CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO apresentadas em 21 de Fevereiro de 1989 *

Sumário

I — Quanto ao fundamento baseado em violação de um direito fundamental ... 2876

A — Alcance das decisões que ordenam as diligências de instrução e competência atribuída à Comissão pelo artigo 14.° do Regulamento n.° 17 ... 2877

B — Ensinamentos que se podem retirar dos direitos nacionais, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência do Tribunal de Justiça ... 2884

C — Aplicação aos presentes processos dos princípios de solução propostos ... 2896

D — Papel dos órgãos juridicionais nacionais e competências atribuídas ou susceptíveis de ser atribuídas ao Tribunal de Justiça ... 2899

II — Quanto ao fundamento baseado em violação de formalidades essenciais ... 2902

III — Quanto ao fundamento baseado em falta de fundamentação ... 2903

IV — Quanto ao fundamento baseado em inexistência ou indeterminação das provas ... 2905

V — Quanto ao fundamento baseado na obtenção ilícita das informações que deram origem à instrução ... 2907

VI — Quanto aos outros fundamentos invocados pela Dow Ibérica, Alcudia e EMP ... 2910

VII — Quanto à decisão de 3 de Fevereiro de 1987 que aplicou uma sanção pecuniária compulsória à sociedade Hoechst (processo 46/87) ... 2914

VIII — Quanto à decisão de 26 de Maio de 1988 que fixou o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória (processo 227/88) ... 2917

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Com base no n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 [1], a Comissão adoptou, em 15 de Janeiro de 1987, um conjunto de decisões que determinaram a sujeição de diversas empresas a diligências de instrução relativas à sua eventual participação em acordos ou práticas concertadas através dos quais fixaram os preços e as quotas ou objectivos de venda na Comunidade de PVC e polietileno.

2. Cinco delas solicitaram a anulação pelo Tribunal de Justiça da decisão que lhes dizia respeito. Em apoio dos seus recursos, todas

* Língua original: francês.

1 — Primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO de 21.2.1962, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

invocaram, para além de falta de fundamentação, vícios formais e processuais, a violação do direito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

3. Antes de passar ao exame desses fundamentos, parece-nos indispensável recordar brevemente por que forma as recorrentes reagiram às decisões de instrução da Comissão.

4. A Hoechst (processo 46/87) recusou categoricamente sujeitar-se à instrução, apesar de três tentativas efectuadas pelos agentes da Comissão. De todas as vezes, a Hoechst fez constar em acta a sua oposição formal à execução das diligências de instrução que qualificou de busca. Apenas cedeu finalmente em 2 de Abril de 1987 por existir, nessa altura, um mandato de busca emitido a favor da Comissão pelo Amtsgericht de Francoforte na sequência de um pedido formulado pelo Bundeskartellamt [2].

5. A Comissão aplicou-lhe, assim, por decisão de 3 de Fevereiro de 1987, adoptada nos termos da alínea d) do n.° 1 do artigo 16.° do Regulamento n.° 17, uma sanção pecuniária compulsória de 1 000 ECU por dia para a coagir a sujeitar-se às diligências de instrução determinadas. A Hoechst solicita também a anulação desta decisão, bem como da de 26 de Maio de 1988, tomada com base no n.° 2 do artigo 16.° do mesmo regulamento, pelo qual a Comissão fixou o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória em 55 000 ECU (processo 227/88).

6. A Dow Benelux (processo 85/87) formulou objecções à decisão de instrução da Comissão e à sua execução mas, considerando-se obrigada a colaborar, não se opôs formalmente a essa execução, prestando mesmo assistência aos agentes da Comissão.

7. Quanto aos representantes das sociedades Dow Ibérica (97/87), Alcudia (98/87) e EMP (99/87), declararam-se «perturbados» pela primeira «inspecção surpresa» efectuada pela Comissão nas empresas espanholas, mas, na sequência da comunicação que os agentes da Comissão fizeram, oralmente e por escrito, dos respectivos direitos e deveres decorrentes dos artigos 14.°, 15.° e 16.° do Regulamento n.° 17, não apenas toleraram as diligências de instrução sem suscitar objecções formais como também nelas colaboraram activamente.

8. Feitas estas precisões factuais, podemos agora passar ao exame dos fundamentos jurídicos invocados pelas recorrentes, começando pelo comum à totalidade dos processos, que é de longe o mais significativo.

I — Quanto ao fundamento baseado em violação de um direito fundamental

9. As recorrentes sustentam, consoante os casos e por vezes em simultâneo:

— que o n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 é inválido por incompatível com os direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica comunitária;

2 — Ver auto de notícia de 2 de Abril de 1987, anexo 4 à réplica.

— que as decisões de instrução são ilegais por não respeitarem a norma de base, ou seja, o n.° 3 do artigo 14.°, e/ou os direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica comunitária;

— que ao executar essa decisões os funcionários da Comissão excederam a sua competência e violaram direitos fundamentais.

10. Esperamos poder contribuir para aclarar este debate procedendo da forma seguinte.

11. Examinaremos em primeiro lugar se os poderes atribuídos aos agentes da Comissão pelas decisões de instrução por ela adoptadas em 15 de Janeiro de 1987 respeitam as condições estabelecidas pelo artigo 14.° do Regulamento n.° 17.

12. Após provar, com base na análise dos direitos nacionais dos Estados-membros, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, dever reconhecer-se um direito fundamental das empresas à inviolabilidade das suas instalações, examinaremos se esse direito foi objecto de violação aquando das diligências de instrução efectuadas com base na citada disposição.

13. Analisaremos em seguida as conclusões a tirar para os presentes processos dos princípios a que chegarmos. Formularemos, finalmente, algumas reflexões sobre o papel que cabe respectivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no que se refere à execução das decisões de instrução.

A — *Alcance das decisões que ordenam as diligências de instrução e poderes atribuídos à Comissão pelo artigo 14.° do Regulamento n.° 17*

14. No artigo 1.° de cada uma das decisões impugnadas de 15 de Janeiro de 1987, cuja redacção é no essencial idêntica[3], pode ler-se que a empresa «fica obrigada a autorizar aos agentes mandatados pela Comissão o acesso às suas instalações nas horas normais de expediente, a apresentar para efeitos de inspecção e deixar copiar os documentos profissionais relativos ao objecto do inquérito solicitados pelos referidos agentes, e a fornecer imediatamente todas as explicações que por estes lhes sejam pedidas».

15. A utilização das expressões «apresentar os documentos exigidos» pelos agentes da Comissão e «fornecer as explicações» por eles solicitadas demonstra que a decisão não obriga apenas as empresas a tolerarem as diligências de instrução, impondo-lhes também uma atitude activa de colaboração. Com algumas excepções[4], a doutrina entende, aliás, que o próprio n.° 3 do artigo

3 — É certo que a versão alemã da decisão remetida à Hoechst apenas utiliza a expressão «relativas ao objecto do inquérito», no que se refere às explicações que podem ser solicitadas pelos agentes da Comissão. Tal apenas constitui, contudo, um erro de redacção que não podia ter nem teve, de facto, consequências. Por um lado, decorre dos considerandos da decisão que as medidas que determinou apenas diziam respeito aos acordos ou práticas concertadas de cuja existência a Comissão suspeitava. Por outro lado, a Hoechst não se enganou sobre o facto de as diligências de instrução apenas poderem incidir sobre o objecto assim determinado, apenas tendo acusado a Comissão de haver precisado insuficientemente esse objecto.

4 — Blum: *Die Auskunfts- und sonstigen Ermittlungsrechte der Kartellbehörden*, Diss. Heidelberg 1986, p. 252; Deringer: *Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar*, 1962 (actualização de 1963), Rdnr. 9 zu Art. 14 VO n.° 17; Goldmann e Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, 4.ª edição 1983, n.° 699, p. 791.

14.° impõe às empresas esse dever de cooperação[5]. Mais tarde voltaremos a este aspecto do problema.

16. O texto das decisões de instrução não comporta qualquer precisão quanto aos documentos *concretos* que os agentes da Comissão deverão examinar; faz-se unicamente referência aos «documentos profissionais relativos ao objecto do inquérito». A Hoechst funda-se neste facto para sustentar que «até mesmo a apresentação *voluntária* de documentos comerciais, em execução de uma decisão de instrução, constitui uma busca quando a Comissão desconheça a natureza precisa e os pormenores dos documentos apresentados» (acta das diligências de instrução de 2 de Abril de 1987, citado na página 7 da réplica). Não podemos aceitar este raciocínio visto que, como adiante veremos, em todos os direitos nacionais existem processos de investigação que pressupõem a colaboração das empresas, em cujo âmbito a autoridade administrativa competente não sabe antecipadamente se virá a encontrar elementos que a conduzirão a declarar uma infracção da responsabilidade da empresa nem, *a fortiori*, qual a natureza desses elementos. E essas operações de investigação não passam, por essa razão, a ser consideradas buscas.

17. Falta saber por que forma os agentes da Comissão devem definir, perante os representantes da empresa, os documentos que pretendem examinar.

18. Assim, se é evidente que podem, por exemplo, solicitar que lhes seja mostrada a «correspondência trocada pela empresa no decurso dos últimos três anos com outros produtores de PVC ou de polietileno», ou ainda as «actas das reuniões do Conselho de Administração efectuadas de 1983 a 1987», poderão também pedir a consulta de «todos os documentos relacionados com as condições de comercialização do PVC» ou os «documentos que se encontrem no escritório do chefe da divisão de marketing» ou ainda os «processos existentes neste armário ou naquela gaveta»?

19. Todas estas formas de procedimento nos parecem aceitáveis, pelas razões seguintes. Nos termos do n.° 1 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, a Comissão pode proceder a «todas as diligências de instrução necessárias». Essa mesma disposição estabelece que, para esse efeito, «compete aos agentes incumbidos pela Comissão:

a) inspeccionar os livros e outros documentos profissionais;

b) tirar cópias ou extractos dos livros e documentos profissionais;

c) pedir *in loco* explicações orais;

d) ter acesso às instalações, terrenos e meios de transporte das empresas».

5 — Gleiss e Hirsch: *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3. Auflage 1978, Rdnr. 25 zu Art. 14 VO n.° 17; Graupner: «The Investigatory Powers of the European Comission in Anti-Trust Cases», *International Bussiness Lawyer* 1981, p. 453; Kuyper e van Rijn: «Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition, 1982», *Yearbook of European Law*, p. 13; Schröter: «Kommentar zu Art. 87 EWG-Vertrag», apud VD Groeben, Thiesing e Ehlermann: *Handbuch des Europäischen Rechts*, Bd. 8, 212. Lieferung Nov. 1984, Art. 87 EWGV Rdnr. 38; Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, p. 606 e 607.

20. Ora, esta definição, e designadamente o direito de os agentes da Comissão acederem a todas as instalações e mesmo aos meios de transporte, implica que eles possam ver todos os objectos que se encontrem nesses locais e solicitar que lhes sejam entregues todos aqueles que designem, visto que, caso contrário, qual seria a utilidade do respectivo direito de acesso? Imaginemos, por exemplo, que, ao olhar por uma janela, os agentes da Comissão se apercebem de repente de que operários estão a carregar processos num camião. Devem, nesse caso, ter direito de enviar um deles ao local para solicitar que essa operação seja interrompida e que os documentos em causa lhes sejam mostrados.

21. A tarefa dos agentes da Comissão não é, com efeito, de forma alguma comparável à dos agentes das autoridades nacionais que efectuam diligências de instrução no sector fiscal ou do direito do trabalho. Em matéria fiscal, os inspectores preocupam-se com categorias bem precisas de documentos, a saber, os livros de contabilidade bem como as facturas de compra ou venda, enquanto que no direito do trabalho estão particularmente em causa as fichas de pagamento e os processos do pessoal.

22. No caso de os inspectores da Comissão apenas terem direito a solicitar a apresentação dos processos clássicos existentes em cada empresa, como os processos de correspondência ou as actas oficiais dos órgãos directivos da empresa, muito provavelmente jamais terão possibilidade de descobrir elementos sobre um acordo ilegal. Tais elementos encontram-se sobretudo em «papéis soltos», frequentemente manuscritos, como notas tomadas aquando de reuniões secretas realizadas fora da empresa, por vezes num hotel situado num país não membro da Comunidade, contendo abreviaturas ou referências codificadas.

23. Frequentemente são os pagamentos relativos às viagens efectuadas pelos dirigentes da empresa que, comparados com os dos responsáveis de outras empresas sujeitas à instrução, permitem que a Comissão descubra que empresas terão participado no acordo, em que altura tiveram lugar as concertações, etc. O interesse da Comunidade exige que aqueles que estão encarregados de garantir a realização do objectivo definido na alínea f) do artigo 3.° e o respeito pelas regras constantes dos artigos 85.° e 86.° do Tratado sejam colocados em condições de ter também acesso a documentos deste tipo desde que existam suspeitas suficientemente sérias de comportamentos ilegais. Eis por que entendemos que os agentes da Comissão têm também direito de inspeccionar as pastas dos responsáveis da empresa e mesmo as suas agendas para verificar se contêm documentos ou indicações relativas às suas actividades profissionais.

24. Por outro lado, é à Comissão, e só a ela, que compete verificar e declarar, sob controlo exclusivo do Tribunal de Justiça, se os documentos que exige se relacionam com o objecto do inquérito que conduz.

25. Foi o que o Tribunal de Justiça confirmou expressamente no acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S/Comissão (processo 155/79, Recueil 1982, p. 1575, 1609 e 1610, n.° 17), quando declarou que,

«sendo os documentos que a Comissão pode exigir, como afirma o n.° 1 do artigo 14.°, os que considerar «necessário» conhecer

para poder detectar uma infracção às normas de concorrência do Tratado, conclui-se que, em princípio, cabe à própria Comissão e não à empresa interessada ou a um terceiro, perito ou árbitro, decidir se um documento deve ou não ser-lhe apresentado» (n.° 17).

26. É certo que o Tribunal de Justiça reconheceu que esta «ampla competência de *investigação* e instrução» [6] da Comissão pode estar sujeita a limites, tais como, no caso presente, os decorrentes da exigência de respeito pela confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente, na medida em que se trate de correspondência trocada no âmbito e para efeitos do direito de defesa do cliente e provenha de advogados independentes, ou seja, não vinculados ao cliente por uma relação de emprego. Mesmo nos casos em que a empresa entende que cabem nesta categoria os documentos cuja apresentação lhe é solicitada, a Comissão conserva a competência para lhe ordenar, nos termos do n.° 3 do artigo 14.°, a apresentação da correspondência controvertida e, se necessário for, lhe aplicar uma multa ou sanção pecuniária compulsória para punir a sua recusa (n.° 31).

27. Assim, em caso algum compete à empresa seleccionar ela própria os documentos que se propõe mostrar ou não, mesmo que considere estarem alguns deles protegidos nos termos do princípio geral da confidencialidade comum aos ordenamentos jurídicos de todos os Estados-membros. Para o Tribunal, os interesses da empresa estão suficientemente garantidos pela possibilidade, conferida pelos artigos 185.° e 186.° do Tratado bem como pelo artigo 83.° do Regulamento Processual do Tribunal, de obter a supensão da execução da decisão da Comissão ou de qualquer outra medida provisória (n.° 32). No acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie/Comissão (processo 53/85, Colect., p. 1965 e 1992), o Tribunal reconheceu também à Comissão competência para apreciar se determinado documento contém ou não segredos de negócio cuja divulgação está protegida nos termos de um princípio geral aplicável durante a tramitação do processo administrativo (n.os 28 e 29).

28. Se, portanto, a Comissão pode exigir até a apresentação de documentos que a empresa considera protegidos nos termos dos princípios gerais de direito e analisar, apenas sob controlo do Tribunal de Justiça, se assim sucede efectivamente, deve também ser-lhe concedida a faculdade de verificar ela própria se os documentos cuja apresentação exige se relacionam ou não com o objecto do inquérito. Os agentes da Comissão têm assim, necessariamente, o direito de exigir a apresentação de processos sobre os quais não exista a certeza de conterem ou não elementos susceptíveis de assumir relevância no âmbito do inquérito e solicitar designadamente que todos os processos ou papéis contidos em determinado armário ou gaveta lhe sejam facultados.

29. Falta saber se os próprios agentes da Comissão têm o direito de retirar os documentos dos armários e gavetas onde se encontram para os examinar, após terem solicitado, sendo caso disso, a abertura dos referidos móveis. A empresa Dow Benelux e as três empresas espanholas que, contrariamente à Hoechst, se não opuseram às diligências de instrução alegam que os agentes da Comissão procederam dessa forma.

6 — Ver acórdão AM & S, n.° 15.

30. A Comissão reivindicou, com efeito, esse direito no decurso do processo perante o Tribunal de Justiça. Assim, na tréplica apresentada no processo 46/87 (Hoechst), a Comissão descreveu da seguinte forma o modo habitual de agir dos seus agentes:

«Quando um agente da Comissão está num escritório, investiga em que lugar são guardados os processos em causa e pede para ter acesso às gavetas da secretária ou do armário de arquivo para se certificar da natureza dos processos que neles se encontram. Caso os móveis estejam fechados, exige que sejam abertos. *Depois de tal ter sido feito, é indiferente que seja o próprio agente da Comissão ou o empregado da citada empresa a retirar os processos do móvel em que se encontram.* Regra geral, o agente da Comissão, examina, contudo, cada um dos processos para verificar se contem documentos com interesse relativamente ao objecto das diligências de instrução. Os documentos sem relação com o processo do inquérito bem como os documentos privados podem assim ser eliminados» [p. 20, alínea k)].

31. Na tréplica relativa ao processo 85/87 (Dow Benelux), a Comissão declarou que «os próprios agentes da Comissão podem abrir armários ou secretárias não fechadas à chave, deles retirar processos e documentos, consultá-los e copiá-los» (p. 8, n.° 1).

32. Finalmente, em resposta à questão que lhe foi colocada pelo Tribunal de Justiça sobre as instruções que dá aos seus agentes, a Comissão referiu designadamente que «o agente encarregado das diligências de instrução examina pessoalmente, em presença de um representante da empresa, todos os arquivos, armários e secretárias em que podem estar guardados documentos e consulta todos os documentos, para poder proceder a uma triagem; um exame rápido permite, regra geral, eliminar numerosos documentos sem interesse».

33. Poderá entender-se que esta forma de proceder dos agentes da Comissão está «coberta» pelas decisões-tipo da Comissão que ordenam às empresas que «*apresentem* para efeitos de inspecção e deixem copiar os *documentos* profissionais relativos ao objecto do inquérito *exigidos* pelos... agentes»?

34. Pode atribuir-se à palavra «apresentação» um significado restrito ou mais amplo. Em sentido restrito, essa palavra pode querer dizer que os documentos indicados pelos agentes da Comissão lhes devem ser entregues pelos representantes da empresa. Em sentido amplo, pode ser interpretada como significando que o dever de colaboração da empresa implica o dever de conduzir os agentes da Comissão aos locais em que podem estar guardados documentos relevantes ou aos locais que, por sua iniciativa, os agentes pedem para visitar, concedendo-lhes o acesso livre a todos os móveis de arquivo para que deles possam retirar os documentos aí contidos e examiná-los.

35. Não nos parece, contudo, que se deva acolher esta última interpretação. A utilização das expressões «apresentar... e deixar fotocopiar os documentos exigidos» conjugada com o dever de os representantes da empresa «fornecerem imediatamente todas as explicações que lhes possam ser solicitadas» conduz-nos a pensar que os agentes da Comissão devem, antes de mais, permitir que os responsáveis da empresa colaborem activamente no inquérito.

36. É certo que os agentes da Comissão devem ter a faculdade de se certificar, na medida do possível, de que nenhum elemento relevante escapa ao seu exame. Para isso, devem ter, como anteriormente referimos, o direito de solicitar que lhes sejam entregues todos os processos ou documentos que se encontrem no móvel que indiquem, pois, caso contrário, como poderão encontrar elementos sobre comportamentos que a empresa tem interesse em esconder, procurando fazer com que deles não conste qualquer vestígio nos seus processos «clássicos»? Se se aceitar este princípio, é verdade que, em última análise, se torna indiferente que seja o próprio agente ou o empregado da empresa a retirar os processos do móvel em que se encontram e uma empresa disposta a respeitar totalmente o seu dever de colaboração acabará sem dúvida por dizer aos agentes da Comissão: «Vá lá, peguem vocês mesmos nos processos.»

37. Esta situação é, contudo, bem diferente daquela em que os agentes da Comissão começam imediatamente a proceder a uma busca em regra nos móveis. Entendemos que essa faculdade, incontestavelmente uma faculdade de busca, consta do artigo 14.°, mas apenas a título de *ultima ratio*, só podendo ser exercida nas condições do n.° 6 desse artigo.

38. Esta interpretação é, em nossa opinião, a única compatível com os termos da alínea c), n.° 1 do artigo 15.° do regulamento. Esta disposição funda-se manifestamente no princípio da apresentação (Vorlage) dos documentos pelos representantes da empresa, visto que prevê a possibilidade de a Comissão aplicar multas às empresas quando, deliberadamente ou por negligência, as mesmas «*apresentem* de forma incompleta, aquando de diligências de instrução efectuadas nos termos do artigo 13.° ou do *artigo 14.°*, os livros ou outros documentos profissionais exigidos, ou se não sujeitem às diligências de instrução ordenadas por decisão tomada nos termos do n.° 3 do artigo 14.°».

39. O facto de a primeira parte desta disposição se referir ao artigo 14.° no seu conjunto, não estabelecendo, assim, qualquer distinção entre o n.° 2 (diligências de instrução efectuadas com base em simples mandato) e o n.° 3 (diligências de instrução com base em decisão formal da Comissão), significa, em nossa opinião, que, em ambos os casos, cabe aos representantes da empresa entregar os documentos aos agentes da Comissão. Idêntica tese é, aliás, exposta numa brochura editada em 1984 pela Comissão com o título *Les pouvoirs d'enquête de la Comission européenne en matière de concurrence*. Lemos com efeito, na página 38, que «são os representantes da empresa que devem abrir os armários e entregar os documentos aos agentes: estes não os podem retirar directamente dos armários. A eventual recusa dos representantes da empresa de apresentar os documentos é registada em auto e os inspectores podem solicitar às autoridades nacionais a execução forçada». É certo que na capa dessa brochura se esclarece que ela «não pode ser considerada como expressão autêntica da posição da Comissão sobre as questões de que se ocupa». Não é menos verdade que a opinião que acabámos de citar devia ser, na altura, predominante no seio dos serviços da Comissão.

40. O sistema instituído pelo artigo 14.° é, assim, o seguinte.

1) No caso a que se refere o n.° 2, a empresa tem o direito de não aceitar o próprio princípio da inspecção mas, caso o faça, deve apresentar de forma completa todos os documentos exigidos.

41. 2) No âmbito do processo previsto no n.° 3, a empresa está obrigada a sujeitar-se às diligências de instrução *e* a apresentar de forma completa os documentos exigidos, sob pena, em ambos os casos, da aplicação de uma sanção pecuniária compulsória e/ou multa. Partilhamos a opinião dos autores que consideram[7] que também esta disposição apenas confere à Comissão direitos de informação e de exame («Auskunfts- und Einsichtsrechte») a que corresponde, por parte da empresa, um dever de colaboração. Com efeito, de acordo com Mestmäcker[8], entendemos que «as empresas têm a obrigação de criar condições para que os agentes da Comissão possam desempenhar-se da sua tarefa de tal forma que, sem recurso à coacção directa, lhes sejam transmitidas correctamente as informações exigidas» («Die Unternehmen sind verpflichtet, den Bediensteten die Erfüllung ihrer Aufgabe so zu ermöglichen, daß ohne Anwendung von unmittelbarem Zwang die geforderten Aufschlüsse sachlich richtig gegeben werden»). Cabe assim traçar, desde o início, uma separação muito nítida entre o caso em que uma empresa colabora no inquérito e aquele em que o não faz. Autorizar os próprios agentes da Comissão a, no âmbito do processo estabelecido no n.° 3 do artigo 14.°, apoderarem-se dos documentos criaria confusão entre este processo e o previsto no n.° 6 do mesmo artigo. Um argumento adicional em favor desta interpretação dos poderes da Comissão pode ser encontrado no facto de, caso a Comissão pudesse imediatamente proceder, com base exclusivamente na decisão de instrução, a uma verdadeira busca das instalações da empresa, se não descortinar qual a finalidade da ameaça de multa por apresentação incompleta dos livros e outros documentos.

42. 3) Finalmente, se a empresa se recusar a apresentar um ou diversos documentos que os agentes da Comissão pretendam examinar e, *a fortiori*, se recusar até a abrir determinados armários ou gavetas fechados à chave ou retirar os objectos da pasta de um dos seus directores, os agentes da Comissão têm a possibilidade de levantar um auto dessa recusa. Tal verificação desencadeará o processo conducente à fixação de uma multa ou sanção pecuniária compulsória e levará a Comissão a solicitar ao Estado-membro em causa que preste aos seus agentes, nos termos do n.° 6 do artigo 14.°, «a assistência necessária para lhes permitir executar essa diligência». Por outras palavras, a recusa em entregar o conteúdo de um móvel aos agentes da Comissão constitui uma oposição, na acepção do n.° 6 do artigo 14.°, que não pode ser vencida pelos próprios agentes assenhoreando-se dos processos, exigindo, pelo contrário, a intervenção dos representantes do Estado-membro em causa. Entendemos que esta conclusão decorre também, por analogia, do artigo 192.° do Tratado relativo à execução coactiva das decisões do Conselho e da Comissão, que remete, aliás, para o artigo 187.°, relativo à execução dos acórdãos do Tribunal de Justiça. Entendemos que desta disposição se pode concluir que o Tratado CEE entendeu reservar aos Estados-membros toda e qualquer forma de intervenção equiparável à coacção directa.

7 — Kreis, W.: «Ermittlungsverfahren der EG-Kommission in Kartellsachen», in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heft 5, Maio de 1981, p. 281, designadamente p. 291; Rehmann, WA: «Zur Vollstreckung einer Nachprüfungsentscheidung der Kommission der EG», in *NJW 1987*, Heft 48, p. 3061 e seguintes.

8 — Mestmäcker, obra citada, p. 607.

43. O n.° 6 do artigo 14.° impõe aos Estados-membros uma *obrigação de resultado*, a saber, possibilitar que os agentes da Comissão verifiquem se determinados documentos em poder da empresa podem servir para provar a sua participação num acordo. A última frase do citado n.° 6 obriga os Estados-membros a adoptar, antes de 1 de Outubro de 1962, e após consulta da Comissão, as medidas necessárias para cumprir essa obrigação.

44. Essa frase não constava da proposta de regulamento submetida pela Comissão ao Parlamento e ao Conselho. Não é de excluir que tenha sido introduzida pelo Conselho na sequência da observação feita pela Comissão do mercado interno do Parlamento (relatório de 7 de Setembro de 1961, documento 57, dito relatório Deringer) de que se deveria prever, aquando de uma busca, a intervenção de um órgão jurisdicional. Já não é, contudo, possível determinar actualmente se o Conselho entendeu solicitar que os Estados-membros adaptassem a sua legislação por forma a não ser exigido mandato judicial nas acções empreendidas com base no n.° 6 do artigo 14.° (precisando numa lei, por exemplo, que essas acções devem ser entendidas como casos em que existe risco em função da demora) ou se apenas pretendeu atribuir a cada Estado-membro o direito de optar pelas formas que entendesse adequadas, incluindo, sendo caso disso, a exigência de mandato judicial.

45. Ora, o que é certo é que as medidas a adoptar devem ser de ordem a permitir que os agentes da Comissão possam aceder aos documentos que buscam sem que a empresa tenha tempo de os fazer desaparecer.

46. Seja como for, nenhum Estado-membro adoptou, com base no n.° 6 do artigo 14.°, medidas incompatíveis com a sua própria concepção da protecção do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio das empresas. Assim sendo, sempre que a Comissão solicitar a assistência das autoridades nacionais para vencer a oposição de uma empresa, a protecção desse direito fundamental será automaticamente garantida em toda a extensão prevista na ordem jurídica nacional.

47. Falta-nos, contudo, examinar se uma operação de instrução, no âmbito da qual os agentes da Comissão se limitam a solicitar a apresentação dos processos que indicam, sem eles próprios procederem a buscas nos móveis, implica a violação do direito fundamental de protecção do domicílio *em virtude de se desenrolar sob a ameaça de multa ou sanção pecuniária compulsória.* Com efeito, é óbvio que nenhum problema de violação de domicílio se pode colocar se a empresa colaborar com os inspectores de forma totalmente voluntária.

48. Para decidir esta questão, necessário é examinar a situação existente nos direitos nacionais bem como os ensinamentos que podem ser retirados da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

B — *Ensinamentos que podem ser retirados dos direitos nacionais, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência do Tribunal de Justiça*

49. Na *Bélgica*, o artigo 10.° da Constituição dispõe que

«o domicílio é inviolável: nenhuma entrada no domicílio pode ter lugar excepto nos casos previstos na lei e da forma nela prevista».

50. Abstraindo do facto de ser controvertida a aplicação deste princípio às pessoas colectivas e às instalações profissionais, a própria *Constituição* não sujeitou as entradas no domicílio à *prévia autorização de um órgão jurisdicional.* Do mesmo passo que o legislador exige essa autorização prévia para as inspecções e buscas em locais que servem de *residência privada,* reconhece amplos poderes de diligências de instrução, sem autorização judicial prévia, aos inspectores em matéria fiscal e social bem como em matéria de regulamentação dos preços e práticas comerciais: esses poderes conferem-lhes geralmente a possibilidade de penetrar em todas as instalações profissionais, tomar conhecimento e copiar, ou mesmo apreender, todos os documentos úteis bem como requerer a assistência dos agentes da força pública. Apenas parece objecto de controvérsia a questão de saber se eles próprios podem abrir um armário e pesquisar os arquivos[9].

51. Em matéria de concorrência, a lei de 27 de Maio de 1980 relativa à protecção contra o abuso de poder económico prevê um *direito de busca, sem autorização judicial prévia.* Além disso, a lei de 28 de Julho de 1987 relativa à execução dos regulamentos e directivas aprovados em aplicação do artigo 87.° do Tratado CEE (*Moniteur belge* de 24.9.1987, p. 138 171) adopta uma definição dos poderes dos agentes nacionais que assistem os inspectores da Comissão que reproduz exactamente o texto do n.° 1 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. O n.° 3 do artigo 2.° dessa lei estabelece sanções penais para quem impeça ou entrave voluntariamente as missões de assistência ou instrução. De acordo com o decreto real de 1 de Fevereiro de 1988, que dá execução aos artigos 12.° a 14.° do Regulamento n.° 17 (*Moniteur belge* de 11.2.1988, p. 22 021), os mandatos escritos de instrução são emitidos pelo chefe de serviço da Inspecção-Geral Económica, e não por um membro do poder judicial.

52. Na *Dinamarca,* a própria Constituição (artigo 72.°) estabelece a exigência de decisão judicial para as entradas no domicílio, as apreensões ou exames de cartas ou outros documentos, salvo excepção expressamente prevista na lei. Este princípio é igualmente aplicável às pessoas colectivas na medida em que estejam em causa instalações não abertas ao público. Embora pareça actualmente resolvida, pela afirmativa, a questão, durante longo tempo controversa, de saber se essa disposição é também aplicável, fora do âmbito do processo penal, às medidas coactivas administrativas, não se pode deixar de constatar que o legislador lhes pode introduzir derrogações.

53. Contudo, tal não sucedeu nem com a Lei n.° 102, de 31 de Março de 1955, relativa à concorrência, nem com a Lei n.° 505, de 29 de Novembro de 1972, adoptada para dar execução ao n.° 6 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. Deve, pois, admitir-se que, em princípio, qualquer acto de instrução está sujeito a decisão judicial. É também admitido, contudo, que, caso a empresa dê o seu consentimento à execução da operação, a autoridade em causa pode executá-la sem decisão judicial prévia.

54. Note-se, porém, que, no âmbito da Lei n.° 505, o órgão jurisdicional dinamarquês se limita, antes de autorizar as medidas

9 — Van Fraeyenhoven: «Le respect de la vie privée et le pouvoir d'investigation du fisc», *Annales de droit de Louvain,* 1984, p. 85 e seguintes.

prescritas na decisão de instrução da Comissão, a verificar a sua existência sem examinar se são fundadas.

55. Parece-nos interessante sublinhar que, em acórdão de 1976, o Hojesteret declarou que o facto de qualquer controlo administrativo estar sujeito a autorização judicial prévia nos termos da Constituição não impede que a legislação prescreva a aplicação de uma multa a quem se oponha a um controlo mesmo que não previamente autorizado por um órgão jurisdicional.

56. Na *Alemanha*, o artigo 13.° da lei fundamental, que declara que «o domicílio é inviolável», estipula, no segundo parágrafo, que

«as buscas apenas podem ser ordenadas por um órgão jurisdicional ou, se existir perigo na demora, por outros órgãos previstos na lei; apenas podem ser efectuadas na forma nela prescrita».

Nos termos do respectivo artigo 19.°, os direitos fundamentais são igualmente aplicáveis às pessoas colectivas e a jurisprudência e a doutrina são unânimes em estender a noção de «domicílio» às instalações comerciais.

57. A lei de 27 de Julho de 1957 relativa às restrições à concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) distingue, no artigo 46.°, entre faculdade de *instrução («Einsichts- und Prüfungsrecht»)* e faculdade de busca («Durchsuchungsrecht»). Embora seja por vezes difícil de estabelecer essa distinção, faz-se geralmente referência aos critérios adoptados pelo Bundesverfassungsgericht na decisão de 3 de Abril de 1979 para definir a noção de busca (BVerfG E 51, p. 97, 107). De acordo com essa definição, uma busca caracteriza-se pela

«procura efectuada com objectivo e finalidade precisas por autoridades do Estado tendo em vista encontrar pessoas ou coisas ou definir circunstâncias, por forma a descobrir o que o ocupante da habitação em que a busca é efectuada não quer apresentar ou entregar por sua iniciativa» («... Kennzeichnend ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will»).

58. A faculdade de instrução, pelo contrário, que abrange o direito de entrar nas instalações da empresa, apenas autoriza o exame dos *documentos apresentados* às autoridades pelos representantes da empresa. A instrução pressupõe, assim, a cooperação dos representantes da empresa sujeita a controlo, enquanto que a busca pode ter lugar sem qualquer intervenção sua.

59. Deve notar-se que tal não significa que essa cooperação activa não possa ser «forçada» por sanções pecuniárias compulsórias ou pela ameaça de multas, formas de coerção administrativa. A *recusa* dos representantes da empresa, que estão *obrigados a colaborar* na instrução, constitui, com efeito, *infracção administrativa.* Mas a recusa persistente, apesar desses meios de coacção, apenas pode ser vencida com base num mandato de busca, único que permite o recurso à força («unmittelbarer Zwang»). Parece, portanto, que, na prática, as autoridades competentes solicitam um mandato judi-

cial de busca sempre que têm razões para pensar que a empresa não apresentará voluntariamente todos os documentos que pretendem consultar.

60. Como o demonstra o comportamento dos agentes do Bundeskartellamt no processo Hoechst, esta distinção, e as consequências que dela decorrem, parece dever também ser adoptada no âmbito da aplicação da lei alemã de 17 de Agosto de 1967 relativa à execução do Regulamento n.° 17, apesar de o n.° 2 do artigo 3.° apenas sujeitar expressamente o recurso à força («unmittelbarer Zwang») à condição exclusiva de os seus agentes disporem de um mandato escrito do presidente da instituição.

61. Na *Grécia*, o n.° 1 do artigo 9.° da Constituição de 1975 estabelece o seguinte:

«O domicílio de cada um é um local de abrigo. A vida privada e familiar do indivíduo é inviolável. Nenhuma busca domiciliária pode ter lugar excepto nos casos e formas previstas pela lei e sempre na presença de representantes do poder judicial.»

62. Embora se admita que esta disposição se aplica também às pessoas colectivas, parece que a prática legislativa, designadamente no sector da concorrência, entende a noção de domicílio no sentido restrito da palavra, ou seja, como não abrangendo as instalações comerciais, pelo que a presença de um representante das autoridades judiciais apenas é exigida em caso de buscas no domicílio privado.

63. Seja como for, o n.° 1 do artigo 26.° da Lei n.° 703/77, relativa ao controlo dos monopólios e oligopólios e à protecção da livre concorrência, que enumera de forma exaustiva os poderes dos funcionários encarregados das inspecções, apenas remete para as exigências constitucionais no que se refere às buscas domiciliárias [alínea c)] e não quanto às outras formas de inspecção, como os controlos de qualquer livro, elemento ou outro documento [alínea a)] ou as inspecções aos gabinetes e outras instalações das empresas e associações de empresas [(alínea c)]. Além disso, estes funcionários dispõem expressamente dos mesmos poderes que os inspectores em matéria fiscal, os quais são dispensados, por algumas leis, do recurso às autoridades judiciais. Finalmente, parece resultar do parecer de legalidade n.° 1381/1981 formulado pelo Conselho de Estado helénico a propósito de um projecto de decreto relativo à protecção do ambiente que a inspecção administrativa das instalações das empresas industriais ou artesanais não constitui busca domiciliária na acepção do artigo 9.° da Constituição.

64. Na *Espanha*, o n.° 2 do artigo 18.° da Constituição de 1978 estipula que

«o domicílio é inviolável» e que «ninguém pode nele entrar ou efectuar buscas sem o consentimento do titular ou mandato judicial, excepto em caso de flagrante delito».

65. Parece ser dado adquirido, depois de proferido o acórdão 124/85 do Tribunal Constitucional de 17 de Outubro de 1985, que a protecção do domicílio das pessoas colectivas está também abrangida por esta disposição.

66. Como na Dinamarca, a exigência de autorização judicial prévia tem, portanto,

natureza constitucional. Da mesma forma, o consentimento da pessoa em causa pode tornar desnecessária essa autorização, salvo se a lei previr o contrário [10].

67. No domínio da *concorrência*, a Lei n.° 110 de 20 de Julho de 1963 (represión de prácticas restrictivas de la competencia) atribui aos agentes encarregados de proceder às diligências de instrução consideradas necessárias pelas autoridades competentes os mesmos direitos e poderes conferidos pela lei aos agentes da administração fiscal. Ora, estes dispõem, nos termos de uma lei de 28 de Dezembro de 1963 (ley general tributaria), confirmada designadamente por um regulamento de execução de 25 de Abril de 1986 (reglamento general de la inspección de los tributos), do direito de entrada e busca nos locais em que tenham lugar actividades económicas com base em mera autorização escrita da administração fiscal, mesmo em caso de oposição do interessado; o mandato judicial apenas é exigido para a hipótese de entrada no domicílio, sem consentimento do titular, quer de uma pessoa singular quer colectiva.

68. Nos termos do Real Decreto 1882, de 29 de Agosto de 1986, são estes agentes, afectos à Direcção-Geral da Defesa da Concorrência do Ministério dos Assuntos Económicos, que estão encarregados de proceder, com base em mandato escrito do respectivo director-geral, às diligências de instrução solicitadas pela Comissão.

69. Em *França*, o direito à inviolabilidade do domicílio está profundamente enraizado na tradição constitucional. Actualmente, considera-se integrado no princípio da liberdade individual consagrado no artigo 66.° da Constituição de 1958. Concebido, assim, sobretudo na óptica da dignidade do homem, o respectivo grau de protecção pode variar em função dos locais, privados ou profissionais, quer pertençam a uma pessoa singular ou colectiva. A tendência legislativa recente vai contudo indubitavelmente no sentido de uma grande protecção, inclusive para as instalações profissionais.

70. É assim que a Decreto-Lei n.° 86/1243, de 1 de Dezembro de 1986, relativo à liberdade dos preços e da concorrência, distingue dois tipos de inquéritos. O artigo 47.°, formulado pela positiva, permite que os inspectores *acedam a todas as instalações, terrenos ou meios de transporte para uso profissional* e *solicitem a comunicação dos documentos profissionais para os copiar*. O artigo 48.°, restritivamente formulado, apenas os autoriza a proceder «às visitas a todos os locais» bem como à apreensão de documentos com base em autorização prévia do presidente do «tribunal de grande instance» territorialmente competente quanto aos locais a visitar. É exigido mandato judicial prévio a partir do momento em que os inspectores desejem tomar parte activa num inquérito, não se contentando com a simples apresentação dos documentos. Além disso, o artigo 48.° precisa que «o órgão jurisdicional deve verificar se tem fundamento o pedido de autorização que lhe é submetido» e que «este pedido deve conter os elementos de informação susceptíveis de justificar a visita».

71. Baseando-se esta protecção particularmente estrita numa decisão relativamente recente do Conselho Constitucional, de 29 de Dezembro de 1983, nos termos da qual qualquer busca apenas pode ser determinada

10 — Assim, a lei de processo penal exige, para a entrada e busca num domicílio, o consentimento e o mandato e, em caso de recusa, um mandato judicial fundamentado.

pela autoridade judicial tendo em vista detectar infracções concretamente delimitadas, devendo ser executada sob seu controlo e responsabilidade, parece evidente que se deve também aplicar no âmbito do Decreto n.° 72-151, de 18 de Fevereiro de 1972, relativo à aplicação dos artigos 85.° a 87.° do Tratado de Roma referentes aos acordos e às empresas em posição dominante, na medida em que as diligências de instrução cuja execução pelas autoridades francesas a Comissão solicita, ou relativamente às quais pede a sua assistência impliquem «visitas a todos os locais», na acepção da legislação francesa.

72. Na *Irlanda*, o n.° 5 do artigo 40.° da Constituição reconhece a inviolabilidade do domicílio nos seguintes termos:

«The dwelling of every citizen is inviolable and shall not be forcibly entered save in accordance with law.»

73. Além disso, a jurisprudência parece ir no sentido de que essa protecção constitucional não é aplicável nem às pessoas colectivas nem às instalações comerciais.

74. Várias leis irlandesas, designadamente em matéria fiscal, social e aduaneira, atribuem também à administração um direito de entrada e inspecção, sem autorização judicial prévia, em todos os locais em que se desenrolem actividades comerciais, indo por vezes ao ponto de lhe conferir autorização para levar documentos profissionais por um período razoável. Essas leis, contudo, não conferem aos agentes o direito de forçar a entrada e de proceder a buscas de forma ilimitada. Mas, caso a pessoa em causa se recuse, corre o risco de sofrer sanções penais.

75. O mesmo sucede em matéria de concorrência. O Restrictive Practices Act de 1972 permite que o «examiner» ordene, sem mandato judicial prévio, uma inspecção a efectuar a qualquer hora razoável «for the purposes of obtaining any information necessary for the exercise of his functions». Caso o proprietário se lhe oponha, deve, sob pena de sanções penais, receber da High Court, para a qual tem de recorrer obrigatoriamente no prazo de sete dias, uma declaração de que a inspecção é contrária às exigências do «common good». Presume-se a conformidade com essa exigências até prova em contrário, sendo, em geral, confirmada se a inspecção for necessária para a preparação de um relatório leal e exacto.

76. Assim sendo, em princípio o direito irlandês apenas exige uma intervenção judicial no caso de a empresa se opor às diligências de instrução.

77. Na *Itália*, é no artigo 14.° da Constituição que se declara que «o domicílio é inviolável». É pacífico que tal declaração abrange também as instalações comerciais das pessoas colectivas. Os n.^{os} 2 e 3 desse artigo distinguem em seguida entre, por um lado, as «ispezioni o perquisizioni o sequestri» que apenas podem ser executadas nos casos e formas estabelecidos pela lei de acordo com as garantias prescritas para a protecção da liberdade individual e, por outro, os «*accertamenti e ispezioni*» por razões de saúde e salubridade públicas ou para fins económicos e fiscais, que são regidos por leis especiais.

78. A autorização judicial prévia apenas é em princípio exigida para as buscas. Pelo contrário, as leis adoptadas para regulamentar o exercício das diligências de instrução e

inspecções, designadamente nos sectores da saúde e segurança no trabalho, bem como em matéria aduaneira e fiscal, atribuem geralmente aos agentes públicos amplos poderes de controlo das instalações, livros e documentos, sem mandato judicial prévio.

79. Nos termos do Decreto n.° 884 do presidente da República, de 22 de Setembro de 1963, adoptado em execução do n.° 6 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, os agentes da «polizia tributaria» podem ser chamados, em caso de necessidade, a emprestar a sua força aos funcionários do Ministério da Indústria e do Comércio encarregados de assistir a Comissão. Esses agentes dispõem de *poderes de acesso, instrução e busca* em todas as instalações das empresas comerciais ou industriais. O Tribunal Constitucional precisou, contudo, que essas actividades não abrangem a faculdade de abrir malas, cofres-fortes ou portas fechadas que o contribuinte se recuse a abrir. A procura torna-se busca, exigindo autorização judicial prévia, a partir do momento em que exista recurso à coacção.

80. No *Luxemburgo*, a situação é quase idêntica à da Bélgica. Tal como no direito belga, a própria Constituição (artigo 15.°) não sujeitou as visitas domiciliárias a uma autoriação prévia do órgão jurisdicional, deixando ao legislador a tarefa de determinar os casos e formas em que tal se pode verificar. A jurisprudência não resolveu ainda a questão de saber se essa protecção constitucional se aplica também às pessoas colectivas.

81. Fora do domínio do processo penal, o legislador luxemburguês não previu a intervenção judicial em matéria de acesso e busca nas instalações comerciais. No sector dos impostos sobre o rendimento e dos impostos indirectos, designadamente em matéria de IVA, a administração fiscal goza não apenas do poder de exigir documentos, como também do poder de efectuar diligências de instrução que abrangem a entrada no domicílio. A lei relativa à fiscalização do sector financeiro, na versão dada pelo texto coordenado de 15 de Abril de 1986, autoriza a direcção do Instituto Monetário luxemburguês a «apreender por si próprio ou por intermédio dos agentes do instituto, livros, contas, registos ou outros actos e documentos dos estabelecimentos de crédito». No sector do direito da *concorrência*, os funcionários competentes dispõem da «mais ampla faculdade de investigação», com base em simples mandato emitido pelo ministro da Economia e Classes Médias, tendo a faculdade de requisitar a assistência dos agentes da força pública.

82. A lei de 9 de Agosto de 1971, relativa à execução e sanção das decisões e directivas, bem como à sanção dos regulamentos das Comunidades Europeias em matéria económica, agrícola, florestal, social e em matéria de transportes, autoriza os agentes encarregados de detectar infracções a esses diplomas a acederem, sem mandato de busca, às instalações, terrenos, meios de transporte, *livros e documentos profissionais* das pessoas e empresas em causa, salvo tratando-se de domicílio privado.

83. Nos *Países Baixos*, o artigo 12.° da Constituição

«proíbe a entrada na residência do cidadão contra sua vontade, excepto nos casos previstos na lei ou em disposição adoptada nos termos desta, e se esse acto for praticado

pelas pessoas indicadas pela lei ou por disposição adoptada nos termos desta».

84. O poder legislativo pode igualmente deixar ao próprio poder executivo a tarefa de determinar, de forma abstracta, no âmbito da lei, os casos em que é possível a entrada numa residência. Além disso, esta disposição, que não contém a exigência de controlo judicial prévio, *não se aplica às pessoas colectivas nem a outros locais que não a residência das pessoas singulares*, pressupondo ainda a oposição do residente.

85. As leis especiais que atribuem poderes de controlo ou de inspecção e de comunicação de documentos a agentes da administração estabelecem também, regra geral, uma distinção entre as residências privadas e outros locais. Tanto a lei relativa à concorrência económica quanto o código fiscal geral autorizam os funcionários competentes a penetrar, a qualquer hora, em todos os locais a que, em consciência, considerem necessário aceder para o cumprimento da sua missão, se necessário com assistência da força pública. Em matéria de concorrência, não necessitam de mandato escrito, que, contudo, não é emitido por uma autoridade judicial, apenas devendo ser acompanhados pelo comissário de polícia ou pelo presidente da comuna se o local em causa for uma residência privada.

86. O controlo judicial da penetração nas instalações da empresa apenas tem lugar, em todos os casos, *a posteriori*.

87. A lei de 10 de Julho de 1968, adoptada com base no n.° 6 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, autoriza os funcionários encarregados das diligências de instrução a procederem ao conjunto das actividades referidas no n.° 1, com excepção do acesso aos locais integrados na residência. Quanto a todos os outros locais, o acesso é, pois, autorizado sem restrições.

88. Em *Portugal*, a protecção constitucional da inviolabilidade do domicílio é particularmente rigorosa. O n.° 2 do artigo 34.° da Constituição de 1976 dispõe que

«a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente nos casos e segundo as formas previstos na lei».

De acordo com o n.° 3, a proibição é total durante a noite.

89. Assim, a exigência de controlo judicial prévio e a reserva da lei aplicam-se ambas já quanto à entrada no domicílio.

90. Contudo, não parece *definitivamente resolvida* a questão de saber se essa protecção constitucional se aplica às *instalações comerciais* das pessoas colectivas. Além disso, a autorização judicial prévia não é necessária em caso de consentimento da pessoa em causa. Foi o que o Tribunal Constitucional expressamente confirmou num acórdão proferido em 9 de Janeiro de 1987 no âmbito de um processo prévio de fiscalização da constitucionalidade das disposições do novo código penal que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1988.

91. Refira-se ainda que o projecto de decreto-lei a adoptar para execução do n.° 6 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 prevê, ao que parece, a aplicação de multas às empresas que se recusem a colaborar nas diligências de instrução ordenadas pela Comissão.

92. No *Reino Unido*, o princípio da soberania absoluta do Parlamento faz com que não exista protecção constitucional, *stricto sensu*, dos direitos fundamentais. Os tribunais atribuem-se, contudo, tradicionalmente, o direito de velar pelo respeito das liberdades fundamentais que para o cidadão decorrem do Common Law e o legislador nelas se inspira regra geral para adoptar medidas de protecção conformes com essa jurisprudência.

93. É esse, designadamente, o caso do direito à inviolabilidade do domicílio, que abrange também as instalações comerciais.

94. Contudo, determinadas regulamentações, designadamente em *matéria de IVA* e no sector da *segurança social*, autorizam a administração a penetrar nas instalções comerciais, a inspeccioná-las e a solicitar a apresentação dos respectivos documentos profissionais *sem autorização judicial*. Apenas é exigido mandato judicial prévio para a hipótese de recurso à força para entrar nas instalações e nelas proceder a buscas.

95. O Parlamento britânico não adoptou medidas específicas em aplicação do n.° 6 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. Em caso de necessidade, o consentimento da empresa pode ser garantido por uma decisão da High Court, que pode ser solicitada sem prazo. Essas «orders» não autorizam a entrada pela força no caso de a empresa continuar a opor-se às diligências de instrução, mas uma segunda recusa pode dar origem à prisão imediata da pessoa em causa.

96. Seja-nos permitido referir, de passagem, ser legítimo perguntar se este processo, condicionando a sanção a uma segunda recusa, não torna demasiado fácil o desaparecimento dos documentos comprometedores.

*

97. Conclui-se deste breve estudo de direito comparado não existirem dúvidas — a Comissão reconhece-o de boa vontade — que o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio é comum às tradições constitucionais de todos os Estados-membros.

98. Este direito encontra, aliás, expressão particular na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem, ratificada por todos os Estados-membros, cujo artigo 8.° prevê, no n.° 1, que «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, *do seu domicílio* e da sua correspondência».

99. O direito à inviolabilidade do domicílio deve, assim, ser considerado como um dos direitos fundamentais cujo respeito deve ser garantido por todas as instituições da Comunidade.

100. Coloca-se, contudo, a questão de saber se esse princípio protege também as instalações profissionais das pessoas colectivas e

quais devem ser, nessa hipótese, o alcance e as formas dessa protecção.

101. Como já vimos, a situação não é unívoca em todos os Estados-membros. Em determinados Estados, a questão não está decidida de forma definitiva e clara. Noutros, é resolvida pela negativa. É esse, designadamente, o caso da Irlanda e dos Países Baixos, onde as noções de «dwelling» e «woning» fazem com que a protecção do direito ao respeito pelo domicílio apenas se aplique ao domicílio privado das pessoas que nele habitam.

102. Além disso, a questão não está ainda definitiva e claramente esclarecida no que se refere ao artigo 8.° da convenção europeia. O próprio professor Frowein, no seu comentário de 1985 [11], se pronunciou contra a equiparação das instalações comerciais ao domicílio das pessoas privadas.

103. Para além destas divergências, deve considerar-se existir uma tendência geral, a nível dos direitos nacionais, no sentido dessa equiparação. Seja como for, na grande maioria dos Estados-membros a inspecção das instalações comerciais está sujeita, nos termos de leis especiais, a condições formais e processuais mais ou menos rigorosas. Em sintonia com a Comissão, propomos, assim, que o Tribunal de Justiça admita expressamente a existência a nível comunitário do direito fundamental à inviolabilidade das instalações comerciais.

104. É certo que, no acórdão National Panasonic [12], o Tribunal, confrontado com o problema de saber se, designadamente, o facto de o Regulamento n.° 17 autorizar a Comissão a proceder a diligências de instrução sem comunicação prévia à empresa em causa constitui violação do citado direito, concluiu em sentido negativo sem antes declarar expressamente que o artigo 8.° da convenção europeia se aplica às pessoas colectivas (ver n.° 9, Recueil 1980, p. 2057: «na medida em que se aplica às pessoas colectivas»).

105. Mas, no acórdão de 14 de Abril de 1960, Acciaieria e Tubificio di Brescia/Alta Autoridade (31/59, Recueil, p. 151 e 173), o Tribunal de Justiça declarou que «o direito ao respeito pela vida privada (se estende) às instalações profissionais, pertençam elas a uma pessoa singular ou a uma sociedade» [13].

106. Decorre, contudo, da comparação dos direitos nacionais anteriormente efectuada que, mesmo nos Estados-membros em que a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio abrange as instalações profissionais, ela não se aplica com a mesma intensidade com que é aplicada ao domicílio privado.

107. Nos sectores económico, fiscal e social, existe, nos diferentes direitos nacionais, grande número de medidas de inspecção de intensidade variável que vão do simples pedido de informações até à busca de documentos com recurso a força pública. Variam os conceitos utilizados para descrever essas medidas (inspecção, controlo, inquérito, investigação, busca...) não se reportando em todos as ordens jurídicas às mesma realidades.

11 — Frowein et Peukert: «Europäische Menschenrechtskonvention», *EMRK-Kommentar*, artigo 8.°, n.° 27.

12 — Acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic/ /Comissão, 136/79, Recueil p. 2033, 2056 e 2057.

13 — Ver, neste sentido, as conclusões do advogado-geral Warner apresentadas no processo National Panasonic, Recueil 1980, p. 2061, 2068.

108. Por outro lado, mesmo na Alemanha, Dinamarca, Espanha, França, Itália e Portugal, em que o próprio direito constitucional exige o controlo judicial prévio, a referida exigência não é absoluta. Na Dinamarca, pode ser derrogada por lei. Na Espanha e em Portugal, por força da própria Constituição, a autorização judicial não é exigida se a pessoa em causa consentir na busca. Em Itália, leis especiais regulam as diligências de instrução e inspecções, designadamente para fins económicos e fiscais.

109. Finalmente, no que se refere ao sector da concorrência, mesmo na Alemanha e na França não se exige qualquer mandato judicial prévio para o acesso às instalações nem para o controlo dos documentos que as próprias empresas apresentem. Esse mandato só é necessário no caso de os próprios inspectores pretenderem procurar activamente os documentos que lhe não sejam voluntariamente apresentados.

110. É igualmente interessante salientar que, no mesmo sector da concorrência, os direitos espanhol e helénico, pesem embora as respectivas exigências constitucionais, não impõem o mandato judicial prévio no caso de inspecções nas instalações profissionais, ainda que executadas com recurso à força.

111. Finalmente, naqueles Estados-membros que, como a Alemanha, a Dinamarca e a França, sujeitam o recurso à força à condição de emissão de um mandato judicial, as empresas podem ver-se obrigadas a sujeitar-se a inspecções e a cooperar em inquéritos sob ameaça de sanções, como multas ou sanções pecuniárias compulsórias, sem que, no entanto, se exija intervenção judicial prévia.

112. Por seu lado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra expressamente o direito de o legislador introduzir derrogações, em determinadas condições, ao princípio da inviolabilidade do domicílio. O n.° 2 do artigo 8.° dessa convenção tem, com efeito, a seguinte redacção:

«2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver *prevista na lei* e constituir uma providência que, numa *sociedade democrática*, seja *necessária* para a segurança nacional, para a segurança pública, para o *bem-estar económico do país*, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.»

113. No acórdão National Panasonic, o Tribunal reconheceu implicitamente que o artigo 14.° do Regulamento n.° 17 constitui uma disposição legal que preenche essas condições, visto ter declarado que

«resulta dos sétimo e oitavo considerandos do Regulamento n.° 17 (que) os poderes atribuídos à Comissão pelo artigo 14.° desse regulamento visam permitir-lhe cumprir a missão que lhe é confiada pelo Tratado CEE de velar pelo respeito das normas de concorrência no mercado comum. Estas normas têm por finalidade, como decorre do quarto parágrafo do preâmbulo do Tratado, da alínea f) do artigo 3.° e dos artigos 85.° e 86.°, evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral,

das empresas individuais e dos consumidores. O exercício dos poderes atribuídos à Comissão pelo Regulamento n.° 17 concorre para a manutenção do regime de concorrência pretendido pelo Tratado, cujo respeito se impõe imperativamente às empresas. Nestas condições, o Regulamento n.° 17, atribuindo à Comissão a faculdade de proceder a medidas de instrução sem comunicação prévia não implica violação do direito invocado pela recorrente».

114. Apesar de, no processo National Panasonic, o objecto de impugnação ser a ausência de comunicação prévia às diligências de instrução, é possível, em nossa opinião, concluir desse acórdão que, para o Tribunal de Justiça, os poderes de instrução previstos no artigo 14.° do Regulamento n.° 17 preenchem as condições fixadas pelo n.° 2 do artigo 8.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

115. Em apoio desta conclusão, pode citar-se também o acórdão de 23 de Setembro de 1986, AKZO Chemie/Comissão (processo 5/85, Colect., p. 2585, 2612 e 2613), onde se diz que:

«As próprias recorrentes reconhecem que, se as condições estabelecidas pelo n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 forem satisfeitas, a decisão que impõe a uma empresa a sujeição a uma diligência de instrução não é contrária aos princípios fundamentais estabelecidos no artigo 8.° da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. De acordo com o que resulta da análise dos dois primeiros fundamentos, é o que se verifica neste caso. Deve, assim, rejeitar-se também o terceiro fundamento» (n.° 27).

116. Somos portanto conduzidos a concluir que, tanto da comparação dos direitos nacionais quanto da análise já feita pelo Tribunal de Justiça, à luz do artigo 8.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, decorre que o exercício dos poderes conferidos à Comissão pelo n.° 3 do artigo 14.° não suscita quaisquer problemas quanto ao princípio da inviolabilidade do domicílio das empresas, apesar de serem exercidos sob a ameaça de sanção pecuniária compulsória ou multa.

117. Recordemos contudo, uma vez mais, que o processo de instrução previsto pelo n.° 3 do artigo 14.° do regulamento se baseia, em nossa opinião, no princípio da colaboração das empresas e que, se autoriza os agentes da Comissão a solicitarem a apresentação de todo e qualquer processo ou documento para verificar se nele se contêm informações relacionadas com o objecto da instrução, não compreende o *direito* de serem eles próprios a proceder a buscas nos móveis e de retirar os documentos que neles estão guardados.

118. Os direitos das empresas estão suficientemente protegidos pela possibilidade de impugnarem perante o Tribunal de Justiça a validade das decisões de instrução bem como de requererem a suspensão da respectiva execução. Recordemos também que, no caso de uma decisão de instrução ser anulada pelo Tribunal de Justiça depois de efectuado o inquérito, a Comissão não tem direito de utilizar os documentos dessa forma encontrados.

119. Pelo contrário, sempre que uma empresa se opuser à entrada dos agentes da Comissão nos seus edifícios ou em determinado local, bem como no caso de se recusar

a abrir um móvel fechado à chave ou a entregar aos agentes da Comissão determinados documentos guardados num móvel ou até na pasta de um empregado da empresa, e quando essa atitude for formalmente relatada em auto, estaremos perante a situação a que se refere o n.° 6 do artigo 14.°

120. Entra-se, nesse caso, num sector totalmente diferente, a saber, o da execução forçada de uma decisão comunitária, que apenas pode ser efectuada pelas autoridades nacionais competentes. Pode, portanto, dizer-se que é a oposição da empresa que transforma a instrução num processo do tipo busca. Ora, as autoridades nacionais apenas podem exercer a coacção nas condições previstas no direito do seu país. Em todos os casos em que este direito condicione tal processo à prévia obtenção de um mandato ou decisão judicial, esse mandato ou decisão devem, pois, ser obtidos pelas autoridades nacionais competentes.

121. Vejamos agora quais as consequências decorrentes do que precede para a solução dos litígios de que nos ocupamos.

C — *Aplicação aos presentes processos dos princípios de solução propostos*

122. *1.* A empresa Hoechst AG pede a anulação da decisão de instrução de 15 de Janeiro de 1987 «na medida em que inclui a competência para efectuar uma busca, em especial no que se refere à competência para examinar as instalações e locais de arquivo para verificar se neles estão guadados documentos profissionais e, sendo caso disso, quais».

123. As outras recorrentes sustentam que os agentes da Comissão procederam efectivamente a buscas nos seus arquivos e em determinados objectos pessoais (pastas, agendas). Solicitam, em consequência, que sejam declaradas nulas quer as próprias decisões, na medida em que autorizam essa forma de actuação, quer a execução da decisão pelos agentes da Comissão.

124. Recordemos, em primeiro lugar, que no início das presentes conclusões refutámos já a alegação da Hoechst de que a própria apresentação voluntária de documentos comerciais, para dar seguimento a uma decisão de instrução, constitui uma busca caso a Comissão não conheça a exacta natureza nem os pormenores dos documentos apresentados.

125. Acabámos de verificar, em segundo lugar, que uma instrução baseada na colaboração da empresa, no âmbito da qual os agentes da Comissão não procedem eles próprios a buscas nas instalações e móveis, contentando-se em solicitar que lhes sejam entregues os documentos que referem (ainda que em termos muito gerais), não coloca quaisquer problemas face ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Ora, é este tipo de instrução que está previsto no n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, cujos termos as decisões de instrução se limitam a citar.

126. Permanece contudo o facto de que a Comissão interpreta os seus poderes de forma mais ampla, a saber, no sentido de que os seus agentes têm o direito de proceder activamente a buscas mesmo sem mandato judicial. Coloca-se, assim, o problema

de saber se uma decisão pode ser declarada ilegal, não em consequência dos termos em que está redigida, mas em função da interpretação que lhe é dada pela instituição sua autora e da atitude prática que julga poder adoptar com base nessa interpretação.

127. Entendemos que se deve responder negativamente a esta questão. Os poderes dos agentes da Comissão não resultam das decisões de instrução, mas da lei, a saber, do n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. As decisões de instrução mais não fazem do que aplicar esses poderes a um caso concreto, chamando a atenção da empresa em causa para os poderes de que dispõem os agentes da Comissão. Na medida em que os termos da decisão de instrução sejam, como sucede no caso presente, totalmente conformes com os da disposição de autorização (n.° 3 do artigo 14.°), não se pode considerar estar a decisão viciada de ilegalidade. Pelo contrário, o comportamento dos inspectores que ultrapasse os limites definidos por essa decisão de instrução pode ter consequências quanto à validade da *sequência do processo*, ou seja, quanto à validade de uma eventual decisão da Comissão que declare a existência de violação do artigo 85.° do Tratado.

128. As decisões de 15 de Janeiro de 1987 que ordenaram diligências de instrução nas instalações da empresas Hoechst AG, Dow Benelux NV, Dow Chemical Ibérica SA, Alcudia SA e Empresa Nacional del Petroleo SA, não podem, assim, ser consideradas ilegais.

129. 2. Que consequências se podem tirar das considerações anteriores no que se refere à validade da fixação de uma sanção pecuniária compulsória? A este respeito, entendemos que a partir do momento em que se recusa a entregar aos inspectores da Comissão todos os documentos por eles referenciados (ainda que em termos muito gerais), uma empresa pode ser condenada a uma sanção pecuniária compulsória. É, contudo, necessário que essa recusa seja verificada de forma tal que não deixe qualquer margem para dúvidas. Neste caso, tal deve ser feito através da elaboração de um auto.

130. Resulta, com efeito, da resposta dada pela Comissão à questão colocada pelo Tribunal de Justiça sobre as instruções por ela dadas aos seus agentes, que estes começam por perguntar aos representantes da empresa se esta aceita sujeitar-se às diligências de instrução. No caso de a empresa se recusar a submeter-se-lhes ou aceitar submeter-se-lhes impedindo-a porém efectivamente, é elaborado um auto comprovando essa recusa, assinado pela Comissão, pela empresa (se assim o desejar) e pelo representante do Estado-membro interessado. Os agentes da Comissão abandonam então o terreno da empresa, entrando imediatamente em contacto com a Comissão para obter uma decisão de aplicação do n.° 6 do artigo 14.°

131. Que se passou concretamente no caso da Hoechst? Quando da primeira visita dos agentes da Comissão, em 20 de Janeiro de 1987, ficou comprovado em auto assinado pelo consultor jurídico da empresa que esta se recusava pura e simplesmente a submeter-se às diligências de instrução (anexo 2a ao requerimento inicial).

132. Quando os mesmos agentes se apresentaram pela segunda vez na empresa, em 22 de Janeiro de 1987, o consultor jurídico declarou também que *toda e qualquer* actuação dos agentes da Comissão baseada na decisão de 15 de Janeiro de 1987 devia ser qualificada de ilegal e que os representantes da empresa, sem opor resistência activa, se re-

cusariam a *toda e qualquer* participação nas diligências de instrução (anexo 2b ao requerimento inicial).

133. Em 23 de Janeiro de 1987, os agentes da Comissão, sempre acompanhados de representantes do Bundeskartellamt, solicitaram, entre outras coisas, a apresentação de documentos profissionais supostamente guardados em locais fechados à chave. Ora, pode ler-se no auto dessa visita que o consultor jurídico «se recusou a apresentar os documentos profissionais pedidos, desatendendo, designadamente, o pedido de abertura do móvel fechado à chave» (anexo 2c ao pedido inicial).

134. Tendo o representante da autoridade nacional competente considerado não ter poderes para abrir pela força o móvel em causa na ausência de mandato de busca, o processo de instrução não teve continuidade.

135. A empresa Hoechst opôs-se, assim, por três vezes, a toda e qualquer forma de instrução, também portanto a uma forma de instrução que apenas implicava a apresentação pelos próprios responsáveis da empresa dos processos pedidos pelos agentes da Comissão. Esta instituição tinha, assim, pleno direito de aplicar uma sanção pecuniária compulsória à empresa.

136. Recordemos, com efeito, que as diligências de instrução que puderam finalmente ser efectuadas nas instalações da Hoechst, em 2 e 3 de Abril de 1987, apenas puderam ter lugar, como a Comissão recorda na página 6 da tréplica, em virtude da existência nessa altura de um mandato de busca, visto que, no auto de notícia de 2 de Abril de 1987, o consultor jurídico da empresa fez questão de que constasse a seguinte declaração:

«Atendendo ao facto de existir actualmente um mandato de busca emitido por um órgão jurisdicional, a sociedade Hoechst AG sujeita-se *às diligências de instrução e à busca*» (sublinhado nosso).

137. *3.* Falta dizer uma palavra sobre a atitude adoptada pelas outras empresas recorrentes.

Diversamente da Hoechst, essas empresas não se opuseram às diligências de instrução, parecendo, contudo, que, no respectivo âmbito, os agentes da Comissão procederam a buscas em armários, gavetas bem como na pasta e agenda de um responsável de uma das empresas. As empresas sustentam que os seus directores presentes nas instalações protestaram oralmente contra essa actuação. A Comissão afirma, pelo contrário, que estiveram de acordo em que os seus funcionários revistassem todos os armários e secretárias.

138. Que se deve pensar desta controvérsia? Tem de se constatar, antes de mais, ser impossível provar, nesta fase, aquilo que realmente se passou, visto nenhuma testemunha neutra ter assistido a essas diligências de instrução. É certo, em segundo lugar, que, caso os responsáveis de uma empresa estejam de acordo em que os próprios agentes da Comissão retirem documentos dos armários e gavetas, o processo não pode ser considerado, por esse facto, como viciado. Finalmente, como acabámos de referir, as empresas são expressamente avisadas de que se podem opor às diligências de instrução — e, portanto, também à forma por que os agentes da Comissão se dispõem a efectuá-las —, fazendo constar essa oposição em auto, o que origina a retirada dos agentes da Comissão.

139. Ora, os dirigentes da Dow Benelux e das três empresas espanholas não fizeram constar de auto a sua pretensa oposição à busca de documentos efectuada pelos agentes da Comissão. Deve, assim, entender-se que essas empresas toleraram a verificação na forma por que foi efectuada, pelo que não pode declarar-se ilegal a *execução* da decisão que lhes diz respeito, mesmo que se admita que tal é em princípio possível. A sequência do processo conduzido a respeito dessas empresas pela Comissão também não pode ser considerada como viciada por ilegalidade.

140. Em resumo, propomos que o Tribunal de Justiça indefira, assim, os pedidos das recorrentes na medida em que alegam o não respeito pelo direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

D — O *papel dos órgãos juridicionais nacionais e a competência atribuída, ou susceptível de o ser, ao Tribunal de Justiça*

141. Concluímos anteriormente que, nos casos em que decorre do direito nacional que as diligências de instrução levadas a cabo com a oposição da empresa constituem uma busca que exige mandato judicial, cabe às autoridades nacionais competentes obter esse mandato. Em nossa opinião, o exame a efectuar pelo órgão jurisdicional nacional não pode, contudo, abranger a legalidade da decisão de instrução da Comissão. Com efeito, só o Tribunal de Justiça é competente para anular ou declarar a invalidade de um acto de uma instituição da Comunidade. No acórdão de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost e HZA Lübeck-Ost (314/85, Colect. p. 4199), o Tribunal de Justiça declarou que os órgãos juridicionais nacionais, embora possam examinar a validade dos actos das instituições comunitárias e, eventualmente, concluir pela sua plena validade (n.° 14), não têm competência para declararem eles próprios a respectiva invalidade (n.° 20). Tirou esta conclusão da exigência de uniforme aplicação do direito comunitário e da necessária coerência do sistema de protecção juridicional instituído pelo Tratado. É certo que no n.° 19 do mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que:

«na hipótese do processo de medidas provisórias se podem impor, em determinadas condições, adaptações da regra de que os órgãos juridicionais nacionais não têm competência para declararem eles próprios a invalidade dos actos comunitários...»

142. Entendemos, contudo, que se não justifica uma «adaptação» no caso da execução de diligências de instrução. Deve aplicar-se aqui, por analogia, o artigo 192.° do Tratado, relativo à execução coactiva. De acordo com esta disposição, a execução coactiva das decisões do Conselho ou da Comissão que imponham uma obrigação pecuniária é regulada pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território se efectuar, mas a fórmula executória é aposta, sem outro controlo além da verificação da autenticidade do título, pela autoridade nacional que o Governo de cada um dos Estados-membros designar para o efeito.

143. Ora, se, no que se refere à aplicação de um multa, acto que comporta incontestavelmente uma ofensa direito de propriedade, se considerou legítimo limitar a intervenção das autoridades nacionais à verificação da autenticidade da decisão, não se vê por que razão o órgão jurisdicional nacional deverá, em matéria de busca, poder verificar a lega-

lidade da decisão da Comissão, visto que, seja em que caso for, a empresa sempre poderá impugnar essa decisão por recurso interposto nos termos do artigo 173.° Se a decisão de instrução for anulada, a Comissão não poderá utilizar as informações obtidas. Talvez seja necessário, contudo, em determinados Estados-membros, legislar no sentido de completar nesta perspectiva as disposições nacionais adoptadas em execução do n.° 6 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17.

144. Até à data, o sistema instituído pelo Regulamento n.° 17 pôde funcionar mais ou menos regularmente visto que nenhuma empresa impediu efectivamente o desenrolar das diligências de instrução. Tendo a Hoechst dado o exemplo, é de temer que no futuro o mecanismo do n.° 3 do artigo 14.° se venha a revelar na prática inoperante pela proliferação de manifestações formais de oposição por parte das empresas. Estas podem exigir, de cada vez, a apresentação de um mandato de busca de tal forma que a Comissão venha a perder a vantagem do efeito de surpresa. As diligências de instrução correm assim o risco de se tornarem totalmente ineficazes.

145. Se o pretende evitar, a Comissão será logicamente conduzida a solicitar, de cada vez, às autoridades nacionais competentes, a emissão, a título preventivo, de um mandato de busca ou de uma «court order» que poderá exibir desde que a empresa se não mostre disposta a sujeitar-se, total ou parcialmente, às diligências de instrução. Refira-se que, no seu relatório de 15 de Maio de 1984, o «Select Committee on the European Communities» da House of Lords[14] salientara já a necessidade dessa forma de procedimento pelo menos nos casos em que fosse de prever oposição, bem como a possibilidade de a aplicar na Inglaterra e no País de Gales (n.° 45 do relatório).

146. Seria, contudo, em larga medida preferível que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias pudesse emitir um mandato judicial em favor dos agentes da Comissão.

147. Com efeito, é ao Tribunal de Justiça que cabe decidir sobre o eventual recurso da decisão de instrução, sobre o pedido de suspensão da execução ou um eventual recurso de anulação da decisão final da Comissão que condene a empresa por violação dos artigos 85.° ou 86.° Seria, pois, lógico que o próprio Tribunal de Justiça controlasse também, antes da instrução e a pedido da Comissão, se os indícios de infracção às normas de concorrência de que a Comissão dispõe são suficientemente concretos. Tal tornaria supérfluo qualquer pedido de suspensão da execução por parte da empresa.

148. Um argumento suplementar a favor desse «mandato de busca europeu» reside no facto de, quando a Comissão pretenda efectuar diligências de instrução simultâneas em diversos países, nem todos os mandatos solicitados poderem eventualmente ser obtidos a tempo na totalidade dos países.

149. No parecer jurídico elaborado a pedido da sociedade Hoechst (anexo 6 à réplica), o professor Dr. Frowein exprimiu a opinião

14 — Comission's Powers of Investigation and Inspection, House of Lords, Session 1983-1984, 18th Report, HMSO.

de que é desde já possível deduzir essa competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias do sistema comunitário e das suas estruturas bem como do princípio de que a Comunidade garante o respeito pelos direitos fundamentais.

150. Esta tese é particularmente sedutora, tanto mais que o Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica prevê, no artigo 81.°, um processo desse tipo em matéria de controlo de segurança. Esse artigo dispõe, designadamente, que em caso de oposição à execução de uma inspecção

«a Comissão deve pedir ao presidente do Tribunal de Justiça um mandado a fim de assegurar, coercivamente, a execução dessa inspecção. O presidente do Tribunal de Justiça decidirá no prazo de três dias.

Se houver perigo na demora, a Comissão pode emitir uma ordem escrita, sob a forma de decisão, para que se proceda à inspecção. Esta ordem deve ser submetida imediatamente ao presidente do Tribunal de Justiça para aprovação posterior».

151. Pode, pois, argumentar-se que os Estados-membros previram, num caso em que adoptaram imediatamente um processo de inspecção detalhado, a saber, o artigo 81.° Euratom, um mandato do presidente do Tribunal de Justiça, devendo, assim, ser possível aplicar por analogia essa mesma solução no âmbito do processo de inspecção que o Conselho foi encarregado de adoptar nos termos do artigo 87.° do Tratado CEE [15].

15 — Ainda que num contexto totalmente diferente, o artigo 1.° do protocolo relativo aos privilégios e imunidades das Comunidades Europeias prevê também a autorização do Tribunal de Justiça para todas as buscas efectuadas nas instalações e edifícios das Comunidades.

152. Pode objectar-se, relativamente a este raciocínio, que o Tribunal de Justiça não pode aplicar, por sua própria iniciativa, no âmbito do Tratado CEE, uma solução que, precisamente, neste se não prevê, contrariamente a um outro Tratado assinado na mesma data, sendo, no mínimo, necessário que o Conselho reproduza o conteúdo do artigo 81.° CEEA numa versão alterada do Regulamento n.° 17. Para o efeito, o Conselho pode, aliás, fundar-se no artigo 164.° do Tratado CEE que atribui, genericamente, ao Tribunal de Justiça a missão de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado.

153. A única solução insusceptível de crítica consiste evidentemente em completar o próprio Tratado CEE. Poderia, aliás, aproveitar-se essa oportunidade para excluir expressamente a possibilidade de suspensão da execução de uma decisão de instrução com base no artigo 185.°, uma vez que essa suspensão possibilita a destruição de todos os documentos comprometedores. A selagem dos armários e arquivos da empresa, sugerida pela Comissão, não nos parece, com efeito, susceptível de oferecer garantias suficientes, sendo, além disso, uma solução difícil de pôr em prática.

154. Seja como for, parece-nos necessário que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre estas questões no âmbito dos presentes processos pelo que nos limitaremos às reflexões que acabámos de fazer sem propor que o Tribunal opte por uma ou outra das hipóteses analisadas.

II — Quanto ao fundamento baseado em violação de formalidades essenciais

155. Para a Hoechst, a decisão de instrução viola o *princípio de colegialidade* visto ter sido adoptada por um único membro da Comissão, e não pelo órgão colegial, apesar de ser designada como decisão da Comissão.

156. A decisão foi efectivamente adoptada pelo membro da Comissão encarregado das questões de concorrência que, por força de uma decisão interna de 5 de Novembro de 1980, tem competência para tomar em nome da Comissão determinadas medidas processuais previstas no Regulamento n.° 17 e, designadamente, para determinar que uma empresa se submeta a diligências de instrução nos termos do n.° 3 do artigo 14.°

157. No acórdão AKZO de 23 de Setembro de 1986 (processo 5/85, Colect., p. 2585), o Tribunal de Justiça examinou em pormenor a questão da legalidade desta delegação num único membro da Comissão. Chegou à conclusão de que

«a decisão de 5 de Novembro de 1980, que autoriza o membro da Comissão encarregado das questões de concorrência a tomar, em nome e sob responsabilidade da Comissão, uma decisão nos termos do n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, obrigando as empresas a sujeitarem-se a diligências de instrução, não viola o princípio de colegialidade constante do artigo 17.° do tratado de fusão» (n.° 40).

158. Se este membro pode, assim, tomar validamente tal decisão, fá-lo em nome da Comissão, que assume a plena responsabilidade (n.° 36 do acórdão). Não se podem portanto suscitar objecções a que a decisão seja designada como da Comissão.

159. A Hoechst sugere que o Tribunal de Justiça reaxamine esta jurisprudência à luz do princípio *nulla poena sine lege*. Para ela, sendo o não acatamento de uma decisão que ordene diligências de instrução nos termos do n.° 3 do artigo 14.° passível de multa, nos termos do n.° 1 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17, a Comissão modificou, por mera medida administrativa interna relativa ao artigo 14.°, as condições que podem dar lugar à aplicação de uma multa nos termos do artigo 15.°

160. Este raciocínio não é convincente. O artigo 15.° nada acrescenta à definição da infracção cuja sanção estabelece. A infracção consiste na violação por uma empresa da obrigação de se sujeitar às diligências de instrução, definidas no n.° 1 do artigo 14.° e concretizadas na decisão tomada com base no n.° 3. Tanto a sanção como a infracção estão, portanto, definidas na lei, em nada sendo o seu conteúdo afectado pela habilitação em causa.

161. O que precede autoriza-nos também a rejeitar os argumentos que as sociedades espanholas retiraram da forma pretensamente defeituosa das decisões adoptadas. Continuando estas a ser decisões da própria Comissão, embora tomadas nos termos da habilitação concedida a um dos seus membros, o facto de se apresentarem como decisões da Comissão informa correctamente sobre a *identidade do órgão de decisão.*

162. De forma idêntica, tendo o Tribunl de Justiça expressamente declarado, no citado acórdão AKZO, que o sistema de delegação em causa «não determina a privação da Comissão de um poder próprio nem a sua transferêcia para o delegado» (n.° 36), aquelas decisões foram efectivamente adoptadas por força do *poder de decisão* de que está investida, seja qual for, aliás, o processo seguido e mesmo que apenas estejam assinadas por um membro da Comissão, no caso vertente aquele em que o poder foi delegado.

163. Finalmente, o facto de as decisões notificadas aos destinatários concluírem com a fórmula «pela Comissão, P. Sutherland, membro da Comissão», sem, porém, conterem a *assinatura* deste, não é constitutivo de um vício de forma essencial. Com efeito, as recorrentes não podiam em qualquer dos casos desconhecer o facto de que se tratava de decisões da Comissão, tanto mais que estavam autenticadas pelo respectivo carimbo e pela assinatura do seu secretário-geral e lhe foram transmitidas por agentes da Comissão devidamente mandatos para efeitos de execução.

III — Quanto ao fundamento baseado em falta de fundamentação

164. Todas as recorrentes invocam a violação do artigo 190.° do Tratado bem como do n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 com o fundamento de as decisões impugnadas não definirem de forma suficiente o objecto e finalidade das diligências de instrução que ordenam nem fornecerem quaisquer indicações relativas ao momento ou período em que as pretensas infracções foram cometidas.

165. A Dow Benelux e as sociedades espanholas acrescentam que a Comissão não delimitou geograficamente o mercado em causa, não distinguiu entre os mercados do PVC e do polietileno e, no interior deste, entre os três mercados relativos aos diversos tipos desta substância, nem indicou se a infracção presumida consiste num acordo horizontal ou vertical, ou em ambos.

166. Recorde-se, antes de mais, que o próprio n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 define os elementos essenciais da fundamentação de uma decisão que ordene diligências de instrução, estabelecendo que ela «indicará o objecto e a finalidade da diligência, fixará a data em que esta se inicia e indicará as sanções previstas no n.° 1, alínea c), do artigo 15.° e no n.° 1, alínea d), do artigo 16.°, bem como a possibilidade de recurso da decisão para o Tribunal de Justiça».

167. No citado acórdão National Panasonic, o Tribunal de Justiça considerou suficientemente fundamentada uma decisão idêntica às que estão em causa no presente processo por preencher as condições da referida disposição (Recueil 1980, p. 2033, 2059).

168. É certo que, no caso vertente, a falta de fundamentação invocada consiste no facto de, designadamente, a Comissão não ter referido as razões palas quais recorreu aos poderes que lhe são conferidos pelo n.° 3 do artigo 14.° e não aos que detém por força do respectivo n.° 2.

169. Contrariamente às sociedades espanholas, não somos de parecer que sejam diversas as exigências de fundamentação con-

soante nos encontremos em presença de um elemento de fundo ou de uma mera questão processual.

170. De forma geral, entendemos ser legítimo, atendendo à natureza e finalidade das decisões em causa, limitar as exigências de fundamentação ao expressamente previsto no n.° 3 do artigo 14.°

171. Por um lado as decisões que ordenam diligências de instrução, tal como as que solicitam informações nos termos do n.° 5 do artigo 11.°, constituem medidas de instrução que devem ser consideradas meras decisões de gestão [16]. Distinguem-se claramente, por essa razão, de outras decisões previstas no Regulamento n.° 17, como as de emissão de certificados negativos (artigo 2.°), as que ordenam a cessação das infracções (artigo 3.°), as que conferem isenções nos termos do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado (artigo 6.°) ou revogam uma isenção (artigo 8.°), ou as de aplicação de multas (artigo 15.°) ou sanções pecuniárias compulsórias (artigo 16.°). É designadamente em virtude dessa diferença de natureza que o artigo 19.°, relativo à audição dos interessados e de terceiros, se não aplica às decisões adoptadas com base no n.° 3 do artigo 14.° e do n.° 5 do artigo 11.° [17].

172. Por outro lado, uma decisão que ordene diligências de instrução tem por objectivo permitir que a Comissão «recolha a documentação necessária para verificar a realidade e o alcance de determinada situação de facto ou de direito» [18]. Por sua própria natureza, uma decisão deste tipo não pode, assim, conter uma fundamentação pormenorizada, precisa e completa.

173. No caso presente, todas as decisões impugnadas referem no seu preâmbulo o *objectivo* prosseguido, a saber, «conferir à Comissão a possibilidade de provar todos os factos e obter completa informação sobre os acordos ou práticas» (quinto considerando) que, caso se prove existirem, «podem constituir violação grave do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado» (terceiro considerando). Tanto o primeiro considerando como o artigo 1.° esclarecem que o *objecto* das diligências de instrução é a eventual participação das empresas destinatárias da decisão em acordos ou práticas concertadas «entre determinados produtores e fornecedores de PVC e de polietileno (incluindo o LdPE) na CEE pelos quais tenham sido fixados preços de venda desses produtos bem como quotas e «targets».

174. Os livros e *documentos* profissionais que as empresas devem mostrar bem como as explicações orais que devem prestar são definidos em função do objecto do inquérito dessa forma identificado. O facto de não serem pormenorizados, ou mesmo enumerados, não é, por um lado, como já vimos, susceptível de ampliar para além do necessário os poderes dos agentes da Comissão, que devem ter a possibilidade de se assegurar de que os documentos relativos ao inquérito lhes não são ocultados. Por outro lado, o objectivo de qualquer diligência de instrução reside precisamente em provar os factos cuja existência a Comissão tem razões para presumir, bem como completar e consolidar informações por vezes sumárias de que dispõe; esse poder de instrução deve, pois, abranger necessariamente documentos que desconhece.

16 — Ver acórdão AKZO de 23 de Setembro de 1986, 5/85, Colect., p. 2615, n.° 38.

17 — No que se refere a «essa diferença essencial entre as decisões tomadas na sequência do referido processo e as que ordenam diligências de instrução», ver o citado acórdão National Panasonic, Recueil 1980, p. 2058, n.° 21. Voltaremos a este assunto no âmbito da decisão de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias à Hoechst.

18 — Acórdão National Panasonic, já citado, n.° 21.

175. Esta última observação justifica também que a Comissão não seja obrigada a precisar a *data* ou o *período* em que as presumíveis violações foram cometidas: é também para obter estes elementos que a Comissão procede às diligências de instrução.

176. O mesmo se diga quanto à *espécie de violação* (acordo horizontal ou vertical) bem como à exacta delimitação do *mercado em causa* em que foi cometida. Essas precisões apenas terão de constar da eventual decisão em que a Comissão declare a efectiva existência de violação do artigo 85.° do Tratado.

177. O facto de a Dow Benelux não produzir PVC e de a Dow Ibérica e a Alcudia não produzirem nem comercializarem esse produto também não pode justificar a anulação de uma decisão de instrução que tem por objecto a «existência de acordos ou práticas concertadas entre determinados produtores e fornecedores de PVC e de polietileno». Aquelas empresas podem ter participado nesses acordos ou práticas enquanto meros fornecedores de PVC ou enquanto produtores e fornecedores de polietileno. Será ao adoptar as decisões finais declarando a existência de violação do artigo 85.° do Tratado que a Comissão terá de atender à efectiva participação e ao exacto papel que desempenharam nesse acordo bem como ao grau da respectiva participação no que se refere a cada um dos mercados em causa.

178. O mesmo se diga da EMP, que não produz nem comercializa PVC ou polietileno, sendo, porém, accionista maioritário da Alcudia. Mesmo abstraindo do facto de uma empresa poder participar em acordos sem contribuir materialmente para a sua execução, produzindo e comercializando os produtos que são seu objecto, é jurisprudência constante que «o facto de a filial ter personalidade jurídica autónoma não basta para afastar a possibilidade de o seu comportamento ser imputado à sociedade-mãe, designadamente quando a filial, mesmo tendo personalidade jurídica autónoma, não decide por si própria do seu comportamento no mercado, executando, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe» [19]. A esta pode, assim, ser imputada uma violação das normas de concorrência desde que tenha capacidade de influenciar decisivamente o comportamento da sua filial e o tenha efectivamente feito. É para verificar se assim sucedeu que a Comissão deve também proceder a diligências de instrução junto da sociedade-mãe. Caso verifique que a filial dispunha na matéria de uma autonomia comercial tal que o seu comportamento não pode ser imputado à sociedade-mãe, a Comissão deve atender a esse facto para adopção da decisão final.

Concluímos de tudo o que precede que as decisões impugnadas estão suficiente e adequadamente fundamentadas.

IV — Quanto ao fundamento baseado na ausência ou indeterminção das provas

179. Todas as recorrentes observam que as decisões impugnadas não referem claramente quais as «informações» ou «provas» em que a Comissão se baseou para determi-

19 — Acórdão de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão, 107/82, Recueil p. 3151, n.° 49; ver também acórdão de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão, 48/69, Recueil p. 619, n.°s 132 e 133.

nar as diligências de instrução controvertidas.

180. Enquanto que a Hoechst inclui esta acusação no contexto da fundamentação da decisão, as sociedades espanholas insistem em considerá-la fundamento autónomo: para elas, a adopção de uma decisão restritiva de direitos subjectivos sem existirem indícios prévios, concretos, fiáveis, reais e graves, constitui violação do princípio de legalidade. A Dow Benelux, por seu lado, considera que o facto de a decisão estar desprovida de qualquer prova razoável se traduz em violação do n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17.

181. Conclui-se do que acabámos de dizer sobre as exigências de fundamentação de qualquer decisão de instrução que estas acusações devem ser rejeitadas.

182. O n.° 3 do artigo 14.° não exige que a Comissão concretize na decisão os indícios e provas de que dispõe. Os poderes que detém nos termos deste artigo servem precisamente para verificar a realidade das informações que fazem presumir a existência de violação das normas de concorrência.

183. No citado acórdão National Panasonic, o Tribunal de Justiça afirmou que a opção feita pela Comissão por uma medida de instrução e não por outra depende das necessidades da instrução, atendendo às particularidades do caso em análise, e não das circunstâncias invocadas pela recorrente, como a gravidade da situação ou a extrema urgência [20]. Dentro desta lógica, incumbe à própria Comissão apreciar se as informações de que dispõe justificam uma medida que se traduza em diligências de instrução.

184. O argumento da Dow Benelux de que «os poderes de investigação da Comissão apenas a autorizam a verificar determinada presunção, baseada em factos provados» (relatório para audiência apresentado no processo 85/87, p. 10), apenas é parcialmente verdadeiro. É certo que as diligências de instrução só devem ter efectivamente lugar com base em «determinada presunção»; é por essa razão que o n.° 3 do artigo 14.° exige a indicação do objecto e finalidade da diligência. Mas as diligências de instrução não têm necessariamente de se basear em «factos provados», caso contrário seriam supérfluas.

185. Este raciocínio aplica-se também à pretensa violação do princípio de legalidade que, para a Dow Ibérica, Alcudia e EMP, implica a nulidade da decisão «em virtude da inexistência, no momento da sua adopção, dos factos exigidos pela lei como base desse tipo de decisão, que a justificassem» (n.° II. B.2.1, p. 7, das petições apresentadas nos processos 97 a 99/87). No momento de adopção de uma decisão que ordene diligências de instrução, esses factos não podem por definição ser mais do que presumidos: as diligências de instrução visam precisamente prová-los.

186. Aquele princípio, bem como o da segurança jurídica (final do n.° II. B.2.2. das petições apresentadas nos processos 97 a 99/87), também não é objecto de violação pelo facto de as decisões impugnadas autorizarem ampliações das diligências de instrução para além das provas ou indícios concretos pré-existentes: as diligências de instrução não devem limitar-se às provas e indícios conhecidos, servindo também para reunir outras informações sobre os factos presumidos.

20 — Recueil 1980, p. 2033, n.os 28 a 30.

187. No caso de não serem obtidas essas informações adequadas nem provados os factos presumidos, a Comissão deverá dar por finda a sua intervenção, sob pena de o Tribunal de Justiça anular uma eventual decisão que declare a existência de infracção tomada com base em provas insuficientes.

188. Mais grave é a objecção feita pela Dow Benelux de que as *provas* de que a Comissão dispunha na altura em que ordenou as diligências de instrução haviam sido obtidas de *forma ilícita*, sendo, assim, ilegais.

V — Quanto ao fundamento baseado na obtenção ilícita das informações que estiveram na origem das diligências de instrução

189. Esta afirmação foi feita pela Dow Benelux na réplica (n.° 66) como explicação nomeadamente da recusa persistente da Comissão em fazer constar do processo as informações e elementos de prova em causa, apesar do convite implícito que lhe fizera ao suscitar o fundamento da inexistência de prova razoável.

190. Posteriormente, a Dow Benelux teve conhecimento de que a Comissão obtivera as referidas informações e elementos de prova no âmbito de diligências de instrução relativas a acordos em matéria de polipropileno, tendo então a Dow Benelux concluído ser correcta a sua suposição inicial.

191. Solicitou assim, por exposição entregue em 26 de Outubro de 1988, após concluída, portanto, a fase escrita, que o Tribunal de Justiça aceitasse a apresentação, no processo em curso, desses factos qualificados como «novos» que corroboravam o fundamento baseado na inexistência de prova razoável ou, subsidiariamente, que aceitasse os novos fundamentos de violação dos artigos 14.° e 20.° do Regulamento n.° 17, decorrentes desses factos novos.

192. Como, na sequência da oposição deduzida pela Comissão tanto à admissão dos factos quanto dos fundamentos «novos», o Tribunal de Justiça decidiu, em 23 de Novembro de 1988, juntar esse pedido ao fundo da questão, deve, antes de mais, examinar-se a respectiva *admissibilidade.*

193. A Dow Benelux baseia o seu pedido principal no artigo 91.° do Regulamento Processual do Tribunal de Justiça, que dispõe, no primeiro parágrafo do n.° 1, que «a parte que pretende a decisão do Tribunal sobre a excepção ou incidente de natureza processual, deve apresentar o seu pedido em acto separado». Funda o pedido subsidiário no n.° 2 do artigo 42.° do mesmo Regulamento Processual, que proíbe a dedução de novos fundamentos no decurso da instância «a menos que se fundem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado no decurso da fase escrita do processo».

194. É patente que nenhuma destas duas disposições se pode aplicar directamente ao pedido da Dow Benelux. O artigo 91.°, que está integrado no título III do Regulamento Processual intitulado «Dos processos especiais», não abrange a apresentação de factos novos nem a dedução de novos fundamentos no âmbito de um processo «normal», cuja tramitação se rege pelo título II. Ele visa, como a própria redacção indica, possibilitar que as partes solicitem que o Tribunal de Justiça resolva o litígio entre elas «sem decidir da matéria de fundo» ou seja, limi-

tando a discussão às excepções ou incidentes.

195. Quanto ao n.° 2 do artigo 42.°, tem de se reconhecer que a sua redacção não permite que se atenda aos elementos de direito e de facto revelados depois de finda a fase escrita do processo. Bastará, nessa hipótese, deixar correr o processo mesmo que, com base no artigo 98.°, a recorrente venha a pedir mais tarde a revisão do acórdão que nele venha a ser pronunciado? A resposta a esta questão é negativa visto que, nos termos do artigo 41.° do estatuto CEE do Tribunal de Justiça, «a revisão de um acórdão só pode ser pedida ao Tribunal se se descobrir um facto susceptível de exercer influência decisiva, o qual, antes de proferido o acórdão, era desconhecido do Tribunal e da parte requerente da revisão». Donde decorre que um facto decisivo de que apenas se tenha conhecimento entre o final da fase escrita do processo e o acórdão não pode ser invocado nem antes nem depois de este ser proferido. Tal lacuna não é de forma alguma compatível com as exigências de boa administração da justiça.

196. Decorre, pelo contrário, do artigo 60.° do Regulamento Processual que o Tribunal de Justiça pode, mesmo depois de encerrada a fase oral, ordenar novas medidas de instrução. No acórdão de 16 de Junho de 1971 [21], o Tribunal de Justiça referiu que um pedido nesse sentido «apenas pode ser acolhido caso tenha por objecto factos susceptíveis de exercerem influência decisiva e de o interessado não ter podido invocá-los antes de encerrada a fase oral» (n.° 7).

21 — Processo 77/70, Prelle/Comissão, Recueil 1971, p. 561.

197. Além disso, o artigo 61.° do Regulamento Processual permite que o Tribunal de Justiça determine a reabertura da fase oral do processo. Em despacho de 3 de Dezembro de 1962 [22], o Tribunal de Justiça indeferiu um pedido de reabertura com o fundamento de que os elementos invocados em seu apoio eram conhecidos antes do termo da fase oral pela parte que apresentou esse pedido «pelo que podia tê-los invocado durante a audiência».

198. Conclui-se do que precede que os factos susceptíveis de exercerem influência decisiva no litígio em causa que não tenham podido ser apresentados no decurso da fase escrita do processo podem ainda ser apresentados a debate aquando da fase oral, devendo mesmo sê-lo sob pena de tornar inadmissível ou improcedente qualquer pedido de novas medidas de instrução ou de reabertura da fase oral do processo.

199. Para que tais factos possam ser considerados «novos», não é obrigatório que tenham ocorrido após concluída a fase escrita, bastando que quem os invoque apenas deles tenha tido conhecimento nessa altura [23].

200. Desta forma, não pode ser acolhido o argumento da Comissão de que os factos invocados não eram novos visto que não estava obrigada a dar a conhecer à empresa em causa, aquando das diligências de instrução, nem as informações de que dispunha nem a forma por que as obtivera (o que é

22 — Processos apensos 2 e 3/62, Comissão/Luxemburgo e Bélgica, Recueil 1962, p. 855.

23 — Ver, neste sentido, acórdão de 1 de Abril de 1982, Dürbeck/Comissão, 11/81, Recueil p. 1251, n.° 17, bem como os dois acórdãos citados nas duas notas precedentes. Ver também a redacção do n.° 2 do artigo 42.° do Regulamento Processual bem como o respectivo artigo 98.°, que estabelece que o prazo de apresentação do pedido de revisão começa a correr «a contar da data em que o recorrente teve conhecimento dos factos em que esse pedido se funda».

exacto). Apesar de a Comissão jamais ter negado que o inquérito relativo à Dow Benelux se baseava também em informações que obtivera aquando de anteriores diligências de instrução junto de outras empresas e relativas a outros produtos e infracções, a Dow Benelux apenas teve conhecimento desse facto em Julho/Agosto de 1988, ou seja, após concluída a fase escrita do processo.

201. A Dow Benelux tinha, pois, direito de apresentar esse facto novo depois de concluída a fase escrita do processo e de retirar as respectivas consequências no plano jurídico, invocando violação do n.° 3 do artigo 14.° e do n.° 1 do artigo 20.° do Regulamento n.° 17.

202. Propomos, assim, que o Tribunal de Justiça desenvolva algo mais a jurisprudência decorrente dos acórdãos citados em último lugar, admitindo que o n.° 2 do artigo 42.° do Regulamento Processual se possa igualmente aplicar à apresentação de novos fundamentos baseados em factos apenas conhecidos após concluída a fase escrita do processo. Essa extensão permitirá sempre que a outra parte tome posição quanto a tais fundamentos, seja por escrito (segundo parágrafo do n.° 2 do artigo 42.°), seja oralmente, visto que a decisão sobre a admissibilidade do novo fundamento fica relegada para a decisão final (terceiro parágrafo do n.° 2 do artigo 42.°). No caso vertente, a Comissão pôde mesmo socorrer-se das duas possibilidades visto que, por um lado, o pedido da Dow Benelux de 26 de Outubro de 1988 lhe foi apresentado para observações e, por outro, porque o Tribunal de Justiça decidiu, em 23 de Novembro de 1988, juntar o pedido à questão de fundo.

203. Passemos agora ao exame do *bem-fundado* da alegação de obtenção ilícita deste elemento de prova.

204. Para a recorrente, a Comissão, ao obter as informações que serviram de base à decisão de instrução em matéria de PVC e de polietileno no quadro das diligências de instrução que levou a cabo em matéria de polipropileno, ultrapassou o objecto e finalidade da primeira instrução, violando assim o n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. Ao utilizar depois essas informações para finalidade diversa daquela para que fora ordenada a instrução em matéria de polipropileno, a saber, no inquérito relativo ao PVC e ao polietileno, violou também o n.° 1 do artigo 20.° do citado regulamento. Recordemos que esse artigo estabelece que «as informações obtidas nos termos dos artigos 11.°, 12.°, 13.° e 14.° só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido pedidas».

205. Em nossa opinião, nenhum destes dois argumentos justifica a anulação da decisão de instrução em causa no presente processo.

206. A razão por que o n.° 3 do artigo 14.° estabelece que qualquer decisão de instrução deve indicar o respectivo objecto e finalidade consiste, antes de mais, em evitar que a Comissão possa proceder indiscriminadamente a diligências de instrução na ausência de suspeitas concretas. Tal não pode, contudo, obrigar os agentes da Comissão a fechar os olhos se encontrarem por acaso, no decurso de diligências de instrução que têm por objecto determinado produto, elementos relativos à existência de acordos ou de posição dominante quanto a outro produto, visto que a Comissão está incumbida, de forma geral, da missão de *detectar* os acordos, decisões e práticas concertadas proibidas pelo n.° 1 do artigo 85.°, bem como a exploração abusiva de uma posição dominante proibida pelo artigo 86.° (ver oitavo considerando do Regulamento n.° 17). Caso contrário, as empresas poderiam

mesmo estar interessadas em fazer constar esses elementos dos documentos apresentados aos agentes da Comissão para tornar impossível a instauração de um processo a respeito desses produtos.

207. Mas a finalidade do n.° 3 do artigo 14.° consiste também em proteger a empresa obrigada a sujeitar-se a diligências de instrução relativamente à busca de informações não conexas com o objecto dessa diligências. É por isso que essa disposição não autoriza que a Comissão, no âmbito de determinadas diligências de instrução, proceda ao controlo e obtenha cópias de documentos que se não relacionem com o inquérito ordenado. Caso pretenda obter provas relativas a uma violação das normas de concorrência diversa daquela cuja existência pressupõe e de que quer obter provas, apenas o pode fazer formulando um pedido de informações ou determinando novas diligências de instrução nessa mesma empresa ou em outras empresas.

208. Por seu lado, o n.° 1 do artigo 20.° visa garantir que a Comissão apenas utilizará as informações recolhidas designadamente no âmbito de diligências de instrução para provar a efectividade da violação das normas de concorrência de que suspeita. No caso, porém, de a Comissão vir a obter, aquando dessas diligências de instrução, prova da participação de outras empresas na violação de que suspeita, é evidente que tem o direito de utilizar essa provas sem ter necessariamente de proceder a novas diligências de instrução junto dessas outras empresas. Tal será apenas necessário no caso de a Comissão continuar a ter dúvidas sobre essa participação e não conseguir prová-la por outra forma.

209. O n.° 1 do artigo 20.° proíbe contudo que a Comissão utilize as provas encontradas por acaso no decurso de um inquérito relativo ao produto A a propósito de um acordo sobre o produto B para formular directamente acusações contra todas as empresas que participem nesse acordo.

210. Tem de se considerar, contudo, que, no caso vertente, a Comissão não utilizou as informações que os seus agentes encontraram talvez por acaso no âmbito do inquérito polipropileno conduzido junto de outras empresas que não são parte nos presentes processos, nem para provar as violações por elas cometidas noutros sectores — o que, diga-se de passagem, não teria qualquer relevância no âmbito dos presentes processos — nem para provar que a Dow Benelux cometeu infracções em matéria de PVC e de polietileno. A Comissão apenas se baseou nas referidas informações, obtidas por acaso, para ordenar diligências de instrução no que se refere a estes últimos produtos junto de outras empresas e, designadamente, da Dow Benelux. Pelas razões anteriormente referidas, este procedimento não pode ser considerado incompatível com as disposições dos artigos 14.° e 20.° A Comissão não baseou, assim, a sua decisão de instrução em matéria de PVC e de polietileno em informações ilicitamente obtidas.

VI — Quanto aos outros fundamentos invocados pela Dow Ibérica, Alcudia e EMP

211. As sociedades espanholas invocaram diversos outros fundamentos que lhes são exclusivos, a cuja análise iremos sucessivamente proceder.

212. a) Em sua opinião, a Comissão não tinha competência, antes da adesão da Espanha à Comunidade, para proceder a diligências de instrução junto de empresas espanholas; depois da adesão, também não passou a ter essa mesma competência relativamente a *comportamentos e actos anteriores à adesão.*

213. As recorrentes não põem em dúvida a competência da Comissão para aplicar sanções a comportamentos seus anteriores à adesão, na medida em que tenham produzido e produzam efeitos anticoncorrenciais no interior do Mercado Comum. No acórdão de 27 de Setembro de 1988 proferido nos processos apensos «pasta de madeira» [24], o Tribunal de Justiça confirmou a aplicabilidade das normas de concorrência do Tratado relativamente a empresas com sede social fora da Comunidade desde que participem em acordos que tenham por objecto ou efeito restringir o jogo da concorrência no interior do Mercado Comum (n.os 13 e 14).

214. Ora, seria no mínimo paradoxal admitir a possibilidade de aplicação de sanções a empresas espanholas por comportamentos anteriores à adesão da Espanha, sem que as diligências de instrução, a que têm de se sujeitar depois da adesão, possam incidir sobre esses mesmos comportamentos, tanto mais que estes podem continuar a produzir efeitos anticoncorrenciais depois da adesão.

215. Por outro lado, as diligências de instrução levadas a cabo pela Comissão junto de sociedades espanholas depois da adesão da Espanha podem também servir para carrear provas contra empresas que participaram em acordos e/ou práticas a elas sujeitas e que têm sede em outros Estados-membros.

216. Acrescentamos que não é pelo facto de terem por objecto factos anteriores à sua adopção que as decisões de instrução assumem natureza retroactiva. Por sua própria natureza, apenas se podem reportar a factos passados, na condição de o comportamento em causa continuar no presente.

217. Também não existe, pois, violação do n.° 2 do artigo 2.° do Tratado de Adesão e do artigo 2.° do Acto de Adesão [25], que estabelecem que as disposições dos tratados originais e dos actos adoptados pelas instituições antes da adesão são aplicáveis a partir da adesão, fixada em 1 de Janeiro de 1986.

218. Nos termos desses artigos, o Regulamento n.° 17 passou a ser aplicável em Espanha a partir de 1 de Janeiro de 1986 e as empresas espanholas estão sujeitas às diligências de instrução ordenadas depois dessa data com base no n.° 3 do artigo 14.°, que não limita o alcance temporal das diligências de instrução aos factos que se tenham produzido depois da entrada em vigor do Regulamento n.° 17.

219. b) As recorrentes espanholas argumentam também existir violação do *direito fundamental à presunção de inocência,* em virtude de as decisões impugnadas mencionarem a existência de «provas» — e não ape-

24 — Processos apensos 89, 104, 114, 116, 117 e 125 a 129/85, Colect. p. 5193.

25 — JO L 302 de 15.11.1985.

nas meros indícios — do seu comportamento anticoncorrencial.

220. A este respeito, forçoso é reconhecer que os dois primeiros considerandos das decisões de instrução dirigidas às três empresas espanholas utilizam por duas vezes a expressão «provas», sendo que as decisões dirigidas à Hoechst e à Dow Benelux falam de «informações». Diz-se, designadamente, em espanhol «La Comission ha conseguido pruebas que indicam la existencia de acuerdos...» («A Comissão conseguiu provas da *existência* de acordos...») enquanto que a decisão dirigida à Hoechst utiliza a expressão «Informationen die den Verdacht begründen daß...» («Informações que fundamentam a *suspeita* de que...»). Na decisão dirigida à Dow Benelux, lê-se que «... dat de Commisie informatie heeft ontvangen waaruit het bestaan kan worden afgeleid van overeenkomsten...» («... a Comissão obteve informações de que pode deduzir a existência de acordos...»).

221. Embora seja de lamentar a existência de tal diversidade de redacções, o certo é que resulta muito claramente dos subsequentes considerandos de todas essas decisões que a Comissão apenas pretendeu referir-se a informações, e não a provas concludentes, que a levavam a suspeitar da existência de acordos ou práticas concertadas. Desta forma, pode ler-se no terceiro considerando das decisões em língua espanhola: «Si se prueba la existencia de tales acuerdos... ello prodría constituir una grave infracción...») («Caso a existência desses acordos venha a ser provada... pode constituir grave infracção...»). No quarto considerando, fala-se de «Los acuerdos y prácticas concertadas de que se sospecha...» («Os acordos e práticas concertadas de que se suspeita...»). A mesma fórmula figura no quinto considerando bem como a expressão «... las empresas sospechosas de participar en los mismos» («... as empresas que se suspeita neles participarem»).

222. c) As recorrentes espanholas alegam ainda violação do *princípio geral da proporcionalidade*, que exige que, no exercício dos seus poderes administrativos, a Comissão apenas afecte, na medida do estritamente necessário, as situações jurídicas criadas tendo em vista a protecção dos direitos internos. No caso vertente, esse princípio do direito comunitário devia ter conduzido a Comissão a interpretar o artigo 14.° do Regulamento n.° 17 em conformidade com a protecção constitucional espanhola dos direitos fundamentais.

223. Este fundamento também não pode ser acolhido. Por um lado, a validade dos actos comunitários apenas pode ser apreciada à luz do próprio direito comunitário e não em função de uma disposição de direito nacional seja ela qual for, mesmo de natureza constitucional. Também não é admissível que o respeito de um princípio geral do direito comunitário fique dependente de conceitos e normas de direito nacional.

224. Por outro lado, vimos já que as decisões de instrução impugnadas estão conformes com o n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, não violando o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Não se pode, assim, entender, que elas ultrapassam o necessário para se atingir o objectivo legal que visam.

225. d) As recorrentes espanholas invocam, por fim, violação do *princípio de não discriminação*, em virtude de outras empresas com sede em outros Estados-membros terem be-

neficiado de garantia judicial prévia da legalidade e do bem-fundado das diligências de instrução a que tiveram de se sujeitar.

226. Mesmo que tal tivese ocorrido, essa pretensa discriminação não é seguramente imputável à Comissão, não podendo, portanto, justificar a anulação de uma decisão de instrução de que ela própria é autora.

227. Por um lado, não ficou provado que a Comissão tenha alguma vez solicitado mandato judicial prévio para proceder a diligências de instrução em qualquer outro Estado-membro. No caso da Hoechst, a Comissão recusou-se expressamente a fazê-lo, tendo sido o Instituto Federal dos Cartéis a dirigir-se ao órgão jurisdicional nacional.

228. Por outro lado, só podendo esse mandato ter lugar no caso de a empresa em causa se recusar a sujeitar-se às diligências de instrução ordenadas, as eventuais diferenças de tratamento apenas se devem a diferenças de situação criadas pelas próprias empresas.

229. Finalmente se, em caso de oposição às diligências de instrução, as empresas ficam obrigadas a sujeitar-se-lhes através da assistência das autoridades nacionais prevista no n.° 6 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, que deverá ocorrer, na ausência de processos e regras uniformes, de acordo com as normas nacionais, as disparidades de tratamento daí eventualmente decorrentes apenas são reflexo das divergências existentes entre as legislações dos diversos Estados-membros e não estão abrangidas pelo artigo 7.° do Tratado nem pelo princípio de não discriminação [26].

230. Assim sendo, este último fundamento deve igualmente ser rejeitado.

*

231. Os pedidos de anulação das decisões de instrução da Comissão, de 15 de Janeiro de 1987, apresentados pelas empresas Hoechst AG, Dow Benelux VN, Dow Chemical Ibérica SA, Alcudia SA e Empresa Nacional del Petroleo SA são, pois, improcedentes e devem ser indeferidos.

232. Os outros pedidos formulados no âmbito dos processos 85 e 97 a 99/87, basicamente no sentido de que o Tribunal de Justiça ordene à Comissão que restitua ou destrua o conjunto de elementos recolhidos no decurso das diligências de instrução, ou alguns deles, bem como as notas que nessa altura elaborou, ou proíba que a Comissão explore ou divulgue as informações obtidas, devem ser considerados inadmissíveis visto o Tribunal de Justiça não ter competência para proferir esse tipo de injunções no âmbito de um controlo de legalidade fundado no artigo 173.° do Tratado [27].

*

233. Resta-nos tomar posição sobre os pedidos da Hoechst que visam obter a anulação das decisões de 3 de Fevereiro de 1987 e de 26 de Maio de 1988 que, respectivamente, aplicaram uma sanção pecuniária compulsória e fixaram o respectivo montante definitivo nos termos do artigo 16.° do Regulamento n.° 17 e, a título susbsidiário, a redução do montante definitivo fixado.

26 — Ver designadamente, neste sentido, o acórdão de 19 de Janeiro de 1988, Pesca Valentia/Ministro da Pesca e Florestas da Irlanda e Attorney général, 223/86, Recueil p. 83, n.° 18.

27 — Ver, designadamente, neste sentido, o acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie/Comissão, 53/85, Recueil, p. 1965, n.° 23.

VII — Quanto à decisão de 3 de Fevereiro de 1987 que aplicou uma sanção pecuniária compulsória à sociedade Hoechst (processo 46/87)

234. Os fundamentos invocados contra a decisão de aplicação da sanção pecuniária compulsória são de dois tipos.

235. O primeiro baseia-se na pretensa ilegalidade da decisão de instrução cuja execução a sanção pecuniária compulsória visa coagir: a anulação daquela decisão priva a sanção pecuniária compulsória de qualquer base jurídica. Ora, resulta de tudo o que dissemos ser inexacta a premissa deste fundamento; deve portanto ser rejeitado.

236. O segundo fundamento baseia-se na violação de formalidades essenciais. Para este efeito, a recorrente invoca que a decisão foi adoptada:

a) pela via do processo escrito acelerado,

b) sem consulta prévia do comité consultivo em matéria de acordos e posições dominantes,

c) sem que a empresa interessada fosse ouvida.

237. Na resposta à questão que lhe foi colocada pelo Tribunal de Justiça, a Hoechst renunciou às objecções que invocara relativamente à competência de um membro singular da Comissão para adoptar as decisões relativas às sanções pecuniárias compulsórias. Com efeito, a habilitação feita por decisão interna de 5 de Novembro de 1980 num membro da Comissão encarregado das questões de concorrência não abrange estas decisões e a decisão impugnada foi adoptada pela via do processo escrito que a Comissão qualificou, na defesa (p. 5, n.° 6), de processo «acelerado».

238. A acusação que a recorrente afirmou manter não se dirige, contudo, contra o carácter «escrito» do processo mas contra o seu carácter «acelerado». A este respeito, deve referir-se que um processo escrito acelerado se distingue de um processo escrito normal apenas pelo facto de, no âmbito do primeiro, os membros da Comissão disporem de menor número de dias para dar a conhecer as suas eventuais objecções à decisão submetida à sua aprovação. Tal não pode afectar a validade da decisão. Esta acusação deve, pois, ser rejeitada.

239. A recorrente sustenta ainda que «em especial o artigo 16.° do Regulamento n.° 17 não institui qualquer processo que autorize a Comissão a não se conformar com a obrigação legal de proceder à audição dos interessados e dos Estados-membros». Este argumento refere-se às questões anteriormente referidas nas alíneas b) e c) que analisaremos em conjunto.

240. O artigo 16.° trata das sanções pecuniárias compulsórias. O respectivo n.° 3 estabelece que «é aplicável o disposto nos n.os 3 a 6 do artigo 10.°». Estas disposições regulam o processo de consulta do comité consultivo em matéria de acordos e de posições dominantes, que é composto por representantes dos Estados-membros.

241. O n.° 1 do artigo 19.° estabelece que «antes de tomar as decisões previstas nos artigos 2.°, 3.°, 6.°, 7.°, 8.°, 15.° e 16.°, a

Comissão dará às empresas e associações de empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas». As disposições de execução relativas às audições assim prescritas foram fixadas pelo Regulamento n.° 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963 [28]. Este regulamento prevê, designadamente, que, antes de consultar o comité consultivo, a Comissão dará conhecimento, por escrito, às empresas das acusações que lhes são dirigidas (artigo 2.°) e dará às pessoas que o tenham solicitado, nas respectivas observações escritas, oportunidade de se pronunciarem oralmente se a Comissão se propuser aplicar-lhes uma multa ou sanção pecuniária compulsória (artigo 7.°).

242. A recorrente deduz do facto de o n.° 3 do artigo 16.° e de o n.° 1 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 não estabelecerem qualquer distinção entre as decisões que aplicam sanções pecuniárias compulsórias com base no n.° 1 do artigo 16.° para obrigar as empresas a sujeitarem-se, em especial, a diligências de instrução [alínea d)] e as previstas no respectivo n.° 2 para fixar o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória logo que as empresas se sujeitarem às referidas diligências, que a Comissão deve consultar o comité consultivo e possibilitar a audição dos interessados quando da adopção de *ambas* aquelas decisões. Pelo contrário, a Comissão entende apenas dever respeitar esses processos relativamente a uma *ou* outra das referidas decisões.

243. Em nossa opinião, a Comissão apenas está obrigada a respeitá-los quando da adopção da primeira das referidas decisões, pelas seguintes razões.

244. *1.* Nenhuma das citadas formalidades está prevista aquando da adopção da decisão que ordena diligências de instrução. O artigo 14.° apenas prevê a informação (n.° 2) ou audição prévias (n.° 4) das autoridades competentes do Estado-membro em cujo território deva efectuar-se a diligência de instrução. A razão para tal reside o facto de «consistindo o objectivo do n.° 2 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 em permitir à Comissão efectuar de surpresa diligências de instrução junto das empresas supostamente infractoras dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, a Comissão deve estar habilitada a tomar essa decisão sem ter que estar sujeita a requisitos formais, que provocariam um atraso na adopção das medidas» [29].

245. Pode suscitar-se a questão de saber se, na realidade, o Tribunal de Justiça não pretendia antes referir-se ao n.° 3. O processo 5/85 (AKZO) visava, com efeito, a anulação de uma decisão tomada com base nessa disposição. Seja como for, esta declaração do Tribunal de Justiça é igualmente válida para o n.° 3, uma vez que o Tribunal expressamente reconheceu que a Comissão não é obrigada a seguir o estabelecido no n.° 2 antes de adoptar uma decisão com base no n.° 3 (acórdão National Panasonic, Recueil 1980, p. 2055, n.° 11).

246. Ora, a decisão de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória com base no n.° 1 do artigo 16.° apenas visa coagir a empresa que se opõe às diligências de instrução a submeter-se-lhes. Por assim dizer, essa decisão faz parte da decisão que determina essas diligências. Tanto a consulta do comité consultivo quanto a audição dos interessados referem-se, pela força das coisas, não à decisão de aplicação da sanção pecuniária compulsória mas às razões que conduziram a empresa em causa a recusar sujeitar-se às diligências de instrução. Ao exigir o cumprimento dessas formalidades na

28 — Regulamento relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO de 20.8.1973, p. 2268; EE 08 F1 p. 62).

29 — Acórdão de 23 de Setembro de 1986, AKZO Chemie/ /Comissão, 5/85, Recueil, p. 2585, n.° 24.

adopção de tal decisão estar-se-ia a reintroduzir por essa via o que o Regulamento n.° 17 não estabeleceu relativamente às decisões que ordenam diligências de instrução.

247. *2.* As empresas seriam até incitadas a opor-se, numa primeira fase, à decisão que ordena diligências de instrução para ganharem tempo, sem todavia correrem o risco de ficar sujeitas a uma sanção pecuniária compulsória em função desse atraso. Com efeito, a Comisão apenas poderia aplicar a sanção pecuniária compulsória após concluída a consulta do comité consultivo e a audição da empresa em causa. Caso a empresa fosse então obrigada a sujeitar-se às diligências de instrução, estas seriam efectuadas com um atraso que faria perder à Comissão o efeito de surpresa e que retiraria provavelmente toda e qualquer utilidade a essas diligências em virtude do efeito conjugado do prazo de consulta do comité consultivo, que pode ter lugar até catorze dias após o envio da convocatória (n.° 5 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17) e do do processo de comunicação das acusações, que garante aos interessados um mínimo de duas semanas para apresentarem observações escritas (n.° 1 do artigo 11.° do Regulamento n.° 99/63). Estes podem, além disso, pedir para serem ouvidos.

248. *3.* A decisão que ordena diligências de instrução bem como a que aplica uma sanção pecuniária compulsória para coagir a empresa em causa a sujeitar-se-lhes não são verdadeiros actos lesivos, na acepção do n.° 1 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17. O terceiro considerando do Regulamento n.° 99/63 esclarece expressamente que aquela disposição bem como o direito de defesa exigem que as empresas tenham o direito de apresentar observações «*no final* dos processos, relativamente ao conjunto de acusações que a Comissão *se proponha* apresentar contra elas nas suas decisões». Ora, uma decisão que ordena diligências de instrução é uma mera medida de instrução. É certo que ela constitui uma medida produtora de efeitos jurídicos e afecta directamente a situação jurídica da empresa obrigada a submeter-se-lhes e, a esse título, constitui um acto susceptível de impugnação na acepção do acórdão IBM de 11 de Novembro de 1981 (processo 60/81) [30]. Ela não pressupõe, contudo, a existência por parte da empresa de qualquer falta ou infracção de que a Comissão a acuse. Foi precisamente neste facto que o Tribunal de Justiça se baseou para explicar, no citado acórdão National Panasonic, a razão pela qual o direito de audição não deve ser garantido no âmbito do processo de instrução. Para aquele tribunal, as diligências de instrução «não visam fazer cessar uma violação ou declarar uma incompatibilidade legal, tendo unicamente por objecto permitir que a Comissão recolha a documentação necessária para verificar a realidade e alcance de determinada situação de facto e de direito» (Recueil 1980, p. 2058, n.° 21).

249. Por seu lado, a decisão de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória mais não faz do que contribuir para o bom andamento do processo relativo às diligências de instrução, situando-se, assim, no âmbito da instrução. Apenas pode ter efeitos autónomos no caso de a empresa em causa continuar a opor-se a essas diligências, sendo que a sanção pecuniária compulsória diária apenas começa a contar-se a partir da notificação da decisão. Finalmente, só a decisão que estabelece o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória costitui sanção para

30 — Recueil 1981, p. 2639. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «nos termos da jurisprudência constante do Tribunal, constituem actos ou decisões susceptíveis de recurso de anulação, na acepção do artigo 173.°, as medidas produtoras de efeitos jurídicos vinculativos susceptíveis de afectar interesses do recorrente por modificarem de forma caracterizada a respectiva situação jurídica» (n.° 9).

o não cumprimento pela empresa da obrigação de se sujeitar às diligências de instrução.

250. *4.* A decisão de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória não tem em si mesma força executória. Para que se possa proceder à cobrança da sanção pecuniária compulsória, necessário se torna que seja definitivamente fixada atendendo, por um lado, ao período decorrido entre a notificação da decisão e a execução das diligências de instrução e, por outro, à faculdade conferida à Comissão pelo n.° 2 do artigo 16.° do Regulamento n.° 17 de fixar o montante definitivo num montante inferior ao que resultaria da decisão inicial (em rigor, pode entender-se que esta, relativamente à segunda decisão, mais não é do que uma medida preparatória.)

Não se verificando, assim, qualquer violação de formalidades essenciais aquando da adopção da decisão de aplicação da sanção pecuniária compulsória, deve ideferir-se o pedido de anulação da Hoechst.

251. O mesmo se diga quanto ao pedido subsidiário de anulação dessa decisão na medida em que serviu para coagir a Hoechst a sujeitar-se a uma busca. Com efeito, já verificámos que aquela empresa se opôs a qualquer espécie de diligências de instrução, tendo portanto a Comissão o direito de lhe aplicar uma sanção pecuniária compulsória.

VIII — Quanto à decisão de 26 de Maio de 1988 que fixou o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória (processo 227/88)

252. Não sendo ilegais nem a decisão de instrução nem a de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, devem ser desatendidos os fundamentos que a Hoechst baseou na respectiva nulidade para pedir a anulação da decisão que fixou o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória.

253. Quanto ao pedido subsidiário da Hoechst de redução do montante da sanção pecuniária compulsória, basta verificar que, ao fixá-lo em 55 000 ECU, a Comissão mais não fez do que multiplicar a taxa diária de 1 000 ECU, estabelecida por decisão de 3 de Fevereiro de 1987, pelo número de dias decorridos entre a data da respectiva notificação (5 de Fevereiro de 1987) e aquela em que pôde efectivamente proceder às diligências de instrução (2 de Abril de 1987). Assim sendo, manteve-se dentro da margem autorizada pelo n.° 1 do artigo 16.° do Regulamento n.° 17 que, diga-se de passagem, carece seguramente de adaptação.

254. Não tendo os recursos interpostos para o Tribunal de Justiça efeito suspesivo, a Comissão não tinha obrigação de atender, no cômputo dos dias de atraso, à respectiva interposição nem, não havendo sido decretada a suspensão da execução, ao pedido de medidas provisórias destinado a obtê-la. Ora, no caso vertente, o pedido de suspensão da execução das decisões que ordenaram as diligências de instrução e aplicaram uma sanção pecuniária compulsória foi ideferido por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 26 de Março de 1987.

255. Por outro lado, os actos das instituições comunitárias beneficiam da presunção de validade até o Tribunal de Justiça declarar eventualmente a respectiva invalidade[31]. Assim sendo, a Hoechst invocou erradamente, para justificar a sua recusa em reco-

31 — Ver, para além do acórdão Granaria de 13 de Fevereiro de 1979, 101/78, Recueil, p. 623, n.° 4, citado pela Comissão, o acórdão Dürbeck de 1 de Abril de 1982, 11/81, Recueil, p. 1251, n.° 17.

nhecer a plenitude de efeitos jurídicos às decisões que ordenaram as diligências de instrução e aplicaram as sanções pecuniárias compulsórias, os «superiores interesses de um processo de instrução conforme com as leis e a constituição«, cujo cumprimento pretendia exigir, bem como a natureza «difícil e não resolvida das questões jurídicas suscitadas». A Hoechst erigiu-se em juiz em vez de deixar que o Tribunal de Justiça cumprisse a sua missão de velar pelo respeito da legalidade. Persistiu na sua atitude mesmo depois de o presidente do Tribunal de Justiça ter declarado no despacho de 26 de Março de 1987 que as duas decisões de que pedia a suspensão da execução não podiam causar-lhe prejuízo grave e irreparável e que considerava garantia jurisdicional eficaz dos respectivos interesses o recurso interposto.

256. Também não procede, pois, o pedido de redução do montante definitivo da sanção pecuniária compulsória.

Em conclusão, propomos que o Tribunal de Justiça negue provimento aos recursos interpostos contra a Comissão das Comunidades Europeias pelas sociedades Hoechst AG (processo 46/87 e 227/88), Dow Benelux NV (processo 85/87), Dow Chemical Ibérica SA, Alcudia SA e Empresa National del Petroleo SA (processos 97 a 99/88) e condene as recorrentes na totalidade das despesas, incluindo as relativas aos processos de medidas provisórias nos processos 46 e 85/87.