nadas previamente à tomada de tal decisão redundaria em diferir a data e, portanto, a pôr em causa a eficácia das diligências de instrução.

Esta audição, que constitui elemento essencial dos direitos da defesa, e esta consulta devem, antes, ter lugar anteriormente à tomada da decisão que fixa a sanção pecuniária compulsória a título definitivo, de modo a que tanto a empresa visada como o comité consultivo fiquem em condições de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre todos os elementos considerados pela Comissão para aplicar a sanção pecuniária compulsória e fixar o seu montante definitivo.

9. Todos os sujeitos de direito comunitário são obrigados a reconhecer a plena eficácia dos actos das instituições enquanto a sua invalidade não for declarada pelo Tribunal e a respeitar a sua força executória enquanto o Tribunal não decidir suspender a sua eficácia. É incompatível com esta obrigação, não podendo justificar-se por interesses jurídicos superiores, o comportamento da empresa destinatária de uma decisão de instrução na acepção do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, que recusar toda a espécie de colaboração com vista à execução de tal decisão, pelo que não cabe reduzir o montante da sanção pecuniária compulsória a que se recorreu devido a tal recusa.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA

apresentado nos processos apensos 46/87 e 227/88 *

I — Matéria de facto

A recorrente é uma empresa química que produz e comercializa designadamente as substâncias PVC e polietileno.

Dispondo de informações que lhe permitiam presumir a existência de acordos ou práticas concertadas relativas à fixação de preços e de quotas de entrega de PVC e de polietileno entre alguns dos seus produtores e fornecedores na Comunidade, a Comissão decidiu proceder a diligências de instrução junto de diversas empresas, entre as quais a recorrente, tendo adoptado a decisão controvertida de 15 de Janeiro de 1987.

Munidos dessa decisão e acompanhados por um funcionário do Bundeskartellamt (autoridade alemã competente em matéria de concorrência), dois funcionários da Comissão apresentaram-se inopinadamente, em 20 de Janeiro seguinte, nas instalações da recorrente para proceder às diligências de instrução. A recorrente recusou submeter-se-lhes com o fundamento de se tratar de uma busca ilegal, quanto mais não seja por falta de mandato judicial prévio.

* Língua do processo: alemão.

Dois dias mais tarde, a Comissão procedeu a uma segunda tentativa, desta vez na presença de dois representantes do Bundeskartellamt e de dois agentes da polícia. Mas estes retiraram-se por considerarem que a Comissão estava a proceder a uma busca.

Após falhar uma terceira tentativa de diligências de instrução, em 23 de Janeiro de 1987, a Comissão enviou à recorrente, em 29 do mesmo mês, um telex em que exigia que até 2 de Fevereiro de 1987 fizesse uma declaração em que se comprometesse a submeter-se à instrução sob pena de uma sanção pecuniária compulsória [1] de 1 000 ECU por dia de atraso. Em resposta a esse telex, a recorrente manteve o ponto de vista de que se tratava de uma busca ilegal. Em 3 de Fevereiro de 1987, a Comissão adoptou a decisão controvertida que lhe aplicou uma sanção pecuniária compulsória.

Por decisão de 12 de Fevereiro de 1987, o Amtsgericht de Francoforte indeferiu o pedido que lhe foi apresentado pelo Bundeskartellamt no sentido de emitir um mandato de busca, com o fundamento de que não lhe foi fornecido qualquer elemento de facto susceptível de fundar a presunção de existência de acordos ou práticas concertadas.

Por despacho de 26 de Março de 1987 (processo 46/87 R), o presidente do Tribunal de Justiça indeferiu o pedido da recorrente de suspensão da execução das decisões controvertidas de 15 de Janeiro e 3 de Fevereiro de 1987.

Em 31 de Março de 1987, o Bundeskartellamt obteve do Amtsgericht de Francoforte um mandato de busca, directamente emitido em favor da Comissão. Esta pôde proceder às diligências de instrução em 2 e 3 de Abril seguintes sem que, desta vez em virtude do mandato judicial, os representantes da recorrente se lhe opusessem, mantendo embora as suas reservas quanto aos poderes da Comissão.

Após ter concedido à recorrente a possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista e ouvido o comité consultivo em matéria de acordos e posições dominantes, a Comissão fixou, pela decisão controvertida de 26 de Maio de 1988, uma sanção pecuniária compulsória definitiva de 55 000 ECU, a saber, 1 000 ECU por dia, de 6 de Fevereiro a 1 de Abril de 1987, inclusive.

II — Processo escrito

Por requerimentos entrados na Secretaria do Tribunal respectivamente em 16 de Fevereiro de 1987 e 5 de Agosto de 1988, a Hoechst AG interpôs, nos termos do segundo parágrafo do artigo 173.° do Tratado CEE, recursos de anulação das decisões da Comissão de 15 de Janeiro e 3 de Fevereiro de 1987 (processo 46/87) e de 26 de Maio de 1988 (processo 227/88).

O processo escrito seguiu a tramitação normal. No processo 227/88, a recorrente renunciou à apresentação de réplica.

Por despacho de 23 de Novembro de 1988, o Tribunal de Justiça decidiu apensar os dois processos para efeitos de audiência e acórdão.

Com base no relatório do juiz relator e ouvido o advogado-geral, o Tribunal de Justiça decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução. As partes foram, contudo, convidadas a responder por escrito a determinadas questões; as respostas foram dadas dentro dos prazos concedidos.

1 — Nota de tradução: adstrição na versão portuguesa do regulamento, como tradução do termo francês astreinte.

III — Pedidos das partes

A *recorrente* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) anular as seguintes decisões da Comissão, a saber:

   a) decisão de 15 de Janeiro de 1987, notificada à recorrente em 20 de Janeiro de 1987, que ordena diligências de instrução, adoptada nos termos do n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 (IV/31.865 — PVC e IV/31.886 — polietileno),

   b) decisão de 3 de Fevereiro de 1987, notificada à recorrente por telecópia em 4 de Fevereiro de 1987, que aplicou uma sanção pecuniária compulsória nos termos do artigo 16.° do Regulamento n.° 17 (IV/31.865 — PVC e IV/31.866 — polietileno),

   c) decisão de 26 de Maio de 1988, notificada à recorrente em 3 de Junho de 1988, que fixou o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória, nos termos do artigo 16.° do Regulamento n.° 17 (IV/31.865 — PVC e IV/31.866 — polietileno);

2) a título subsidiário:

   a) anular a decisão impugnada na alínea a) do n.° 1, na medida em que atribui poderes para proceder a uma busca, designadamente no que se refere ao poder de examinar instalações e arquivos para verificar se contêm documentos profissionais e, sendo caso disso, quais,

   b) anular a decisão de 3 de Fevereiro de 1987 que aplicou uma sanção pecuniária compulsória na medida em que tem por efeito obrigar a recorrente a submeter-se à medida enunciada na alínea anterior,

   c) reduzir o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória;

3) condenar a recorrida nas despesas.

A *Comissão* conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) negar provimento ao recurso;

2) condenar a recorrente nas despesas.

IV — Fundamentos e argumentos das partes

A — *Decisão relativa às diligências de instrução*

No que se refere à decisão de 15 de Janeiro de 1987, a recorrente invoca fundamentos baseados no facto de ter sido adoptada por um membro da Comissão e não pelo órgão colegial (n.° 1), em falta de fundamentação (n.° 2) e no carácter limitado dos poderes de instrução da Comissão (n.° 3).

1. *Adopção por um membro da Comissão e não pelo órgão colegial*

a) A *recorrente* suscita dúvidas quanto à compatibilidade do processo de delegação (que consiste na autorização dada a um membro da Comissão para decidir em nome desta) com a ordem constitucional comunitária, em especial com o princípio *nulla poena sine lege*. O não acatamento de uma decisão de instrução pode dar origem à aplicação de uma multa, nos termos do n.° 1 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17. Ora, a Comissão modificou, sem fundamento legal, através de uma mera medida administrativa interna, ou seja, a decisão de habilitação no sector da concorrência de 5 de Novembro de 1980, as condições fixadas na disposição que estabelece a multa. Com efeito, desde 5 de Novembro de 1980 as garantias decorrentes da intervenção de um órgão colegial ficaram diminuídas em prejuízo da empresa sujeita à instrução.

b) A *Comissão* contesta esta premissa com base no acórdão de 23 de Setembro de 1986 (Akzo, 5/85, Colect., p. 2585). Além disso, a alínea c) do n.° 1 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17 prevê uma sanção para a violação de uma obrigação decorrente não de um acto administrativo mas da lei, a saber, o n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17.

2. *Falta de fundamentação*

a) Para a *recorrente*, a decisão de 15 de Janeiro de 1987 viola o artigo 190.° do Tratado bem como o n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 por não ser suficientemente precisa e constituir um «cheque em branco» para os agentes encarregados da sua execução.

A decisão controvertida não define suficientemente o objecto nem a finalidade da diligência de instrução. Omite a descrição do comportamento sujeito a instrução. Deveria mencionar os elementos de facto concretos que permitissem delimitar, quanto ao momento, local, objecto ou modo, as suspeitas materiais e a diligência de instrução visando esclarecê-las. A decisão não fornece qualquer indício de que se possa deduzir em que momento e durante que período é que a recorrente cometeu pretensamente a infracção.

Além disso, a decisão impugnada não determina suficientemente as obrigações a que a recorrente ficava sujeita nem os documentos que devia apresentar. O texto não continha um mandato de busca, nem na parte decisória nem nos considerandos, mas apenas um mandato de instrução. Além disso, as obrigações enunciadas no artigo 1.° da decisão ultrapassam o objecto da diligência de instrução delimitado nos considerandos.

A falta absoluta de precisão viola simultaneamente os direitos fundamentais e processuais constitucionalmente protegidos, inclusive o artigo 8.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ver o citado acórdão de 23 de Setembro de 1986), bem como o princípio da segurança jurídica (ver acórdão de 9 de Julho de 1981, Gondrand, 169/80, Recueil, p. 1931).

b) A *Comissão* entende que os poderes dos agentes encarregados de executar a decisão e respectivos limites não decorrem essencialmente da decisão de instrução mas da lei. A enumeração desses poderes na decisão apenas tem valor declaratório.

Os elementos que constituem o conteúdo mínimo de uma decisão, nos termos do n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, são o objecto da instrução, a saber, a infracção presumida, e a sua finalidade, a saber, o esclarecimento das circunstâncias específicas dessa infracção (ver acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic, 136/79, Recueil, p. 2033). A decisão controvertida satisfaz essas exigências.

Pelo contrário, a concretização da presunção da infracção não faz parte do conteúdo da decisão de instrução.

No que se refere à data ou período da infracção presumida, a Comissão argumenta não serem em regra essas informações do seu conhecimento. Além disso, trata-se normalmente de infracções contínuas ou continuadas e não de acções pontuais. Só na hipótese diversa da presente e perfeitamente excepcional, de um acordo ou prática concertada consistir numa única acção se torna legítimo exigir indicações mais concretas.

3. *Os poderes de instrução da Comissão*

a) Para a *recorrente*, a decisão controvertida é ilegal na medida em que autoriza os agentes da Comissão a proceder às medidas de busca que pretendiam. Tais medidas são incompatíveis tanto com o artigo 14.° do Regulamento n.° 17 quanto com os direitos fundamentais.

Caso deva ser interpretado no sentido de atribuir à Comissão competência para proceder a buscas — o que a recorrente contesta —, o artigo 14.° é ilegal em virtude da sua incompatibilidade com os direitos fundamentais.

A recorrente baseia-se, antes de mais, na redacção dos n.os 1 e 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. A expressão «diligências de instrução» neles empregue distingue-se, em todas as versões linguísticas, da noção de busca. Esta última noção constitui, em todas as ordens jurídicas, uma categoria distinta da instrução, sendo sujeita a exigências especiais de ordem legislativa ou constitucional.

Além disso, o elenco das medidas que podem ser tomadas nos termos do n.° 1 do artigo 14.° não inclui a busca. Em vez de atribuir competência para «proceder a buscas em todos os locais», o Regulamento n.° 17 limita-se a conferir a faculdade de «acesso a todos os locais».

A noção de busca é clara e vai para além de um puro e simples acesso aos locais. A recorrente cita a definição dada pelo Bundesverfassungsgericht (tomo 51, p. 97, em especial p. 106 e 107), nos termos da qual uma busca se caracteriza pela «investigação operada com um objectivo e finalidade precisos por autoridades do Estado para encontrar pessoas ou coisas ou averiguar circunstâncias, por forma a descobrir o que o ocupante da habitação em que a busca tem lugar não quer apresentar ou entregar de sua própria vontade».

Para a recorrente, os trabalhos preparatórios (ver Assembleia Parlamentar Europeia, documentos da sessão 1961-1962, documento 57, relatório Deringer, p. 30) comprovam que os autores do Regulamento

n.° 17 tinham plena consciência tanto da distinção entre instrução e busca quanto das exigências específicas de ordem constitucional em caso de busca. Consequentemente, o legislador comunitário, uma vez que não estabeleceu as garantias constitucionais exigidas pela busca, quis limitar os poderes da Comissão aos de instrução.

Além disso, a recorrente argumenta que as medidas enumeradas no n.° 1 do artigo 14.° não podem ser objecto de interpretação extensiva. Designadamente, a obrigação de colaboração imposta à empresa é incompatível com um sistema de busca em que o interessado se limita a um papel passivo. Além disso, atendendo à disposição da alínea c) do n.° 1 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17, relativa à aplicação das multas, o princípio constitucional *nulla poena sine lege* impede a interpretação por analogia.

A doutrina dominante é também de opinião que a Comissão não dispõe do direito de busca. O mesmo resultado decorre da interpretação das disposições nacionais de execução do Regulamento n.° 17, de acordo com o respectivo n.° 6 do artigo 14.°; nenhuma delas contém, com efeito, as medidas necessárias e adequadas para o exercício do direito de busca.

A eficácia das diligências de instrução sem direito de busca é demonstrada designadamente pelo direito *antitrust* dos Estados Unidos (ver parecer formulado pelo gabinete de advogados Sullivan & Cromwell, Nova Iorque, anexo 7 à réplica). Além disso, a protecção dos direitos fundamentais no âmbito do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 não pode ficar sujeita à eficácia das acções da administração.

No que se refere aos direitos fundamentais, a recorrente adopta as conclusões de um parecer elaborado pelo professor J. A. Frowein, de Heidelberg (anexo 6 à réplica):

— com base nas ordens constitucionais comuns aos Estados-membros, existe, a nível comunitário, um direito fundamental que garante a protecção do domicílio;

— o direito fundamental que visa a protecção do domicílio estende-se também às instalações comerciais;

— para proceder a buscas em instalações comerciais — buscas que convém distinguir de inspecções — é necessária a existência, nos termos da protecção derivada do direito fundamental citado, de um mandato judicial;

— o mandato judicial deve ser anterior à busca e definir em pormenor os respectivos limites;

— segundo o regime do direito comunitário, só o órgão jurisdicional comunitário (o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias), na ausência de disposições específicas, é competente para emitir um mandato de busca.

A recorrente acrescenta que o controlo judicial exercido apenas *a posteriori* equivale à recusa de garantir a protecção do direito fundamental visto tal controlo estar de qualquer maneira garantido pela possibilidade de recurso, nos termos dos artigos 173.° e 186.° do Tratado.

b) A *Comissão* invoca liminarmente que a argumentação da recorrente não é coerente na medida em que esta alega que tanto as disposições do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 quanto o texto da decisão excluem claramente as medidas de busca, pedindo ao mesmo tempo a anulação da decisão. A exposição da recorrente pode, no máximo, ser interpretada como uma crítica à atitude dos agentes da Comissão, acusados de excederem os seus poderes. Nesse caso, o recurso de anulação da decisão de 15 de Janeiro de 1987 não é a via jurídica adequada.

No que se refere ao fundamento baseado na natureza pretensamente contrária aos direitos fundamentais do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, a Comissão considera-o inadmissível visto que, sob este aspecto, a decisão já não lesa a recorrente. No próprio dizer desta, estão preenchidas as condições que autorizam a derrogação do direito fundamental de inviolabilidade das instalações comerciais (suficientes suspeitas, controlo por um órgão jurisdicional) visto que o Amtsgericht de Francoforte emitiu um mandato de busca por considerar existir início de presunção suficiente.

Quanto ao fundo, a Comissão afirma que o artigo 14.° do Regulamento n.° 17 lhe atribui competência para proceder a buscas.

As diligências de instrução constituem uma noção genérica que engloba a busca. Esta não é mais do que uma forma desenvolvida de instrução. Tal consideração vale tanto para o artigo 14.° do Regulamento n.° 17 quanto para o artigo 46.° da lei alemã contra as restrições de concorrência.

Este resultado é corroborado pelo sistema do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. Resulta do respectivo n.° 6 que os agentes da Comissão não podem recorrer à coação directa, quer dizer, não estão autorizados a agir por si próprios contra a vontade do interessado. Na hipótese de recusa deste, cabe aos representantes da autoridade competente nacional fornecer asssistência, recorrendo, sendo caso disso, à coação directa, forçando, por exemplo, os móveis e apoderando-se dos processos para que os agentes da Comissão possam neles procurar os documentos que buscam.

Ora, no âmbito do artigo 14.°, os Estados-membros apenas dispõem, de um ponto de vista material, de poderes concedidos pelo direito comunitário. Em consequência, se o n.° 3 do artigo 14.° não incluir poderes de busca, os agentes nacionais não poderão prestar a necessária assistência.

Esta interpretação é conforme com o estado do direito na República Federal da Alemanha, como decorre dos artigos 3.° e 4.° da lei de execução do Regulamento n.° 17 conjugados com os artigos 8.° e 12.° da lei relativa à execução das decisões administrativas.

O direito de busca decorre também dos direitos de acesso estabelecidos pelo n.° 1 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. Resulta claramente desta disposição que os agentes da Comissão se não devem limitar a receber os documentos escolhidos e definidos pela empresa, podendo efectuar a instrução no local em que os documentos que buscam estão guardados e proceder eles próprios ao respectivo exame e triagem.

Qualquer outra interpretação do artigo 14.° privá-lo-ia de efeito útil, permitindo que a empresa impedisse definitivamente, pela resistência passiva, o inquérito sobre a presumida infracção. Nesse caso seria supérfluo o direito de acesso dos agentes da Comissão, sendo para esse efeito suficiente o pedido de informações previsto no artigo 11.° do Regulamento n.° 17.

A situação nos Estados Unidos não pode servir de argumento em contrário. O departamento *antitrust* do Ministério da Justiça americano dispõe, pela possibilidade de uma *subpoena*, de um instrumento particularmente forte sem equivalente na Europa Continental, podendo, além disso, proceder a buscas com base em decisão judicial.

A Comissão cita o acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973 (Continental Can, 6/72, Recueil, p. 215), segundo o qual a protecção da concorrência constitui objectivo fundamental do Tratado com força imperativa. Essa protecção não pode ser garantida sem a eficácia dos inquéritos da Comissão.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, a Comissão entende dever tomar-se como ponto de partida o nível de protecção máxima previsto nas ordens jurídicas dos Estados-membros.

No que se refere ao direito fundamental de inviolabilidade do domicílio, a Comissão está de acordo com a recorrente em que esse direito existe a nível comunitário, que em princípio ele protege também as instalações profissionais das pessoas colectivas, que a ingerência das autoridades públicas no exercício desse direito deve estar prevista na lei e que, em princípio, as buscas exigem uma decisão judicial.

Para a Comissão, o controlo judicial pode, contudo, ser um controlo prévio (por iniciativa da autoridade) ou posterior à instrução (por iniciativa da empresa). Exemplos de um controlo *a posteriori* podem ser encontrados no artigo 55.° da lei alemã contra as restrições de concorrência e no n.° 2 do artigo 13.° da Constituição italiana.

Apesar de o direito comunitário não estabelecer as regras processuais específicas relativas ao controlo judicial, fornece uma solução para o problema através do processo de medidas provisórias perante o Tribunal de Justiça. O artigo 83.° do Regulamento Processual permite que se proceda ao exame da eventual violação de um direito fundamental no contexto desse processo. A iniciativa incumbe à empresa que deve ao mesmo tempo interpor recurso de anulação da decisão de instrução, mas aquele controlo garante o respeito do direito fundamental antes de se proceder à instrução. A Comissão declarou-se não apenas disposta a fornecer assistência quanto à redacção do pedido de suspensão mas também a atrasar a execução da decisão de instrução até o Tribunal de Justiça se pronunciar, na condição de poder adoptar medidas conservatórias na empresa para evitar a subtracção de elementos de prova (por exemplo, selando os móveis de arquivo).

Finalmente, a Comissão refuta a tese da recorrente segundo a qual o Tribunal de Justiça tem competência implícita para emitir mandatos de busca. Não existe qualquer base jurídica para essa competência, limitando-se o Tribunal de Justiça a proceder ao controlo da legalidade das decisões administrativas.

B — *A decisão de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória*

Para melhor compreensão da argumentação das partes, saliente-se preliminarmente que partem de concepções diferentes no que se refere ao processo de fixação das sanções pucuniárias compulsórias, nos termos do artigo 16.° do Regulamento n.° 17.

Para a Comissão, a fixação de sanções pecuniárias compulsórias nos termos deste artigo é feita em duas fases. É necessário distinguir dois actos não autónomos: a fixação provisória (cominação) e a fixação definitiva. O artigo 16.° regula expressamente a primeira fase no n.° 1 e a segunda no n.° 2, mas unicamente para um caso específico, ou seja, a eventual diminuição do montante resultante da decisão inicial. Só a segunda decisão, que fixa o montante total devido nessa data, constitui título executivo na acepção do artigo 192.° do Tratado. A decisão controvertida de 3 de Fevereiro de 1987 pertence à primeira fase. Era suficiente ouvir o comité consultivo em matéria de acordos e posições dominantes, bem como a empresa em causa antes da adopção da segunda decisão.

Pelo contrário, a recorrente considera que estas exigências processuais têm de ser preeenchidas antes da adopção da primeira decisão, ou seja, a de 3 de Fevereiro de 1987.

1. A *recorrente* argumenta, antes de mais, que a decisão de 3 de Fevereiro de 1987 que aplicou uma sanção pecuniária compulsória fica privada de fundamento caso seja anulada a decisão que ordenou as diligências de instrução. Além disso, considera que a Comissão violou formalidades essenciais ao adoptar a decisão de aplicação da sanção pecuniária compulsória.

Como resulta claramente da redacção do n.° 3 do artigo 16.°, conjugado com os n.ºs 3 a 6 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, a Comissão devia ter ouvido o comité consultivo antes de adoptar a decisão controvertida. A recorrente baseia-se nas conclusões do advogado-geral apresentadas nos processos apensos 228 e 229/82 (Ford, Recueil 1984, p. 1164 e 1173).

O facto de não ter ouvido a recorrente antes da adopção da decisão em causa constitui violação do n.° 1 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17, conjugado com os artigos 2.°, 7.°, 10.° e 11.° do Regulamento n.° 99/63 da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62).

Resulta dos próprios termos do n.° 1 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 que esta disposição visa designadamente o n.° 1 do artigo 16.°, única parte deste artigo que prevê a fixação de uma sanção pecuniária compulsória por decisão.

O regime de protecção jurídica garantido pelo Tratado CEE seria posto em causa se não se exigisse a audição da empresa logo na primeira fase de fixação da sanção pecuniária compulsória (n.° 1 do artigo 16.°). O interessado deve poder controlar qualquer acto administrativo lesivo dos seus interesses para estar em condições de interpor recurso nos prazos previstos sem correr o risco de deixar de poder invocar a violação do direito de ser ouvido.

A decisão tomada nos termos do n.° 1 do artigo 16.° que gera materialmente a obrigação de pagar uma sanção pecuniária com-

pulsória, constitui já uma intervenção grave e perigosa tanto mais que se trata de uma sanção pecuniária compulsória que visa dar execução a uma decisão de instrução que suscita graves problemas de legalidade. É, pois, desproporcionado não ouvir o interessado antes da fixação de tal sanção. No caso vertente, não existia urgência em proceder à instrução visto que o processo estava pendente há mais de três anos.

A audição da empresa antes da adopção da decisão de fixação da sanção pecuniária compulsória não põe em causa a eficácia do sistema de investigação. Com efeito, o não cumprimento da obrigação de sujeição à instrução tem por sanção uma multa, nos termos da alínea c) do n.° 1 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17, a que acrescem as sanções estabelecidas pelos Estados-membros nas disposições de execução do direito comunitário nesta matéria.

2. Para a *Comissão*, a recorrente parte de uma interpretação errada do sistema das decisões relativas às sanções pecuniárias compulsórias.

A Comissão entende que toda a argumentação da recorrente, que visa obter a declaração da ilegalidade da decisão de 3 de Fevereiro de 1987, se traduz em suscitar um novo fundamento fora de prazo, inadmissível nos termos do n.° 2 do artigo 42.° do Regulamento Processual. Com efeito, a recorrente pediu inicialmente a anulação do acto que considerava erradamente como a fixação definitiva da sanção pecuniária compulsória. Na réplica, transferiu a acusação contra a fixação (presumida) definitiva para a fixação (efectivamente) cominatória, procedendo assim a uma reviravolta, em contradição com o conteúdo do pedido inicial.

Além disso, as acusações não são procedentes. A protecção jurídica prevista no Regulamento n.° 17 fica garantida desde que o Comité consultivo e a empresa em causa sejam ouvidos durante uma das duas fases do processo. É impossível proceder a uma instrução inopinada se houver audição no decurso da primeira fase. Na hipótese de a instrução ser feita sem surpresa, a audição nessa fase implica um atraso significativo do inquérito, que pode conduzir à sua ineficácia.

Além disso, a natureza de uma decisão adoptada nos termos do n.° 1 do artigo 16.° não suscita problema de qualificação que determine ou justifique a audição. A cominação de uma sanção pecuniária compulsória não pressupõe uma falta da empresa e a adequação da taxa diária não está abrangida pelas garantias processuais. Mesmo no âmbito do artigo 15.° do Regulamento n.° 17, o montante das multas não é objecto de audição (jurisprudência constante do Tribunal). Consequentemente, a garantia do direito de ser ouvido apenas se refere, em qualquer caso, à fixação de sanções pecuniárias compulsórias na acepção do caso especial regulado pelo n.° 2 do artigo 16.° visto que, tratando-se de uma empresa que cumpriu a obrigação de agir, a fixação definitiva de uma sanção pecuniária compulsória assume a forma não de meio de persuasão mas de sanção.

Além disso, a Comissão censura a recorrente por tentar alargar a audição no âmbito do processo sancionatório nela incluindo objecções ao processo de instrução. Ora justamente, o regulamento não prevê a audição relativamente a este processo.

C — *A decisão que fixou o montante definitivo da sanção pecuniária compulsória*

1. A *recorrente* entende que a decisão de 26 de Maio de 1988 fica privada de fundamento caso seja anulada a decisão relativa à instrução ou a decisão de aplicação da sanção pecuniária compulsória visto que a anulação tem efeito retroactivo.

Além disso, a decisão deve ser anulada pelas razões anteriormente invocadas, ou seja, por coagir a recorrente a sujeitar-se a medidas de busca relativamente às quais não existe base jurídica no Regulamento n.° 17 e que, na falta de mandato judicial prévio, são incompatíveis com os princípios do direito constitucional comunitário.

No que se refere ao montante da sanção pecuniária compulsória fixada, a Comissão violou por duas formas o artigo 16.° do Regulamento n.° 17.

Por um lado, a Comissão devia ter tomado em consideração o pedido de suspensão da execução da decisão de instrução. Ao aplicar a sanção pecuniária compulsória definitiva também ao período do processo de medidas provisórias, contradisse a sua própria posição, que era a de nesse caso estar disposta a atrasar a execução até o Tribunal de Justiça se pronunciar.

Por outro lado, o montante global é desproporcionado e está viciado por erro de apreciação visto que a recorrente, ao tomar as suas decisões, se pautou exclusivamente pelos superiores interesses de garantia de um processo de instrução conforme com as leis e a constituição. Face à posição unânime da doutrina, a recorrente tinha o direito de se fundar no facto de o artigo 14.° do Regulamento n.° 17 não atribuir à Comissão qualquer direito de busca. A sua recusa em submeter-se-lhe não pode, assim, ser-lhe censurada, nem objectiva nem subjectivamente. Além disso, a Comissão não pode invocar qualquer interesse numa execução acelerada visto que as suas informações relativas às presumidas infracções remontam a Outubro de 1983.

2. A *Comissão* considera inadmissível o pedido de anulação da decisão de 26 de Maio de 1988 na medida em que se baseia na nulidade da decisão de 3 de Fevereiro de 1987, que aplicou a sanção pecuniária compulsória. Com efeito, caso esta decisão seja anulada, a de 26 de Maio fica automaticamente sem objecto. Tendo interposto recurso de anulação da primeira decisão, a recorrente deixou, assim, de ter interesse em obter também a anulação da segunda.

Quanto ao fundo, no que se refere à relação entre a decisão controvertida e a relativa à instrução, a Comissão sustenta que a anulação desta última não retira fundamento à de 26 de Maio de 1988. Em virtude da presunção de validade dos actos comunitários até à sua anulação pelo Tribunal de Justiça, a recorrente estava obrigada a tolerar as diligências de instrução, por não existir suspensão da execução. Esta consequência é definitiva e não é de qualquer forma afectada por uma eventual anulação posterior.

Além disso, o pedido não está coerentemente fundamentado — faltando-lhe, assim, a fundamentação — na medida em que visa a anulação da decisão de 26 de Maio de 1988 pelos mesmos motivos suscitados contra a decisão de instrução, mesmo que o Tribunal de Justiça não anule esta decisão.

A decisão de instrução não pode ser ao mesmo tempo válida e ilegal.

Quanto ao montante da sanção pecuniária compulsória, a Comissão contesta ter entrado em contradição com a posição assumida no presente processo. A declaração de que estaria disposta a atrasar a execução das diligências de instrução até o Tribunal de Justiça se pronunciar sobre o pedido de medidas provisórias apenas se referia à eventual utilização, no futuro, do artigo 83.° do Regulamento Processual como base jurídica de um controlo judicial comunitário prévio em caso de busca.

No que se refere à questão da proporcionalidade do montante fixado, a Comissão censura a recorrente por pedir uma compensação pela violação de um direito cometida num tal grau que, em direito anglo-saxónico, seria qualificada de «contempt of court». Com efeito, a recorrente não apenas desconheceu a presunção de validade dos actos comunitários mas, sobretudo, persistiu na sua recusa mesmo depois de o pedido de suspensão ter sido indeferido pelo presidente do Tribunal de Justiça.

G. C. Rodríguez Iglesias
Juiz relator