

Sérvulo - *Strategy Webinar*

“Lições da Concorrência e da Clemência para o *Whistleblowing*”

22 de fevereiro de 2022

Maria João Melícias

Check against delivery

INTRODUÇÃO

Muito bom dia a todos.

Começo por agradecer à Sérvulo, em particular ao Miguel Gorjão Henriques e ao Alberto Saavedra, pela simpatia do convite para participar nesta sessão. É um prazer estar aqui. Deixem-me também aproveitar para vos felicitar pela oportunidade da iniciativa que muito contribui para a *advocacia de concorrência*, aqui na aceção de pedagogia ou *advocacy*, ou seja, de contribuição para a disseminação de uma cultura de concorrência na nossa sociedade que constitui também um dos aspetos fundamentais da missão da AdC.

Foi-me proposto relatar a experiência da AdC na aplicação do chamado programa de imunidade ou clemência, na medida em que daí se poderão extrair eventuais reflexões ou lições úteis a propósito da futura implementação do novo regime do *whistleblowing* ou de proteção de denunciadores, que, de resto, possui um vasto âmbito de aplicação, trans setorial, cobrindo a denúncia de infrações de variadíssima ordem, incluindo infrações às regras do mercado interno da União como as regras de concorrência. É o que farei nos próximos minutos, não deixando de abordar as diversas ferramentas de deteção proativa de comportamentos anticoncorrenciais que temos empregue nos últimos anos e de que forma, na nossa perspetiva, elas interagem; em particular, de que forma é que o novo regime de proteção de denunciadores pode interagir com o programa de clemência.

O PROGRAMA DE CLEMÊNCIA

O programa de clemência da AdC é um instrumento fundamental na deteção de cartéis, os quais, tendo em conta a sua natureza tendencialmente secreta e clandestina, são extremamente difíceis de identificar.

O programa confere aos participantes de um cartel a possibilidade de denunciarem à AdC, fornecendo prova do mesmo, a troco de imunidade, i.e. da “dispensa ou redução” da coima que de outra forma lhes seria aplicável, além da minimização dos impactos reputacionais decorrentes de uma investigação. Ao criar incentivos à cooperação das empresas com a AdC, o programa de clemência contribui também para destabilizar o funcionamento dos cartéis.

O programa possui já um grau relevante de maturidade, quer em Portugal, quer na generalidade dos Estados-Membros da União Europeia, que dispõem de programas semelhantes., estando em vigor em Portugal desde dezembro de 2006 e desde 1996 no que respeita ao programa da Comissão Europeia. Portanto, dispomos de larga experiência na sua aplicação prática.

Mais recentemente, **a também denominada Diretiva ECN+¹** vem harmonizar os requisitos dos diversos programas de clemência existentes no espaço da União, a fim de criar incentivos para que as empresas recorram a estes instrumentos com mais confiança.

Não vos quero aborrecer com as diversas condições que as empresas devem cumprir para beneficiar de imunidade: o programa está atualmente previsto na Lei da Concorrência (artigos 75.º a 82.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) e em regulamento da AdC que disciplina a tramitação dos pedidos de imunidade, estando perfeitamente em linha com as boas práticas internacionais na matéria.

Apenas lembrar que se efetivamente cumprir os diversos critérios previstos na lei, onde se inclui o fornecimento de prova relevante e a colaboração com a AdC ao longo de todo o processo, a empresa tem *direito* a obter imunidade. A discricionariedade da AdC a este respeito é limitada. As empresas que não

¹ Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018. Esta Diretiva recebeu esta designação informal ECN+ porque um dos seus principais desígnios é o de reforçar a Rede Europeia de Autoridades de concorrência nas quais se integra ao AdC e a própria Comissão Europeia, dotando as autoridades de concorrência nacionais dos poderes de decisão e investigação, bem como dos recursos necessários para que possam exercer a sua missão de forma efetiva. Espera-se que esta Diretiva seja transposta a breve trecho logo que o Parlamento retome a sua normal atividade.

sejam a primeira a reportar a prática ou caso a AdC já dispusesse de informação sobre a matéria, podem ainda beneficiar de reduções de coima – entre 0 e 50% - em função nomeadamente do lugar em que fiquem colocadas na “fila” da clemência²

O programa de clemência está disponível relativamente a acordos anticoncorrenciais, bilaterais ou multilaterais, entre concorrentes, nomeadamente, cartéis.

Os documentos apresentados ao abrigo do programa de clemência são tratados como confidenciais pela AdC, sendo essa proteção salvaguardada por lei.

Convém lembrar que os administradores e diretores das empresas envolvidas também podem ser pessoalmente sancionados pela AdC até 10% da sua remuneração bruta anual, quer quando participam pessoalmente nestas infrações, quer quando tenham conhecimento da existência das mesmas no seio das suas empresas e não adotem medidas para lhe pôr termo de imediato. A lei impõe aqui um dever exigente de vigilância a estes executivos.

Temos utilizado recorrentemente este instrumento de dissuasão: **a AdC já aplicou coimas a 36 administradores ou diretores de empresas em diferentes casos (10).**

Como tal, estes executivos também são elegíveis para obter dispensa de coima no âmbito do programa de clemência, uma vez que podem ser pessoalmente sancionados.

A dispensa da coima, como disse, apenas está disponível para a empresa que for a primeira a apresentar um pedido de clemência quanto a determinado acordo, pelo que se torna extremamente importante, crucial mesmo, a rapidez de atuação logo que seja detetada uma eventual infração às regras

² Assim, uma empresa pode beneficiar de dispensa de coima (não lhe é aplicada qualquer coima; coima = 0€) se for a primeira empresa a denunciar um cartel em que participe, desde que coopere com a AdC durante a investigação, ponha termo à sua participação na infração e caso não tenha coagido as demais empresas envolvidas a participar no cartel. As empresas podem também beneficiar da redução de coima, opção que está disponível para as demais empresas que tenham participado no cartel, desde que forneçam informações e provas com valor acrescentado para a investigação da AdC, cooperem com a AdC no decurso do processo e ponham termo à sua participação na infração. (A redução variará entre 30% e 50% para a primeira empresa, entre 20% e 30% para a segunda empresa e entre 0% e 20% para as restantes empresas que forneçam informações e provas de valor adicional significativo.

da concorrência no seio de uma organização. O que salienta a importância da existência de programas de *compliance* internos, efetivos e funcionais. Caso não reporte o problema em tempo útil, quer a empresa, quer os seus executivos, ficarão expostos aos riscos das correspondentes sanções, para além de todas as demais consequências reputacionais.

Este conjunto de mecanismos contribui para destabilizar o funcionamento de cartéis, criando incentivos para as empresas recorrerem à clemência e habilitando a AdC a detetar práticas anticoncorrenciais que, de outra forma, poderiam não ser identificadas, assim se aumentando a eficácia e celeridade das investigações, com uma mais rápida identificação da prova e potencial redução da litigância.

O programa tem tido resultados práticos relevantes, em particular em anos mais recentes. Até à data a AdC recebeu **um total de 36 pedidos de clemência**, 21 dos quais exclusivamente relativos ao mercado português.

É certo que estes números poderão não ser tão expressivos quanto noutras jurisdições de maior dimensão, mas creio que são adequados à realidade portuguesa e são sobretudo sintomáticos do facto de Portugal ser, e bem, uma economia aberta, com concorrência livre para todos. De facto, os pedidos de clemência foram na sua maioria apresentados por empresas multinacionais, mas não só – as empresas portuguesas também estão a aprender.

MÉTODOS DE DETEÇÃO PROATIVA

Por conseguinte, de acordo com os números de hoje, cerca de **17% das investigações da AdC elegíveis para clemência foram despoletadas ou suportadas** por pedidos de clemência.

Por outras palavras, tal significa que a clemência, sendo uma ferramenta de deteção fundamental, não é por si só suficiente.

Por isso é que sempre recorremos a um conjunto de métodos proativos de recolha de informação e prova para construir os nossos casos e incentivar a clemência, que tem dado frutos. Dando alguns exemplos:

Por um lado, o melhor incentivo para as empresas recorrerem à clemência é uma **aplicação vigorosa, robusta, visível, das regras de concorrência**, que é o que temos procurado fazer.

Por outro lado, temos sempre em curso algum tipo de **campanha de advocacy ou de pedagogia de concorrência**: desde a nossa campanha *Fair Play* – como concorrência todos ganhamos, às Orientações para Associações

Empresariais, à Campanha de Combate ao Conluio, às séries de seminários com reguladores setoriais, até aos nossos Relatórios sobre *Big Data* e Algoritmos e, mais recentemente, sobre acordos anticoncorrenciais no mercado de trabalho (ou de *no poach*), etc.

Essas iniciativas têm uma dupla vertente: (i) trata-se não apenas de sensibilizar os *stakeholders* para os benefícios da concorrência e suas regras (ii), mas também de criar canais abertos e informais de interação com esses mesmos *stakeholders* que estimulem o reporte de informação à AdC.

Temos notado um aumento da qualidade das denúncias e da informação que nos é reportada na sequência destas iniciativas, por ex. em matéria de contratação pública, a qual, em conjugação com outras fontes de *intelligence*, como por ex. a aplicação de **filtros ou *screens* em dados de *e-procurement***, ou a informação recolhida no contexto de **inquéritos setoriais** – nos tem permitido estabelecer narrativas consistentes, devidamente fundamentadas, para obter mandados junto das autoridades judiciais competentes para realizar operações de busca junto de empresas – tudo mesmo na ausência de pedidos de clemência.

De facto, consideramos que o **reforço das nossas ações no terreno**, a nossa presença regular no terreno através dos chamados *dawn raids* é crítica para aumentar a perceção de risco de deteção e criar uma cultura de clemência. Naturalmente que não fazemos “fishing expeditions”; estas operações têm que ser devidamente fundamentadas e autorizadas, pois representam uma intrusão relevante na vida das empresas. Com efeito, continuámos a fazer este tipo de diligência mesmo durante a pandemia. E uma vez no terreno, muito pode acontecer. Por exemplo, em algumas dessas ocasiões, apreendemos prova adicional que nos permite abrir novas investigações em diferentes mercados; noutras ocasiões, estas operações também desencadeiam novos pedidos de clemência.

Escusado será dizer que na era da economia digital, o uso de **softwares avançados de *IT forensics*** para facilitar a apreensão e análise de grandes quantidades de dados e prova digital, bem como a capacitação das nossas equipas na utilização destas ferramentas, mostra-se indispensável.

Por fim, outro aspeto fundamental para o sucesso destes métodos de deteção proativa é **interagir de forma eficiente com os denunciantes**, o que me leva a um dos principais temas deste *webinar*.

Modernizámos já há uns anos o nosso **Portal de Denúncias** e voltámos a fazê-lo agora em 2021, juntamente com a reformulação geral do nosso portal

institucional. O objetivo foi facilitar e melhorar a qualidade do reporte de infrações às regras de concorrência. Na nossa experiência, a melhor *intelligence* vem justamente de parceiros de negócio (fornecedores, clientes ou concorrentes que sejam vítimas de práticas anticoncorrenciais) bem como de colaboradores insatisfeitos, antigos ou atuais, que como *insiders* conhecem melhor do que ninguém o que se passa no seio das suas organizações, e podem ter interesse em reportá-lo,³ sendo certo que garantimos habitualmente o anonimato de todos os que o solicitem para incentivar estas denúncias.

Aliás, no anteprojeto de reforma da Lei da concorrência relativo à transposição da Diretiva ECN+, já em 2020, propusemos inscrever na lei esta garantia de anonimato.

Mas sentimos que devíamos aprofundar a otimização da nossa ferramenta de denúncias e, no ano passado, estabelecemos no nosso plano de atividades para 2022 esse objetivo. Como? Essencialmente através **da conceção de um sistema mais seguro e encriptado que nos permita interagir com informadores anónimos**, obtendo clarificações e informação adicional, através de canais de comunicação verdadeiramente confidenciais.

Frequentemente por esta via chegam-nos pistas credíveis e úteis, que já serviram para alimentar investigações, mas depois ficávamos sem forma de interagir com estes denunciadores. Havia aqui um problema de “*follow-up*” destas denúncias que queremos ultrapassar ainda neste primeiro semestre.

Portanto, trata-se de estabelecer um sistema que ofereça a confiança necessária para que estes informadores se sintam suficientemente seguros e protegidos para poderem apresentar uma denúncia sem receio de retaliação.

Esta reflexão foi fruto da nossa experiência e a Diretiva *whistleblowing* vem justamente acolher estes objetivos. Por conseguinte, na nossa perspetiva contribui para alavancar e complementar os nossos instrumentos de deteção proativa e a nossa atividade, designadamente ao estabelecer

³ Commissioner Margrethe Vestager, in charge of competition policy, said “*If people are concerned by business practices that they think are wrong, they can help put things right. Inside knowledge can be a powerful tool to help the Commission uncover cartels and other anti-competitive practices. With our new tool it is possible to provide information, while maintaining anonymity. Information can contribute to the success of our investigations quickly and more efficiently to the benefit of consumers and the EU's economy as a whole*” (16 March 2017, Antitrust: Commission introduces new anonymous whistleblower tool https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_591).

diversas soluções de proteção de denunciante contra medidas de retaliação.

A INTERAÇÃO ENTRE O PROGRAMA DE CLEMÊNCIA E O NOVO REGIME DE *WHISTLEBLOWING*

O novo regime de proteção de denunciante pode, pois, criar mais incentivos para recurso à clemência. Podemos identificar pelo menos duas formas pelas quais o novo regime do *whistleblowing* pode contribuir para este resultado:

Por um lado, ao estabelecer a obrigatoriedade de **canais de denúncia internos nas organizações**. Uma denúncia interna sobre o facto de a organização estar envolvida num acordo anticoncorrencial permitirá às empresas identificar mais rapidamente o problema e agir sobre ele, reportando a questão em tempo útil à AdC através do programa de clemência, de forma a mitigar a sua exposição às consequências do incumprimento, mormente os riscos financeiros e reputacionais.

Aliás, no caso das organizações que já estejam munidas de programas de *compliance* efetivos, suponho que, em bom rigor, já devam possuir estes canais internos de denúncia desenvolvidos, disseminados e implementados, de forma a habilitá-las a identificar adequadamente ilícitos de diversas naturezas, incluindo infrações às regras da concorrência. Para estas, o novo regime não deverá ser uma total novidade.

Por outro lado, por força do novo regime do *whistleblowing*, as empresas e os seus dirigentes estarão mais cientes de que (para além dos seus concorrentes ou parceiros de negócio) também os seus próprios **trabalhadores podem a qualquer momento recorrer diretamente à AdC para denunciar potenciais infrações**, através de denúncias externas, e com um estatuto agora mais protegido.

De facto, no caso de crimes e contraordenações, como infrações às regras de concorrência, não é sequer necessária a precedência de uma denúncia interna para que um denunciante possa gozar da proteção contra retaliações conferida pela Diretiva. Estas denúncias podem sempre ser apresentadas diretamente às autoridades competentes como a AdC:⁴ o que constituiu um fator de destabilização adicional: não só produz um efeito dissuasor relativamente ao cometimento destas práticas, como, ao aumentar a ameaça de deteção, pode incentivar o recurso à clemência.

⁴ Artigo 12.º, n.º 4 da Lei que respeita designadamente o artigo 10.º da Diretiva.

Aliás, apesar de o universo de beneficiários do programa de clemência não ser idêntico ao universo de beneficiários da lei de proteção de denunciante (que é mais vasto), a sobreposição entre os dois regimes do ponto de vista subjetivo é possível quando um *whistleblower* assume também um cargo de direção ou até de administração numa empresa infratora. Nessas circunstâncias, pode ser sancionado sendo portanto elegível para clemência, não sendo de excluir que possa e deva cumular a proteção dos dois estatutos, caso o pretenda.

A esse respeito, devo aproveitar para salientar que os nossos procedimentos de tramitação de denúncias já se encontram em larga medida em linha com o novo regime de proteção de denunciante.⁵

Acresce que para além do lançamento, tal como referi, da nossa *whistleblower tool*, que visa melhorar a interação com denunciante anónimos, estamos a avaliar se haverá ainda outras soluções que possamos introduzir para otimizar os nossos procedimentos de gestão de denúncias, nomeadamente à luz deste novo regime

⁵ nomeadamente:

- . Ao nível da prestação de informações ao denunciante quanto ao seguimento das denúncias. Sempre que a AdC considere, com base nas informações de que dispõe, que não existem fundamentos bastantes para lhe dar seguimento nos termos do artigo anterior, informa o autor da denúncia das respetivas razões e estabelece um prazo, não inferior a 10 dias úteis, para que este apresente, por escrito, as suas observações (artigo 8.º da LdC). Este artigo encontra-se em linha com o previsto no artigo 15.º da nova lei de proteção de denunciante (seguimento da denúncia externa);
- . Ao nível dos *timings* de resposta a denunciante: a nossa meta (KPI) de prazo médio de análise de denúncias, inscrita no anualmente no nosso plano de atividades, situa-se entre os 90 e 120 dias (ainda que na realidade na maior parte dos casos seja inferior);
- . O Portal de Denúncias da AdC, modernizado em 2017 e em 2021, constitui uma via externa, independente e autónoma dos demais canais de comunicação, para receber e dar seguimento às denúncias, assegurando a exaustividade, a integridade e a confidencialidade das mesmas (mediante requerimento) e impedindo o acesso de pessoas não autorizadas (artigo 13.º n.º 1). O exponente/denunciante poderá optar no formulário disponível no Portal de Denúncias por indicar que pretende que a sua denúncia seja anónima. Mesmo não o fazendo, poderá requerer a respetiva confidencialização no texto da exposição. Adicionalmente, no caso de a denúncia dar origem a processo de contraordenação, o denunciante, caso ainda não se tenha manifestado sobre a confidencialidade da informação, é expressamente notificado para vir dizer se a informação constante da denúncia é confidencial, avaliando a AdC o mérito e fundamentos do pedido.;
- . A AdC tem uma equipa de colaboradores – a equipa de triagem – especificamente dedicada ao tratamento de denúncias (artigo 13.º n.º 2);
- . É permitida a apresentação de denúncias oralmente, por escrito, anónimas ou com identificação do denunciante (artigo 14.º); etc.

A título de nota final, não resisto a mostrar-vos um trecho clássico da história do cinema que é incontornável sempre que se fala de *whistleblowing*. *You know how to whistle don't you Steve?* Do filme *To have and have not*.

NOTA FINAL

Uma nota final para reiterar que estamos perante um sistema normativo mais coerente e coeso, que oferece cada vez mais garantias aos *stakeholders* para recorrerem com confiança aos instrumentos que descrevi, os quais interagem de forma profícua, potenciando a deteção de infrações e assim contribuindo para a efetividade da política de concorrência, ou seja, para a melhoria das nossas sociedades.

No caso no caso da política de concorrência, trata-se de melhorar a vida das pessoas e das empresas, de proteger a sua liberdade de iniciativa, criando condições para que a concorrência lhes entregue melhores preços, qualidade, escolha e inovação.

Muito obrigada pela vossa atenção. Estarei disponível no final para eventuais questões que queiram colocar.
