.8TYLSB.

²³⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27.01.1987, *Verband der Sachversicherer c. Comissão*, processo n.º 45/85, n.º 26.

*necessariamente ter um carácter obrigatório para os membros em causa, pelo menos, na medida em que os membros visados por essa decisão lhe dêem cumprimento*²³⁸.

625. Mais recentemente, afirmou ainda o Tribunal de Justiça que estamos perante uma decisão de associação de empresas quando se verifique que as empresas associadas “*tencionam ou, pelo menos, aceitam coordenar o seu comportamento através dessas decisões e que os seus interesses coletivos coincidem com os tomados em consideração aquando da adoção das referidas decisões, em especial no caso de as empresas em causa terem prosseguido, durante vários anos, o mesmo objetivo de regulação em comum do mercado no âmbito da mesma organização, ainda que sob formas diferentes*

²³⁹.

626. Decorre da factualidade descrita *supra* (secção 3.3), que a APAP e a APAN desenvolveram um trabalho conjunto que culminou com a aprovação do Guia de Boas Práticas, tendo ambas divulgado o mesmo na imprensa e junto das suas associadas, recomendando a sua adoção (cf. parágrafos 405, 397, 399, 401, 402 e 407).

627. A regra n.º 4 daquele Guia, que consiste na limitação a um máximo de 3 ou 4 agências a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de conteúdos de publicidade, não se revela, no entanto, e em face da prova constante dos autos, tendo nomeadamente em conta os elementos trazidos ao processo pelas visadas e responsáveis solidárias em sede de PNI, suscetível de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa (cf. secções 3.3.1 e 3.3.3).

628. Pelo contrário, a partir de 17.06.2015, e conforme resulta da ata da reunião da Direção da APAP do mesmo dia “[t]odos os associados da APAP deverão ser envolvidos neste tema [a limitação de 3 ou 4 (caso inclua a incumbente) agências a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para a aquisição de serviços de conteúdos de publicidade – regra n.º 4 do Guia] e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas”, constituindo para esta associação uma das boas práticas basílicas (cf. parágrafo 470). Ou seja, perante o incumprimento da regra n.º 4 do Guia pelos anunciantes, as agências de publicidade devem restringir a oferta, “até ao limite da não participação em concursos”, forçando o seu cumprimento.

629. Por sua vez, na sequência de reunião plenária da APAP ocorrida a 23.09.2015, esta associação enviou, em 02.10.2015, o Compromisso às suas associadas, determinando que as mesmas apenas participariam em concursos para resposta estratégica ou criativa em que fosse do conhecimento das agências: “1. O número de agências (máximo de 3 por conta/marca a atribuir, ou 4 se incluir o incumbente) 2. O nome das outras Agências a concurso, mesmo que confidencial [...].” Estabelecia ainda que, quando as associadas fossem convidadas para concursos

²³⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15.09.2005, *DaimlerChrysler AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-325/01, 2005 II-03319, n.º 210. No mesmo sentido, cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11.03.1999, *Eurofer ASBL c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-136/94, ECLI:EU:T:1999:45, n.º 116.

²³⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11.09.2014, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, processo n.º C-382/12 P, n.º 76.

em que as regras estabelecidas não fossem cumpridas, informaria de imediato a APAP, que, por sua vez, contactaria o anunciante para lhe dar a conhecer o Compromisso (cf. secção 3.3.3).

- 630. Deste modo, quando detetava a existência de um procedimento concursal que não cumpria as boas práticas consideradas como basilares, nomeadamente quanto ao número máximo de agências convidadas ou a convidar para a *short list*, a APAP entrava em contacto com os anunciantes, remetendo-lhes o conteúdo do Guia e do Compromisso, efetuando uma ameaça explícita coordenada com as suas associadas: caso o procedimento não fosse alterado, as agências subscritoras do Compromisso retirar-se-iam do concurso (cf. secção 3.3.4).
- 631. Resulta, assim, da ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, que esta decidiu expressamente coordenar a atuação das suas associadas no âmbito de procedimentos concursais com vista à prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários a anunciantes privados.
- 632. Consequentemente, esta conduta da APAP é subsumível ao conceito de decisão de associação de empresas proibida nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

4.1.2.3. O objeto e o efeito anticoncorrencial

4.1.2.3.1. Posição da visada APAP e das responsáveis solidárias

- 633. De acordo com a APAP, dos factos constantes dos autos e que lhe são imputados, não resulta qualquer comportamento que seja suscetível de ter um objeto anticoncorrencial. Mais alega – sem conceder – que, quanto muito, a AdC deveria ter realizado uma análise de efeitos²⁴⁰. Neste âmbito, de acordo com a APAP, “os factos elencados pela AdC não consubstanciam, isolada ou em conjunto, decisões de associações de empresas que tenham como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência”²⁴¹.
- 634. Para a Brandkey, “nunca estaria em causa uma restrição pelo objecto; e não ocorreu qualquer restrição da concorrência por efeito, dado que a aplicabilidade das recomendações constantes do Guia de Boas Práticas, incluindo da ‘Regra 04’, tem efeitos pró-concorrenciais”²⁴².
- 635. De acordo com as responsáveis solidárias BAR, JWT e Wunderman, “a atuação das arguidas estimulou a participação de mais agências de publicidade, ao permitir às pequenas agências, com menos recursos humanos e financeiros, ganharem concursos nos quais, em condições normais, só as empresas maiores, dotadas de outra robustez, poderiam competir”²⁴³. Deste modo, “[...] o Guia da Boas Práticas e o Compromisso tornou o mercado mais eficiente e mais justo para todos os

²⁴⁰ Cf. fls. 2301 – parágrafos 359 e 360 da PNI da APAP.

²⁴¹ Cf. fls. 2303 – parágrafo 372 da PNI da APAP.

²⁴² Cf. fls. 3346 – parágrafo 84 da PNI da Brandkey.

²⁴³ Cf. fls 3235 – parágrafo 215 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

*operadores, inclusive removendo barreiras que existiam no mercado por falta de recursos dos operadores de menores dimensões*²⁴⁴.

636. Assim, “*considerando o contexto económico em que estão integradas, não revelam, de forma manifesta, um grau de nocividade suficiente para que possam ser consideradas constitutivas de uma restrição da concorrência por objeto [...]*”. Como tal, alegam que a AdC qualificou, erradamente, a prática em causa nos presentes autos como uma restrição pelo objeto sem qualquer fundamento²⁴⁵, “[r]azão pela qual, atendendo ao enquadramento factual e jurídico deste processo, se requer ao Conselho de Administração dessa Autoridade o repúdio de uma hipotética decisão condenatória”²⁴⁶.

637. Referem ainda que “*qualquer análise do Compromisso deveria ser enquadrada como prosseguindo os objetivos sociais tutelados pelo direito da União*”, nomeadamente, o direito a desencadear ações coletivas²⁴⁷. Em especial, referem que os princípios estabelecidos no acórdão *Albany*²⁴⁸ relativamente a acordos concluídos entre organizações representativas das entidades patronais e trabalhadores – os quais se encontram excluídos do âmbito de aplicação do direito da concorrência – se devem aplicar também, *mutatis mutandis*, aos acordos celebrados entre associações e suas associadas, quando está em causa a promoção do desenvolvimento harmonioso das atividades económicas e a dignificação do trabalho prestado pelas agências publicitárias face aos anunciantes²⁴⁹.

638. Para a MSTF, admitindo, sem conceder, que a conduta da APAP pudesse representar uma prática restritiva da concorrência, esta sempre teria de se considerar como uma restrição por efeito e não por objeto, devendo a mesma considerar-se justificada nos termos do artigo 10.º da Lei da Concorrência²⁵⁰.

639. De acordo com as responsáveis solidárias Nossa e Niusistemas, a AdC não justificou “*que os factos imputados à APAP e à APAN são decisões de associações de empresas que em conjunto ou de forma isolada são suscetíveis (por objeto) de restringirem a concorrência*”. De acordo com estas agências, a APAN e a APAP “*não teriam qualquer interesse em restringir a concorrência às entidades que são suas associadas: seria o mesmo que visar prosseguir os fins para os quais não foi constituída e contrários aos interesses dos seus associados*”; sendo que “*o Guia existe porque decorre de uma necessidade e vontade da oferta e da procura na prossecução do interesse dos seus associados e de todos quanto operam no mercado em causa*”²⁵¹.

²⁴⁴ Cf. fls. 3235 – parágrafo 218 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²⁴⁵ Cf. fls. 3235 – parágrafo 219 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²⁴⁶ Cf. fls. 3236 – parágrafo 226 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²⁴⁷ Cf. fls. 3237 a 3243 – parágrafos 233 a 264 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²⁴⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21.09.1999, processo C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

²⁴⁹ Cf. fls. 3240 e 3241 – parágrafos 247 e 248 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²⁵⁰ Cf. fls. 3090 – parágrafos 11 e 12 da PNI da MSTF.

²⁵¹ Cf. fls. 3287 e 3288 – parágrafos 56 e 57 da PNI da Nossa e Niusistemas.

640. A Fullsix e a Fuel²⁵² alegam, em síntese, que a AdC não tem fundamento para concluir pela existência de uma restrição por objeto, porquanto não realizou uma análise dos objetivos prosseguidos e do contexto jurídico e económico em que a prática se insere (parágrafos 217 e 218 da PNI, fls. 3598).

4.1.2.3.2. Posição da AdC

641. A título preliminar importa referir que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à relação entre o direito laboral e o direito da concorrência estabelece que as relações entre empregador e trabalhador não estão abrangidas pelas normas do direito da concorrência. Por outro lado, às relações contratuais entre clientes e prestadores de serviços, na medida em que estes últimos sejam considerados empresas à luz do direito da concorrência, são aplicáveis as regras da concorrência, nomeadamente o artigo 101.º TFUE e o artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

642. Neste quadro, veio o Tribunal esclarecer que:

“[...] o Tribunal de Justiça já precisou que a qualificação de «prestador independente», à luz do direito nacional, não exclui que uma pessoa deva ser qualificada de «trabalhador», na aceção do direito da União, se a sua independência apenas for fictícia, ocultando assim uma verdadeira relação de trabalho [...].

Daqui resulta que o estatuto de «trabalhador», na aceção do direito da União, não pode ser afetado pelo facto de uma pessoa ter sido contratada como prestador de serviços independente à luz do direito nacional, devido a razões fiscais, administrativas ou burocráticas, desde que esta pessoa atue sob a direção do seu empregador, no que diz respeito, nomeadamente, à sua liberdade de escolher o horário, o local e o conteúdo do seu trabalho [...], não incorra nos riscos comerciais desse empregador [...] e esteja integrada na empresa do referido empregador enquanto dura a relação de trabalho, constituindo com esta uma unidade económica [...]” (sublinhado da AdC)²⁵³.

643. Assim, e contrariamente ao alegado pela BAR, JWT e Wunderman, resulta da jurisprudência supra citada que as relações comerciais estabelecidas entre agências de publicidade e anunciantes não representam, nem se podem equiparar, a relações laborais entre empregador e trabalhador, estando assim plenamente dentro do âmbito de aplicação das normas do direito da concorrência aplicáveis.

644. Prosseguindo, para que se considere preenchido este elemento do tipo contraordenacional estabelecido no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, poder-se-á atender tanto ao objeto da prática, quanto ao efeito da mesma, bastando a verificação de um destes critérios, embora admitindo-se o preenchimento cumulativo de ambos.

²⁵² Para simplificação, os parágrafos citados dizem respeito à PNI da Fullsix Portugal, mas relativamente a texto comum com a PNI da Fuel.

²⁵³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 04.12.2014, *FNV Kunsten Informatie en Media contra Staat der Nederlanden*, processo C-413/13, parágrafos 35 e 36.

645. São então, desde logo, proibidos os comportamentos suscetíveis de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência, isto é, aqueles que representam um perigo para esta, produzam ou não os efeitos que potenciam²⁵⁴.
646. Em síntese, para considerar preenchido este requisito do tipo, tanto se poderá atender ao elemento de perigo para a concorrência inerente à decisão de empresas (infração por objeto), como ao resultado efetivamente restritivo desta (infração por efeito).
647. No que respeita ao objeto e/ou efeito de "*impedir, restringir ou falsear*" a concorrência, considera-se que impedir ou restringir significa, respetivamente, excluir total, ou parcialmente, a concorrência, e falsear é um conceito amplo, que abrange as duas situações anteriores e outras às quais eventualmente não se aplicariam.
648. Quando o objeto anticoncorrencial de um acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas se verifica não é necessário examinar os seus efeitos concretos na concorrência. Não obstante, o Tribunal de Justiça também já afirmou que o n.º 1 do artigo 101 do TFUE não se opõe a que uma mesma conduta tenha simultaneamente por objeto e por efeito restringir a concorrência, desde que cada uma destas imputações se baseie em elementos de prova distintos e específicos²⁵⁵.
649. Em qualquer caso, a distinção entre “restrição por objeto” e “restrição por efeito” decorre do facto de determinadas formas de conluio poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao normal funcionamento da concorrência²⁵⁶.
650. Com efeito, determinadas formas de coordenação revelam um tal grau de nocividade para a concorrência, e são de tal modo suscetíveis de produzirem efeitos negativos, que se considera não ser necessário examinar os seus efeitos concretos, uma vez que a própria experiência demonstra que esses comportamentos tendem a provocar reduções da produção, divisão do mercado e subidas de preços, conduzindo a uma

²⁵⁴ Cf. Acórdão do TPI (agora TGUE) de 19.03.2003, CMA e.o., proc. T-213/00, considerando 183, Coletânea da Jurisprudência p. II-00913: “*Como o acordo em causa tem por objeto restringir a concorrência e essa restrição é sensível, a Comissão não tem, contrariamente ao que, em segundo lugar, sustentam as recorrentes, que provar a intenção das partes de restringirem a concorrência ou os efeitos anticoncorrenciais do acordo. Com efeito, segundo jurisprudência constante, um acordo que tenha por objeto restringir a concorrência integra o âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE [artigo 101.º, n.º 1, do TFUE], sem que seja necessário atender aos seus efeitos (v., designadamente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 06.04.1995, Ferriere Nord/Comissão, T-143/89, Colet., p. II-917, n.º 30, confirmado por acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão, C-219/95 P, Colet., p. I-4411, n.ºs 14 e 15). Por conseguinte, um acordo pode infringir o artigo 81.º, n.º 1, CE ou o artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68, mesmo que os seus termos não tenham, na prática, sido respeitados (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1989, Belasco e o./Comissão, 246/86, Colet., p. 2117, n.º 15)*”.

²⁵⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 2.04.2020, *Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt. e. o.*, processo C-228/18, parágrafo 44.

²⁵⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.11.2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo C-209/07, parágrafos 16 e 17; Acórdão do Tribunal de Justiça de 01.02.1978, *Miller c Comissão Europeia*, processo C-19/77, parágrafo 7.

má repartição dos recursos, em prejuízo dos agentes económicos e dos consumidores²⁵⁷.

651. Para ter um objeto anticoncorrencial basta assim que um acordo, uma prática concertada ou uma decisão de associação de empresas seja concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência. Não sendo, para tal, necessário que a intenção dos agentes seja, ou tenha sido, a de restringir a concorrência²⁵⁸, ainda que represente um elemento relevante a ter em conta pelas autoridades da concorrência²⁵⁹.
652. Realce-se, no entanto, que a lista de situações abrangidas por estas proibições fornecida pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, à semelhança do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, é uma lista meramente exemplificativa, não tendo nem o legislador europeu nem o legislador nacional querido fechar de forma taxativa o elenco de práticas potencialmente restritivas da concorrência.
653. Neste quadro, sublinhe-se que o grau de nocividade necessário para que determinada prática possa ser considerada como uma restrição da concorrência por objeto deve ser aferido tendo em conta o seu teor, os objetivos que visa atingir e, bem assim, o contexto económico e jurídico em que a mesma se insere. Sendo que, “[n]o âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa”²⁶⁰.
654. Com efeito, a jurisprudência dos tribunais nacionais tem sido constante na identificação, no âmbito das práticas restritivas consagradas no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 (em tudo idêntico ao anterior n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003), de uma infração de perigo, bastando que o bem jurídico tutelado – a proteção da concorrência – seja posto em perigo, ou seja, basta a possibilidade de lesão ou a adequação da prática para produzir tal lesão para que a infração se considere cometida²⁶¹.

²⁵⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.06.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) e Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, processo n.º 56/65, Colet. 1965-1968, p. 381; Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.03.2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o. c. Gazdasági Versenyhivatal*, processo n.º C-32/11, parágrafo 34; Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.09.2014, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, processo n.º C-67/13, parágrafos 49 e 50; Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.11.2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafo 15; Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.01.1985, *Bureau national interprofessionnel du cognac c. Guy Clair*, processo n.º C-123/83, Colet. 1985, p. 391, parágrafo 22.

²⁵⁸ Neste sentido, cf., por todos, Acórdão *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, *cit.*

²⁵⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 2.04.2020, *Gazdasági Versenyhivatal contra Budapest Bank Nyrt. e. o.*, processo C-228/18, parágrafo 53.

²⁶⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.09.2014, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, processo n.º C-67/13, parágrafo 53.

²⁶¹ Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 09.12.2005, 2.º Juízo, processo n.º 1307/05.6TYLSB (*Ordem dos Médicos Dentistas*), p. 24 a 27; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 12.01.2006, 3.º Juízo, processo n.º 1302/05.5TYLSB (*Ordem dos Médicos Veterinários*); sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 18.01.2007, 3.º Juízo, processo n.º 851/06.2TYLSB (*Ordem dos Médicos*), p. 35; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 10.08.2007, 3.º Juízo, processo n.º 1050/06.9TYLSB (*PT Multimédia – SIC*), p. 27 a 34. Cf. ainda Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.11.2008, 3.ª Secção, processo n.º 1050/06.9TYLSB.L1 (*PT Multimédia – SIC*),

655. A título de exemplo, veja-se a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferida no âmbito do caso *Lactogal*, na qual se estabelece que um acordo é ilícito, quer quando tiver por objeto impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional, quer quando provocar esse mesmo efeito sobre a concorrência. Ou seja, no caso da primeira situação atrás indicada não se exige a demonstração de que o acordo teve como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, bastando que o objeto do acordo seja apto a produzir tal desiderato. Tal, corresponde à usual distinção entre restrição por objeto e por efeito, sendo que, provando-se a existência de um acordo cujo conteúdo seja por si só apto a restringir sensivelmente a concorrência, torna-se desnecessário fazer a demonstração dos seus concretos efeitos anticoncorrenciais²⁶².

656. Por último, de acordo com jurisprudência recente do Tribunal de Justiça²⁶³, a existência de efeitos pró-concorrenciais não põe em causa a conclusão de que determinado acordo constitui uma restrição da concorrência por objeto, a menos que tais efeitos se afigurem de tal modo significativos a ponto de pôr em causa a conclusão de que o acordo é intrinsecamente nocivo para a concorrência.

657. Neste quadro, e tendo em conta o alegado pelas visadas e responsáveis solidárias, importa analisar o contexto económico e jurídico em que a decisão de associação de empresas em causa adotada pela APAP se insere, com vista a aferir do caráter intrinsecamente nocivo da mesma para a concorrência, no mercado relevante.

4.1.2.3.2.1. Contexto jurídico e económico

658. Sem prejuízo de a APAN e a APAP terem ambas aprovado o Guia, conforme referido *supra* na secção 3.3, a prova constante dos autos não permite concluir que a adoção do Guia em 2009 se tenha revelado, só por si, suscetível de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa²⁶⁴.

659. Conclusão diferente resulta dos termos da ata da reunião da Direção da APAP de 17.06.2015, uma vez que, pelo menos a partir desta data, a APAP passa a determinar que as suas associadas, perante o incumprimento pelos anunciantes da regra n.º 4 do Guia, devem abster-se de participar ou desistir dos procedimentos concursais cujo número máximo de agências na *short-list* excede 3 ou 4, consoante o caso (cf. parágrafos 628).

660. Esta conduta, nestes termos específicos, passa a ter a faculdade de alterar o número e/ou a identidade das agências que comporiam uma ou mais *short-lists* na sua ausência (cf. parágrafo 630).

p. 70 a 74; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.12.2010, 3.ª Secção, processo n.º 350/08.8TYLSB.L1 (*Abbott, Menarini e o.*), p. 161 a 167.

²⁶² Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24.05.2012, processo n.º 18/12.0YUSTR, p. 69 e 7, confirmada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.01.2014, processo 18/12.0YUSTR.E1.L1-3.

²⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.01.2020. *Generics (UK) Ltd e o. contra Competition and Markets Authority*, processo C-307/18 (ECLI:EU:C:2020:52), parágrafos 103-107.

²⁶⁴ Cf. parágrafos 626 a 627.

661. Com efeito, resulta do texto daquela ata que “[t]odos os associados da APAP deverão ser envolvidos neste tema e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas” (cf. parágrafo 470), sendo certo que as associadas e não associadas da APAP se “empenhar[am] na exigência do seu respeito”, subscrevendo inclusivamente em número significativo o Compromisso que posteriormente lhes foi proposto pela APAP (cf. parágrafo 474 e ss.).
662. Resulta, assim, dos termos expressos naquela ata, que a limitação do número de agências convidadas para a *short list* de procedimentos concursais de anunciantes privados, passa a ser concretamente apta a reduzir a pressão concorrencial entre as agências, sendo passível de alterar o resultado que seria obtido através do livre jogo concorrencial, substituindo-o por outro que é influenciado, ou mesmo determinado, pelo lado da oferta.
663. Acresce que, aquela suscetibilidade de alterar o livre jogo concorrencial também se manifestava *a priori*, isto é, as decisões dos anunciantes quanto à forma como definiam e conduziam os seus procedimentos de contratação passaram a estar constrangidas pelo risco de, caso não respeitassem o número máximo de agências a convidar para a *short list*, ser possível que o seu concurso viesse a ser afetado negativamente com a desistência de alguns ou mesmo todos os concorrentes.
664. Concretamente, esta restrição do número de agências a convidar para a *short list* e a consequente redução no grau concorrencial em determinados processos concursais são suscetíveis de levar os anunciantes diretamente afetados a pagar um preço final mais elevado e/ou contratar uma agência cujos serviços de produção de conteúdos publicitários têm inferior qualidade ou adequação às necessidades do contratante.
665. Por outro lado, a mesma é também passível de ter impacto anticoncorrencial relevante no mercado como um todo, aumentando as barreiras à entrada, reduzindo o incentivo para as agências presentes no mercado concorrerem entre si pelo mérito na fase de apresentação de propostas pelos candidatos apurados pelo anunciante para a *short list*.
666. Donde, tendo em conta o contexto económico e jurídico em causa, conclui-se que o comportamento da APAP a partir de 17.06.2015 é concretamente apto a impedir, falsear ou restringir a concorrência.
667. A definição das condições de mercado e a política comercial praticada pelos agentes económicos deve resultar apenas e tão só do livre jogo do mercado. Assim, o comportamento da APAP, pela sua própria natureza, foi suscetível de interferir com o regular funcionamento do mercado, na medida em que, a partir de 17.06.2015, influenciou necessária e decisivamente a formação da oferta em termos quantitativos e limitou a incerteza acerca de empresas concorrentes que se apresentariam a concurso, como aliás resulta claro no contexto dos procedimentos identificados na secção 3.3.4.
668. A existência de benefícios decorrentes da prática foi alegada pelas visadas e responsáveis solidárias e será analisada na secção 4.1.2.5, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Concorrência.

669. No entanto, uma vez que alguns destes alegados benefícios, poderiam assumir, pela sua natureza ou efeito, um carácter pró-concorrencial, serão também discutidos na presente secção, de acordo com a mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁶⁵.

670. Em particular, foram alegados pela APAP os seguintes impactos positivos na concorrência decorrentes da limitação do número de concorrentes na fase final do concurso:

- (i) uma maior probabilidade de as empresas participantes ganharem o concurso levaria a um maior empenho por parte destas, o que se traduziria numa maior intensidade concorrencial (fls. 2312 a 2316);
- (ii) um estímulo à participação de mais agências de publicidade e efeito positivo na probabilidade de agências mais pequenas e com menos recursos ganharem concursos, removendo barreiras à entrada no mercado (fls. 2431 a 2432).

671. A AdC considera que não ficou cabalmente demonstrado pelas visadas, nem pelas responsáveis solidárias, em que medida é que a imposição, por parte da APAP, de um número máximo de concorrentes incluídos na *short list*, “até ao limite da não participação” das suas associadas em tais concursos levaria a uma maior intensidade concorrencial; a ponto de pôr em causa a conclusão de que é mais expectável que um processo concursal mais participado encoraje e favoreça a apresentação de propostas mais competitivas, que se destaquem e tenham maior probabilidade de sucesso.

672. Adicionalmente, a AdC considera que o argumento de que esta prática resultaria numa redução das barreiras à entrada e permitiria que empresas com menos recursos ganhassem concursos também não colhe. Em primeiro lugar, a introdução de restrições no número de concorrentes incluídos nas *short-lists* reduz direta e efetivamente a probabilidade de agências de publicidade de menor dimensão, ou entrantes no mercado, virem a integrar as referidas listas. Em segundo lugar, caso, de facto, as agências de menor dimensão, ou novas entrantes, saíssem beneficiadas da eventual poupança de custos associada a uma redução no número de agências constantes da *short-list*, este fenómeno seria tido em linha de conta pelas empresas anunciantes, que, por serem beneficiárias desse facto, reduziriam, por sua própria iniciativa e não por serem a isso forçadas, o número de agências constantes da sua *short-list*.

673. Conclui-se, assim, que a decisão da APAP no sentido de que as suas associadas devem abster-se de participar ou desistir dos procedimentos concursais em que se verifique o incumprimento por parte dos anunciantes da regra n.º 4 do Guia, i.e., cujo número máximo de agências na *short-list* excede 3 ou 4 (caso inclua a incumbente), conforme resulta da ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, é concretamente apta a impedir, falsear ou restringir a concorrência, concluindo-se que as alegações das visadas e responsáveis solidárias relativas à existência de efeitos pró-concorrenciais não se afiguram suscetíveis de pôr em causa o objeto restritivo da decisão de associação de empresas em causa nos presentes autos.

²⁶⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.01.2020. *Generics (UK) Ltd e o. contra Competition and Markets Authority*, processo C-307/18 (ECLI:EU:C:2020:52), parágrafos 103-107.

674. No PRC/2018/03 constata-se, assim, o preenchimento de uma infração concorrencial por objeto, pelo que se encontra também preenchido este elemento do tipo objetivo.

4.1.2.4. Carácter sensível da restrição da concorrência

4.1.2.4.1. Posição das responsáveis solidárias

675. Para a Fullsix e Fuel, que se manifestaram especificamente quanto a este pressuposto de aplicação do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, não parece suficiente “*considerar sem mais que o tipo de conduta condiciona o livre funcionamento do mercado, se revele bastante para considerar verificado o critério do carácter sensível da restrição da concorrência*”; mas entendendo que a AdC não realizou “*um juízo que permitisse analisar se no caso prático a alegada decisão ou cooperação (não se entende a que comportamento se consubstancia a argumentação da AdC), afetou a concorrência no mercado*” (parágrafos 224 e 225, fls. 3599).

4.1.2.4.2. Posição da AdC

676. O último aspeto do tipo objetivo que cumpre verificar refere-se à circunstância de a restrição da concorrência dever ser significativa.

677. O Tribunal de Comércio de Lisboa refere, a propósito da interpretação do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 [atual n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012] que: “*O legislador optou por não especificar e concretizar o que sejam acordos, práticas concertadas ou decisões de associações que tenham por objecto e por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, criando o que se denomina uma norma penal (no caso contraordenacional) em branco. [...] A norma penal em branco será aquela que tem a particularidade de descrever de forma incompleta os pressupostos de punição de um crime remetendo parte da sua concretização para outras fontes normativas, denominando-se a primeira norma sancionadora e as segundas normas complementares ou integradoras*”²⁶⁶. Com este enquadramento, “*é às orientações da Comissão e às decisões desta e dos Tribunais comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma*”²⁶⁷.

678. Acresce que “*não se inscrevem no âmbito de aplicação dos artigos 81.º e 82.º [atuais 101.º e 102.º do TFUE] os acordos e práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afectam o mercado de forma não significativa. O carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa. [...] Quanto mais forte for a posição de mercado das empresas*

²⁶⁶ Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 3.º Juízo, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB, de 12.01.2006.

²⁶⁷ Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 3.º Juízo, Proc. n.º 1302/05.5TYLSB, de 12.01.2006.

*em causa, maior é a probabilidade de um acordo ou prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros o vir a afectar de forma sensível*²⁶⁸.

679. Assim, “o carácter sensível pode ser avaliado em termos absolutos (volume de negócios) e em termos relativos, através da comparação da posição da ou das empresas em causa com a dos demais operadores no mercado (quota de mercado)”²⁶⁹.
680. Em síntese, e em face do exposto, pode concluir-se que a restrição da concorrência tem de ser sensível, sendo que o caráter sensível se afere – recorrendo à prática europeia – tendo em atenção o tipo de condutas, e/ou as posições e importância, das empresas envolvidas no mercado em causa.
681. Ora, no caso concreto, o tipo de conduta em apreço: uma decisão adotada por uma associação de empresas que representa uma parcela significativa da oferta no mercado da prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários no mercado nacional, agregando as principais agências de publicidade (cf. parágrafo 506), com o objeto de condicionar o livre funcionamento do mercado através da imposição, por parte da mesma às suas associadas, de uma condição limitativa na oferta daqueles serviços e traduzida numa ameaça dirigida aos anunciantes, demonstra o caráter sensível da afetação da concorrência no mercado em causa.
682. Tal basta para se considerar sensível a restrição da concorrência ocorrida em resultado, e por causa, do comportamento adotado pela APAP.
683. Face ao *supra* exposto, verifica-se, nos termos acima detalhados, que a conduta da APAP descrita na presente Decisão preenche todos os elementos do tipo objetivo correspondentes às descrições normativas das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

4.1.2.5. Da alegada justificação da prática ao abrigo do artigo 10.º, n.º 1, da Lei da Concorrência

4.1.2.5.1. Pronúnrias das visadas

684. Quanto ao balanço económico da prática em causa, e, em específico, ao disposto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Concorrência, a PNI da APAP alega o seguinte:
 - a. Relativamente às **melhorias na prestação do serviço**, a APAP alega que a existência e implementação de um guia de boas práticas consubstancia uma melhoria que se traduz em ganhos de eficiência objetivos, quer para as agências, quer para os anunciantes. Em particular, citando um guia polaco intitulado “White

²⁶⁸ Cf. *Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE* (Jornal Oficial C 101, de 27/04/2004 pp. 0081 - 0096), pontos 44 e 45.

²⁶⁹ Cf. *Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE* (Jornal Oficial C 101, de 27/04/2004 pp. 0081 - 0096), ponto 47.

Paper on Marketing Communication Industry. Best practices and pitch procedure tools" que anexa à sua PNI (fls. 2885 a 2908), a APAP refere que relativamente aos custos objetivos de um procedimento de seleção em que, na terceira fase, estão entre 5 ou 8 agências na *short-list*, e um em que estão apenas 3, se verifica uma redução de custos superior a 30%. Mais alega a APAP que o aumento dos custos das agências contribui para um incremento dos preços dos serviços de publicidade. Além da questão dos preços, é também alegado que há ganhos qualitativos ao nível da prestação de serviço pelas agências que decorrem da aplicação de boas práticas (fls. 2304 a 2310);

- b. Relativamente à **indispensabilidade**, a APAP alega que a existência e implementação de um guia de boas práticas e, mais concretamente, da regra n.º 4, não impõe às empresas em causa (agências e anunciantes) quaisquer restrições que não sejam indispensáveis às melhorias referidas. Em particular, a APAP alega que a limitação do número de agências na fase final do procedimento é uma inevitabilidade, quer para as agências, quer para os anunciantes, tendo sido por isso subscrita por ambas as associações. A APAP alega ainda que pode discutir-se se o número deve ser de 3 ou 4 agências ou de um número superior, mas que a diferença entre uma e outra hipótese implica uma redução direta de custos na ordem dos 30% (fls. 2307 a 2312);
- c. Relativamente aos **benefícios para os utilizadores**, nomeadamente para os anunciantes, refere a APAP que estes beneficiam com a redução do número de agências na *short-list*, nomeadamente porque terão 1) concorrentes mais empenhados (porque aumenta a perspetiva de ganho para cada uma das agências finalistas) e 2) menos custos internos na análise das propostas apresentadas. Além disso, alega a APAP que a limitação beneficia todo o perímetro dos anunciantes, porque liberta as agências de estarem a elaborar propostas criativas, levando-as a estar focadas na prestação dos serviços aos clientes atuais. Em particular, a APAP refere que, se a prática fizer com que não haja limitações no número de agências na fase final do procedimento, uma de duas coisas sucederá: o nível do serviço e tempo de resposta aos clientes saem prejudicados ou a agência terá de recrutar mais trabalhadores, o que aumenta os custos que, no final, acabarão por ser suportados indiretamente pelos anunciantes ao nível do preço (fls. 2312-2316);
- d. Relativamente à **não eliminação da concorrência**, a APAP alega que um guia de boas práticas, e, mais concretamente, a regra n.º 4, não dá às visadas a possibilidade de eliminarem a concorrência numa parte substancial do mercado dos serviços de publicidade. Fazendo referência ao mercado relevante como um todo, a APAP alega ser óbvio que não se verifica uma eliminação da concorrência numa parte substancial desse mercado, desde logo porque a escolha nem sempre resulta de um procedimento de seleção, sendo também referido que se trata de um mercado no qual não existem barreiras à entrada, aberto, atomizado e, por isso, muito concorrencial (fls. 2136-2318);

685. A APAP junta, em anexo à sua PNI, dois estudos que alegam e discutem efeitos positivos associados a determinadas regras que configurariam "boas práticas" na

contratação de agências de publicidade. As regras aludidas incluem a restrição do número de agências incluídas na fase final do processo de seleção.

686. O estudo “*Agência Certa. Guia de boas práticas para concursos de agências de publicidade e comunicação. Uma análise económica*” (estudo “Agência Certa”), de setembro de 2019, preparado por Joana Pais e Joana Resende (fls. 3025-3071), está estruturado da seguinte forma: na secção 2 faz uma descrição do mercado publicitário em Portugal; na secção 3 discute as boas práticas para concursos de agências, em Portugal e internacionalmente; na secção 4 discute as especificidades económicas do processo de seleção de agências; e na secção 5 discute os mecanismos para seleção de agência. As secções 4 e 5 são as mais relevantes para a presente subsecção deste documento.

687. Na secção 4 (fls. 3046-3058), o estudo alega e discute a existência e as implicações de um conjunto de falhas de mercado no setor relevante para o presente processo de contraordenação. Em particular, é referido o seguinte:

- a. O serviço em causa seria altamente diferenciado e essencialmente personalizado, o que exigiria um esforço das agências para assegurar o melhor *matching* possível entre o serviço produzido e as características do anunciante (fls. 3046);
- b. Como corolário destas e de outras características, o estudo refere que a concorrência no mercado tenderá a afastar-se da convencional concorrência pelo preço para incluir outras variáveis. Em particular, é alegado que se geram problemas de assimetria de informação considerados severos, impossibilitando o estabelecimento de contratos completos e exigindo o estabelecimento de mecanismos alternativos que permitam alinhar os incentivos entre as partes (fls. 3047-3048). Além disso, é referido que muitas vezes não seria recomendável a integração vertical nos anunciantes, atendendo aos ganhos de especialização, economias de aprendizagem e externalidades de rede de que podem beneficiar as agências (fls. 3049);
- c. É referido que, frequentemente, a forma de ultrapassar os problemas passaria por estabelecer relações de longo prazo, através das quais anunciantes e agências trabalhem conjuntamente (fls. 3049);
- d. No entanto, quando um anunciante deseja mudar de agência, verificar-se-iam os referidos problemas de assimetria de informação para as potenciais agências a ser escolhidas e para o anunciantes. Relativamente às agências, estas teriam de ter um conhecimento profundo do anunciantes e das suas necessidades, o que requereria a realização de avultados investimentos (fls. 3050). Relativamente aos anunciantes, estes teriam menos informação sobre as características das agências e do esforço e recursos que estas alocam à prestação dos serviços procurados – sendo que, em ambos os casos, tais factos poderiam levar a comportamentos oportunistas (fls. 3050-3051).
- e. Quando os anunciantes selecionam um número elevado de agências têm incentivo a sub-investir na apresentação de propostas de elevada qualidade, a fim de evitar realizar investimentos em ativos específicos e posterior incursão em custos

afundados (caso não venham a ser selecionados), sendo o impacto tanto maior quanto maior o número de agências a concurso (fls. 3052).

f. Além deste efeito, é referido que poderá ocorrer também um efeito preço negativo, pela necessidade das agências fazerem o *pass through* dos custos incorridos na elaboração de propostas para os seus clientes (fls. 3052).

688. Na secção 5 (fls. 3058-3064), o estudo discute mecanismos que podem ser utilizados para seleção de agências, por forma a acomodar as especificidades económicas apresentadas na secção anterior.

- O primeiro tipo de mecanismo avaliado é o leilão. Em específico, é feita uma resenha da teoria dos leilões, onde se incluem leilões com custos de entrada e leilões onde a variável relevante é a qualidade. A conclusão a que o estudo chega é a de que 1) com custos de entrada, potencialmente todos os intervenientes no processo beneficiam com a limitação no número de licitantes (dado que os custos de entrada dos licitantes serão, em última análise, suportados pelo vencedor, pelo que será do seu interesse limitar o seu número) (fls. 3062), e 2) a literatura sobre leilões sugere que a limitação no número de participantes é importante para garantir qualidade nas propostas, sempre que esta variável é (juntamente com o preço) relevante na decisão de alocação (fls. 3063);
- De seguida, é discutida a taxa de rejeição, ou *rejection fee*, entendida como “*pagamento de um determinado montante às agências publicitárias que não forem selecionadas pelo anunciante*” (fls. 3063). No entender do estudo, este mecanismo visa atingir o duplo propósito de 1) introduzir sinais económicos que limitem o número de agências contactadas pelo anunciante, internalizando neste as externalidades e os custos económicos gerados pelo processo de recolha de informação sobre os serviços oferecidos pelas agências, e 2) assegurar que os custos incorridos pelas agências na preparação das propostas são parcialmente atenuados, diminuindo os investimentos em ativos específicos que acabam por não ser selecionados (fls. 3063-3064). Contudo, o estudo refere que este mecanismo, para desempenhar eficazmente as duas funções aludidas, deve apresentar um valor suficientemente elevado, pelo que, em muitos mercados, a adoção deste mecanismo ter-se-á revelado inviável ou difícil (fls. 3064).

689. O segundo estudo apresentado pela APAP tem a designação “*Boas práticas nos mercados de comunicação e marketing na Polónia. Processo de introdução e impacto económico*” dos autores Ignacy Morawski e Michal Zaborski (fls. 2366-2447). Este estudo está estruturado da seguinte forma: na secção 1, faz-se um resumo das características do mercado de comunicação de *marketing*; na secção 2, discutem-se as melhores práticas em concursos para serviços de comunicação de *marketing* na Polónia; na secção 3, resumem-se boas práticas de aquisição e códigos de ética para *designers* gráficos em vários países do mundo; na secção 4, discutem-se os efeitos económicos da introdução de boas práticas de mercado. A secção 4 é, atendendo ao seu âmbito generalista e às conclusões que deriva, a mais relevante para a presente subsecção deste documento.

690. Na referida secção 4 (fls. 2418-2421), o estudo lista seis características que considera as mais importantes no mercado de agências de publicidade e que estão genericamente em linha com aquelas elencadas no “estudo Agência Certa”.

691. De seguida, o estudo apresenta aqueles que entende serem os principais impactos que resultam das referidas características, e respetivas soluções. É referido, a este título, que “[é] muito importante salientar já nesta fase que a análise destes efeitos está associada a uma incerteza natural devido ao acesso limitado aos dados, à informação e ao baixo conhecimento dos incentivos reais a que os operadores económicos neste mercado estão sujeitos em determinadas condições. Mas, por esta razão, os profissionais de boas práticas os tratam como regulamentações brandas, não aplicam um sistema de penalizações e sanções, de modo que as boas práticas sejam implementadas de maneira flexível e adaptadas a condições comerciais específicas” (fls. 2421).

692. De entre os impactos e soluções aduzidos nesta secção, salientam-se os seguintes (fls. 2421-2438):

- a. Permitir que duas ou mais agências, ou um máximo de três, entrem na fase criativa de um concurso maximizaria os investimentos realizados pelas agências na fase de concurso e os benefícios para a entidade adjudicante (fls. 2428-2430). Em particular, é referido que:
 - “*Em primeiro lugar, permitir que um número excessivo de agências entre na fase criativa em que são feitos investimentos dispendiosos aumenta os custos de todo o concurso, que são em última análise suportados pela entidade adjudicante ou pela sociedade*”;
 - “*Em segundo lugar, permitir que demasiadas agências entrem na fase criativa reduz a qualidade do seu trabalho e aumenta significativamente as chances de risco moral*”;
 - “*Em terceiro lugar, permitir que demasiadas agências entrem na fase criativa reduz os incentivos para o início de novos operadores no mercado*”;
 - “*Em quarto lugar, permitir que um número excessivo de agências entre na fase criativa não dá origem a qualquer vantagem de preço significativa no sentido de “baixar” a margem cobrada pelos iniciadores*”;
 - “*Em quinto lugar, devido a todos os pontos acima mencionados, permitir que um número excessivo de agências participe num concurso dá origem a uma convicção muito forte entre os proponentes de que a parte contraente pode comportar-se de forma desonesta*”.
- b. Todos os intervenientes no mercado, e não apenas os envolvidos no concurso, beneficiariam da organização do concurso de acordo com as boas práticas. Em particular, na ausência das boas práticas, poderiam gerar-se custos operacionais elevados para todas as empresas, resultantes dos altos custos de participação, e a limitação da entrada no mercado por parte de novas agências (fls. 2431-2432);

c. A introdução da taxa de rejeição seria “o método mais eficaz de proteção contra o comportamento desleal da parte ordenante”, sendo referido que “a taxa de rejeição é o melhor instrumento para as agências se protegerem contra a má organização da proposta ou o cancelamento da proposta” (fls. 2434). É também referido que “[e]ste é realmente o único elemento importante da especificação do processo de licitação que a agência tem o direito de notificar seus requisitos desde o início. É difícil esperar que a agência possa impor às entidades adjudicantes parâmetros como o número de empresas convidadas, o número de etapas do processo de licitação, critérios de seleção, preço, etc. A notificação dos requisitos para esses elementos pode ser vista pela entidade adjudicante como uma interferência injustificada na sua liberdade de escolha e, assim, minar a confiança na agência desde o início [...]. No caso da taxa de rejeição, a situação é completamente diferente. [E]xigir remuneração pelo trabalho criativo é um comportamento que, no relacionamento cliente-agência, pertence aos direitos da agência” (fls. 2434-2435).

g. A taxa de rejeição poderia atuar no interesse do organizador do processo de seleção, aumentando a disponibilidade das ofertas e aumentando o esforço da agência na fase de execução da ordem (fls. 2435-2437);

d. A taxa de rejeição poderia apoiar empresas inovadoras (fls. 2437-2438).

693. A PNI da BAR, JWT e Wunderman (fls. 3200-3272) faz também um balanço económico genericamente em linha com o realizado pela APAP, notando-se, no entanto, o seguinte:

a. É alegado que “o Guia e o Compromisso fizeram renascer projetos estratégicos ou criativos de maior qualidade [...] porque, quando passaram a ser selecionadas 3 (ou 4 agências publicitárias) [...] as agências publicitárias readquiriram a confiança de fazerem sérios investimentos financeiros e humanos” (fls. 3253);

b. É referido que a solução de os anunciantes pagarem pela produção das propostas estratégicas ou criativas foi “sempre descartada pelos anunciantes” e que “[p]ara os membros da APAN isso significaria que eles passariam a assumir todo o risco do negócio” (fls. 3256).

694. A PNI da Nossa e Niusistemas (fls. 3273-3298) aborda em termos genericamente similares esta matéria (fls. 3288-3291), notando-se, no entanto, a seguinte referência: “verifica-se, à saciedade, que a criação e implementação do carácter **não obrigatório** do Guia, contribui, de forma evidente, para melhorar a produção de serviços e o desenvolvimento económico do setor” (fls. 3289) – negrito original.

695. Outras PNI de agências estabelecem princípios similares, nomeadamente a Fullsix (fls. 3599-3600) e a Brandkey (3324-3353).

696. A PNI da APAN (fls. 5757-5817) alega que o Guia tem um carácter pró-concorrencial, sendo a sua intenção a de promover uma melhor alocação de recursos quer das agências, quer dos anunciantes, e reduzir os custos de transação (sobretudo das agências) (fls. 5788). Mais alega que os anunciantes poderão ser beneficiados com

tais melhorias, na medida em que as agências façam proposta com nível qualitativo mais elevado (fls. 5789).

697. Relativamente ao Compromisso de 2015, a APAN refere que o mesmo não tem qualquer relação com esta associação ou as suas associadas, não se conseguindo vislumbrar qual o benefício que dele poderia resultar para a associação ou para as suas associadas. Mais refere que, a ter de retratar de alguma forma as associadas da APAN a este propósito, estas só poderiam ser retratadas como vítimas (fls. 5806).

4.1.2.5.2. Posição da AdC

698. Conforme referido no parágrafo 673 *supra*, a decisão da APAP no sentido de que as suas associadas devem abster-se de participar ou desistir dos procedimentos concursais que incumpram a regra n.º 4 do Guia, ou seja, cujo número máximo de agências na *short-list* excede 3 ou 4 (caso inclua a incumbente), conforme resulta da ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, é concretamente apta a impedir, falsear ou restringir a concorrência.

699. Sem prejuízo desta conclusão, e atentas as características do serviço de produção de conteúdos publicitários e do contexto económico onde este é produzido e prestado, constata-se a existência de um conjunto de eventuais benefícios associados à referida prática.

700. Nos termos do artigo 10.º da Lei da Concorrência:

1 - *Podem ser considerados justificados os acordos entre empresas; as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:*

a) *Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;*

b) *Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos;*

c) *Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.*

701. Mais diz o artigo 10.º, no seu n.º 2, que compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas no número anterior.

702. Atento o alegado em sede de PNI a este respeito, conclui-se que os benefícios aduzidos não satisfazem, pelo menos, as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Concorrência.

703. Em primeiro lugar, e nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Concorrência, não ficou demonstrado que aos utilizadores deste serviço – que, no contexto deste processo de contraordenação, são os anunciantes e, eventualmente, os consumidores finais dos produtos e serviços oferecidos pelos anunciantes – seja

reservada uma parte equitativa dos ganhos gerados com os benefícios invocados nas PNI²⁷⁰.

704. Por um lado, não há evidência que permita concluir que, a cada anunciantre diretamente afetado pela conduta da APAP plasmada na ata da Direção de 17.06.2015, tenha sido reservada a uma parte equitativa dos eventuais benefícios gerados. Conforme descrito na secção 4.1.2.3.2.1, resulta evidente que, do ponto de vista de cada anunciantre afetado, o efeito (ou balanço económico) privado não pode ser nulo ou positivo. Se fosse, não haveria necessidade de adotar aquela conduta, dado que os anunciantres teriam fixado o número de agências a constar da *short list* em 3 (ou 4) por sua livre iniciativa. Na realidade, a conduta da APAP refletida na ata da reunião da Direção de 17.06.2015, teve como objetivo alterar resultados que teriam melhor servido os interesses dos anunciantres individualmente considerados.
705. Sem prejuízo de não reservar, para cada anunciantre individualmente afetado, parte equitativa dos benefícios eventualmente gerados, poderia, ainda assim, dar-se o caso de tal prática reservar, ao *conjunto* dos anunciantres, benefícios suficientes para fazer com que o balanço económico para estes fosse pelo menos nulo. De facto, é possível que haja eventuais benefícios desta prática que não sejam capturados integralmente pelo anunciantre no seu processo concursal específico, mas que poderiam afetar positivamente outros anunciantres.
706. No entanto, os elementos constantes dos autos não permitem sustentar esta hipótese. Pelo contrário, o facto de a APAN, a associação que protege os interesses de um conjunto alargado de anunciantres, se ter demarcado do Compromisso, indica que os termos deste não são do interesse da generalidade dos anunciantres. De acordo com a própria APAN, esta só poderia ser retratada como vítima da conduta da APAP (cf. parágrafo 697).
707. Mesmo que, sem conceder, se assumisse que os anunciantres individualmente considerados, ou em coordenação em sede da associação que protege os seus interesses, tivessem falhado em atuar corretamente na prossecução dos seus próprios interesses, não ficou demonstrado, por parte das visadas ou das responsáveis solidárias, que a generalidade dos utilizadores deste mercado tenham beneficiado, ou pudessem beneficiar, com a conduta da APAP, face a um cenário hipotético onde esta não tivesse tido lugar.
708. Em particular, a APAP, na sua PNI, procede a um cálculo da poupança que determinadas agências obteriam com uma dada limitação do número de participantes incluídos em *short-lists*, com base em elementos quantitativos referidos num guia polaco (cf. parágrafo 684). Ora este valor será relativo ao mercado polaco, e demonstraria, aceitando-o, sem conceder, apenas que existiria uma poupança de custos para as agências na Polónia relativa à restrição no número de agências presentes em *short-lists*, não demonstrando o seguinte:

²⁷⁰ Tal como referido no parágrafo 49 das Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º TFUE, “o acordo deve reservar aos consumidores uma parte equitativa das vantagens dele resultantes, ou seja, os ganhos de eficiência, incluindo ganhos de eficiência qualitativos, obtidos através das restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores de forma suficiente para que, pelo menos, estes possam ser compensados dos efeitos restritivos do acordo”.

- a. Que haja semelhante poupança de custos para as agências, no mercado português;
- b. Que, havendo poupança de custos semelhante, esta poupança seja passada, em parte ou na totalidade, aos utilizadores do serviço²⁷¹;
- c. Que, sendo parte ou a totalidade da poupança de custos passada para os utilizadores do serviço, seja passada 1) para a generalidade dos utilizadores e 2) de tal modo a compensar inteiramente o prejuízo causado pelos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da prática.

709. Finalmente, não estando demonstrado que sejam reservados benefícios equitativos aos anunciantes, não se encontra também demonstrado que os consumidores dos produtos ou serviços finais produzidos pelos anunciantes sejam beneficiados. Por regra, se os anunciantes não obtêm benefícios, não os poderiam passar aos seus consumidores.

710. Em segundo lugar, e nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Concorrência, não foi demonstrada a indispensabilidade das restrições concretas plasmadas na ata da reunião da Direção de da APAP 17.06.2015.

711. A restrição nas *short-lists*, nos termos daquela ata, procura, em essência, mitigar os eventuais efeitos negativos que decorreriam de uma dissociação entre os interesses dos anunciantes e os interesses das agências. Em particular, os primeiros não teriam em conta os custos em que as últimas incorreriam quando preparam as suas propostas criativas, pelo que teriam incentivo a incluir um número excessivo de agências.

712. Mesmo admitindo, por princípio, que tal restrição pudesse eventualmente mitigar parte dos problemas que resultam da referida dissociação, as visadas e responsáveis solidárias não lograram demonstrar a indispensabilidade de tais restrições para a produção dos alegados benefícios, isto é, que os mesmos não poderiam ser obtidos por meios menos lesivos da concorrência.

713. Conclui-se, atento o exposto, que não se verificam pelo menos dois dos critérios cumulativos do artigo 10.º da Lei da Concorrência, pelo que a prática não pode considerar-se justificada à luz deste preceito legal.

4.1.3. Do tipo subjetivo

4.1.3.1. Posição da APAP e responsáveis solidárias

714. De acordo com a BAR, a JWT e a Wunderman, tendo em conta que a conduta das visadas: i) seguia uma tendência mundial; ii) tinha a concordância dos fornecedores

²⁷¹ A este título, é de notar que os custos incorridos com a preparação de propostas assumem, após ser tomada a decisão do anunciante sobre qual agência contratar, a natureza de custos afundados, dado que não podem ser recuperados pelas agências. Estes custos são menos prováveis de serem passados para os utilizadores através de preços mais elevados.

e clientes finais; e que, iii) as próprias anunciaram tal conduta repetidamente nos meios de comunicação social; não houve lugar a qualquer conduta ilícita. Mais alegam que “*se qualquer conduta ilícita efetivamente ocorreu – o que não se concebe mas se equaciona por dever de patrocínio –, tal conduta só poderá ser imputada, no limite, a título de negligência*”²⁷².

715. Para a Brandkey “é por demais evidente que a APAP – Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing sempre esteve convicta da inexistência de qualquer prática restritiva da concorrência, motivo pelo qual sempre procurou difundir o conteúdo do Guia das Boas Práticas”²⁷³.

716. De acordo com a Fullsix e a Fuel não se pode considerar que as visadas agiram com dolo, de forma deliberada, por alegadamente conhecerem as normas legais aplicáveis, porquanto, “*alegar que a APAN e a APAP agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática da infração, sabendo que as condutas que lhe são imputadas eram proibidas por lei, uma vez que em determinado e-mail a Secretaria-Geral faz referência à expressão ‘cartelização’, é não só claramente demonstrativa do desconhecimento jurídico da mesma, como não se poderá considerar que constitui uma imputação de factos precisa e não genérica, concreta e não conclusiva*”²⁷⁴.

717. Alegam a Nossa e a Niusistemas que “*a APAP não atuou com negligência consciente ou inconsciente, já que com a criação do Guia, já existente em inúmeros países que não Portugal, bem assim, com espelho em normas do Código dos Contratos Públicos conforme atrás se deixou referido, materializou uma tendência mundial sempre na defesa dos interesses de um setor de atividade, representando neste Guia pelos dois lados, a oferta e a procura; [o]u seja não poderia sequer ser exigível à APAP que considerasse como possível que a sua conduta fosse suscetível de representar a violação de uma disposição legal*”²⁷⁵.

718. De acordo com a APAP, “*a ampla publicitação que foi feita [...] pela APAP, ao Guia de Boas Práticas [...], e ao Compromisso, que foram dados a conhecer a associados e não associados da APAP e da APAN, e a toda a imprensa, [...], demonstra que a APAP estava absolutamente convicta da bondade e da legalidade do referido Guia e do Compromisso*”²⁷⁶.

719. Mais alega a APAP que “[a] expressão ‘a «posição de indústria» assumida em email é cartelização e ilegal com base na Lei da Concorrência!’, utilizada pela Secretaria-Geral da APAP no email datado de 23.07.2015 [...], nada tem que ver com a aprovação do Guia e/ou do Compromisso” e, bem assim, que o e-mail datado de 28.07.2015 surge num contexto completamente distinto daquele a que a AdC o pretendeu associar na NI²⁷⁷.

²⁷² Cf. fls. 3260 a 3261 – parágrafo 384 a 392 da PNI da BAR, JWT e Wunderman.

²⁷³ Cf. fls. 3350 – parágrafo 100 da PNI da Brandkey.

²⁷⁴ Cf. fls. 3601 – parágrafo 236 e 237 da PNI da Fullsix.

²⁷⁵ Cf. fls. 3295 – parágrafos 92 e 93 da PNI da Nossa e Niusistemas.

²⁷⁶ Cf. fls. 2319 a 2320 – parágrafo 436 da PNI da APAP.

²⁷⁷ Cf. fls. 2320 – parágrafo 441 da PNI da APAP.

720. Entende ainda a APAP que não incorreu em qualquer comportamento negligente “uma vez que a APAP não tinha (nem podia ter) a obrigação de prever que, alegadamente, estaria a serposta em causa qualquer norma jusconcorrencial”²⁷⁸.

4.1.3.2. Posição da AdC quanto ao preenchimento dos elementos do tipo

721. Para que as infrações que resultam das restrições da concorrência por objeto identificadas possam ser imputadas às empresas visadas, é necessário demonstrar que, para além do preenchimento dos elementos do tipo objetivo, estão igualmente preenchidos os elementos do tipo subjetivo da infração tipificada no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

722. Com efeito, o n.º 1 do artigo 8.º do RGCO, aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, determina que “[s]ó é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligéncia”, sendo neste âmbito a negligéncia punível, nos termos do n.º 3 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

723. Refira-se, ainda, que, no caso das contraordenações por violação às regras da concorrência, “as condutas não são axiologicamente neutras, pelo que a simples ignorância da proibição não pode afastar o dolo e deve ser apreciada em sede de consciência da ilicitude”²⁷⁹.

724. Da factualidade identificada e vertida na secção 3.3 da presente Decisão resulta que a visada APAP agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infração que lhe é imputada.

725. Com efeito, ao adotar uma decisão de associação de empresas pela qual se impõe uma condição limitativa do exercício da atividade das associadas e do livre jogo da concorrência, no que se refere a concursos privados abertos por entidades anunciantes para contratação de agências de publicidade, corporizada na ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, e respetiva monitorização, a APAP, agiu de forma direta, livre, consciente e voluntária.

726. Resulta assim dos factos descritos *supra* (secção 3.3), que a APAP decidiu que as suas associadas se deveriam abster de participar ou desistir dos procedimentos concursais cujo número máximo de agências na *short-list* exceda 3 ou 4 (caso inclua a incumbente), e, tendo conhecimento da legislação aplicável, ou não devendo ignorá-la, não se absteve de adotar esse comportamento, que, como referido, preenche todos os elementos de um tipo legal de contraordenação.

727. Como tal, agiu com dolo nos termos do n.º 1 do artigo 14.º do Código Penal, aplicável subsidiariamente.

²⁷⁸ Cf. fls. 2321 – parágrafo 446 da PNI da APAP.

²⁷⁹ Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 12.01.2006, Ordem dos Médicos Veterinários/AdC, proc. 1302/05.5TYLSB, pág. 28. O Tribunal acrescenta: “Ora, precisamente, estamos ante uma contraordenação em que se não pode clamar por qualquer neutralidade axiológica. Protege-se a concorrência e o livre funcionamento do mercado, que se reflete em todos os seus intervenientes, consumidores incluídos, sendo aliás a proteção da concorrência instrumental ao bem comum”.

4.1.3.2.1. Ilicitude

728. O comportamento adotado pela APAP preenche, a partir de 17.06.2015, todos os elementos típicos de uma decisão de associação de empresas proibida nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, pelo que é ilícita, não se verificando quaisquer causas de exclusão da ilicitude, também ditas de justificação do facto.

729. O artigo 8.º, n.º 2, do RGCO dispõe que o “*erro sobre elementos do tipo, sobre a proibição, ou sobre um estado de coisas que, a existir, afastaria a ilicitude do facto ou a culpa do agente, exclui o dolo*”, dispondo o artigo 9.º do RGCO, por sua vez, que “*age sem culpa quem actua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável*” (n.º 1), mas que “*se o erro lhe for censurável, a coima pode ser especialmente atenuada*” (n.º 2).

730. Neste contexto, e como resulta da Sentença do TCRS, “*No direito das contra-ordenações strictu sensu [...] o erro sobre a ilicitude tem um campo de aplicação muito reduzido, uma vez que o art.º 8.º já prevê o erro sobre proibição como causa de exclusão do dolo. [...] O erro sobre a ilicitude no direito das contra-ordenações strictu sensu fica, pois, restringido às seguintes situações típicas; (1) erro sobre a existência e os limites de uma causa de justificação ou exclusão da culpa e (2) o erro sobre a validade da norma (Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações, Universidade Católica Editora, pág. 65 e 66)*”.

731. Constatase que a mesma conduta preenche os elementos que integram e traduzem a ilicitude da decisão, assumindo-se como contrária à ordem jurídica.

732. É, pois, inequívoco o caráter antijurídico da decisão adotada pela APAP.

733. Não se verificam, no presente caso, causas de justificação para adoção da decisão da associação em causa.

734. De facto, resulta da prova produzida nos autos que a APAP conhece, ou, no mínimo, tem obrigação de conhecer, as normas que regem o funcionamento do mercado, nomeadamente, as que visam garantir a livre concorrência.

735. A este respeito, sublinhe-se que a Secretária-Geral da APAP referiu, em e-mail de 23.07.2015, que uma “*posição de indústria*” seria considerada “*cartelização*” e, nessa medida, “*illegal com base na Lei da Concorrência*” (parágrafo 471).

736. Estas manifestações demonstram que a APAP, conhecia as regras de concorrência que se lhe aplicavam, bem como que a natureza do seu comportamento consubstanciaria uma prática anticoncorrencial, pelo menos, a partir de 17.06.2015.

737. Ainda que se admitisse o argumento da APAP de que tal expressão utilizada naquele e-mail teve como objetivo “*tentar suscitar o interesse [das associadas] em comparecer na reunião. Nada mais do que isso*” (parágrafo 441 da PNI), no que não se concede, a “*posição de indústria*” a que a Secretária-Geral se referia dizia precisamente respeito ao que ficara decidido pela Direção da APAP, conforme expresso na ata da reunião de 17.06.2015.

738. Assim, a APAP atuou, ao longo do tempo, com consciência plena e esclarecida – e também com a vontade expressa –, conforme resulta, inequivocamente, da matéria

de facto *supra*, que o seu comportamento violava as regras da concorrência e que, como tal, correspondia a um comportamento ilícito.

739. A este propósito, realça-se o mencionado na ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015: “*Entre as Boas Práticas, existem quatro que podem ser classificadas como basilares, nomeadamente [...] o número máximo de agências nashort list (3/4) [...]. Todos os associados da APAP deverão ser envolvidos neste tema e empenharem-se na exigência pelo seu respeito, até ao limite da não participação em concursos que não respeitem estas Boas Práticas.*”; bem como o papel da APAP na implementação desta decisão, quer através da ameaça direta aos anunciantes de que as suas associadas se abstieram de participar em procedimentos que não a cumprissem, quer através da monitorização daquela determinação junto das suas associadas, como ficou provado *supra* (secção 3.3, parágrafos 496 a 519 470).
740. Conclui-se, portanto, que a conduta adotada pela visada APAP é-lhe plenamente imputável, sendo típica e ilícita, expressamente proibida pelo artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, pelo que se encontra preenchido este elemento subjetivo do tipo.

4.1.3.2.2. Culpas

741. Nos termos do artigo 9.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), age com culpa quem atua com consciência da ilicitude do facto, ou quando o erro sobre a ilicitude lhe for censurável.
742. A APAP não podia deixar de conhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do direito da concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma e livre a política que pretende seguir no mercado.
743. A APAP sabia também que, da adoção da decisão, nos termos que lhe foram conferidos na sua reunião de Direção de 17.06.2015, e respetiva monitorização do seu cumprimento junto das suas associadas, até, pelo menos, ao dia 08.10.2018, resultariam sérias restrições da concorrência.
744. Ainda assim, conhecendo o carácter restritivo da concorrência do seu comportamento, a APAP optou por adotar a conduta referida na secção 3.3 *supra*.
745. A este respeito, reitere-se o referido pela Secretária-Geral da APAP, em e-mail de 23.07.2015, no qual a mesma salienta que uma “*posição de indústria*” seria considerada “*cartelização*” e, nessa medida, “*illegal com base na Lei da Concorrência*” (parágrafo 471).
746. Revelando a intenção da APAP em monitorizar o cumprimento da decisão, nos termos que lhe foram conferidos na sua reunião de Direção de 17.06.2015, restringindo o número de empresas participantes em procedimentos de contratação de serviços de publicidade, com as inerentes consequências de limitação da concorrência, veja-se, a título de exemplo, as comunicações referidas nos parágrafos 509 e ss.
747. Nestes termos, verifica-se que a APAP agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infração, sabendo que a conduta que lhe é imputada é proibida por lei, tendo, ainda assim, querido realizar todos os atos necessários à sua verificação.

748. Do exposto resulta claro que a APAP agiu com dolo, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, não se absteve de praticar, de forma deliberada, os atos acima descritos, concretamente, a adotação da decisão acima referida e, bem assim, da monitorização do respetivo cumprimento junto das suas associadas, levando a cabo uma conduta que preenche todos os elementos (objetivos e subjetivos) do tipo legal de contraordenação previsto e punido no artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

4.1.4. Execução temporal da infração

749. Verifica-se que a decisão de associação de empresas traduzida na imposição de uma limitação a um máximo de 3 agências (ou 4, caso incluísse a incumbente), a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de produção de conteúdos de publicidade, conforme expressamente referida na ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, e nos termos aí concretamente definidos, consubstancia uma infração permanente, tendo tido início em 17.06.2015, e cessado em 08.10.2018, porquanto, de acordo com a APAP, “*a partir do momento em que teve conhecimento das preocupações da AdC (ou seja, pelo menos desde 9 de outubro de 2018), suspendeu qualquer comportamento ativo ou reativo no que diz respeito às referidas Boas Práticas*”²⁸⁰.

4.2. Determinação das sanções

4.2.1. Prevenção geral e prevenção especial

750. A aplicação de sanções, e em particular, de coimas, em processo contraordenacional, visa a proteção de bens jurídicos e de interesses legalmente protegidos.

751. A confiança da comunidade, e, em particular, a confiança dos agentes económicos e dos consumidores na sua ordem jurídica e no livre funcionamento da concorrência, tem de ser tutelada e firmemente protegida.

752. Deve, pois, atender-se às exigências da prevenção, geral e especial, que visam, por um lado, tutelar a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre agentes económicos e, por outro, dissuadir os agentes económicos que manifestam uma elevada insensibilidade aos bens jurídicos tutelados, restabelecendo a confiança dos agentes económicos e dos consumidores no ordenamento jus concorrencial.

753. Em sede contraordenacional, a prevenção geral assume um lugar primordial na finalidade da coima.

754. A prevenção geral é entendida como um instrumento de política sancionatória destinado a atuar sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de ilícitos, atuando em duas vertentes: através da manutenção ou reforço da confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos (prevenção geral positiva ou de integração), e através da intimidação causada à generalidade dos agentes, devido ao prejuízo que a sanção

²⁸⁰ Cf. fls. 2326 – parágrafos 473 e 474 da PNI da APAP.

causa ao infrator e que os leva a não cometerem factos puníveis (prevenção geral negativa ou de intimidação).

755. Por sua vez, a prevenção especial assenta na ideia de que a coima é um instrumento de atuação preventiva sobre o infrator, com o fim de evitar que, no futuro, este cometa novos ilícitos.
756. A prevenção especial atua, quer ao nível da intimidação individual do agente para que este não repita o facto praticado (prevenção especial negativa), quer através da criação de condições para que este aja em harmonia com as regras jurídicas (prevenção especial positiva).
757. Deve, ainda, considerar-se o desvalor da ação e o desvalor do resultado, bem como a intensidade da realização típica, sendo que, entre essas circunstâncias, se considera no que toca à ilicitude, o grau de violação ou o perigo de violação do interesse ofendido, o número de interesses ofendidos e suas consequências, a eficácia dos meios utilizados; no que toca à culpa, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, o grau de intensidade da vontade, os sentimentos manifestados no cometimento do ilícito, os fins ou motivos determinantes, a conduta anterior e posterior.
758. Elementos esses que permitirão concretizar, dentro da medida abstrata da coima, o quantum a aplicar no caso concreto.

4.2.2. Medida legal da coima e volumes de negócios da visada APAP

759. A decisão da APAP de impor de uma limitação a um máximo de 3 agências (ou 4 se incluísse a incumbente) a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de produção de conteúdos de publicidade, nos termos expressamente fixados na ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, constitui uma contraordenação na aceção das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, punível nos termos que resultam da conjugação das disposições constantes do artigo 67.º, alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º e n.º 2 do artigo 69.º da mesma Lei, com coima que não poderá exceder 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade.
760. O volume de negócios agregado das empresas associadas da APAP, no ano de 2019, foi de 177.488.480,57 € (cento e setenta e sete milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e oitenta euros e cinquenta e sete centimos) (cf. parágrafo 370), não podendo a coima aplicada à APAP exceder 10% deste montante.
761. Na determinação da medida da coima a Autoridade utiliza a metodologia adotada nas suas Linhas de Orientação da AdC relativas à metodologia a utilizar na fixação de coimas, nos termos do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, considerando, entre outros, os critérios a seguir referenciados, por força do n.º 1 da mesma disposição.
762. Para efeitos de aplicação da identificada metodologia prevista nestas Linhas de Orientação, nos termos explicitados *infra* (cf. parágrafo 774), o volume de negócios realizado pelas associadas da APAP com a prestação de serviços publicitários em contexto de contratação privada, no período compreendido entre 2015 e 2018, foi de 92.024.781 € (noventa e dois milhões, vinte e quatro mil e setecentos e oitenta e um

euros), 96.547.818 € (noventa e seis milhões, quinhentos e quarenta e sete mil e oitocentos e dezoito euros), 101.419.262 € (cento e um milhões, quatrocentos e dezanove mil e duzentos e sessenta e dois euros); e 92.662.034 € (noventa e dois milhões, seiscentos e sessenta e dois mil e trinta e quatro euros), respetivamente (cf. parágrafo 371).

4.2.3. Critérios de determinação da medida concreta da coima

763. Em processo de contraordenação a coima tem um fim de prevenção especial negativa, isto é, visa evitar que o agente repita a conduta infratora e, igualmente, um fim de prevenção geral negativa, ou seja, visa evitar que os demais agentes tomem o comportamento infrator como um modelo de conduta²⁸¹.
764. Nos termos da lei aplicável, estes fins devem ser alcançados em função, nomeadamente, dos critérios enunciados no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, e que são os seguintes: a gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; a duração da infração; o grau de participação da visada na infração; as vantagens de que esta haja beneficiado em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; o comportamento da visada na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; a situação económica visada; os respetivos antecedentes contraordenacionais por infração às regras da concorrência; a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.
765. São ainda de considerar todas as circunstâncias relevantes para a aferição da gravidade da conduta e da culpa, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do RGCO.
766. Definidos estes parâmetros, e como referido, estabelece o n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 que a coima não poderá exceder 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade.
767. A determinação da medida concreta da coima é levada a cabo num único ato²⁸², por via da qual o aplicador tem de considerar, simultaneamente e num momento uno, o fator da culpa, conjuntamente com os demais critérios de determinação da medida da coima, incluindo a situação económico-financeira do agente.
768. Isto significa, por um lado, que os limites máximos objetivos e fixos não são determinados apenas em função da gravidade máxima que os factos podem assumir, mas também em função da situação económico-financeira dos agentes da infração. Significa ainda, por outro lado, que na concreta tarefa de determinação da medida da coima a ponderação dos factos e demais critérios é sempre combinada e subjetivizada à luz da situação económico-financeira atual do infrator. O n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 vem introduzir essa subjetivização no limite máximo, sem prejuízo de um

²⁸¹ Cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Regime Geral de Contraordenações*, 2011, Universidade Católica Editora, anotação ao artigo 18.º, página 84.

²⁸² Cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2005, página 126; no mesmo sentido, Sentença do TCRS de 20.10.2016, grupo ANF c. AdC, processo n.º 36/16.0YUSTR (1.º Juízo), página 297.

ulterior afinamento por via da ponderação do critério previsto na alínea g) do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

769. Na determinação da medida concreta da coima devem ainda aplicar-se os princípios e a metodologia constantes das Linhas de Orientação para o cálculo de coimas, com base na ponderação dos critérios elencados no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, nos termos adiante descritos em detalhe.
770. As Linhas de Orientação visam introduzir um maior grau de certeza jurídica, previsibilidade e transparência na atuação sancionatória da AdC, conferindo aos agentes económicos as informações necessárias à compreensão do método utilizado pela AdC na determinação das coimas aplicadas.
771. Tal não significa que a aplicação da metodologia constante das Linhas de Orientação se traduza num cálculo aritmético tendente à fixação do montante das coimas a aplicar.
772. Pelo contrário, tal metodologia fornece apenas uma orientação de índole geral, preservando o grau de amplitude necessário à adaptação das coimas às particularidades e exigências específicas de prevenção geral e especial que se façam sentir em cada caso concreto, à luz dos princípios da proporcionalidade e adequação.
773. Além disso, as Linhas de Orientação refletem as boas práticas europeias e a jurisprudência da União nesta matéria, visando assegurar consistência e uniformidade na aplicação das regras de concorrência no espaço da União.
774. Neste sentido, nos termos da lei, a AdC deve atender ao volume de negócios total agregado das empresas associadas no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade, podendo igualmente atender, como referido nas Linhas de Orientação, ao volume de negócios agregado das empresas associadas direta ou indiretamente relacionado com a infração, que, *in casu*, se reconduz ao volume de negócios das empresas relacionado com a prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários a anunciantes privados, atenta a atividade pelas mesmas desenvolvida.
775. Nessa medida, tal como igualmente previsto nas Linhas de Orientação identificadas, e nos termos do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade considerará na determinação da medida concreta da coima a aplicar à visada APAP, nomeadamente, os seguintes critérios:

4.2.3.1. Gravidade da infração

776. A infração objeto do presente processo de contraordenação traduz-se numa decisão de associação de empresas de imposição de uma limitação a um máximo de 3 agências (ou 4 caso se incluísse a incumbente) a ser incluídas nas *short-lists* de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de produção de conteúdos de publicidade, nos termos expressamente fixados na ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, com o objeto de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência e, em particular, com o objetivo de limitar e condicionar a livre decisão das agências de publicidade de concorrerem a procedimentos tendentes à prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários e dos anunciantes, quer no momento de escolher as concorrentes para a fase de proposta

criativa (*short-list*), quer na determinação das regras dos respetivos procedimentos que se encontrassem em tal fase.

777. Nessas circunstâncias, concluiu-se pela elevada gravidade da infração cometida pela APAP, uma vez que a mesma visa limitar e reduzir a concorrência, em substituição da incerteza normal quanto à conduta de empresas que oferecem serviços no mercado, influenciando a decisão dos agentes económicos, tratando-se, pois, de uma iniciativa de uma associação para a coordenação da conduta das suas associadas que pode afetar de forma grave o bom funcionamento do mercado.
778. De facto, a tal corresponde uma prática restritiva da concorrência, pondo em causa o bom funcionamento do mercado, podendo resultar em prejuízo para os consumidores e originar efeitos nocivos sobre a eficiência económica.
779. A infração cometida pela APAP é, pois, qualificada como uma infração muito grave.

4.2.3.2. A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração

780. De acordo com a factualidade apurada em sede de instrução, considera-se como mercado afetado o mercado nacional da prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários a anunciantes privados.
781. Conforme resulta da secção 3.1.2, a APAP é a associação representativa de uma parte significativa das empresas que constituem a oferta de serviços de produção de conteúdos publicitários. Acresce que a conduta implementada pela APAP foi também seguida por agências do sector que não eram suas associadas (cf. parágrafo 511).

4.2.3.3. Duração da infração

782. A infração vigorou desde 17.06.2015, que corresponde à data da ata da reunião de Direção da APAP a qual refere a decisão desta associação de que as suas associadas deveriam abster-se de participar ou desistir dos procedimentos concursais privados cujo número máximo de agências na *short-list* exceda 3 ou 4 (caso inclua a incumbente), tendo-se mantido, de forma permanente, e nesses precisos termos, até 08.10.2018.

4.2.3.4. Grau de participação da APAP

783. A APAP executou integralmente os factos que consubstanciam a infração em causa no presente processo, pelo que a APAP devem ser punida como autora da infração em referência (cf. secção 3.3).

4.2.3.5. Vantagens de que beneficiaram as associadas da APAP em consequência da infração

784. A prática em causa permitiu às agências influenciar ou mesmo determinar o número de participantes na fase final dos concursos promovidos por anunciantes privados.

785. Em particular, a APAP garantiu que, através da sua atuação e da estratégia de reação coletiva por esta definida a partir de 17.06.2015, fosse implementada, junto dos anunciantes privados, a consciência da necessidade de convidar apenas 3 ou 4 agências para a apresentação de propostas criativas (*short-list*), conforme ficou demonstrado *supra* (cf. secção 3.3).
786. Por seu turno, a capacidade de influenciar o número de participantes na fase final dos concursos reduz a incerteza ou o risco inerentes à decisão de cada agência associada, quanto à apresentação de proposta criativa em determinado concurso.
787. A alteração das condições concorrenciais do mercado é assim obtida pelas empresas associadas, por interposição da APAP e da estratégia de reação coletiva por esta definida, em seu exclusivo benefício.

4.2.3.6. Comportamento das visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

788. De acordo com a APAP, esta associação “*a partir do momento em que teve conhecimento das preocupações da AdC (ou seja, pelo menos desde 9 de outubro de 2018), suspendeu qualquer comportamento ativo ou reativo no que diz respeito às referidas Boas Práticas*” (sublinhado no original, parágrafos 473 e 474 da PNI, fls. 2326).

4.2.3.7. Situação económica da APAP

789. No ano de 2019, a APAP teve um volume de negócios de 222.367,94 € (duzentos e vinte e dois mil trezentos e sessenta e sete euros e noventa e quatro cêntimos), conforme referido na secção 3.1.2., sendo que o volume de negócios agregado das associadas da APAP em 2019 foi de 177.488.480,57 € (cento e setenta e sete milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e oitenta euros e cinquenta e sete cêntimos).
790. De acordo com a APAP, “*a AdC deverá ainda considerar que a mera condenação da APAP será suficiente para determinar o fim desta associação, ficando irremediavelmente comprometida a liberdade de associação constitucionalmente consagrada. Assim, a eventual coima concretamente aplicável deverá ser correspondentemente reduzida, sob pena de a mesma se apresentar absolutamente desproporcional e desadequada à alegada conduta imputada à APAP*
²⁸³”.791. A AdC reitera (cf. secção 2.5) que inexiste qualquer inconstitucionalidade material por violação do princípio da proporcionalidade quanto à coima abstratamente aplicável. Com efeito, a AdC perfilha o entendimento do TRL – aplicável, *mutatis mutandis*, à factualidade dos presentes autos, isto é, ao limite máximo da coima aplicável a uma associação de empresas – segundo o qual o artigo 69.º, n.º 2, da Lei nº 19/2012 “*não viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art.º 18.º da CRP) e do princípio da culpa (art.º 1.º da CRP)*
²⁸⁴.

²⁸³ Cf. fls. 2325 – parágrafos 468 e 469 da PNI da APAP.

²⁸⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.6.2017, processo n.º 36/16.0YUSTR.L1 – 3.ª Secção, p. 266, ainda não publicado.

792. Neste quadro, na presente Decisão a AdC tem em consideração a situação económica da APAP no momento do cálculo da respetiva coima, nos termos referidos na secção 4.2.2.

4.2.3.8. Antecedentes contraordenacionais jusconcorrenciais das infratoras

793. Não são conhecidas condenações prévias da APAP no domínio da aplicação de ilícitos jusconcorrenciais previstos na Lei n.º 19/2012.

4.2.3.9. Colaboração prestada à Autoridade da Concorrência

794. No que respeita à colaboração prestada pela APAP, entende-se que, até à presente data, a mesma atuou em conformidade com as normas aplicáveis, cumprindo com o dever legal de colaboração que sobre a mesma incide, respondendo, designadamente, no prazo fixado, a todos os pedidos de elementos da Autoridade.

4.2.3.10. Conclusão

795. Tendo em conta os critérios analisados na presente secção, bem como os demais elementos constantes dos autos, mormente referentes às circunstâncias da prática imputada e grau de participação dos respetivos agentes, a par da duração da infração, a AdC determina a medida concreta da coima tomando em consideração a natureza concreta da prática e circunstâncias da sua implementação, a situação económica da visada APAP e, bem assim, a dimensão do setor económico em causa. No caso concreto, a AdC considera suficientemente dissuasora a aplicação de uma coima cujo montante base se aproxima do limiar mínimo resultante da aplicação do §27 das Linhas de Orientação para o cálculo de coimas, tendo em conta o volume de negócios no mercado afetado.

796. Por força do §29 das referidas Linhas de Orientação, a AdC aplicou *in casu* um multiplicador correspondente à duração da infração, tal como identificada acima, de três anos e meio. Acresce que a AdC não incluiu no montante base da coima uma fração adicional do volume de negócios relacionado com a infração, a que se refere o §30 das Linhas de Orientação.

797. Na determinação da medida da coima, a AdC pode ter em consideração, numa apreciação de conjunto, circunstâncias que impliquem um aumento ou uma redução do montante de base da coima a aplicada à visada, mormente as referidas nos §§ 32 e 33 das Linhas de Orientação. No entanto, no presente caso não foram aplicados no cálculo da coima fatores agravantes ou atenuantes.

798. A fim de assegurar o carácter suficientemente dissuasor e proporcionado da coima a aplicar, a AdC pode aumentar o montante da coima calculado com base no volume de negócios relacionado com a infração até 100%, atendendo, em particular, à dimensão da visada pelo processo, ao seu poder económico e à relevância económica do sector onde a prática tenha ocorrido, nos termos do §34 das Linhas de Orientação. Porém, a AdC tão pouco considerou necessário proceder a um aumento, nos referidos termos, da coima aplicada no presente caso.

4.3. Responsabilidade solidária dos membros dos órgãos diretivos de uma associação de empresas

799. Nos termos do disposto no n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, as empresas cujos representantes, ao tempo da infração, eram membros dos órgãos diretivos de uma associação de empresas que seja objeto de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória (nos termos previstos nas alíneas a) a g) do n.º 1 do artigo 68.º, no n.º 2 do artigo 69.º e no artigo 72.º), são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima ou sanção pecuniária compulsória que vier a ser aplicada à associação, exceto se, por escrito, tiverem lavrado a sua oposição à decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou.

800. Tal como resulta da secção 4.2.3.3 *supra*, o período de duração da infração em causa nos termos do presente processo é de 17.06.2015 a 08.10.2018.

801. Durante esse período, foram membros do órgão diretivo da APAP as seguintes empresas:

- APECOM, membro do órgão diretivo no período 2015-2017;
- APAME, membro do órgão diretivo no período 2015-2018;
- Brandkey, membro do órgão diretivo no período 2009-2017;
- Fuel membro do órgão diretivo no período 2012-2018;
- Fullsix, membro do órgão diretivo no período 2009-2018;
- MTSF, membro do órgão diretivo no período 2015-2017;
- Niusistemas, membro do órgão diretivo no ano de 2018;
- Nossa, membro do órgão diretivo no ano de 2018;
- BAR, membro do órgão diretivo no ano de 2018;
- Wunderman, membro do órgão diretivo no período 2015-2018.

802. Não consta dos elementos probatórios que integram os autos qualquer demonstração de que estas empresas, através dos seus representantes, tenham, em algum momento, lavrado a sua oposição, por escrito, à decisão de associação de empresas restritiva da concorrência que consubstancia a infração no âmbito do presente processo, da qual tinham, ou deveriam ter, conhecimento, dadas as respetivas atribuições no seio das respetivas associações.

803. Assim, conclui-se que, para efeitos do disposto no n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima aplicada à APAP no contexto do presente processo as empresas associadas acima referidas no parágrafo 801.

804. Nas suas PNI estas empresas invocam determinados argumentos no sentido de que não deveriam ser consideradas solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima aplicada à APAP.

805. Tais argumentos serão abordados de seguida, agrupados por tipologia de matéria alegada, sem prejuízo de ser feita referência às empresas que os suscitaron.

4.3.1. Período de funções no órgão direutivo

4.3.1.1. Pronúnícias das responsáveis solidárias

806. Na sua PNI, a Fuel refere que “[...] foi membro do órgão direutivo no período 2012-2020, não tendo porém, acompanhado a preparação e redação do Guia na sua fase inicial”²⁸⁵.

807. Acrescenta ainda a Fuel na sua PNI que “[d]everá ser tido em consideração que a visada fez parte da APAP durante o período 2012-2020, ou seja, em data posterior à decisão de elaboração do Guia e, consequentemente de toda esta questão, não tendo qualquer intervenção na decisão da APAP de adoção destas recomendações”²⁸⁶.

808. Por sua vez, a APECOM argumenta que “não aprovou nem subscreveu o documento em causa [o Guia], não podendo, também por esta razão, ser responsável solidária”; e esclarece ainda que “a APECOM não é associada da APAP desde 2018”²⁸⁷.

809. Também a MTSF se pronuncia sobre esta matéria, referindo que “[o]s alegados factos imputados à APAP dizem respeito a uma alegada decisão de associação de empresas que teria tido início com a adoção, em março de 2009, do Guia de Boas Práticas”, “[o]u seja, aquando da nomeação da PARTNERS para vogal da Direção da APAP, já tinham decorrido cerca de 6 anos desde a adoção do Guia”²⁸⁸.

810. No que concerne a este ponto específico, argumenta a MTSF que “[n]ão se antevê, portanto, como seria exigível a um vogal, nomeado para a direção seis anos depois da constituição da alegação decisão restritiva, que tivesse lavrado por escrito a sua oposição à decisão que constitui a alegada infração”, mais acrescentando que “[d]efender o contrário seria exigir a um qualquer membro da direção de uma associação que, relativamente a decisões adotadas em mandatos anteriores, viesse lavrar o seu protesto ou oposição”; “[n]unca tal se viu, não seria praticável e, acima de tudo, não é exigível”²⁸⁹.

²⁸⁵ Cf. fls. 3409 - parágrafo 11 da PNI da Fuel. No mesmo sentido e com redação bastante similar, cf. fls. 3571 - parágrafo 11 da PNI da Fullsix.

²⁸⁶ Cf. fls. 3440 - parágrafo 240 da PNI da Fuel. No mesmo sentido e com redação bastante similar, cf. fls. 3601 - parágrafo 239 da PNI da Fullsix.

²⁸⁷ Cf. fls. 3075 - parágrafos 22, 23 e 24 da PNI da APECOM. No mesmo sentido e com um raciocínio em tudo semelhante, cf. fls. 3084 - parágrafos 23 e 24 da PNI da APAME. A única diferença reside no facto de a APAME ser ainda à data de hoje associada da APAP, fls. 8473.

²⁸⁸ Cf. fls. 3089 - parágrafos 4 e 5 da PNI da PNI da MTSF.

²⁸⁹ Cf. fls. 3091 - parágrafos 16 a 19 da PNI da MTSF.

811. Alega ainda a MTSF o seguinte: “[s]obre tudo relativamente a um Guia cuja adoção e implementação foi amplamente publicitada, sendo, portanto, do conhecimento público, sem que nenhuma entidade, incluindo a AdC, no âmbito das suas competências [cfr. artigo 1.º, n.º 2 e 5.º ali. A) dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto], o tivesse posto em causa”²⁹⁰.

812. Conclui a MTSF que “[n]estas condições, não pode a PARTNERS ser responsabilizada solidariamente pelo pagamento de uma eventual coima que venha a ser aplicada à APAP”²⁹¹.

813. A Nossa e a Niusistemas, por sua vez, alegam que não tiveram qualquer intervenção “quer na aprovação do Guia, quer na difusão do mesmo juntos dos restantes Associados e entidades terceiras”²⁹².

814. Alegam ainda estas empresas que “apenas passaram a fazer parte da Direção da APAP para o triénio de 2018 e 2020”, acrescentando a seguinte questão: “qual a bondade e a justiça de colocar em planos de igualdade e responsabilizar de forma igual quem participou em períodos de tempo diferentes na Direção da APAP?”, “[é] uma justiça ferida de total injustiça material e de desproporcionalidade”²⁹³.

4.3.1.2. Apreciação da AdC

815. Com ligeiras variantes na formulação do argumento, a Fuel, a Fullsix, a APECOM, a APAME, a MTSF, a Nossa e a Niusistemas alegam que não faziam parte dos órgãos diretivos da APAP quando da aprovação do Guia, e que, como tal, não tiveram intervenção na preparação e redação do Guia e não aprovaram ou subscreveram, nem tiveram intervenção na decisão da APAP de aprovar, adotar ou difundir o Guia.

816. Procuram as empresas retirar desta factualidade, de forma direta ou indireta, que não deveriam ser consideradas responsáveis solidárias pelo pagamento da coima aplicável à APAP.

817. Conforme decorre da secção 4.1.2 supra, o período da infração pela qual a APAP é condenada nos termos da presente Decisão começa em 17.06.2015, data da ata da reunião de Direção da APAP em que se refere expressamente a imposição da limitação máxima de 3 agências (ou 4, caso incluísse a incumbente) na fase de apresentação de proposta criativa (*short-list*), “até ao limite da não participação em concursos”.

818. Nestes termos, o argumento aduzido pelas responsáveis solidárias Fuel, Fullsix, APECOM, APAME e MTSF nunca poderia proceder, uma vez que em 2015, à data daquela reunião, todas estas empresas faziam parte do órgão diretivo da APAP.

819. Assim, das empresas acima referidas, apenas a Nossa e a Niusistemas não faziam parte do órgão diretivo da APAP em 2015. Sucede que o facto de a Nossa e a Niusistemas não fazerem parte do órgão diretivo da APAP em 2015 também não

²⁹⁰ Cf. fls. 3092 - parágrafo 20 da PNI da MTSF.

²⁹¹ Cf. fls. 3092 - parágrafo 21 da PNI da MTSF.

²⁹² Cf. fls. 3284 - parágrafo 39 da PNI conjunta da Nossa e da Niusistemas.

²⁹³ Cf. fls. 3297 - parágrafos 99 a 101 da PNI conjunta da Nossa e da Niusistemas.

constitui um argumento atendível no sentido de excluir a sua responsabilidade solidária pelo pagamento da coima aplicável à APAP.

820. Com efeito, importa relembrar que, conforme decorre da secção 4.1.2 *supra*, a infração *sub judice* consubstancia um ilícito de natureza permanente, cujo estado antijurídico começou em 17.06.2015, data da ata da reunião de Direção da APAP em que se refere expressamente a imposição da limitação máxima de 3 agências (ou 4, caso incluísse a incumbente) na fase de apresentação de proposta criativa (*short-list*), “até ao limite da não participação em concursos”, tendo-se mantido, de forma permanente, e nesses precisos termos, até dia 08.10.2018.
821. No caso das infrações permanentes — que se distinguem das infrações instantâneas, no âmbito das quais a consumação ocorre num único momento no tempo —, a consumação é uma situação duradoura, que se arrasta no tempo e que só termina com a prática de novo facto que restitua a situação anterior ao evento típico que lhe deu início (i.e., enquanto subsistiu o comportamento ilícito); nestes casos, o agente comete uma única infração, sendo a sua ação indivisível no tempo.
822. Pela sua clareza, cite-se a este respeito a Sentença do Tribunal de Comércio de 12.01.2006 no caso *Ordem dos Médicos Veterinários c. AdC*: “*Esta infração manteve-se e mantém-se enquanto as normas citadas vigorarem pois a arguida tomou uma resolução e manteve-a. Este é, aliás, um ilícito de natureza permanente, pois a sua execução e a consumação perduram no tempo, compreendendo, numa primeira fase, toda a conduta do agente até ao evento, seguindo-se uma segunda fase que perdura no tempo até que o agente cumpra o dever de fazer cessar o estado antijurídico causado*”²⁹⁴ (sublinhado da Autoridade).
823. Ou seja, num ilícito de natureza permanente, como o que se encontra em causa na presente Decisão, o estado antijurídico vai-se mantendo por todo o período da infração, pelo que o exercício de funções no órgão direutivo da APAP durante o período em que a infração esteve a decorrer comporta a participação na infração ou a aceitação desse estado antijurídico, o que sustenta e justifica a responsabilização solidária.
824. Dito isto, importa agora ponderar o argumento, de certa forma complementar ao acima rebatido, invocado pela MTSF, de que não concebe como pode um membro do órgão direutivo ser responsável solidariamente com a APAP pelo pagamento de uma coima que se reporta a uma infração que começou em momento anterior à sua nomeação.
825. Em concreto, a MTSF alega que não vislumbra como pode ser exigível a um membro do órgão direutivo nomeado depois do começo da infração lavrar a sua oposição à decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou (sendo certo que, no caso da infração *sub judice*, cujo início se reporta a 17.06.2015, data da ata da reunião de Direção da APAP em que se refere expressamente a imposição da limitação máxima de 3 agências (ou 4, caso incluísse a incumbente) na fase de apresentação de proposta criativa (*short-list*), “até ao limite da não participação em concursos”, esta situação não se verifica relativamente à MTSF, que era membro do órgão direutivo da

²⁹⁴ Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de 12.01.2006, *Ordem dos Médicos Veterinários c. AdC*, Processo 1302/05.5TYLSB – página 23.

APAP nessa data, mas sim à Nossa e à Niusistemas, que apenas se tornaram membros do órgão diretivo em 2018).

826. Este preciso argumento, agora abordado em concreto, foi alegado e refutado de forma exaustiva, em abstrato, em 2.7.5 *supra*, a propósito da apreciação da alegada inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º à luz dos princípios da culpa e da presunção da inocência, e também alegado e refutado, ainda que de forma mais sintética, em 2.6, quando da apreciação da alegada inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 73.º à luz do princípio da liberdade de associação.
827. O referido nestas secções, por referência à norma quando analisada em abstrato, é absolutamente válido e pertinente na apreciação dos argumentos da MTSF, que se reportam à aplicação da norma a uma situação concreta, razão pela qual se dão por reproduzidas as considerações efetuadas nas secções identificadas a este propósito, fazendo-se nesta sede uma pequena súmula do que importa salientar nesta matéria.
828. Conforme confirmado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdão 561/2011 e Acórdão 180/2014²⁹⁵), os membros dos órgãos diretivos de uma pessoa coletiva assumem uma especial responsabilidade pela atividade desenvolvida pelas mesmas. Tal sucede com especial acuidade nas associações de empresas, uma vez que estas têm tipicamente como objeto a defesa dos interesses das empresas suas associadas, de entre as quais são nomeados os membros do órgão diretivo, que assumem um papel determinante na conformação e desenvolvimento da atividade da associação.
829. Deste modo, é exigível que os titulares de órgãos de Direção de uma associação de empresa que (i) tenham conhecimento das regras da concorrência relevantes, (ii) diligenciem no sentido de obter conhecimento de eventuais práticas ilegais levadas a cabo pela associação, e (iii) caso concluam que se encontra uma prática ilegal em curso, a ela se oponham por escrito.
830. É esta exigência de um especial dever de cuidado que recai sobre os titulares de órgãos de direção de uma associação de empresa, até pelo potencial de risco que estas apresentam em matéria jusconcorrencial, afigura-se adequada, razoável e não excessiva, no âmbito de uma cultura empresarial que se pretende respeitadora das regras de defesa da concorrência, bem jurídico constitucionalmente tutelado.
831. Aliás, caso se seguisse a tese proposta pelas responsáveis solidárias e, por hipótese de raciocínio, fosse adotada no ano 2000 uma decisão de associação de empresas restritiva da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, por uma direção nomeada para o triénio 2000-2002, e o ilícito se mantivesse até 2020, todos os membros da Direção nomeados depois de 2002 nunca poderiam ser responsáveis solidariamente com a associação.
832. Não se pode conceder neste aspeto, na medida em que se afigura exigível (sendo mesmo necessário para evitar o prolongar sem fim de infrações pré-existentes), a um novo membro de um órgão diretivo de uma associação de empresas que, depois de nomeado, reconheça e identifique a infração em curso, da mesma forma como o deveriam ter feito os membros da direção à data do respetivo começo, e aja em

²⁹⁵ Citados em 2.7.2 *supra*.

conformidade, obstando à sua continuação ou lavrando por escrito, à primeira oportunidade, se necessário por si promovida, a sua oposição.

833. Refere ainda a APECOM (assume-se, apesar de não resultar explícito da PNI, que também com o propósito de se excluir da responsabilidade a título solidário pelo pagamento da coima aplicada à APAP) que “não é associada da APAP desde 2018”²⁹⁶.
834. Não pode, também, este facto, da mesma forma e por razões idênticas às referidas acima, implicar que a APECOM não possa ser considerada responsável solidária pelo pagamento da coima aplicada à APAP.
835. Recapitulando: (i) a infração imputada à APAP configura uma infração de natureza permanente que durou de 17.06.2015 até 08.10.2018; (ii) num ilícito de natureza permanente o estado antijurídico vai-se mantendo por todo o período da infração, pelo que o exercício de funções no órgão direutivo da APAP durante o período em que a infração esteve a decorrer comporta a participação ou compactuação com a infração; (iii) a APECOM fez parte do órgão direutivo da APAP durante esse período; e (iv) a APECOM não lavrou por escrito a sua oposição à decisão.
836. Reunidos estes pressupostos, o facto de a APECOM já não ser associada da APAP desde 2018 não exclui a sua responsabilidade solidária; caso este entendimento fosse sufragado, estaria encontrada a forma de todas as possíveis responsáveis solidárias se eximirem dessa responsabilidade: bastaria deixarem de ser associadas da associação ou renunciar ao desempenho de funções diretivas na mesma.

4.3.2. Manifestação de oposição por parte da Fuel

4.3.2.1. Pronúncia da Fuel

837. Na sua PNI, a Fuel refere que “manifestou a sua oposição às práticas em análise, conforme se verifica do infra citado e-mail de [Colaborador da Fuel 2] datado de 25 de maio de 2018”²⁹⁷.
838. Esta afirmação diz respeito a um e-mail enviado a propósito do concurso para seleção de agência publicitária lançado pela TAP em 2018, referido na Decisão de Inquérito nos parágrafos 152 a 155²⁹⁸.
839. Assim, concretiza a Fuel na sua PNI que “[e]m 25 de maio de 2018 a Fuel, através do seu CEO [Colaborador da FUEL 2], respondeu à Secretaria-Geral, referindo que deveriam confirmar junto da TAP, no caso com a Direção de Marketing da TAP, na medida em que podem querer escolher mais do que 1 parceiro, pelo que, se for esse o caso, os moldes do concurso não estariam desajustados (...)”²⁹⁹.

²⁹⁶ Cf. fls. 3075 - parágrafo 24 da PNI da APECOM.

²⁹⁷ Cf. fls. 3409 - parágrafo 11 da PNI da Fuel.

²⁹⁸ Cf. parágrafos 516 a 519 da presente Decisão.

²⁹⁹ Cf. fls. 3427 - parágrafo 140 da PNI da Fuel, que faz referência ao documento APAP-0332. Também a Fullsix faz referência a este e-mail no parágrafo 139 da sua PNI (fls. 3588), referindo igualmente no

840. Do teor deste documento e de um outro com identificador APAP-1007, referido no parágrafo 141 da PNI da Fuel³⁰⁰, retira esta empresa mais à frente que se verificou “entre os diversos Associados, no caso a Fuel, uma clara intenção de conversação, manifestando-se esta quanto ao teor da carta como pouco simpático”³⁰¹.

4.3.2.2. Apreciação da AdC

841. No parágrafo 11 da sua PNI a Fuel³⁰² parece pretender extrair do e-mail enviado pelo seu CEO **[Colaborador da Fuel 2]** em 25.05.2017 (mencionado no parágrafo 140 da PNI da Fuel³⁰³) uma manifestação de oposição por parte da Fuel à prática ilícita imputada à APAP, com o propósito de obviar a que a Fuel pudesse ser responsabilizada a título solidário pelo pagamento da coima aplicada à APAP.

842. No entanto, da análise do conteúdo do e-mail em causa e do contexto no qual o mesmo foi enviado resulta que esta tese não pode ser acolhida; apresenta-se de seguida a factualidade relevante para aferir desta questão, conforme resulta da prova constante dos autos.

843. Em 21.05.2018, **[Colaboradora da APAP]** (Secretária-Geral da APAP), a propósito de um concurso para seleção de agência publicitária lançado pela TAP, envia um e-mail às associadas da APAP a perguntar “Concurso TAP? Quantos somos?” (cf. parágrafo 518 supra).

844. Posteriormente, em 25.05.2018, **[Colaboradora da APAP]** envia um outro e-mail, desta feita apenas para algumas associadas, incluindo a Fuel (na altura Presidente do órgão diretivo da APAP), referindo o seguinte: “Considerando que o Cliente TAP reconhece que conhece o Guia de Boas Práticas mas que não o quer cumprir, julgo que qualquer ação didática é escusada. Proponho, assim, ainda hoje, falar com um jornalista (Ana Marcela, Dinheiro Vivo?) e fazer um pequeno escândalo mediático com base em incumprimento de princípios éticos e responsabilidade social das empresas, nomeadamente de uma empresa com capital maioritariamente público. Só não sei se primeiro, deveria avisar a administração da TAP, ou a Direção de Marketing.... que vos parece? Fico à espera da vossa resposta ainda de manhã, please?” (cf. parágrafo 518 supra).

845. No mesmo dia 25.05.2018, às 10h56, **[Colaborador da Fuel 2]** (CEO da Fuel) responde: “Bom dia, **[Colaboradora da APAP]**. Se foram convidadas 5 agências, é importante validar com a Direção de Marketing da TAP, na medida em que podem querer escolher mais do que 1 parceiro, pelo que, se for esse o caso, os moldes do concurso não estarão desajustados. Obrigado, **[Colaborador da Fuel 2]**” (documento APAP-0332³⁰⁴).

parágrafo 142 (fls. 3589) a clara intenção de conversação manifestada pelos associados no âmbito do processo relativo ao concurso para seleção de agência publicitária lançado pela TAP em 2018.

³⁰⁰ Cf. fls. 3427.

³⁰¹ Cf. fls. 3427 - parágrafo 143 da PNI da Fuel

³⁰² Cf. fls. 3409.

³⁰³ Cf. fls. 3427.

³⁰⁴ Citado no parágrafo 11 (fls. 3409) e 140 (fls. 3427) da PNI da Fuel.

846. Mais tarde, às 17h39, **[Colaborador da Havas]** (CEO da Havas Worldwide Digital Portugal) responde também a **[Colaboradora da APAP]**: “*Eu acho que conflito medi[á]tico é mau. Deve procurar uma resoluçāo pacifica deste assunto*” (documento APAP-1007³⁰⁵).

847. Na sequência destes contactos, **[Colaboradora da APAP]** envia uma carta ao Presidente do conselho de administração da TAP, datada de 30.05.2018, na qual, em suma, em nome da APAP, solicita uma reunião para “*(...) debater os termos e condições contratuais definidas como enquadramento do Concurso para seleção de agência de publicidade da TAP*”, mais referindo o concurso foi lançado em “*(...) num total desrespeito pelas Boas-Práticas subscritas por Anunciantes (APAN) e Agências* (...)” (cf. parágrafo 518 *supra*).

848. A TAP responde à APAP via carta datada de 14.06.2018, dizendo, em suma, que, por um lado, o Guia apenas contém recomendações práticas e não regras obrigatórias e, por outro, que a informação respeitante ao concurso em curso é confidencial, e como tal a TAP se encontra impossibilitada de discutir o mesmo com a APAP.

849. Considerando esta factualidade, a pretensão da Fuel de que se teria manifestado contra a infração não pode ser atendida.

850. De facto, no *e-mail* de 25.05.2018, a Fuel apenas chama a atenção da Secretária-Geral da APAP para que, caso no concurso da TAP se verificassem determinados pressupostos desconhecidos à data, “*os moldes do concurso não estarão desajustados*”, ou seja, do *e-mail* da Fuel não se pode retirar, sob qualquer interpretação possível que se consiga conceber, uma manifestação de oposição por parte da Fuel às práticas imputadas à APAP, nomeadamente a adoção do Compromisso em 2015.

851. Com efeito, poderá resultar da prova constante dos autos acima referida, da parte do CEO da Fuel e do CEO da Havas Worldwide Digital Portugal, uma tentativa de, perante um concurso específico, atenuar a reação da APAP em face do anunciente TAP, mas inexiste por completo uma manifestação de oposição às práticas imputadas à associação de empresas, nos termos requeridos pelo n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.

4.3.3. Não qualificação como empresa

4.3.3.1. Pronúnrias das responsáveis solidárias

852. A APECOM argumenta que, na Lei n.º 19/2012, “*o legislador tem o cuidado de utilizar cuidadosa e meticulosamente as específicas nomenclaturas das entidades que pretende ver aplicadas, ao invés de utilizar denominações latais, indeterminadas ou, mesmo, abrangentes*”, e que, no n.º 8 do respetivo artigo 73.º, “*utiliza, para específicas e diferentes situações, ambas as expressões, ora de ‘empresa’, ora de ‘associação de empresas’*”, circunscrevendo “*especificamente à ‘empresa’ e não a outra entidade*”,

³⁰⁵ Citado no parágrafo 141 da PNI da Fuel (fls. 3427)

*nomeadamente a uma ‘associação de empresas’, quem pode ser responsável solidário*³⁰⁶.

853. Acrescenta a APECOM que “[e]mpresa’ e ‘associação de empresas’ são jurídica e materialmente sujeitos diferentes”, decorrendo essa distinção da legislação, em particular do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, sendo que a APECOM, constituindo “uma associação civil constituída nos termos e para os efeitos do artigo 167.º e seguintes do Código Civil que, conforme artigos 2.º e 3.º dos estatutos [...] tem por objeto a defesa e promoção dos associados, enquanto empresas que dedicam a sua atividade ao aconselhamento em relações públicas, imagem e comunicação, multidisciplinar e multicanal”³⁰⁷.

854. Em conclusão, refere que “a APECOM não se dedica a nenhuma atividade económica”, “a APECOM não é uma ‘empresa’, muito menos no âmbito da definição criada pelo legislador no artigo 3.º do Regime Jurídico da Concorrência”, “[a]s suas associadas é que são empresas e essas é que se dedicam a uma atividade económica”; “a APECOM não se enquadra no conceito de empresa definido pelo legislador para a aplicação” do artigo 73.º, n.º 8 da Lei n.º 19/2012; “[p]or esta razão, a APECOM, ao não ser uma empresa, não pode ser responsabilizada solidariamente”³⁰⁸.

4.3.3.2. Apreciação da AdC

855. Na análise da matéria *sub judice*, importa salientar desde logo que na aplicação do direito da concorrência se deve adotar preferencialmente uma abordagem funcional aos conceitos, privilegiando o propósito da norma e a realidade económica subjacente, em detrimento de uma perspetiva formalista que ignore estes elementos, correndo-se o risco de, caso assim não seja, empreender uma análise desadequada de uma realidade mutável e flexível à luz de conceitos estáticos e rígidos, muitas vezes estabelecidos para finalidades diversas.

856. É neste contexto que deve ser ponderado o referido pela APECOM no sentido de que, na Lei n.º 19/2012, “o legislador tem o cuidado de utilizar cuidadosa e meticulosamente as específicas nomenclaturas das entidades que pretende ver aplicadas, ao invés de utilizar denominações latais, indeterminadas ou, mesmo, abrangentes”³⁰⁹.

857. A este respeito, importa notar que uma entidade que, pela sua estrutura e propósito, tipicamente seria qualificada como uma associação de empresas, pode ser, ainda assim, ela própria, qualificada como empresa para efeitos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei

³⁰⁶ Cf. fls. 3073 - parágrafos 5, 6 e 7 da PNI da APECOM.

³⁰⁷ Cf. fls. 3073 e 3074 - parágrafos 8, 9 e 10 da PNI da APECOM.

³⁰⁸ Cf. fls. 3074 e 3075 - parágrafos 12, 13, 14, 16 e 17 da PNI da APECOM. A APAME suscita, no essencial, os mesmos argumentos que a APECOM, com um raciocínio em tudo semelhante, exceto em determinados aspetos relacionados com o facto de as associadas da APAME terem uma atividade diversa das associadas da APECOM, os quais não relevam para efeitos da apreciação da AdC da substância das alegações invocadas – cf. fls. 3082 e 3083 – parágrafos 5 a 18 da PNI da APAME. Nestes termos, a apreciação da AdC, na secção 4.3.3.2, dos argumentos da APECOM descritos na secção 4.3.3.1 abrange também os argumentos suscitados sobre a mesma matéria pela APAME.

³⁰⁹ Cf. fls. 3073 e 3082 - parágrafo 5 das PNI da APAME e da APECOM.

n.º 19/2012, na medida em que ofereça serviços em concorrência com outros operadores de mercado, conforme confirmado pelo caso *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, no âmbito do qual teve mesmo lugar um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de esclarecer esta matéria, entre outras³¹⁰.

858. Por outro lado, é também à luz das considerações *supra* que devem ser apreciados os argumentos da APAME e da APECOM de que, constituindo a primeira uma associação de empregadores nos termos do artigo 440.º e seguintes do Código do Trabalho³¹¹, e a segunda uma associação civil nos termos do artigo 167.º e seguintes do Código Civil³¹², não podem ser qualificadas como empresas para efeitos da Lei n.º 19/2012 e, como tal, não podem ser consideradas responsáveis solidárias nos termos do artigo 73.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012.
859. O conceito de empresa para efeitos do direito da concorrência é indiferente à forma jurídica da entidade em questão; pode ser uma pessoa singular ou coletiva, uma cooperativa, uma associação de empregadores constituída nos termos do Código Trabalho, ou uma associação civil constituída nos termos do Código Civil.
860. Por outro lado, importa também salientar que o facto de uma associação de empresas ser associada de uma outra associação não pode constituir, por si só, motivo atendível para que as decisões da segunda não sejam sindicáveis à luz do direito da concorrência, mais concretamente à luz do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE e do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, por referência às associadas (empresas) da primeira³¹³.
861. Procurando atender à substância e não à forma, na senda da lógica acima referida, este entendimento afigura-se plenamente fundamentado, uma vez que, se uma associação de empresas for associada de outra associação, uma eventual decisão desta última tem o efeito potencial de restringir a liberdade de atuação no mercado das associadas da primeira, devendo como tal poder ser submetida ao teste de ilicitude das regras de concorrência aplicáveis à cooperação horizontal entre empresas.
862. De facto, importa considerar que, se a APAME e a APECOM se constituíram como associadas da APAP, tal sucedeu por algum motivo, ou seja, porque havia um interesse das mesmas em se fazer ouvir, no âmbito da APAP, em representação das suas associadas. Este assume-se como um fator decisivo, pois evidencia a posição equiparável, no que releva para os presentes efeitos, que a APAME e APECOM assumem no seio da APAP, quando comparadas com as restantes associadas.

³¹⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.01.2014, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. AdC*, proc. 938/10.7TYLSB.L1 – pág. 72: “Ressalva ainda o TJUE que a circunstância de a OTOC não prosseguir fins lucrativos não obsta a que seja considerada uma empresa, uma vez que a oferta de serviços correspondentes está em concorrência com a de outros operadores que prosseguem fins lucrativos (v. nesse sentido, acórdão de 10-1-2006, Cassa de Risparmio di Firenze e o (C-222/04, Colect., p. I.289, nºs 122 e 123 e de 1-7-2008, Motoe, C-49/07, Colect. P. I-4863, nº 27).”

³¹¹ Cf. fls. 3083 - parágrafo 10 da PNI da APAME.

³¹² Cf. fls. 3074 - parágrafo 10 da PNI da APECOM.

³¹³ Cf. Decisão da Comissão Europeia de 07.11.1977, *BPICA*, proc. 77/722, e Acórdão do Tribunal de Pequena Instância de 26.01.2005, *Piau c. Comissão*, proc.T-193-02 – parágrafo 4: “A *Fédération internationale de football (FIFA)* constitui igualmente uma associação de empresas na aceção do artigo 81.º CE. Com efeito, agrupa associações nacionais que são, por sua vez, associações de empresas pois os seus membros são clubes que têm uma atividade económica e simultaneamente empresas, dado que exercem elas próprias uma atividade económica (...).”

863. Com efeito, o motivo pelo qual a APAME e a APECOM se constituíram como associadas da APAP será, em termos substanciais, o mesmo que o das restantes associadas da APAP; a diferença reside apenas no facto de que, enquanto a APAME e a APECOM representavam os interesses empresariais das suas associadas no seio da APAP, as outras associadas representavam os seus próprios interesses empresariais.
864. Deste modo, a APAME e a APECOM deverão ser consideradas, para efeitos da aplicação do n.º 8 do artigo 73.º, como assumindo a posição de “empresas associadas da APAP”, uma vez que, só por recurso a uma perspetiva estritamente formal, aspeto que em direito da concorrência nunca deverá prevalecer perante a efetiva realidade económica em causa, é que estas entidades poderiam ser afastadas do âmbito de aplicação da norma legal.
865. De resto, sempre se dirá que, se assim não fosse, estaria encontrada uma forma de promover mecanismos ilícitos de cooperação entre empresas relativamente aos quais se revelaria impossível ou extremamente difícil exigir o pagamento da coima potencialmente aplicável.
866. De facto, para tal bastaria que as restrições anticoncorrenciais fossem emanadas por uma associação de empresas, com património reduzido ou inexistente, cujos órgãos diretivos fossem inteiramente compostos por associações de empresas, também elas com património reduzido ou inexistente.
867. Tudo o que foi dito é corroborado pelo facto de a APAME e a APECOM, além de se terem constituído como associadas da APAP, terem assumido cargos de direção nesta associação. Assim, a APAME e a APECOM terão pretendido, num determinado momento, não só ser associadas da APAP e fazer valer os interesses das suas associadas nessa qualidade, mas também assumir cargos de direção na APAP, podendo deste modo influenciar de forma ainda mais imediata a conformação e o desenvolvimento da atividade da APAP, em defesa dos interesses das suas associadas.
868. Ora, tendo assumido este cargo, assumiram também a inerente responsabilidade que com ele advém, e nessa medida tinham o ónus de, perante uma decisão da associação que constituiu uma infração anticoncorrencial, se terem oposto por escrito à mesma, o que não fizeram.
869. Deste modo, os argumentos veiculados pela APAME e pela APECOM, se adotada uma interpretação funcional e não formalista da letra da lei, conforme exigido pela jurisprudência nacional e da União Europeia, não excluem a possibilidade de a APAME e a APECOM serem consideradas responsáveis solidárias pela coima aplicada à APAP, nos termos do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.

4.3.4. Âmbito de atividade diverso

4.3.4.1. Pronúnrias das responsáveis solidárias

870. Segundo a Brandkey, o seu âmbito de atividade “não se integra no setor específico em apreço nos presentes autos, motivo pelo qual a mesma nunca teve uma verdadeira participação (enquanto Agência) na factualidade em causa”³¹⁴.

871. Por esta razão, a Brandkey refere que não “entende em que termos e com base em que premissas poderia ser considerada, nos termos e para os efeitos do disposto no número 8 do artigo 73.º da Lei da Concorrência, como solidariamente responsável pelo pagamento de qualquer coima eventual aplicada à APAP”³¹⁵.

872. Por sua vez, a APECOM refere que “[a] APAP e a APECOM têm objetos, atividades sociais e âmbitos de aplicação específicos, próprios, individuais e diferentes” e que “[a]inda que partilhem o mercado “publicitário abrangente”, operam em âmbitos distintos”, uma vez que “[e]n quanto a APAP versa sobre a atividade na área criativa e estratégica, a APECOM versa sobre o aconselhamento em relações públicas, imagem e comunicação, multidisciplinar e multicanal”; “trata-se de objetos e âmbitos de atividades sociais diferentes entre si”³¹⁶.

873. A este respeito, continua a APECOM referindo que, uma vez que “[o] guia em causa aplica-se única e exclusivamente às áreas criativas e estratégicas”, “[o] mesmo não tem sentido, nem aplicação para a atividade de aconselhamento em relações públicas, imagem e comunicação, multidisciplinar e multicanal, como as agências de relações públicas, imagem e comunicação”, concluindo sobre esta matéria que “[c]onsiderando a gravidade da aplicação do instituto da responsabilidade solidária, torna-se desadequado, desproporcional e ilícito aplicar-se à APECOM a responsabilidade solidária de um guia que não se aplica à sua atividade”³¹⁷.

4.3.4.2. Apreciação da AdC

874. Alega a Brandkey que o seu âmbito de atividade não se integra no setor específico em apreço nos presentes autos. Por sua vez, a APAME e a APECOM alegam que, ainda que as suas associadas partilhem o “mercado publicitário abrangente” com as associadas da APAP, operam em âmbitos distintos.

875. A este respeito, atente-se, em primeiro lugar, nos Estatutos da APAP (fls. 201), cujo respetivo n.º 1 do artigo 2.º estabelece que “[a] APAP é constituída pelas agências e por outras associações congénères que exercem a sua atividade no âmbito da comunicação comercial”, ao passo que o n.º 2 do artigo 2.º refere que “[a] APAP abrangerá, nomeadamente, as agências e associações congénères cujo objeto seja o

³¹⁴ Cf. fls. 3349 - parágrafo 94 da PNI da Brandkey.

³¹⁵ Cf. fls. 3349 - parágrafo 95 da PNI da Brandkey. A Brandkey volta a reiterar este argumento no parágrafo 104 da sua PNI (fls. 3351).

³¹⁶ Cf. fls. 3075 e 3076 - parágrafos 25, 26, 27 e 28 da PNI da APECOM.

³¹⁷ Cf. fls. 3076 - parágrafos 29, 30 e 33 da PNI da APECOM. No mesmo sentido e com um raciocínio em tudo semelhante com pequenas diferenças em função de as associadas da APAME terem uma atividade diversa das associadas da APECOM, cf. 3084 e 3085 - parágrafos 25 a 33 da PNI da APAME.

exercício ou a defesa dos interesses das atividades de publicidade, planeamento e compras de meios, marketing digital, marketing relacional, eventos e ativação de marcas e relações públicas e comunicação”.

876. Cabem nesta enunciação tanto a Brandkey como a APAME e a APECOM, pelo que não se poderá invocar que estas entidades não são associadas da APAP, nos mesmos termos em que o são as restantes associadas, conforme âmbito de aplicação delimitado pelos Estatutos desta associação (aliás, seria estranho caso assim não fosse, em virtude de a Brandkey, a APAME e a APECOM terem assumido cargos no órgão direutivo da APAP).
877. Por outro lado, importa atentar na redação do n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, nos termos do qual as empresas cujos representantes, ao tempo da infração, sejam membros dos órgãos diretivos de uma associação de empresas que seja objeto de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória, são solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima ou sanção pecuniária compulsória que vier a ser aplicada à associação, exceto se, por escrito, tiverem lavrado a sua oposição à decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou.
878. Resulta da redação da norma que o motivo determinante do qual advém a possível assunção de responsabilidade solidária pelo pagamento da coima aplicada à associação decorre do exercício de um cargo de direção na associação, que confere um papel determinante na conformação da respetiva vontade.
879. Assim, o que resulta da prova constante dos autos é que a Brandkey, a APAME e a APECOM, ainda que se aceite, conforme estas alegam nas respetivas PNI, que o seu âmbito de atividade é diverso do da APAP, mesmo assim assumiram cargos de Direção na APAP, ou seja, apesar deste facto, estas entidades tiveram interesse e vontade de assumir um papel decisivo na configuração da atividade da APAP.
880. E, de forma elucidativa, os Estatutos da APAP (fls. 201) ou qualquer outro aspeto da sua organização não impediram a Brandkey, a APAME e a APECOM de assumirem cargos de direção na associação. Ora, tendo assumido esses cargos, assumiram também a responsabilidade que os mesmos acarretam.
881. Dito isto, existe uma circunstância prevista na lei que isenta um potencial responsável solidário de assumir essa posição, mas, novamente, a mesma não diz respeito ao setor de atividade em que se opera; aplica-se, isso sim, se o titular do órgão direutivo tiver lavrado a sua oposição à decisão que constitui a infração ou da qual a mesma resultou, o que os representantes da Brandkey, APAME e APECOM não fizeram.
882. Não fazendo a lei referência, para efeitos da possibilidade de imputação da responsabilidade solidária, à necessidade de as empresas em questão operarem num setor ou setores de atividade específicos (determinado segundo um qualquer critério), não deverá ser a AdC a substituir-se ao legislador, introduzindo este novo requisito na lei.
883. À luz do exposto, importa concluir que os argumentos invocados pela Brandkey, pela APAME e pela APECOM, não constituem, só por si, fundamento suficiente para que estas não possam ser consideradas responsáveis solidárias pelo pagamento da coima aplicada à APAP.

4.3.5. Risco de extinção da empresa

4.3.5.1. Pronúnrias das responsáveis solidárias

884. Refere a Brandkey que “*a eventual condenação da APAP implicaria o risco, quer do fim da mesma, quer de algumas das empresas solidariamente responsáveis pelo pagamento da coima potencialmente aplicável*”³¹⁸.

885. Sobre esta matéria pronunciam-se também a Niusistemas e a Nossa, referindo que “*a existir condenação pelo montante indicado [€18.393.414,00] ou até por um qualquer outro valor de montante elevado, fácil será concluir que é a própria AdC quem, através da obtenção do produto da coima, elimina de forma directa a concorrência no mercado, pois, certamente, pelo menos alguns, senão mesmo todas as empresas que fizeram parte da Direção da APAP no período compreendido entre Fevereiro de 2009 até ao presente, deixarão de poder continuar a sua atividade comercial por impossibilidade de cumprimento dos encargos associados à existência de uma empresa versus a obrigação solidária do pagamento de uma coima por uma alegada conduta da APAP*”³¹⁹.

4.3.5.2. Apreciação da AdC

886. Nesta matéria, remete-se para a seção 4.2.3 relativa à determinação da medida da coima, onde os factos alegados são devidamente ponderados.

4.4. Sanções acessórias

887. Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012, caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade pode determinar a aplicação da sanção acessória que consiste na publicação, a expensas do infrator, da decisão proferida no âmbito do processo, no Diário da República e/ou num jornal de expansão nacional, regional ou local, após o trânsito em julgado.

888. Tendo em conta a gravidade da infração em causa, bem como as exigências de prevenção geral e especial, justifica-se, *in casu*, a aplicação de tal sanção acessória.

889. Considerando ainda a gravidade e a natureza da infração, determina-se também, a título de medida acessória comportamental, a imediata revogação do “*Compromisso Concursos Privados*” por parte da APAP, devendo a APAP abster-se definitivamente de incitar as suas associadas à não participação ou à desistência em concursos que não cumpram a conduta refletida na ata da reunião da Direção da APAP de 17.06.2015 bem como abster-se de interferir em concursos específicos, substituindo-se à liberdade comercial das suas associadas, nos termos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012.

³¹⁸ Cf. fls. 3351 - parágrafo 105 da PNI da Brandkey.

³¹⁹ Cf. fls. 3297 - parágrafo 98 da PNI conjunta da Niusistemas e da Nossa.

5. CONCLUSÃO

890. A visada APAP, ao adotar a conduta refletida na ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, impõe uma limitação máxima de 3 agências (ou 4, caso incluísse a incumbente) na fase de apresentação de proposta criativa (*short-list*) de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de produção de conteúdos de publicidade, sob ameaça da não participação ou desistência das suas associadas, cometeu uma infração ao disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, tendo, por objeto, impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência
891. A referida decisão de associação de empresas preenche todos os elementos do tipo legal de contraordenação. Esta visada agiu dolosamente, ou seja, de forma direta, livre, consciente e voluntária, tendo a intenção específica de limitar, de forma sensível, a concorrência entre as empresas suas associadas.
892. A contraordenação é punível mesmo no caso de conduta negligente (n.º 3 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012).
893. Sendo consideradas infrações muito graves ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, as mesmas são puníveis nos termos que resultam da conjugação das disposições constantes do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, com coima que não poderá exceder 10% do volume de negócios agregado das empresas associadas no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade.
894. Em relação à visada APAN não resultam dos autos indícios suficientes da prática de infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência por parte da mesma, em termos que permitam a sua responsabilização no âmbito do presente processo de contraordenação, pelo que se arquiva o processo de contraordenação contra esta visada.

DECISÃO FINAL

Tudo visto e ponderado, o conselho de administração da Autoridade da Concorrência decide:

Primeiro

Declarar que a visada Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP), ao adotar a decisão, nos termos que lhe foram conferidos na ata da reunião de Direção da APAP de 17.06.2015, de imposição de uma limitação máxima de 3 agências (ou 4, caso incluisse a incumbente) na fase de apresentação de proposta criativa (*short-list*) de procedimentos concursais privados para aquisição de serviços de produção de conteúdos de publicidade, sob ameaça da não participação ou desistência das suas associadas, cometeu uma infração ao disposto nas alíneas a) e b), do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, tendo, por objeto, impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência.

Segundo

Proceder ao arquivamento do presente processo no que respeita à visada Associação Portuguesa de Anunciantes (APAN), nos termos do disposto na alínea d) do n.º 3 do artigo 29.º da Lei 19/2012.

Terceiro

Nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, é aplicada à visada Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP), uma coima de 3.600.000 € (três milhões e seiscentos mil euros).

Quarto

Determinar, a título de medida acessória comportamental, a imediata revogação do “*Compromisso Concursos Privados*” por parte da Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP), devendo esta abster-se definitivamente de incitar as suas associadas à não participação ou à desistência em concursos que não cumpram a conduta refletida na ata da reunião da Direção da APAP de 17.06.2015, bem como abster-se de interferir em concursos específicos substituindo-se à liberdade comercial das suas associadas, nos termos do número 4 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012.

Quinto

Nos termos do disposto na alínea a) no n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012, a título de sanção acessória, ordenar a visada Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP) que proceda à publicação, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar do trânsito em julgado da presente Decisão, de um extrato da mesma, nos termos e conforme a cópia que lhe será oportunamente comunicada, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional;

Sexto

Advertir a visada Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP), nos termos do disposto no artigo 58.º do RGCO, de que:

- a) a presente Decisão é recorrível judicialmente no prazo de 30 (trinta) dias úteis, nos termos do disposto nos artigos 87.º da Lei n.º 19/2012 e 59.º do RGCO;
- b) em caso de impugnação judicial, o Tribunal pode decidir mediante audiência de julgamento ou, caso os visados pelo processo, o Ministério Público ou a Autoridade não se oponham, mediante simples despacho;
- c) nos termos do n.º 1 do artigo 88.º da Lei n.º 19/2012, o Tribunal conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos nos termos da alínea a) *supra*, podendo, nessa medida, reduzir ou aumentar as coimas;
- d) a coima aplicada a cada um dos visados pelo processo deverá ser paga, nos termos do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012 no prazo de 10 (dez) dias úteis subsequentes ao termo do prazo para a interposição de recurso judicial; ou no prazo de 10 (dez) dias úteis subsequentes à decisão de indeferimento da atribuição do efeito suspensivo e de prestação de caução por parte do Tribunal competente;
- e) em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade.

Sétimo

Determinar, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 8 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, a condenação, na qualidade de responsáveis solidárias pelo pagamento da coima aplicada à Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP) nos termos da presente Decisão, das entidades cujos representantes, ao tempo da infração, eram membros dos órgãos diretivos da identificada associação de empresas (nos triénios 2015/2017 e 2018/2021): (i) Associação Portuguesa das Agências de Comunicação (APECOM); (ii) Associação Portuguesa das Agências de Meios (APAME); (iii) B.A.R. – Ogilvy Portugal, S.A.; (iv) Brandkey – Serviços de Marketing, S.A.; (v) Fuel Publicidade, Lda.; (vi) Fullsix Portugal – Marketing Interactivo, S.A.; (vii) Niusistemas – Power for Brands, S.A.; (viii) MSTF Partners – Agência de Publicidade, Lda.; (ix) Nossa – Agência de Comunicação, Lda.; e (x) Wunderman Cato Johnson (Portugal) – Serviços de Comunicação Directa, Lda..

Lisboa, 22 de junho de 2021.

O conselho de administração da Autoridade da Concorrência,

X

Margarida Matos Rosa
Presidente

X

Maria João Melícias
Vogal

X

Miguel Moura e Silva
Vogal