

## O dever de as associações não interferirem na livre concorrência das suas associadas em Concursos Privados: o caso APAN e APAP - PRC/2018/3

---

*Eva Oliveira*

No dia 14 de dezembro de 2021, a Autoridade da Concorrência Portuguesa (AdC) adotou uma Decisão Final através da qual, determinou a condenação da Associação Portuguesa de Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing (APAP)<sup>1</sup> pela adoção de uma decisão de associação de empresas<sup>2</sup>, na medida em que esta constituía um acordo restritivo da concorrência para efeitos do disposto nas alíneas a) e b), do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

Foi entre janeiro de 2008 e fevereiro/março de 2009, que a APAN (Associação Portuguesa de Anunciantes), na sequência de proposta da APAP, decidiu criar um grupo de trabalho conjunto que culminou na aprovação e subscrição de um “Guia de Boas Práticas”.

Do “Guia de Boas Práticas” constava uma 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”.

Nesta sequência, foi lavrado na ata da reunião da Direção da APAP, as seguintes recomendações:

- (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;

---

<sup>1</sup> Esta associação de empresas representa uma parcela significativa da oferta no mercado da prestação de serviços de produção de conteúdos publicitários no mercado nacional português, agregando as principais agências de publicidade.

<sup>2</sup> De acordo com o Tribunal do Comércio de Lisboa (4.º Juízo), no Proc. N.º 178/09.8TYLSB, as decisões de associação de empresas consistem em “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”.

- (ii) “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 partir de então, quando detetada a existência de um procedimento concursal que não cumpria as boas práticas definidas pela APAP naquele Compromisso, esta entrava em contacto com os anunciantes, com a ameaça explícita de não participação ou retirada dos concursos por parte das agências subscritoras do Compromisso, caso o procedimento não fosse alterado.

Do ponto de vista legal, “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”<sup>3</sup>

Assim, o conceito de decisão de associação de empresas engloba necessariamente todo o tipo de condutas que uma associação pode realizar com vista a orientar o comportamento das suas associadas de forma a exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.

Em sua defesa, a APAN afirma 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”.

Contrariamente, na posição da AdC, a qual subscrevemos, 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.”

---

<sup>3</sup> Cf. Conselho da Concorrência, Relatório de Atividades, 1992, Ed. Ministério do Comércio e Turismo, pág. 15 e 16;

Acresce que as próprias decisões dos anunciantes quanto à forma como definiam e conduziam os seus procedimentos de contratação passaram também a estar estrangidas 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.

Por conseguinte, a AdC concluiu que a conduta da APAP se classificava como uma decisão de associação de empresas que tinha como objetivo impedir, falsear ou restringir, de forma sensível<sup>4</sup>, a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.

Desta forma, a AdC aplicou uma coima de 3.600.000 € (três milhões e seiscentos mil euros) dirigida à APAP e, a título de medida acessória comportamental, a imediata revogação do “Compromisso dos Concursos Privados” pela APAP.

Adicionalmente, foi imposta uma obrigação de abstenção de incitação das suas associadas à não participação ou à desistência em concursos que não cumpram o tal Compromisso, bem como de se abster de interferir em concursos específicos.

Podemos concluir que 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.

Nesse sentido, a APAP tinha o dever de não interferir no normal procedimento concursal. Apenas assim seria possível garantir a liberdade comercial das suas associadas e preservar a incerteza competitiva de outras empresas concorrentes que se apresentassem a concurso.

---

<sup>4</sup> A imposição de uma condição limitativa na oferta daqueles serviços e traduzida numa ameaça dirigida aos anunciantes, demonstra “o carácter sensível” da afetação da concorrência no mercado em causa.