CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON apresentadas em 18 de Maio de 1989 *

Sumário

I — Quanto à falta de um pedido prévio de informações à CdF Chimie SA 3302

II — Quanto à natureza de «comunicação das acusações» das decisões 3308

III — Quanto à utilização ilegal do poder de pedir informações 3314

IV — Quanto à necessidade das informações solicitadas 3318

V — Quanto ao direito de não testemunhar contra si próprio 3324

VI — Quanto à presunção de inocência e aos direitos da CdF Chimie, enquanto acusada 3341

VII — Quanto à inversão do ónus da prova 3341

VIII — Observações finais e propostas 3342

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. A sociedade CdF Chimie SA requer, nos termos do artigo 173.° do Tratado CEE, a anulação de uma decisão da Comissão de 9 de Novembro de 1987 pela qual esta instituição lhe solicitou, nos termos do n.° 5 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 (a seguir designado «Regulamento n.° 17») [1], que fornecesse determinadas informações. Esta decisão prendia-se com um inquérito a que procedia a Comissão sobre a existência presumida de acordos ou de práticas concertadas contrários ao n.° 1 do artigo 85.° do Tratado no sector dos termoplásticos, nomeadamente no respeitante ao polietileno de baixa densidade (a seguir designado «PEBD»), produto que a CdF Chimie SA, entre outras sociedades, fabrica e distribui na CEE.

2. Por seu lado, a sociedade Solvay requer, igualmente nos termos do artigo 173.° do Tratado CEE, a anulação de uma decisão da Comissão de 24 de Novembro de 1987 pela qual lhe foi solicitado, nos termos da mesma disposição do Regulamento n.° 17, que fornecesse determinadas informações. A decisão prendia-se também com o inquérito da Comissão relativo ao sector dos termoplásticos, mas, desta vez, no respeitante ao policloreto de vinilo (a seguir designado «PVC»), produto fabricado e distribuído na CEE, nomeadamente, pela Solvay.

* Língua original: francês.

1 — Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 13 de 21.2.1962, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

3. As duas decisões da Comissão não dizem respeito à CdF Chimie SA e à Solvay a propósito do mesmo produto nem, consequentemente, dos mesmos eventuais acordos ou práticas concertadas abrangidos pelo n.° 1 do artigo 85.° do Tratado. Foi a grande analogia dos fundamentos de anulação invocados pelas duas sociedades que justificou, por parte do Tribunal, a apreciação dos dois pedidos no decurso da mesma audiência e nos conduziu, hoje, a expor ao Tribunal, em conjunto, as conclusões a seu respeito.

4. Para esclarecer o contexto no qual se inserem estes dois recursos, convém especificar que o vasto inquérito levado a cabo pela Comissão no sector dos termoplásticos, e que se concentrou no PEBD e no PVC, respectivamente, prosseguiu depois da tomada das decisões de Novembro de 1987. Especifiquemos, por outro lado, que outros produtores/distribuidores de PEBD e de PVC foram destinatários de decisões semelhantes às que foram notificadas à CdF Chimie SA e à Solvay. O inquérito conduziu à abertura, em 24 de Março de 1988, de dois processos relativos a infracções ao n.° 1 do artigo 85.°, um respeitante ao PEBD [2] e o outro ao PVC [3]. No termo destes dois processos, a Comissão adoptou, em 21 de Dezembro de 1988, duas decisões contra determinados produtores de PEBD e de PVC, respectivamente, por infracções ao artigo 85.° do Tratado, aplicando-lhes multas. Entre essas empresas figuravam a CdF Chimie SA, sob a sua nova denominação, Orkem SA, em relação ao PEBD, e a Solvay em relação ao PVC [4]. Como é do conhecimento do Tribunal, a Orkem SA interpôs em 14 de Abril último, juntamente com outras empresas, um recurso de anulação da decisão adoptada em 21 de Dezembro de 1988.

5. A decisão impugnada de 9 de Novembro de 1987 relativa à CdF Chimie SA tinha sido precedida do envio, em 20 de Agosto de 1987, de um *pedido* de informações nos termos dos n.os 2 e 3 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17. Foi por considerar que a CdF Chimie SA recusara, de modo injustificado, fornecer-lhe «a maior parte das informações solicitadas» [5] que a Comissão dirigiu a essa sociedade, nos termos do n.° 5 do mesmo artigo, a *decisão* em que exige as informações. Do mesmo modo, foi por considerar inadmissível que, na presença do seu *pedido* de informações de 20 de Agosto de 1987, a Solvay não tenha fornecido «qualquer das informações solicitadas... relativas às reuniões dos produtores e aos presumidos acordos sobre os preços de venda e as quotas» [6] que a Comissão lhe dirigiu a decisão em que exige as informações.

I — Quanto à falta de um pedido prévio de informações à CdF Chimie SA

6. Foi a propósito das duas fases do processo de pedido de informações nos termos do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, isto é, o *pedido* simples e em seguida a *decisão* em que são exigidas as informações, que a CdF Chimie SA invocou, a título principal, um fundamento de anulação próprio. Salientando a circunstância de ser destinatária da decisão impugnada, em que são exigidas as informações, sem ter sido previamente destinatária do pedido «simples», dirigido à sua filial CdF Chimie EP e não a ela pró-

2 — Processo IV/31.866 — PEBD.

3 — Processo IV/31.865 — PVC.

4 — Decisão 89/191/CEE (JO L 74 de 17.3.1989, p. 21) e Decisão 89/190/CEE (ibidem, p. 1).

5 — Decisão impugnada relativa à CdF Chimie SA, p. 2.

6 — Decisão impugnada relativa à Solvay, p. 2.

pria, a CdF Chimie SA considera que houve, nestas circunstâncias, violação do Tratado CEE e do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, nomeadamente do seu n.° 5.

7. Segundo o n.° 1 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, a Comissão pode, no cumprimento dos deveres que lhe são impostos pelo artigo 89.° do Tratado CEE, isto é, velar «pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.° e 86.°», «obter todas as informações necessárias junto dos governos e das autoridades competentes dos Estados-membros, bem como das empresas e associações de empresas». Os n.os 2 a 4 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17 são relativos às exigências formais aplicáveis a um pedido de informações. O n.° 5 do artigo 11.° dispõe o seguinte: «Se uma empresa ou associação de empresas não prestar as informações pedidas no prazo fixado pela Comissão ou se as fornecer de modo incompleto, a Comissão, mediante decisão, exigirá que a informação seja prestada».

8. No acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic, o Tribunal salientou expressamente que resulta do texto do artigo 11.° que este prevê

«efectivamente ... um procedimento em duas fases, em que a segunda, que inclui a adopção pela Comissão de uma decisão que "especifica as informações solicitadas", só pode ser iniciada se a primeira fase, caracterizada pelo envio às empresas ou associações de empresas de um pedido de informações, foi tentada sem sucesso» [7].

9. Apoiando-se neste acórdão, a CdF Chimie SA considera ilegal a decisão ora em causa, pois, em sua opinião, a primeira fase não foi cumprida em relação a si, uma vez que, como dissemos, o pedido prévio de informações não foi dirigido à CdF Chimie SA, mas à CdF Chimie EP.

10. Em resposta a este fundamento, a Comissão indicou que a CdF Chimie EP é uma filial totalmente pertencente à CdF Chimie SA, que estas duas empresas, embora constituam entidades juridicamente distintas, fazem parte do mesmo grupo e que, segundo a jurisprudência do Tribunal, em especial o acórdão de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão,

«a separação formal entre (as) sociedades, resultante da sua personalidade jurídica distinta, não é oponível à unidade da sua actuação no mercado para efeitos da aplicação das regras de concorrência» [8].

Segundo a Comissão, essa unidade de comportamento no mercado em questão foi particularmente ilustrada pelo facto de, a partir do início das investigações relativas ao PEBD, ser manifesto que a CdF Chimie SA e CdF Chimie EP sempre tiveram ambas conhecimento do correio enviado pela Comissão, independentemente do respectivo destinatário formal. A Comissão, que recorda igualmente a jurisprudência do Tribunal segundo a qual uma decisão fica notificada a partir do momento em que entra regularmente na esfera interna do destinatário, considera assim que não foi viciado o procedimento em duas fases previsto pelo artigo 11.°

7 — 136/79, Recueil 1980, p. 2033, n.° 5.

8 — 48/69, Recueil 1972, p. 619, n.° 140.

11. Perante estes argumentos, a CdF Chimie SA contesta a pertinência da noção de unidade da empresa, expendida pelo Tribunal a propósito da imputabilidade de actuações de uma filial à sua sociedade-mãe, visto tratar-se, no caso que lhe diz respeito, de uma questão referente ao processo, e não ao mérito. Considera, essencialmente, que a identidade jurídica de uma empresa pode não ser determinante quanto ao mérito, mas deve ser estritamente respeitada de um ponto de vista processual, particularmente quando o acto litigioso surge numa fase do processo em que não se pode conhecer do mérito, ou seja, da unidade de comportamento eventual de empresas juridicamente distintas. A recorrente acrescenta que a noção jurisprudencial de «esfera interna» não pode ser alargada do destinatário de um acto a todas as empresas pertencentes ao mesmo grupo sem com isso se ignorar o princípio da individualidade e da autonomia das pessoas singulares ou colectivas, consagrado tanto nos direitos nacionais como em convenções internacionais.

12. É incontestável que, formalmente, a destinatária do pedido de informações de 20 de Agosto de 1987 foi a CdF Chimie, ao passo que a decisão de 9 de Novembro de 1987 foi dirigida à CdF Chimie SA. De um ponto de vista estritamente processual, isto parece, *a priori* pouco satisfatório tendo em vista as disposições do n.° 5 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17. No entanto, não me parece inútil recordar a história das diligências feitas pela Comissão, relativamente à CdF Chimie SA e à CdF Chimie EP, no âmbito das suas investigações a respeito de acordos ou práticas concertadas relativos ao PEBD.

13. Em 15 de Janeiro de 1987, a Comissão adoptou, nos termos do n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, uma decisão de averiguação cujo destinatário era: «CdF Chimie, Tour Aurore ... Paris La Défense». Saliente-se que, nessa fase, a Comissão dirigiu-se à empresa destinatária relativamente a dois produtos, o PEBD e o PVC. Essa decisão foi notificada em 20 de Janeiro de 1987 ao Sr. Henwood, na sua qualidade de secretário-geral da CdF Chimie EP.

14. Em 9 de Abril de 1987, a Comissão dirigiu, nos termos dos n.os 2 a 4 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, um pedido de informações relativo apenas ao PEBD, cujo destinatário era: «CdF Chimie SA, Tour Aurore ... Paris Défense». Em 6 de Maio de 1987, foi a CdF Chimie EP, cujo endereço postal era «Tour Aurore ... Paris-Défense», quem respondeu a esse pedido. A carta começava do seguinte modo: «Junto enviamos as respostas ao pedido de informações datado de 9 de Abril, que chegou aos nossos escritórios em 15 de Abril de 1987.»

15. Em 2 de Julho de 1987, a Comissão, nos termos do n.° 5 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, adoptou uma decisão solicitando informações à CdF Chimie SA, Tour Aurore (etc.). Em 28 de Julho de 1987, a CdF Chimie EP enviou à Comissão uma carta que começava do seguinte modo: «Dando seguimento à decisão da Comissão de 2 de Julho de 1987, notificada à sociedade CdF Chimie em 9 de Julho de 1987 e pedindo-lhe que fornecesse no prazo de três semanas um determinado número de informações...»

16. Em 20 de Agosto de 1987, a Comissão dirigiu um novo pedido de informações, desta vez à CdF Chimie EP. Esta firma respondeu por carta de 1 de Outubro de 1987 e foi em 9 de Novembro de 1987 que a Comissão adoptou, relativamente à CdF Chimie SA, a decisão hoje impugnada perante o Tribunal.

17. A sucessão dos factos revela que, abstraindo da primeira diligência da Comissão, de 15 de Janeiro de 1987, dirigida formalmente à «CdF Chimie», sem especificar «SA» ou «EP», um pedido de informações, de 9 de Abril de 1987, e depois uma decisão pedindo informações, de 2 de Julho de 1987, ambas dirigidas expressamente à «CdF Chimie SA», originaram duas respostas, respectivamente de 6 de Maio de 1987 e de 28 de Julho de 1987 provenientes da CdF Chimie EP. Parece-me importante salientar que essas duas respostas não formulam qualquer observação ou reserva quanto à circunstância de a CdF Chimie SA dever ser distinguida da CdF Chimie EP. Por outro lado, contrariamente ao que foi dito na audiência sobre este aspecto, nenhuma observação foi dirigida à Comissão, antes da ocorrência da decisão litigiosa, sobre a necessidade de distinguir as duas sociedades. Em toda a correspondência trocada entre a Comissão e uma ou outra das duas sociedades, as primeiras reservas só aparecem na resposta de 26 de Novembro de 1987, da CdF Chimie SA à decisão em litígio de 9 de Novembro de 1987.

18. O encadeamento dos factos que acabo de recordar e os argumentos das partes parecem-me justificar as seguintes observações.

19. Em primeiro lugar, considero que não se pode negar razão à CdF Chimie SA quando sustenta que não se pode presumir, na fase do inquérito, uma unidade de actuação num mercado determinado entre uma sociedade-mãe e uma sua filial, mesmo que se trate de uma filial a 100 %. É necessário, com efeito, recordar que, se o Tribunal considera que

«... a circunstância de a filial ter uma personalidade jurídica distinta não basta para afastar a possibilidade de o seu comportamento ser imputado à sociedade-mãe» [9],

por outro lado, o Tribunal observou, num processo em que a BMW Belgium, filial a 100 % da BMW de Munique, alegava não poder prosseguir um objectivo diferente do consignado pela sociedade-mãe, que

«o vínculo de dependência económica existente entre uma sociedade-mãe e uma filial não exclui uma diversidade de comportamentos nem mesmo uma diversidade de interesses entre as duas sociedades» [10].

Parece-me, assim, claramente indicado que o estatuto jurídico de filial a 100 % não permite, por si só, presumir uma unidade de actuação no mercado e desrespeitar a identidade jurídica de cada empresa no plano processual. Em princípio, só quando a Comissão tenha provado, de facto, a existência dessa unidade de actuação é que pode tomá-la em consideração.

20. No entanto, parece-me igualmente que, em presença de uma actuação de duas empresas que demonstra, com certa constância, uma intermutabilidade perante os actos processuais provenientes da Comissão, nenhuma dessas empresas pode, à conta de um tardio escrúpulo de rigor formalista, invocar uma identidade jurídica que anteriormente contribuiu particularmente para ocultar. Antes da decisão em causa de 9 de Novembro de 1987, a CdF Chimie SA e a CdF Chimie EP indiscutivelmente mantiveram — ou,

9 — 6/72, Continental Can, acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Recueil, p. 215, n.° 15.

10 — 32, 36 a 82/78, BMW, acórdão de 12 de Julho de 1979, Recueil, p. 2435, n.° 24.

pelo menos, permitiram — uma confusão, uma vez que, por duas vezes, e sem qualquer comentário, a CdF Chimie EP respondeu a um acto dirigido à CdF Chimie SA. Na ausência da menor observação por parte da CdF Chimie EP, a Comissão, que conhecia, por outro lado, o estatuto de filial a 100 % dessa empresa em relação à CdF Chimie SA e o endereço comum das duas sociedades, tinha razões para considerar que a CdF Chimie EP estava normalmente habilitada a expressar-se em nome da CdF Chimie SA sobre as questões respeitantes ao mercado do PEBD e que não havia distinção a fazer entre as duas empresas. Saliento, por outro lado, que a carta da CdF Chimie EP de 28 de Julho de 1987, respondendo à decisão da Comissão dirigida em 2 de Julho de 1987 à CdF Chimie SA, indica que vem na sequência da «decisão ... de 2 de Julho de 1987, notificada à sociedade CdF Chimie». Esta referência à «CdF Chimie», nesse contexto, não pode deixar de levar a pensar que a CdF Chimie SA e a CdF Chimie EP formavam, de certo modo, um todo.

21. Com base na noção de «circuito interno do destinatário» consagrada pelo Tribunal no acórdão ALMA de 10 de Dezembro de 1957 [11], penso que o comportamento das duas sociedades em questão — uma das quais, a CdF Chimie SA, é destinatária de actos aos quais a outra, a CdF Chimie EP, responde de modo aparentemente normal, dir-se-ia mesmo rotineiramente — autoriza a considerá-las pertencentes ao mesmo «circuito interno». Assim, pode admitir-se que o acto dirigido a uma entra na esfera interna da outra, e reciprocamente.

22. Este afrouxamento do rigor processual parece-me estar de harmonia com a jurisprudência do Tribunal, que, em matéria de notificação das decisões, faz, numa certa medida, prevalecer a efectividade do conhecimento de uma decisão sobre a estrita regularidade formal da sua notificação. Assim, no acórdão ICI/Comissão, atrás referido, o Tribunal salientou que, tendo a recorrente completo conhecimento do texto de uma decisão e feito uso, dentro dos prazos, do seu direito de recurso,

«a questão das eventuais irregularidades na notificação torna-se irrelevante» [12].

O primado do conhecimento efectivo sobre a estrita consideração da regularidade formal manifesta-se também no acórdão Continental Can, atrás referido, onde o Tribunal sublinha que

«uma decisão é devidamente notificada, nos termos do Tratado, desde o momento em que seja comunicada ao seu destinatário e este esteja em condições de tomar dela conhecimento ...»,

e observa que

« ... tal foi a situação no caso em apreço, tendo a Continental efectivamente recebido a comunicação da decisão em causa e não podendo, para tornar essa comunicação ineficaz, invocar a sua própria recusa de tomar dela conhecimento» [13].

23. O Tribunal, na minha opinião, manter-se-á fiel à sua jurisprudência se considerar que uma filial, que pareceu, no âmbito de trocas de correspondência relativa a um de-

11 — 8/56, Recueil 1957, p. 179, 190.

12 — 48/69, atrás referido, n.° 43.

13 — 6/72, atrás referido, n.° 10.

terminado inquérito com base no Regulamento n.° 17, habilitada a responder às cartas dirigidas pela Comissão à sociedade-mãe, pertence ao «circuito» desta última, na acepção da jurisprudência do Tribunal, e que, deste modo, é de presumir que a sociedade-mãe, na sequência do processo em questão, teve conhecimento dos actos formalmente dirigidos à filial.

24. Além disso, e embora este argumento seja apenas complementar em relação ao da esfera interna, parece-me que a noção de «estopel», retomada da *common law*, proíbe aquele que criou ou deixou criar uma confusão de facto de se prevalecer posteriormente das inexactidões processuais que esta provocou.

25. Por último, não será indiferente ao Tribunal salientar, como fez a Comissão, que a confusão entre CdF Chimie SA e CdF Chimie EP se prolongou até ao Tribunal, uma vez que, na resposta à questão que o Tribunal colocou por escrito à CdF Chimie SA, recorrente no presente processo, se afirma designadamente o seguinte: «Antes de responder à questão que lhe foi colocada pelo Tribunal, a Norsolor deve recordar...». Ora, Norsolor é a nova denominação da CdF Chimie EP, quando a destinatária da questão do Tribunal era a CdF Chimie SA, que passou a denominar-se Orkem... Como a nós, será talvez difícil ao Tribunal exigir da Comissão que, nos seus actos de processo, seja mais clara, na medida em que se lhe pediria que distinguisse a CdF Chimie SA Orkem da CdF Chimie EP Norsolor melhor do que as duas próprias sociedades.

26. Por isto, convidamos o Tribunal a considerar que a CdF Chimie SA teve conhecimento do pedido de informações de 20 de Agosto de 1987 dirigido à CdF Chimie EP, tendo aparecido esta última sociedade, nas fases anteriores do mesmo inquérito, como pertencente à sua esfera interna. Se o Tribunal seguir esta sugestão, considerará, então, que foi cumprida a condição do envio prévio de um pedido de informações, imposta pelo n.° 5 do artigo 11.°, e que o fundamento principal invocado pela CdF Chimie SA a este respeito é desprovido de fundamento.

27. Chegamos, deste modo, à apreciação de fundamentos que são, no essencial, semelhantes nas petições da Solvay e da CdF Chimie SA (a seguir «CdF Chimie»). Para além da sua aparente diversidade, estes fundamentos articulam-se, na verdade, em volta da preocupação de garantir os direitos da defesa na fase do inquérito instaurado pela Comissão em que esta procura reunir elementos de informação sobre a eventual existência de acordos ou práticas concertadas contrários às regras de concorrência do Tratado. Por outro lado, talvez essa articulação pareça por vezes incerta ao Tribunal, como a nós próprios, perante contradições que parecem opor as acusações entre si ou que parecem afectar intrinsecamente o desenvolvimento de tal ou tal acusação. Assim, a coerência entre a afirmação segundo a qual as informações solicitadas não eram necessárias, dado que a Comissão já dispunha de elementos de prova suficientes contra as empresas «questionadas», e a alegação de que a Comissão, ao colocar questões globais e muito gerais, procurava inverter o ónus da prova e deixar às empresas, pela resposta a essas vastas questões, o cuidado de produzirem contra si próprias as provas que a Comissão não tinha conseguido obter, não parece, à primeira vista, muito evidente. Do mesmo modo, a consistência de um direito ao silêncio ou a não se incriminar, que desapareceria uma vez que a Comissão

apresentasse indícios específicos, pode parecer afastada da ideia que os juristas fazem, em geral, desse direito.

28. Atrás destas aparentes contradições, porém, existe uma lógica, que a audiência revelou bastante bem, a de uma reivindicação das empresas recorrentes no sentido de que o questionado esteja ao corrente do que já sabe quem faz as perguntas. Pensamos não trair o pensamento de quem quer que seja, dizendo que se trata, assim, de permitir que as empresas, no âmbito dos inquéritos levados a cabo pela Comissão em matéria de concorrência, saibam o que podem ainda dissimular. Digamos, desde já, que isso não é nada chocante. A própria essência da defesa consiste precisamente em prevalecer-se de toda a latitude deixada pelas regras de direito e esforçar-se por que seja admitida como direito positivo a concepção mais extensa dessa latitude. As empresas recorrentes estão, portanto, perfeitamente no seu papel, ao desenvolverem uma série de argumentos destinados a verem consagrar o seu «direito de saber» na fase do inquérito. Mas é ao Tribunal que cabe precisar o alcance das normas jurídicas aplicáveis a esta fase e decidir se, em definitivo, existe esse direito.

29. Portanto, é na perspectiva geral de responder a esta questão que convém examinar os diferentes fundamentos suscitados pelas recorrentes.

II — Quanto à natureza de «comunicação das acusações» das decisões impugnadas

30. Proponho ao Tribunal que examine em primeiro lugar o fundamento de anulação invocado a título principal pela Solvay, que é praticamente idêntico ao segundo fundamento invocado a título subsidiário pela CdF Chimie. As duas sociedades alegam que as decisões litigiosas constituem, na realidade, comunicações de acusações disfarçadas pela aparência de decisões que ordenam o fornecimento de informações e que, nessas condições, a Comissão teria violado, além do Regulamento n.° 17 do Conselho, o seu próprio Regulamento n.° 99/63 [14] e o princípio dos direitos da defesa, qualificado de «princípio geral» pela Solvay e de «princípio fundamental» pela CdF Chimie. Esquematicamente, o raciocínio das recorrentes consiste em dizer que as decisões impugnadas comportam, a seu respeito, uma acusação formal de terem participado num acordo contrário ao artigo 85.°, acusação em apoio da qual a Comissão afirma, no texto das decisões, possuir elementos de prova. Também, dado que a Comissão teria, deste modo, formulado acusações de infracção ao artigo 85.°, deveria respeitar as condições previstas pelo Regulamento n.° 17 e pelo Regulamento n.° 99/63 no respeitante aos direitos da defesa, isto é, comunicar às empresas em causa os dados sobre os quais assentavam as acusações e dar-lhes a possibilidade de se explicarem sobre esses dados, sem que essas sociedades, a partir daí, ficassem obrigadas a responder a qualquer pergunta. Ora, as decisões impugnadas não continham a descrição precisa dos dados que justificavam as acusações formuladas e pretendiam obrigar as empresas, sob a ameaça de multa ou de adstrição, a responder aos pedidos de informações.

31. A Comissão responde, essencialmente, que a fase do inquérito é diferente da comunicação das acusações e anterior a essa, e que foi para dar cumprimento às exigências

14 — Regulamento de 25 de Julho de 1963 relativo às audições previstas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO 127 de 20.8.1963, p. 2268).

do n.° 3 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, relativo aos pedidos de informações, que referiu elementos de prova respeitantes à infracção visada pelo inquérito. A menção desses elementos não constitui, de modo algum, uma característica das comunicações de acusações, na acepção do n.° 1 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17, e as empresas em causa não têm fundamento para acusarem esta comunicação de menosprezar os direitos da defesa.

32. Como a evocação dos principais argumentos trocados já revelou, o fundamento segundo o qual as decisões impugnadas constituem comunicações de acusações dissimuladas deve o seu interesse ao facto de, segundo o regime jurídico definido pelo Regulamento n.° 17 e pelo Regulamento n.° 99/63, a protecção dos direitos da defesa é tomada em consideração de modo muito mais importante no âmbito da comunicação das acusações do que no dos actos de inquérito propriamente ditos da Comissão.

33. Nos termos do n.° 1 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17, «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». Tratando-se especialmente da acção da Comissão para fazer cessar ou punir as infracções ao n.° 1 do artigo 85.°, é necessário salientar que o n.° 1 do artigo 19.° se aplica antes da adopção de uma decisão que obrigue «as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção» [15] e antes da adopção de uma decisão que aplique multas às «empresas e associações de empresas» que, «deliberada ou negligentemente ... cometam uma infracção ao disposto no n.° 1 do artigo 85.°» [16].

34. O Regulamento n.° 99/63 prevê, na primeira parte do n.° 1 do seu artigo 2.°, que «a Comissão dará conhecimento, por escrito, às empresas e associações de empresas das acusações que lhes são dirigidas», e, no artigo 3.°, que «as empresas e associações de empresas apresentarão por escrito, no prazo fixado, os seus pontos de vista sobre as acusações que lhes tenham sido feitas» podendo «deduzir todos os meios de prova e alegar todos os factos considerados necessários para a sua defesa», «juntar quaisquer documentos comprovativos dos factos alegados» e «propor à Comissão a audição de pessoas que possam confirmar esses factos». Além disso, o n.° 1 do artigo 7.° desse regulamento prevê que «a Comissão dará às pessoas que o tenham solicitado nas respectivas observações escritas oportunidade de se pronunciarem oralmente se tais pessoas mostrarem um interesse relevante ou se a Comissão se propuser aplicar-lhes uma multa ou adstrição». Por último, o artigo 4.° do mesmo regulamento prevê que, nas suas decisões, «a Comissão apenas terá em conta acusações contra as empresas e associações de empresas destinatárias relativamente às quais estas tenham tido oportunidade de se pronunciar».

35. A «consistência» da comunicação de acusações foi especificada pela jurisprudência do Tribunal. No acórdão Hoffmann-La Roche de 13 de Fevereiro de 1979, o Tribunal deduziu, tanto das disposições atrás referidas dos regulamentos n.os 17 e 99/63 como do princípio geral dos direitos da de-

15 — Regulamento n.° 17, n.° 1 do artigo 3.°

16 — Ibidem, n.° 2 do artigo 15.°

fesa «que elas aplicam» que o respeito desses direitos

«exige que a empresa interessada tenha tido a possibilidade, no decurso do processo administrativo, de dar a conhecer utilmente a sua opinião sobre a realidade e a pertinência dos factos e circunstâncias alegados e sobre os documentos na posse da Comissão em que esta baseia a sua afirmação de que existe uma infracção» [17].

36. Como resulta formalmente do n.° 1 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17, porém, as decisões tomadas com fundamento nos seus artigos 11.° ou 14.° não estão sujeitas ao regime jurídico de que acabámos de recordar as principais características. O acórdão National Panasonic, atrás referido, é muito preciso quanto a este ponto. Em presença da tese segundo a qual uma empresa teria sido privada do direito de ser ouvida antes da adopção de uma decisão de verificação nos termos do n.° 3 do artigo 14.°, o Tribunal observou que

«esse direito de defesa insere-se principalmente no âmbito dos processos judiciais ou administrativos destinados a pôr termo a uma infracção ou a declarar uma incompatibilidade legal, tais como os processos referidos pelo Regulamento n.° 99/63 ... Pelo contrário, o processo de verificação ... não se destina a pôr termo a uma infracção ou a declarar uma incompatibilidade legal, mas tem apenas por objecto permitir à Comissão recolher a documentação necessária para verificar a realidade e o alcance de uma determinada situação de facto e de direito».

17 — 85/76, Recueil 1979, p. 461, n.° 11.

E o Tribunal acrescenta que só

«se a Comissão considerar que os elementos de apreciação assim reunidos justificam a abertura de um processo nos termos do Regulamento n.° 99/63, atrás referido, é que a empresa ou associação de empresas em causa deve ser ouvida antes da tomada de tal decisão» [18].

37. Esta diferença muito clara de regime entre a averiguação, que se situa no âmbito do poder de inquérito da Comissão, e a comunicação das acusações, «primeiro acto do processo administrativo» propriamente dito, como recordou o acórdão Hoffmann-La Roche, atrás referido [19], é, sem dúvida, inaplicável relativamente à outra modalidade de investigação de que a Comissão dispõe no âmbito do seu poder de inquérito, isto é, o pedido de informações. Tal como a averiguação ou a verificação, o pedido de informações não se destina a pôr termo a uma infracção ou a declarar uma incompatibilidade legal, mas tem unicamente por objecto permitir à Comissão recolher as informações necessárias para verificar a realidade e o alcance de uma determinada situação de facto e de direito. Também não dá origem à aplicação dos direitos da defesa previstos no caso de a Comissão considerar reunidas as condições que justificam o início de um processo. Subscrevo totalmente, sobre este aspecto, a análise da Comissão e da República Francesa. Aliás, não é discutida por ninguém, nem mesmo pela doutrina que invocam as recorrentes em apoio de determinadas das suas teses. Efectivamente, Asteris Pliakos observa, no seu recente livro intitulado *Les droits de la défense et le droit com-*

18 — 136/79, já referido, n.° 21.

19 — 85/76, já citado, n.° 10.

munautaire de la concurrence, que «é apenas no fim da instrução que as empresas podem apresentar as suas observações a respeito das acusações que a Comissão se propõe formular contra elas nas suas decisões» [20].

38. Também considero que o fundamento presentemente examinado só colheria eventualmente se as decisões em causa aparecessem, não como tendo por objectivo permitir à Comissão a recolha das informações necessárias para verificar a realidade e o alcance de uma determinada situação de facto e de direito, mas como demonstrando que os elementos de apreciação de que ela dispõe são susceptíveis de justificar, de modo quase certo, o início de um processo administrativo nos termos do Regulamento n.° 99/63 e da jurisprudência do Tribunal anteriormente analisada. Como é, afinal?

39. A decisão de 9 de Novembro de 1987 que visa a CdF Chimie refere que a Comissão investiga a «existência presumida de acordos ou de práticas concertadas» [21] contrários ao n.° 1 do artigo 85.° no sector dos termoplásticos a que pertence o PEBD, produzido e distribuído pela CdF Chimie, e que, pelas averiguações efectuadas e pelos pedidos de informações anteriores dirigidos à recorrente e a outras empresas, está em condições de «supor a participação» [22] da CdF Chimie na fixação de objectivos de preços de venda e na criação de quotas ou de objectivos em matéria de volume pelos produtores que fornecem os termoplásticos no mercado comum. A Comissão recorda a seguir que enviou à recorrente um pedido de informações em 20 de Agosto de 1987 e expõe os motivos invocados por esta última para não fornecer a maior parte deles. Estas razões consistem, essencialmente, numa contestação do direito da Comissão de pedir as informações em causa. Depois, recordando as disposições do n.° 5 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, bem como as do n.° 1, alínea b), do artigo 15.° e do n.° 1, alínea c), do artigo 16.° do mesmo texto, relativas ao poder da Comissão de aplicar multas ou adstrições às empresas que forneçam informações inexactas ou se recusem a fornecer informações completas ou exactas, a Comissão adoptou a decisão em que solicitava à recorrente que fornecesse, no prazo de duas semanas, as informações especificadas em anexo.

40. As informações solicitadas figuram, no anexo, em quatro grupos. No primeiro, sob o título «Reuniões dos produtores», refere-se: «Os elementos de prova de que dispõe a Comissão demonstram que a vossa empresa foi uma das que participaram nessas reuniões.» Acrescenta-se que a própria recorrente «organizou algumas» reuniões. Seguem-se as questões que não desenvolveremos em pormenor. Dizem respeito à data, ao local e à frequência das reuniões, pedindo a indicação das reuniões em que a CdF Chimie esteve representada, a indicação das outras empresas participantes e a regularidade da sua participação, bem como a identidade e/ou qualidade das pessoas que representavam as empresas. A Comissão solicita cópia de qualquer documento relativo a essas reuniões, elaborado antes, durante ou depois delas.

41. Sob o título «Preços de objectivo ou preços mínimos», a Comissão refere que, segundo os documentos por ela obtidos, um dos principais temas abordados nas reuniões dizia respeito às iniciativas destinadas a fixar e manter, em relação ao PEBD, níveis de preços satisfatórios para todos os participan-

20 — P. 242, ed. Bruylant, Bruxelas, 1987.

21 — Decisão de 9 de Novembro de 1987, p. 1, n.° 2.

22 — Ibidem, n.° 3.

tes. Seguem-se questões sobre cada iniciativa susceptível de ter sido discutida, proposta, considerada ou aprovada pelos participantes, desde 1 de Janeiro de 1976, com as datas e as tabelas de preços, depois sobre as instruções em matéria de preços feitas pela sede da recorrente aos seus agentes e sobre os relatórios enviados por estes últimos à sede social. Saliento, em especial, o pedido de apresentar cópia de «todo e qualquer... documento» na posse da vossa empresa que revele os preços de venda visados ou recomendados para os principais tipos de produtos em cada país do mercado comum».

42. Sob o título «Quotas, objectivos ou repartição entre os produtores de PEBD», a Comissão refere que, segundo os documentos que obteve, nas reuniões os produtores acordaram na fixação de objectivos de venda anuais para cada empresa, sendo efectuado um cálculo relativo ao conjunto do mercado europeu disponível, depois repartido entre os produtores. Seguem-se questões sobre os métodos de repartição, o controlo da observância das quotas, as informações comunicadas pela recorrente a outros produtores sobre a sua própria produção de PEBD ou as suas próprias vendas.

43. Sob o título «Declarações comunicadas à Fides e estatísticas fornecidas por esta», seguem-se questões sobre as trocas de informações da Fides em relação ao PEBD, em especial no que respeita às informações dirigidas a essa sociedade pela recorrente e as recebidas mensalmente da referida sociedade.

44. Para além do pormenor das informações solicitadas, é interessante salientar que, enquanto no início da decisão, nomeadamente na página 1, foi usado o condicional, é o indicativo que é geralmente utilizado em todo o anexo. Assim, solicita-se à recorrente que indique a reunião (ou as reuniões) em que «participou», bem como a identidade e/ou qualidade das pessoas que «a representavam», que apresente cópia de qualquer documento «que revele os preços de venda visados ou recomendados para os principais tipos de produtos em cada país do mercado comum», que indique ainda que informações «foram comunicadas» por ela a um ou vários outros produtores relativamente à tonelagem da sua produção ou das suas vendas de PEBD, etc.

45. No respeitante, agora, à decisão impugnada de 24 de Novembro de 1987 relativa a Solvay, basta mencionar que, salvo determinadas diferenças quanto às datas e quanto ao produto em causa — que continua a ser um termoplástico, embora já não seja o PEBD, mas o PVC — as informações são solicitadas segundo a mesma formulação que serviu para a CdF Chimie. Saliente-se, contudo, que o seu número é menor do que no caso da CdF Chimie, ao passo que os pedidos prévios dirigidos às duas firmas eram quase idênticos. Isto é talvez devido ao facto de, contrariamente à CdF Chimie, a Solvay ter aceitado fornecer determinadas informações previamente solicitadas a respeito de reuniões, preços, quotas e informações fornecidas à sociedade Fides.

46. A primeira observação que se impõe, perante o texto das duas decisões impugnadas, é que indicam que as duas firmas destinatárias são, com base em informações recolhidas por meio de averiguações ou pedidos de informações, suspeitas de terem participado em acordos entre produtores proibidos pelo n.° 1 do artigo 85.° Esta constatação não nos permite, no entanto, considerar que essas decisões têm por objecto formular a acusação da Comissão de

uma infracção a essa disposição. Com efeito, parece-me que, ao declarar que suspeita da existência de acordos contrários ao n.° 1 do artigo 85.° para justificar os pedidos de informações que formula, a Comissão limitou-se a dar cumprimento ao n.° 3 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, que dispõe que ela deve indicar o objectivo do seu pedido. A propósito da decisão de averiguações, em relação à qual o n.° 3 do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 prevê igualmente que deve ser indicado o objectivo da averiguação, o Tribunal considerou, no acórdão National Panasonic, que ao mencionar como objectivo prosseguido a verificação

«de circunstâncias susceptíveis de demonstrar a eventual existência de uma proibição de exportação contrária ao Tratado» [23]

a Comissão tinha dado à sua decisão uma fundamentação em conformidade com as exigências do Regulamento n.° 17. Esta solução deve ser transposta para o objectivo do pedido de informações. Ao declarar a suspeita de existência de uma infracção, a Comissão limita-se a dar cumprimento às exigências do n.° 3 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17 relativas ao objectivo do pedido de informações. Assim, a indicação da suspeita de acordos entre produtores de PEBD ou de PVC não pode, *a priori*, ser considerada indiciadora de que as decisões em causa não são pedidos de informações.

47. A circunstância de a suspeita de existência de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.° ser, além disso, «personalizada» em relação às recorrentes, na medida em que se especifica que estas são suspeitas de terem nela participado, também não nos conduz, nas circunstâncias do presente processo, a considerar que as decisões em causa perdem o carácter de pedidos de informações e revelam a sua natureza de comunicações de acusações. A partir do momento em que a menção de uma suspeita de infracção ao n.° 1 do artigo 85.° por parte dos produtores europeus de PEBD e de PVC corresponde às exigências legais, o facto de se especificar formalmente a um produtor europeu de PEBD ou de PVC, destinatário de um pedido de informações, que é suspeito de ter participado na eventual infracção em questão não nos parece, em si mesmo, transformar o pedido de informações em comunicação de acusações. A formulação de suspeitas em relação a uma empresa só podia ser vista como um enunciado de acusações se a Comissão, na sua decisão, parecesse valer-se dessas suspeitas para considerar a empresa culpada da infracção, sem verdadeiramente ter necessidade de informações novas em que basear essa convicção. Ora, não é esse o caso nas decisões impugnadas.

48. É certo que a utilização do indicativo na própria formulação dos pedidos de informações conduz a que estes se apresentem, aparentemente, não como um meio de provar se efectivamente houve ou não uma infracção por parte da empresa em causa, mas como um meio de precisar o alcance de uma infracção cuja existência parece provada. A este título, essa redacção parece-me lamentável. A apreciação que se deve fazer sobre as suas consequências merece, no entanto, ser um pouco matizada. Com efeito, considero que, segundo a jurisprudência do Tribunal, a existência de imputações que apresentam já um certo grau de precisão em relação a uma empresa não é incompatível

23 — 136/79, já referido, n.° 26.

com um pedido de informações e, por conseguinte, a formulação dessas imputações não exclui esse pedido.

49. Como já recordei anteriormente, pode-se deduzir do acórdão National Panasonic que a distinção essencial entre actos de investigação e abertura de um processo propriamente dito, que exige então a comunicação das acusações, reside em que os primeiros têm por objecto permitir a recolha das informações necessárias para verificar

«a realidade e o alcance de uma determinada situação de facto e de direito» [24]

ao passo que a segunda só acontece quando se forma a convicção da Comissão e esta considera que os elementos de apreciação reunidos justificam a abertura de um processo. Ora, estamos aqui em presença de decisões que, embora formulando já, em relação às empresas visadas, imputações de participação numa infracção, lhe solicitam também, incontestavelmente, numerosas informações. Penso que, ao fazê-lo, a Comissão pretende recolher informações que lhe permitam certificar, pelo menos, o alcance da infracção de que suspeita. Uma vez que esses pedidos parecem essenciais e não supérfluos ou artificiais, não se pode considerar que a Comissão formou a sua convicção. A comunicação das acusações só acontece, segundo a jurisprudência do Tribunal, quando a Comissão considera que os elementos de apreciação reunidos são suficientes para dar início ao processo *stricto sensu*. O que quer dizer que nessa fase já não tem informações a recolher para formar a sua convicção. O facto de solicitar informações sobre aspectos materiais é, sem dúvida, o próprio sinal de que a Comissão ainda não chegou à fase em que considera dispor de elementos de apreciação suficientes, seja simplesmente sobre o alcance, seja também sobre a própria existência de uma infracção. *Mutatis mutandis*, poderei dizer que o carácter essencial das informações solicitadas proíbe presumir que a Comissão esteja já convicta da existência de uma situação que justifique, de modo certo, inelutável, a abertura de um processo.

50. Não tenho necessidade de recordar ao Tribunal, depois do resumo que acabo de fazer, a amplitude dos pedidos de informações formulados nas decisões impugnadas. Considero, nestas condições, que, independentemente das imputações expressa ou tacitamente formuladas nessas decisões em relação às recorrentes, a importância objectiva das informações que lhes são solicitadas proíbe encarar as referidas decisões como comunicações de acusações disfarçadas de pedidos de informações. Assim, os pedidos sobre este aspecto não me parecem fundamentados.

III — Quanto à utilização ilegal do poder de pedir informações

51. Proponho agora ao Tribunal a análise de um determinado número de argumentos desenvolvidos pela CdF Chimie. No âmbito do seu primeiro fundamento subsidiário, globalmente fundamentado na violação do Regulamento n.° 17 e dos princípios fundamentais dos direitos da defesa, essa sociedade invoca o argumento de que a Comissão não pode pretender obter informações e

24 — 136/79, já referido, n.° 21.

documentos que, pela sua natureza e amplitude, não constituem informações, na acepção do artigo 11.° do Regulamento n.° 17. A recorrente sublinha que, na decisão impugnada, a Comissão não pede informações, mas procura recolher documentos e esclarecimentos, invertendo, deste modo, a ordem normal do inquérito. Especifica que, se a Comissão pode, nos termos do artigo 11.°, recolher todas as informações necessárias, em contrapartida, não pode obrigar as próprias empresas a cumprirem essa função sem desvirtuar aquela disposição. Por último, a CdF Chimie acrescenta que, quando o pedido de informações, como no caso em apreço, seja feito a seguir a uma averiguação efectuada nos termos do artigo 14.° do Regulamento n.° 17, deve destinar-se a obter esclarecimentos sobre pontos específicos que ainda não estejam convenientemente esclarecidos, e não apresentar uma tal amplitude que equivalha a obter da empresa referida um «dossier» completo com todos os documentos comprovativos das suas próprias confissões e o resultado de investigações efectuadas por ela própria junto dos outros produtores, «dossier» esse que só à Comissão compete organizar.

52. Devo confessar ao Tribunal que o significado jurídico das acusações formuladas deste modo não me pareceu imediatamente ter a clareza desejável. Reflectindo, contudo, parece que os argumentos em questão contestam que a Comissão possa solicitar nos termos do artigo 11.°:

1) informações que a empresa em questão ainda não possui, o que deixa implícito que ela os recolheria junto de terceiros;

2) documentos que devam ser procurados com base no artigo 14.°;

3) informações que não sejam esclarecimentos sobre pontos especiais não clarificados por uma averiguação anterior, desde que essa verificação tenha sido efectuada, o que exclui os pedidos de grande amplitude.

53. A Comissão respondeu acerca destes diferentes aspectos referindo que nada no Regulamento n.° 17 permite pensar que o termo informações exclui os documentos que incluam as informações em questão e que, por outro lado, ao utilizar a expressão «todas as informações necessárias», o artigo 11.° daquele diploma afastou qualquer ideia de limite quantitativo.

54. Não me parece que os argumentos da recorrente devam fazer perder muito tempo ao Tribunal.

55. Em primeiro lugar, é claro que a Comissão só pode exigir, por parte de uma empresa, informações que esta já possui, mesmo que deva, eventualmente, formalizá-las. O pedido de informações não pode destinar-se a colocar uma empresa em busca de informações na posse de terceiros. Assim, um pedido destinado a obter informações que a Comissão sabe não estarem ou não poderem estar na posse da empresa em questão é certamente irregular. Mas é necessário que essa irregularidade resulte de dados objectivos e não apenas de declarações da empresa. No presente processo, não resulta do texto da decisão impugnada nem de qualquer elemento dos autos que a Comissão tenha pedido à CdF Chimie informações que esta manifestamente não possuía ou manifestamente não podia possuir. Mesmo quando, por exemplo, se trata de reuniões

em que a CdF Chimie não participou, a decisão solicita informações a propósito de cada reunião «conhecida» [25]. Se nenhum dado objectivo permite detectar que as informações são deliberadamente solicitadas a uma empresa que não as possui ou não as pode possuir, compete a esta carrear a prova da irregularidade alegada — se necessário, no âmbito de um recurso perante o Tribunal contra a decisão da Comissão que lhe tenha aplicado uma multa por fornecimento de informações inexactas ou uma sanção pecuniária compulsória a fim de obter informações completas e exactas. Na ausência de uma manifestação objectiva dessa irregularidade, porém, a decisão impugnada não pode ser criticada nesse aspecto.

56. No respeitante à possibilidade, contestada pela recorrente, de obtenção de documentos por meio de um pedido de informações, convém salientar que nenhuma disposição do Regulamento n.° 17 leva a pensar que a verificação do artigo 14.° seja a única via para a obtenção de documentos. A própria jurisprudência do Tribunal, como justamente referiu a Comissão, consagrou a solução inversa, uma vez que, no acórdão AM & S de 18 de Maio de 1982 [26], depois de ter recordado que as disposições dos artigos 11.° e 14.° do Regulamento n.° 17 prevêem que a Comissão possa recolher informações e proceder às verificações necessárias para combater as infracções às regras da concorrência, o Tribunal considerou que a correspondência entre advogado e cliente, na medida em que seja respeitante à actividade da empresa «cliente» no mercado, faz parte da categoria dos «documentos referidos nos artigos 11.° e 14.°». Indirectamente, mas expressamente, o Tribunal admitiu, assim, que os documentos podiam ser obtidos tanto nos termos do artigo 11.° como nos do artigo 14.° Por outro lado, nas conclusões que apresentou num processo anterior, o advogado-geral Warner tinha invocado essa possibilidade ao observar que

«o artigo 11.° habilita a Comissão a procurar obter, se necessário coercivamente, a cooperação da empresa em causa para a recolha de informações que possam, ou não, estar contidas nos documentos em posse da empresa» [27].

Não tenho mais nada a acrescentar sobre este aspecto, que me parece suficientemente esclarecido.

57. Por último, devo confessar ao Tribunal que não encontrei nenhum indício, no Regulamento n.° 17 ou na jurisprudência, de indicações no sentido de que a utilização prévia, pela Comissão, do poder de verificação do artigo 14.° limite, no âmbito do mesmo inquérito, o âmbito do poder de pedir informações nos termos do artigo 11.° Tornei a ler os acórdãos citados na audiência pelo representante da CdF Chimie, mas sem encontrar neles o menor elemento em apoio da tese segundo a qual, depois de uma verificação, um pedido de informações só pode ter por objecto pormenores dos elementos informativos já recolhidos. De facto, parece que a CdF Chimie interpretou um pouco erradamente o acórdão National Panasonic.

58. Nesse acórdão, o Tribunal observou que os agentes mandatados pela Comissão,

25 — Anexo da decisão, grupo I, questão 5.

26 — 155/79, Recueil 1982, p. 1575, n.° 16.

27 — 136/79, National Panasonic, já referido, p. 2066.

ao efectuarem uma verificação, têm o poder de solicitar, no decurso dela,

«informações sobre questões concretas específicas decorrentes dos livros e dos documentos profissionais que examinam» [28],

o que significa que no decurso de uma verificação os agentes da Comissão dispõem de um poder de pedir informações limitadas. Isto justifica-se pela circunstância, assinalada no acórdão, de uma decisão em que sejam pedidas informações dever obrigatoriamente ser precedida de um pedido simples de informações, ao passo que uma decisão de verificação pode ser adoptada sem que a Comissão tenha tentado previamente efectuar uma verificação por simples mandato. É por isso que a possibilidade de pedir informações no decurso de uma verificação deve ser limitada, a fim de a Comissão não ser tentada a recolher normalmente informações por esse modo, dispensando-se, assim, do prévio pedido simples. Mas não vejo em que é que isso implica uma limitação do poder de pedir informações, cumprindo o processo em duas fases do artigo 11.°, a seguir a uma verificação.

59. Como já fez o advogado-geral Warner, nas suas conclusões atrás referidas, parece-me útil recordar aqui os termos de um acórdão que o Tribunal proferiu a propósito do primeiro parágrafo do artigo 47.° do Tratado CECA. Nos termos desta disposição, «a Alta Autoridade pode recolher as informações necessárias ao desempenho das suas atribuições e mandar proceder às averiguações necessárias». No acórdão de 14 de Abril de 1960, Acciaieria di Brescia, o Tribunal salientou que essa disposição fixa,

«por um lado, as obrigações de informação das empresas e, por outro, o alcance das investigações que podem ser concomitantes» [29].

Em seguida, o Tribunal observou que a recorrente naquele processo não podia ver acolhida a sua pretensão de que a informação e a verificação fossem exercidas

«em duas fases distintas e sucessivas, subordinadas uma à outra segundo uma precedência que o texto ignora» [30].

60. Embora se trate, presentemente, não do artigo 47.° do Tratado CECA, mas do Regulamento n.° 17, penso que, do mesmo modo, nada neste texto nem na jurisprudência do Tribunal permite concluir pela existência de uma «precedência» ou de um vínculo de subordinação entre o pedido de informações e a verificação. Assim, concordo neste aspecto com a posição da Comissão, que considera que os dois meios de investigação são relativamente autónomos e que ela pode recorrer a um ou a outro, ou a um e depois ao outro, segundo as necessidades dos inquéritos que faz e sem que o recurso a um restrinja as possibilidades de recorrer posteriormente ao outro.

61. Assim, nenhum dos argumentos invocados pela CdF Chimie quanto a uma utilização irregular do poder de pedir informações parece convincente.

28 — 136/79, já referido, n.° 15.

29 — 31/59, Recueil 1960, p. 151, 172.

30 — Ibidem, p. 173.

IV — Quanto à necessidade das informações solicitadas

62. Parece necessário, agora, proceder à apreciação de um argumento, por assim dizer, comum à CdF Chimie e à Solvay, segundo o qual as informações solicitadas pelas decisões litigiosas não eram necessárias na acepção do artigo 11.° do Regulamento n.° 17. A este argumento, que constitui a segunda parte do fundamento subsidiário invocado pela Solvay e o segundo argumento do primeiro fundamento subsidiário invocado pela CdF Chimie, é possível associar o terceiro argumento deste último fundamento, relativo à violação do princípio da proporcionalidade.

63. Segundo as recorrentes, a Comissão teria pedido informações que não eram necessárias, uma vez que lhes tinha referido que dispunha de elementos de prova que permitiam concluir pela existência de uma infracção e pela sua participação nela. Ora, o artigo 11.° do Regulamento n.° 17 só dá poder à Comissão para solicitar as informações *necessárias*. As recorrentes sublinham que não basta, a este respeito, que as informações sejam simplesmente úteis. Além disso, a CdF Chimie considera que a decisão de que é destinatária viola o princípio da proporcionalidade ao exigir dela o fornecimento de documentos e informações sem conexão com os que a Comissão pretende já possuir e sem indicação precisa que permita apreciar o carácter necessário do pedido.

64. A Comissão responde que, embora o artigo 11.° comporte efectivamente um critério de necessidade, ela dispõe, segundo a jurisprudência do Tribunal, de um vasto poder para apreciar essa necessidade. Acescenta que, longe de ter afirmado que dispunha já de elementos que comprovavam a culpabilidade das recorrentes, tivera a preocupação de prosseguir o seu inquérito mediante os pedidos de informações, a fim de não acusar irreflectidamente as empresas em causa e de determinar com precisão a responsabilidade de cada uma. Também se declara surpreendida pela acusação que lhe é feita, porque outra atitude da sua parte nos processos em matéria de concorrência a exporia à censura do Tribunal por insuficiência de provas.

65. É verdade que a utilização dos poderes de investigação concedidos à Comissão pelo artigo 11.°, e também pelo artigo 14.°, do Regulamento n.° 17, deve, segundo os próprios termos dessas disposições, ser justificada pela necessidade. A Comissão pode recolher «todas as informações necessárias junto... das empresas e associações de empresas» [31] e proceder a «todas as diligências de instrução necessárias junto das empresas e associações de empresas» [32]. É também exacto que o Tribunal reconhece à Comissão um largo poder de apreciação dessa necessidade. Assim, ao analisar, no acórdão National Panasonic, as disposições do artigo 11.°, o Tribunal fala de «informações que a Comissão julgar oportuno conhecer» [33]. Mais recentemente, no acórdão AM & S, o Tribunal observou, a propósito do n.° 1 do artigo 14.°, que a Comissão pode exigir os documentos

«que julgar "necessário" conhecer para poder detectar uma infracção às regras de concorrência do Tratado; daí resulta que, em princípio, compete 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» [34].

31 — Artigo 11.°, n.° 1.
32 — Artigo 14.°, n.° 1.
33 — 136/79, já referido, n.° 13.
34 — 155/79, já referido, n.° 7.

66. A apreciação da necessidade das informações ou verificações não pode, no entanto, ser deixada à total discrição da Comissão. A doutrina sublinhou determinadas exigências da noção de necessidade. Assim, Thiesing, Schröter e Hochbaum referem que «a Comissão só poderá fazer uso dos direitos que lhe são conferidos pelo artigo 11.° quando isso pareça indispensável para atingir o objectivo do pedido de informações, e apenas nessa medida». Acrescentam que «o direito de solicitar informações não pode, portanto, ser utilizado para recolher factos que são já conhecidos da Comissão ou geralmente acessíveis» e que «são, além disso, inadmissíveis pedidos de informações que se destinem unicamente a facilitar a tarefa da administração». Por último, salientam que «o fundamento do pedido de informações deve ser proporcionado ao objectivo prosseguido» [35]. No entanto, não se pode afirmar que, segundo a jurisprudência do Tribunal, o controlo deste deva exercer-se no respeito absoluto, «quase ao milímetro», das prescrições que resultam destas opiniões autorizadas. Na verdade, parece que, dado o poder que reconhece à Comissão para apreciar a necessidade, o Tribunal se empenha em verificar se as medidas de verificação decididas pela Comissão não são excessivas, desproporcionadas.

67. No acórdão Acciaieria di Brescia, atrás referido, o Tribunal, a propósito do artigo 47.° do Tratado CECA, observou que

«a necessidade das informações exigidas pela Alta Autoridade deve decerto resultar da decisão»

e que, a esse respeito,

«só o objectivo prosseguido pode servir de critério» [36].

Em seguida, ainda a propósito de medidas de verificação adoptadas pela Alta Autoridade no âmbito da mesma disposição, o Tribunal referiu que

«o limite dos poderes da Alta Autoridade na aplicação do artigo 47.° é determinado pelas necessidades do controlo» [37]

e que compete ao Tribunal

«verificar se as medidas de averiguação adoptadas pela Alta Autoridade não são excessivas» [38].

Nesse âmbito, o Tribunal considerou que um pedido de apresentação de facturas de electricidade pelas empresas

«não era abusivo nem desproporcionado em relação ao objectivo a atingir» [39].

68. Noutra ocasião, estando em causa o Tratado CEE e o Regulamento n.° 17, a propósito de uma decisão de verificação não precedida de um mandado de verificação, em relação à qual era invocada uma violação do princípio da proporcionalidade, na

35 — *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Commentaire des articles 85 à 90 du traité CEE et de leurs textes d'application*, ed. Jupiter, ed. de Navarre, Paris, 1977, p. 494 e 495.

36 — 31/59, já referido, p. 173.

37 — 5 a 11 e 13 a 15/62, Acciaierie San Michele e outros/Alta Autoridade, acórdão de 14 de Dezembro de 1962, Recueil, p. 859, 883.

38 — Ibidem, p. 885.

39 — Ibidem.

medida em que bastaria uma verificação por mandato, o Tribunal considerou que

«a decisão impugnada visava unicamente permitir à Comissão reunir os elementos necessários para apreciar a eventual existência de uma violação do Tratado»

e que, assim, não parecia

«que a Comissão (tivesse) agido, no caso em apreço, de modo desproporcionado em relação ao objectivo prosseguido e, por isso, ignorado o princípio da proporcionalidade» [40].

69. Se se procurar ter em consideração ao mesmo tempo o poder discricionário que convém deixar à Comissão e o espírito da jurisprudência que acabámos de citar, parece-me que o controlo do Tribunal, no que respeita à necessidade dos pedidos de informações, deve incidir sobre dois aspectos, aliás complementares. O primeiro é o da adequação do *objecto* dos pedidos ao objectivo prosseguido. Concretamente, isto significa que as informações solicitadas pela Comissão devem dizer respeito a informações *aparentemente* relacionadas com a infracção que ela investiga. O segundo aspecto, o da adequação da *amplitude* das informações solicitadas com o objectivo prosseguido, exprime a preocupação de que as informações solicitadas, ainda que objectivamente justificadas pela investigação de uma infracção, não se afigurem *manifestamente* — sublinhamos este aspecto — desproporcionadas ou excessivas para atingir esse objectivo.

70. É nesta óptica que, na nossa opinião, há que examinar se os pedidos de informações formulados pelas decisões impugnadas eram «necessários» na acepção do artigo 11.° do Regulamento n.° 17.

71. Em primeiro lugar, relativamente às reuniões de produtores, a Comissão indica à CdF Chimie e à Solvay que os elementos de prova de que dispõe demonstram que participaram nessas reuniões, especificando que a primeira sociedade organizou algumas delas. Tal ponto de partida, na minha opinião, não impede que sejam pedidas, como foi o caso nas duas decisões impugnadas, informações sobre o calendário das reuniões, os locais onde se realizaram, a identificação das empresas participantes, a qualidade das pessoas que as representavam e a identidade dos representantes das recorrentes nessas reuniões. Estas informações parecem, pelo contrário, susceptíveis de permitir delimitar com precisão elementos constitutivos de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.°, muito especialmente para caracterizar a existência dos «acordos entre empresas» visados por essa disposição. Não podem, *a priori*, ser consideradas desnecessárias. Em relação às recorrentes, em especial, não parece indiferente avaliar precisamente a importância da sua participação nas reuniões. Quanto ao pedido referente a todos os documentos relativos a uma das reuniões, formulado apenas à CdF Chimie, o facto de os documentos procurados estarem relacionados com as reuniões de produtores parece-me igualmente susceptível de permitir delimitar com precisão determinados elementos constitutivos de uma infracção. Além disso, não vislumbro,

40 — 136/79, National Panasonic, já referido, n.° 30.

nesses diferentes pedidos, nada de manifestamente excessivo.

72. Sobre os preços, a Comissão declara que, segundo os documentos que possui, as reuniões visavam fixar e manter preços para o PEBD na decisão que visa a CdF Chimie e para o PVC na decisão que visa a Solvay. Deste modo, parece-me que as diferentes questões colocadas, que dizem respeito aos pormenores da organização das iniciativas em matéria de preços, tanto no plano global como, na decisão referente à CdF Chimie, no dos mecanismos internos desta última, têm indiscutivelmente interesse para caracterizar um outro elemento constitutivo de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.°, disposição que visa os acordos que consistam em «fixar, de forma directa ou indirecta, os preços». Atendendo àquele interesse, os pedidos de informações não parecem, também, manifestar qualquer desproporcionalidade.

73. Quanto às quotas, a Comissão afirma que, segundo os documentos que possui, os produtores, nas suas reuniões, fixaram objectivos de venda para cada empresa; e a Comissão descreve o esquema geral do sistema. Não me parece supérfluo solicitar às recorrentes, como fez a Comissão, que indiquem como se processou a determinação das quotas e o controlo do seu cumprimento, e solicitar à CdF Chimie indicações sobre as informações, relativas à sua produção de PEBD, que comunicou a outros produtores. Isto não me parece indiferente com vista a uma caracterização específica de acordos que consistem, segundo o n.° 1 do artigo 85.°, em «repartir os mercados». Quanto ao eventual excesso que estes pedidos revelariam, considero que a sua formulação não inclui qualquer sinal manifesto dele.

74. Por último, quanto às declarações transmitidas à sociedade Fides, as questões, que visam apenas a empresa CdF Chimie, parecem relativas a uma organização de troca de informações entre produtores de PEBD. A organização de trocas de informações entre produtores a respeito dos quais existem suspeitas de acordos quanto aos preços e à repartição de mercados pode contribuir para caracterizar de modo mais específico comportamentos proibidos pelo n.° 1 do artigo 85.° Também as questões relativas a essa organização não me parecem poder ser consideradas supérfluas. Do mesmo modo não me parece, da maneira como a Comissão as formulou, como de âmbito manifestamente desproporcionado.

75. É verdade que, para ilustrar a falta de necessidade das informações solicitadas pela Comissão, as recorrentes sublinham que esta, ao mesmo tempo que lhes pediu informações, disse-lhes dispor de informações segundo as quais as duas sociedades teriam participado em práticas concertadas proibidas pelo n.° 1 do artigo 85.° do Tratado. Esta circunstância deve ser, senão negligenciada, pelo menos minimizada. Com efeito, é necessário recordar que, ao indicar que investiga a eventual existência de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.°, a Comissão dá, assim, cumprimento ao n.° 3 do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, segundo o qual deve ser especificado o objectivo do pedido. Dissemos ao Tribunal, quando examinámos o fundamentos relativo à comunicação de acusações «disfarçada», que para este efeito pouco importa que a Comissão indique às empresas não apenas que pretende verificar a existência de uma infracção, mas também que suspeita de que elas tenham participado nela. Não seria compreensível exigir da Comissão que não empreendesse averiguações em relação a empresas, quando dispunha de indícios segundo os quais teriam participado em infracções ao n.° 1 do artigo 85.° Pelo

contrário, é necessário considerar, como Thiesing, Schröter e Hochbaum, que, «se a Comissão procede a investigações por infracção às normas da concorrência, já devem existir determinados indícios de violação do direito», e que «um pedido de informações por mera cautela não é admissível» [41]. De resto, a Comissão declarou na audiência que só fazia investigações a partir de indícios e não por «sondagens».

76. Deste modo, não basta, em nossa opinião, que a Comissão comunique a uma empresa que dispõe de indícios da sua participação numa infracção ao n.° 1 do artigo 85.° para que fique privada da posssibilidade de efectuar investigações em relação a essa empresa, por tais medidas serem excessivas ou manifestamente desprovidas de necessidade. Tal conclusão só seria de encarar se a Comissão pretendesse efectuar investigações quando já teria provas suficientes ou se as referidas investigações se destinassem a juntar mais provas do que as manifestamente necessárias para provar a existência e o alcance da infracção.

77. A análise da legalidade das decisões impugnadas não pode conduzir o Tribunal a uma apreciação da «necessidade de provas» da Comissão considerada em termos absolutos. Sabe-se, em física, que a água ferve a 100 graus e ainda não ferve a 99, mas no domínio que nos preocupa não dispomos de referências tão definidas. Com efeito, não é possível determinar, *a priori,* e com precisão rigorosa, o limite para além do qual a Comissão solicita provas sem necessidade ou as pede em demasia. A apreciação da «necessidade de provas» tem uma grande dose de relatividade.

78. Parece-me igualmente importante recordar que, segundo a jurisprudência do Tribunal, as investigações efectuadas pela Comissão nos termos dos artigos 11.° e 14.° do Regulamento n.° 17 têm por objecto permitir-lhe

«recolher a documentação necessária para verificar a realidade de uma determinada situação de facto e de direito» [42].

Como já observámos ao examinar o fundamento relativo à «falsa» comunicação das acusações, a Comissão tem legitimidade para investigar todos os elementos que possam permitir-lhe provar a existência de uma infracção e delimitá-la em toda a sua extensão, o que deve ser tido em conta na apreciação da «necessidade de provas». É por isso que considero que, mesmo quando possua provas seguras da participação desta ou daquela empresa em actos que constituem uma infracção na acepção do n.° 1 do artigo 85.°, a Comissão continua a ter fundamento para prosseguir as suas investigações em relação a *todas* as empresas de que suspeita, a fim de apreciar a infracção em toda a sua amplitude. Concretamente, a Comissão pode já ter conhecimento de determinadas reuniões de produtores, da participação de determinadas empresas nessas reuniões ou de acordos relativos a determinados períodos e zonas geográficas, mas nem por isso deixa de poder investigar se houve um desenvolvimento

41 — Op. cit., p. 493, ver referências nota 35.

42 — 136/79, já referido, n.° 21.

mais importante da infracção no tempo e no espaço. Direi mesmo que é seu dever, porque não pode de outro modo cumprir convenientemente, para além da sua função especificamente «repressiva», a missão mais geral que lhe confia o Tratado, isto é, velar pela aplicação das regras de concorrência.

79. Além disso, a efectivação pela Comissão de medidas de investigação, quando possui indícios da existência de uma infracção e provas da participação de determinadas empresas, justifica-se igualmente, tendo em vista as exigências resultantes do controlo exercido pelo Tribunal quando lhe são submetidos recursos pelas empresas às quais, depois da verificação de uma infracção, foram aplicadas multas. Basta ler um certo número dos acórdãos que o Tribunal proferiu no âmbito desses recursos para verificar que ele procede a um exame atento das provas invocadas para justificar as decisões da Comissão, a fim de verificar a existência da infracção e a gravidade da participação das empresas sancionadas.

80. Assim, é absolutamente normal que a Comissão considere dever efectuar investigações de modo a juntar provas bastantes para que uma eventual decisão que declare a existência de uma infracção e aplique uma multa possa ser justificada face às exigências do direito comunitário, expressas pela jurisprudência do Tribunal.

81. Se for tido em conta o conjunto das condições que invocámos, não é de espantar que, possuindo já determinadas provas, a Comissão possa legitimamente realizar investigações, pois considera poder, apesar do insucesso aparente da totalidade ou de uma parte dessas investigações, instaurar um processo e, para esse fim, comunicar as acusações. Terá delimitado uma infracção menos extensa do que pensava, mas poderá também considerar que dispõe de elementos de prova bastantes para declarar verificada uma infracção em relação a determinadas empresas, por certos comportamentos, durante determinados períodos. Isto não significa, no entanto, que as investigações a que procedeu não eram «necessárias», na acepção do Regulamento n.° 17.

82. A circunstância, invocada pelas recorrentes, de a Comissão, apesar da falta de resposta à maior parte dos pedidos de informações que lhes dirigiu, ter podido instaurar-lhes um processo e comunicar-lhes as acusações, em minha opinião, não prova que as informações solicitadas e não obtidas não eram «necessárias» na acepção do Regulamento n.° 17. O carácter excessivo de um pedido de informações resulta, na concepção que expusemos, não de a Comissão procurar mais provas, mas de as procurar em demasia. «Mais» não é «demasiado», e a verificação de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.° do Tratado pode ser fundamentada em mais ou menos provas sem que «menos provas» implique que a Comissão agiu ilegalmente procurando, sem obter um sucesso total, juntar «mais provas». Parece-me, aliás, que a necessidade dos pedidos de informações só pode ser apreciada *a priori*, e não com base nos resultados obtidos.

83. Por conseguinte, considero que da análise das duas decisões impugnadas não resulta que as informações que solicitam às recorrentes sejam desnecessárias à caracterização de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.°, no sentido de uma apreciação óptima

da sua extensão, dos seus mecanismos e dos seus efeitos. Deste modo, os argumentos das recorrentes relativos à ilegalidade das decisões impugnadas, devido ao carácter desnecessário das informações solicitadas, devem ser considerados infundadas. O mesmo se passa, sem que seja necessário discutir especificamente este ponto, com o argumento da CdF Chimie relativo a uma violação do princípio da proporcionalidade.

V — Quanto ao direito de não testemunhar contra si próprio

84. Examinemos agora um outro argumento comum, no essencial, às duas recorrentes. Este argumento, que constitui ao mesmo tempo, ao que parece, a primeira e a quarta partes do fundamento subsidiário invocado pela Solvay e que figura, aliás, no segundo fundamento subsidiário invocado pela CdF Chimie, consiste, essencialmente, em alegar que as decisões impugnadas ignoraram o princípio segundo o qual ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio.

85. Segundo a CdF Chimie, o direito de não testemunhar contra si próprio constitui um princípio geral de direito que faz parte do direito comunitário, consagrado por convenções internacionais que vinculam os Estados-membros e pela tradição jurídica destes. Para a Solvay, trata-se de um direito fundamental do homem que está incluído nos princípios gerais do direito comunitário, cujo respeito é assegurado pelo Tribunal, inspirando-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e nos instrumentos internacionais. As recorrentes consideram que a circunstância de o Conselho se ter recusado a consagrar o direito ao silêncio no Regulamento n.° 17 não vincula o Tribunal.

86. A Comissão contesta a existência de um princípio geral que imponha o respeito do direito a não testemunhar contra si próprio em processos de carácter administrativo intentados exclusivamente contra pessoas colectivas. Acrescenta que a tese das recorrentes só poderia ser acolhida se as disposições do regulamento fossem, elas próprias, contrárias à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, questão que considera estranha ao litígio.

87. Parece-me dever ser clarificado um aspecto, antes da importante discussão que sugerem as teses em presença. Em primeiro lugar, é necessário examinar se o próprio Regulamento n.° 17 consagra ou não um direito das empresas a recusarem-se a responder aos pedidos de informações quando as respostas tenham, a seu respeito, um efeito «auto-incriminador», isto é, incluam o reconhecimento de uma infracção ao artigo 85.° e as sujeitem às sanções previstas para esses casos. A discussão sobre a tomada em consideração das tradições comuns aos Estados-membros ou de instrumentos internacionais, com efeito, só tem interesse se o direito a não se incriminar não for já garantido pelo Regulamento n.° 17.

88. Ora, sobre este aspecto, não há dúvidas. É absolutamente certo que o Conselho, autor do Regulamento n.° 17, entendeu não assegurar às empresas destinatárias de um pedido de informações a possibilidade de se prevalecerem de um direito a não se incriminarem. Em primeiro lugar, isto parece-me resultar do próprio regime jurídico do pedido de informações, tal como é definido no artigo 11.° do Regulamento n.° 17. Como compreender, com efeito, que depois de ter,

nos termos dos n.os 2 a 4, dirigido um pedido de informações a uma empresa, a Comissão possa, nos termos do n.° 5, pedir por meio de decisão as informações que a empresa não forneceu ou forneceu de modo incompleto, quando esta teria direito a não testemunhar contra si própria? Como compreendê-lo, quando essa decisão deve, além disso, indicar as sanções previstas na alínea b) do n.° 1 do artigo 15.° e na alínea c) do n.° 1 do artigo 16.° do Regulamento n.° 17? A primeira disposição, como o Tribunal sabe, permite à Comissão aplicar uma multa às empresas quando, deliberadamente ou por negligência, forneçam uma informação inexacta ou não forneçam uma informação no prazo fixado, e a segunda permite sujeitá-las a adstrições «com o fim de as compelir... a fornecer de maneira completa e exacta informações que tenha pedido mediante decisão». Estes mecanismos coercivos não nos parecem intelectualmente conciliáveis com a ideia de um direito ao silêncio.

89. Parece-me ter sido esta, de facto, a análise feita pelo advogado-geral Warner perante o Tribunal, nas suas conclusões no processo National Panasonic, onde observou que

«o artigo 11.° habilita a Comissão a procurar obter, se necessário por meios coercivos, a cooperação da empresa em causa para a recolha de informações» [43].

90. Sobre esta questão de tomar ou não em consideração o direito a não testemunhar contra si mesmo, o historial do Regulamento n.° 17 inclui informações interessantes. Aquando da apreciação, pelo Parlamento Europeu, da proposta de regulamento que viria a transformar-se no Regulamento n.° 17, foi redigido um relatório em nome da Comissão do Mercado Interno pelo deputado Deringer. O «relatório Deringer» [44] incluía, no ponto 121, algumas observações que devem ser aqui citadas. Afirmava-se, a propósito da disposição da proposta de regulamento relativa aos pedidos de informações: «A Comissão considera que esta regulamentação não corresponde em vários pontos aos princípios gerais em vigor num Estado de direito, o que faz com que o regulamento corra o risco de ser anulado pelo Tribunal» [45]. A este respeito, o relatório especificava que, «de qualquer modo, qualquer pessoa obrigada a prestar informações deve ter o direito de recusar o seu testemunho» [46].

91. Com base neste relatório, a Comissão do Mercado Interno apresentou ao Parlamento uma proposta de resolução destinada a alterar, em numerosos aspectos, a proposta de regulamento que lhe fora apresentada. A propósito dos pedidos de informações, previstos num artigo 9.°, sob a epígrafe «Droit d'information», a proposta de resolução previa a seguinte redacção: «As pessoas obrigadas a fornecer informações podem recusar-se a responder às questões quando a referida resposta as fizer correr o risco de se exporem a si próprias ou de exporem uma das pessoas que podem recusar-se a testemunhar nos termos do código de processo nacional ou as empresas ou associações de empresas que representam, a sanções penais». A resolução adoptada pelo Parlamento no decurso da sessão de 19 de Outubro de 1961 retomava essa redacção [47].

43 — 136/79, já referido, p. 2066.

44 — Doc. 57, de 7 de Setembro de 1961, Parlamento Europeu.

45 — Ibidem, p. 30.

46 — Ibidem.

47 — JO de 15.11.1961, p. 1406/61.

Ora, como sabemos, o Conselho não introduziu essa alteração no texto finalmente aprovado.

92. Recordando essas peripécias e depois de as ter dado a conhecer ao Tribunal, apesar das suas

«sérias dúvidas quanto à possibilidade de interpretar um regulamento do Conselho por referência à sua génese» [48],

o advogado-geral Warner, nas suas conclusões, desta vez no processo AM & S, declarou ao Tribunal:

«Pode-se compreender que o Conselho não tenha desejado incluir no que é actualmente o artigo 11.° do regulamento uma disposição segundo a qual não seria possível obrigar uma pessoa a responder quando a resposta a fizer correr o risco de se expor a sanções penais, uma vez que tal disposição poderia pôr em perigo o objectivo real do artigo ou, pelo menos, privá-lo em larga medida dos seus efeitos» [49].

93. A génese, bem como o comentário inequívoco do advogado-geral Warner sobre este ponto específico, parecem provar muito claramente que o Conselho não desejou conferir às empresas, no âmbito do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, um direito de não testemunharem contra si próprias. Esta vontade de afastar esse direito não é, na realidade, seriamente discutida de modo geral. A doutrina contesta, por vezes, que o Conselho tenha tido razão ao fazê-lo ou que dispusesse de poderes para o efeito, mas não que o tenha feito. A título de exemplo, Asteris Pliakos indica, a propósito do direito a não se incriminar, que «as normas de concorrência comunitárias não prevêem esse direito» a favor das pessoas obrigadas a fornecer informações, e cita o facto de o Conselho não acolher, nesse aspecto, a proposta do Parlamento [50].

94. Assim, importa agora colocar a questão de saber se, do facto de o Regulamento n.° 17 não consagrar o direito a não testemunhar contra si mesmo, resulta necessariamente a ausência desse direito na legislação comunitária sobre a concorrência. Dito de outro modo, se o legislador comunitário entendeu afastar esse direito, o que é verdade, isso significa que o direito comunitário, considerado no seu conjunto, afastou esse direito? Esclarecemos aqui que, contrariamente ao que sugere a Comissão, não se trata de examinar um fundamento que teria sido suscitado tardiamente na audiência e segundo o qual o Regulamento n.° 17 seria inválido. Trata-se antes de saber se os princípios jurídicos aplicáveis no direito comunitário da concorrência e formalmente alheios ao Regulamento n.° 17 não se sobrepõem, de qualquer modo, a este regulamento. Acrescentemos, por outro lado, que a existência eventual, em direito comunitário, de um princípio de direito superior ao Regulamento n.° 17 que consagrasse um direito a não testemunhar contra si mesmo não ocasionaria a invalidade formal do referido regulamento, na medida em que a vontade do Conselho de afastar esse direito não se materializou numa disposição expressa do seu texto. Na hipótese considerada, estaríamos antes em presença de uma eventual questão de interpretação de um regulamento num sentido conforme a um princípio superior, e não numa problemática de invalidade.

48 — 155/79, já referido, p. 1621.

49 — Ibidem.

50 — Op. cit., p. 38 e 287-293, ref. supra nota 20.

95. Posto isto, é possível destacar, fora do Regulamento n.° 17, um princípio, reconhecido no direito comunitário, que consagre o direito a não testemunhar contra si mesmo perante pedidos de informações formulados nos termos do artigo 11.° desse regulamento?

96. As recorrentes invocaram, a este respeito, a existência de um princípio geral comum ao direito dos Estados-membros, bem como de instrumentos internacionais, precisamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de Dezembro de 1966.

97. A descrição da legislação dos Estados-membros respeitante à questão do direito a não testemunhar contra si próprio deu origem a amplos desenvolvimentos nas alegações das partes. Estes desenvolvimentos levaram-nos a pensar que cada um tinha encontrado, através dessa comparação dos direitos nacionais, não o que procurava, mas o que tinha decidido encontrar.

98. Pela minha parte, direi que a apreciação dos direitos nacionais, na verdade, revela um princípio comum que consagra o direito a não testemunhar contra si mesmo, mas revela igualmente que esse princípio se torna cada vez menos comum à medida que nos afastamos do que chamaremos o âmbito do processo criminal clássico.

99. O direito a não se incriminar é objecto de uma aplicação muito vasta em Espanha, onde é, em termos expressos, consagrado pela Constituição, no seu artigo 24.° Considera-se que a generalidade da formulação torna este princípio fundamental aplicável tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas. Na medida em que o Tribunal Constitucional, num acórdão de 1981, declarou que os princípios fundamentais enunciados no artigo 24.° são também aplicáveis aos processos administrativos susceptíveis de conduzir à aplicação de sanções, leva-nos a pensar que o direito a não testemunhar contra si próprio se aplica nos processos administrativos nacionais que podem conduzir a sanções por infracções às normas da concorrência.

100. Pode-se também falar de larga aplicação na República Federal da Alemanha. Na verdade, contrariamente ao caso da Espanha, o direito a não testemunhar contra si mesmo não é formalmente consagrado pela Constituição, uma vez que não figura entre os direitos fundamentais referidos nos artigos 1.° a 19.° da Lei Fundamental, nem entre os direitos reconhecidos pelos artigos 101.° a 104.° do mesmo texto. Mas a legislação alemã faz uma aplicação muito vasta desse direito. No respeitante, mais especificamente, ao direito da concorrência, esse princípio pode ser invocado pelas pessoas singulares no âmbito do chamado processo «administrativo» e do chamado processo «sancionatório», e parece poder ser também invocado pelas pessoas colectivas quando se expuserem a uma multa no âmbito do processo «sancionatório». Só há, aparentemente, dúvidas sobre a questão de saber se as pessoas colectivas podem invocar esse direito no decurso do processo «administrativo», parecendo a jurisprudência não o admitir.

101. No Reino Unido, o direito a não testemunhar contra si mesmo pode, com certeza, ser considerado fundamental no respeitante ao processo penal clássico, inclusive durante o inquérito preliminar. É costume, aliás, in-

vocar a tradição jurídica anglo-saxónica quando se invoca o direito a não testemunhar contra si mesmo. Este é também de aplicação geral em processo civil e diz respeito tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas. No entanto, parece que um determinado número de leis impõe que se responda a questões mesmo quando a resposta possa conduzir a incriminar as pessoas em questão. Se o legislador não previr, ao mesmo tempo, que as respostas não possam servir de provas contra os seus autores em processos penais posteriores, as respostas parecem poder ser admitidas como elementos de prova. No direito da concorrência, em que é necessário precisar que as autoridades competentes têm poderes de averiguação mas não de aplicação de multas, a legislação não é totalmente homogénea: o *Competition Act* de 1980 e o *Fair Trading Act* de 1973 prevêem poderes de inquérito que não prevalecem sobre o direito a não testemunhar contra si próprio, ao passo que o *Restrictive Trade Practices Act* de 1976 não prevê que esse direito possa ser eficazmente invocado.

102. Na Irlanda, há apenas sanções públicas penais. O direito penal garante o direito a não testemunhar contra si próprio, tanto durante o processo como durante a instrução. No direito da concorrência, o *Examiner for Restrictive Practices Orders* recebeu do *Restrictive Practices Act* de 1972 poderes de investigação que lhe permitem exigir de uma empresa a apresentação de qualquer informação de que possa ter razoavelmente necessidade para o cumprimento das suas funções. No final da instrução, se houver lugar a acusações penais, coloca-se a questão de saber se, no decurso do processo, o procurador pode apresentar informações recolhidas durante o inquérito. Todos dizem que isto não é certo.

103. Nos Países Baixos, o direito a não testemunhar contra si próprio está consagrado no Código do Processo Penal. Aplica-se de modo geral em matéria penal e nos processos administrativos susceptíveis de conduzir à aplicação de uma multa. Tanto as pessoas singulares como as pessoas colectivas podem invocá-lo. No direito da concorrência, as infracções têm carácter penal. A lei sobre a concorrência económica prevê a obrigação de fornecer informações à Comissão da Concorrência, organismo que não aplica sanções. Parece que o direito a não testemunhar contra si próprio não pode ser invocado quando o pedido de informação é dirigido a pessoas que ainda não estão acusadas e precede o estádio de acusação, mas pode ser invocado se um «acusado potencial» for obrigado a fornecer informações que poderiam ser utilizadas num processo penal posterior.

104. O direito dinamarquês consagra de modo muito vasto, em matéria penal e em matéria civil, o direito das partes e das testemunhas a não testemunharem contra si próprias, sem distinguir entre pessoas singulares e pessoas colectivas. As leis «administrativas», em especial a relativa aos monopólios e à concorrência, prevêem que a administração possa exigir informações de um administrado. Parece admitir-se que o direito de não testemunhar contra si próprio não se aplique no âmbito de um processo administrativo, mas a doutrina considera que em determinados casos o administrado não é obrigado a fornecer as informações quando deve ser considerado acusado. Ainda que a interpretação da lei pareça difícil, pensa-se que é a gravidade das suspeitas que permite determinar se o administrado deve ser considerado «acusado».

105. Na Bélgica, o direito de não testemunhar contra si próprio é reconhecido, em matéria penal, a favor do arguido ou do réu, embora sem que o processo penal proíba interrogá-lo ou obrigue a dar-lhe conhecimento de que tem o direito de não responder. Enquanto uma pessoa não tiver, processualmente, a qualidade de arguido ou de réu, é ouvida como testemunha, sob juramento, o que não parece permitir-lhe recusar-se a responder. Em direito fiscal, a administração pode pedir todos os documentos ou informações para verificar uma situação fiscal, sob pena de multa fiscal. No direito económico, várias leis prevêem poderes de investigação importantes a favor da administração, mas estes textos não originam uma prática abundante. Assim, embora os referidos textos punam a recusa de fornecimento das informações solicitadas, coloca-se a questão de saber se a jurisprudência não consagra, actualmente, a possibilidade de se invocar o direito a não testemunhar contra si próprio.

106. No Luxemburgo, o direito a não testemunhar contra si próprio está reconhecido, no que respeita ao processo penal, em condições comparáveis às que podem ser observadas na Bélgica ou em França. Se nenhuma disposição consagra expressamente o direito ao silêncio a favor do réu, no decurso da instrução contraditória, considera-se que este direito é inerente ao regime da instrução. A testemunha não beneficia, em princípio, desse direito. Um projecto de lei, actualmente em discussão perante a Câmara dos Deputados, prevê a introdução no Código de Processo Penal de uma disposição idêntica à do artigo 105.° do Código de Processo Penal francês, que proíbe ouvir como testemunha aquele contra o qual «existem indícios graves e concordantes de culpabilidade». No direito da concorrência, o poder de sancionar os acordos proibidos compete ao ministro da Economia Nacional. Uma «Comissão das Práticas Comerciais Restritivas», criada no seu ministério, tem o direito de recolher todas as informações, depoimentos e testemunhos e de fazer com que lhe sejam transmitidos todos os documentos e elementos de informação que julgar necessários para o cumprimento da sua missão. A pedido da Comissão, o ministro pode designar funcionários para procederem às averiguações necessárias. Estes funcionários gozam dos poderes previstos pela legislação sobre os preços e podem, a esse título, interrogar as partes interessadas e quaisquer outras pessoas que possam fornecer informações. A recusa de fornecer informações e o facto de não as fornecer no prazo imposto ou de fornecer intencionalmente informações inexactas são penalmente sancionados por multa e prisão. Este regime exclui, assim, o direito ao silêncio em proveito dos operadores económicos visados pelos inquéritos.

107. Em Portugal, o direito a não testemunhar contra si próprio é geralmente consagrado pelo direito penal. No direito da concorrência existe uma situação contraditória. Os comportamentos anticoncorrenciais são susceptíveis de ser qualificados de «contra-ordenações», comportamentos delituais de menor gravidade que as infracções penais, e de serem punidos com multas, e mesmo, nos casos mais graves, com penas de prisão. O decreto-lei sobre as contra-ordenações prevê a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Penal no respeitante às normas processuais. Mas o decreto sobre a concorrência dá competência à Direcção-Geral da Concorrência, no objectivo de provar as práticas ilegais, para exigir das empresas determinadas informações e declara penalmente punível como «crime de desobediência» a recusa de comunicar as informações solicitadas. Qual dos dois textos prevalece sobre o outro? Pode-se pensar que

é o Código de Processo Penal e, com ele, o direito a não testemunhar contra si próprio prevalece, mas não se dispõe de qualquer jurisprudência ou de qualquer referência doutrinal específica para apoiar esta impressão.

108. Na Grécia, o Código de Processo Penal consagra o direito de não testemunhar contra si próprio, a favor das testemunhas e do réu. Em contrapartida, esse direito não é protegido no âmbito dos inquéritos administrativos efectuados pela Direcção de Protecção da Concorrência, do Ministério do Comércio. As empresas, associações de empresas ou outras pessoas singulares ou colectivas são obrigadas a fornecer-lhe de modo imediato, completo e preciso, as informações que ela solicitar. No fim do inquérito, o ministro do Comércio pode aplicar sanções, nomeadamente multas, por recusa, atrasos e dificuldades na transmissão das informações solicitadas. Estão previstas sanções penais contra quem entravar a transmissão das informações exigidas.

109. Em Itália, o direito a não testemunhar contra si próprio está consagrado pelo Código de Processo Penal, a favor do réu. No novo Código de Processo Penal, que entrará em vigor em Outubro de 1989, beneficia igualmente desse direito a pessoa que seja objecto de um inquérito preliminar e, geralmente, qualquer pessoa que faça declarações à polícia de que possam resultar indícios de culpabilidade contra ela própria. Mas, fora da área penal, parece que o direito a não testemunhar contra si próprio não é protegido. O Tribunal Constitucional, a propósito da matéria fiscal, declarou que a protecção dos direitos da defesa não se estendia à actividade administrativa destinada a verificar o cumprimento das obrigações impostas pela lei. Actualmente, na falta de um verdadeiro direito da concorrência em Itália, pode-se assinalar que as leis fiscais, em matéria de IVA e de impostos sobre os lucros, prevêem sanções pecuniárias aplicáveis pelas autoridades fiscais, se os contribuintes não fornecerem informações que lhes são pedidas ou forneçam informações incompletas ou falsas.

110. Por último, em França, o Código de Processo Penal reconhece a qualquer pessoa susceptível de ser acusada o direito ao silêncio no âmbito da instrução, embora não lhe seja reconhecido esse direito no decurso do inquérito preliminar. O direito da concorrência é principalmente regido por um decreto-lei de 1 de Dezembro de 1986, que confere poderes de investigação aos agentes da Direcção-Geral da Concorrência e poderes de decisão ao Conselho da Concorrência, organismo administrativo. As pessoas que procedem ao inquérito podem recolher, por convocação ou no local, todas as informações e justificações consideradas necessárias. Perante o Conselho da Concorrência, a instrução e o processo são plenamente contraditórios, mas as partes são convidadas a responder às questões do relator e a fornecer-lhe todos os documentos necessários ao estabelecimento dos factos. Qualquer oposição ao exercício das funções de que estão encarregados os agentes que procedem ao inquérito e os relatores é sancionada com penas de prisão e multas. Considera-se que a recusa de fornecer as informações verbais ou escritas deve ser abrangida por essas penas. O processo de carácter administrativo instruído em matéria de concorrência parece excluir que uma parte possa invocar o direito de não testemunhar contra ela própria. Assinalemos, para terminar, que no final das investigações efectuadas o Conselho da Concorrência pode ordenar que seja posto termo às práticas anticoncorrenciais e aplicar, eventualmente, uma sanção pecuniária.

111. Depois de passar em revista os direitos nacionais — apenas sumariamente esboçados, digamos desde já — parece que o sucesso da diligência que consiste em destacar um princípio comum depende da matéria que se considerar. Se se tratar de procurar um eventual princípio comum consagrado em matéria penal clássica, a tarefa não apresenta dificuldades de maior. Nessa matéria, com efeito, destaca-se de modo indiscutível um princípio comum. Cada um dos direitos nacionais protege, de modo mais ou menos vasto, as pessoas que são ouvidas num processo penal em sentido estrito. Na verdade, existem diferenças significativas. Alguns desses direitos consagram o direito a não testemunhar contra si próprio em qualquer fase do processo, ao passo que outros não concedem protecção durante o inquérito preliminar. Alguns protegem indistintamente as testemunhas e as pessoas formalmente acusadas, outros só protegem as segundas. Mas nenhum deles exclui esse direito, no âmbito do processo judicial propriamente dito, em benefício da pessoa formalmente acusada.

112. A apreciação dos direitos nacionais não parece, contudo, conduzir a uma conclusão tão clara quando se sai do âmbito penal, no sentido estrito, para alargar a perspectiva aos processos relativos ao direito da concorrência.

113. Verificamos, com efeito, que três Estados-membros — a Grécia, o Luxemburgo e a França — excluem a possibilidade de invocar o direito a não testemunhar contra si próprio nos processos administrativos em matéria de concorrência. O caso da Itália pode ser aproximado destas situações, se se considerar a inexistência deste direito nas investigações em matéria fiscal, mas não é possível determinar previamente qual a solução que seria acolhida se existisse um verdadeiro direito da concorrência neste Estado.

114. Por outro lado, determinadas situações nacionais revelam uma relativa incerteza. As conclusões que é possível retirar da apreciação do direito português ou do direito belga da concorrência são muito conjecturais e provêm mais da opinião doutrinal do que da descrição de soluções do direito positivo.

115. Além disso, noutros estados que, em geral, fazem uma distinção entre as investigações efectuadas pela administração e o poder de aplicar sanções que compete aos órgãos jurisdicionais no âmbito penal propriamente dito, existem dificuldades no plano da articulação das duas fases. Assim, não pudemos determinar com certeza se a acusação, na Irlanda, pode apresentar, perante o órgão jurisdicional repressivo, informações que a administração, o *Examiner for Restrictive Practices*, pôde exigir. Nos Países Baixos, parece que o direito de não responder aos pedidos de informações da Comissão da Concorrência depende da questão de saber se a importância das acusações que pesam sobre uma empresa coloca esta última numa situação de potencial arguida. Esta situação é comparável à verificada na Dinamarca, onde parece querer-se fazer depender a possibilidade de não fornecer as informações solicitadas pela administração do facto de saber se a gravidade das suspeitas que pesam sobre a empresa em questão permite considerá-la «acusada».

116. Não deixará também de se observar que a legislação inglesa não é uniforme, parecendo o *Restrictive Trade Practices Act* de 1976 não admitir o direito a recusar divulgar informações, ao passo que as outras leis em matéria de concorrência não abrem excepções quanto a este ponto. É interessante salientar que o legislador pode, no Reino Unido, abrir excepções no que respeita ao direito a não testemunhar contra si próprio.

117. Assim, é apenas em Espanha e na República Federal da Alemanha que encontramos uma situação em que tanto o inquérito sobre comportamentos anticoncorrenciais como a sua repressão são acompanhados do direito a não testemunhar contra si mesmo, excepção feita, na República Federal da Alemanha, ao processo «administrativo» relativamente a pessoas colectivas. É necessário ainda salientar que é difícil encontrar, neste último Estado, em relação às empresas, a expressão de um direito fundamental. Estou mais tentado a ver aí uma extensão, pela vontade do legislador, de garantias que, eventualmente, só terão carácter fundamental em relação aos indivíduos.

118. Este mosaico de soluções nacionais presta-se a uma síntese? Há alguns anos, foi submetido ao Tribunal um processo no qual se invocava, como princípio comum aos direitos dos Estados-membros, a confidencialidade da correspondência trocada entre um advogado e o seu cliente [51]. Dois advogados-gerais apresentaram conclusões antes de o Tribunal proferir o acórdão. O segundo, Sir Gordon Slynn, tinha desenvolvido a sua opinião segundo um método muito interessante, na perspectiva do presente processo. Em primeiro lugar, esforçou-se para salientar que, apesar das diferenças inevitáveis entre os Estados-membros, era possível divisar um princípio do carácter confidencial das relações entre um advogado e o seu cliente que, embora não tivesse a mesma amplitude em todos os Estados-membros, deveria ser qualificado da regra do direito comunitário. Depois, numa segunda fase, esforçou-se por precisar de que modo esse princípio se aplicava, bem como o âmbito dessa aplicação em direito comunitário

«para chegar à melhor e mais adequada solução, à luz não apenas de considerações relativas às práticas dos diversos Estados-membros, mas também dos interesses da Comunidade e das suas instituições, dos Estados-membros e dos indivíduos que estão sujeitos às suas leis» [52].

119. Foi nesta última perspectiva que se colocou a questão de saber se, em nome do equilíbrio dos diversos aspectos do interesse geral, o direito dos Estados-membros fazia prevalecer

«os poderes necessários para investigar uma pretensa infracção às normas em matéria de concorrência» [53]

sobre a protecção das relações confidenciais entre um advogado e o seu cliente. A sua resposta foi a seguinte:

«Não conheço qualquer disposição de direito nacional que exclua expressamente qualquer direito à protecção dessas relações confidenciais nos inquéritos ou processos em matéria de concorrência» [54].

Acrescentava, mais adiante, que parecia claro

«que não existe uma norma universal, e nem sequer uma norma amplamente aceite, que diga que a protecção dos documentos confidenciais, tal como existe, está excluída no domínio da concorrência. Quando muito, há uma dúvida em determinados casos; a regra geral é de que a protecção se mantém» [55].

51 — 155/79, já referido.

52 — Ibidem, p. 1654.
53 — Ibidem, p. 1656.
54 — Ibidem.
55 — Ibidem, p. 1658.

120. Como o Tribunal já prevê, a aplicação deste esquema de análise à questão do direito a não testemunhar contra si próprio não pode conduzir a resultados no mesmo sentido. Com efeito, se parece concebível extrair da análise dos direitos dos Estados-membros um conceito de direito a não testemunhar contra si próprio num contexto de repressão de infracções, em contrapartida, não é possível dizer que nenhum Estado-membro afasta esse direito dos processos relativos às infracções em matéria de concorrência, nem que existam, quanto muito, dúvidas em determinados casos. Três Estados-membros (a Grécia, a França e o Luxemburgo) afastam totalmente esse direito, a situação de dois outros (a Bélgica e Portugal) é mais duvidosa e três outros (Dinamarca, Irlanda e Países Baixos) têm um sistema em que esse direito é afastado, no decurso do inquérito, pelo menos enquanto as suspeitas que recaem sobre a pessoa questionada não ultrapassarem um limite que parece difícil definir.

121. Nestas condições, é necessário sugerir, a partir dos direitos dos Estados-membros, uma solução intermédia, consagrando *parcialmente* o direito a não testemunhar contra si próprio nos processos de concorrência? Especificamente, convém, inspirando-se naquilo que consagram certos Estados-membros, declarar que o direito comunitário impõe que não se tomem em consideração como meios de prova, na sequência de um processo instaurado contra uma empresa, as informações que lhe puderam ser exigidas no decurso do inquérito? Esse regime só tem algum interesse num sistema em que os poderes de inquérito e de repressão não pertençam ao mesmo órgão, o que não é o caso em direito comunitário. Recordemos, por outro lado, que, no acórdão Musique Diffusion de 7 de Junho de 1983, o Tribunal rejeitou um fundamento no sentido de ser ilegal a acumulação, pela Comissão, de «funções de acusação e de decisão» [56]. Deste modo, estou em crer que não teria interesse a consagração, a partir do direito dos Estados-membros, da solução considerada.

122. Nestas condições, considero que, embora o exame comparado do direito dos Estados-membros revele a existência de um princípio geral que permite não testemunhar contra si próprio, essa mesma análise demonstra que não se trata de um princípio de uma tal «intensidade» que não possa ser afastado numa matéria como o direito da concorrência, tanto mais que a legislação de vários Estados-membros é precisamente derrogatória nesta matéria. Concordo, a este respeito, com a opinião de Gordon Slynn, que, nas suas conclusões atrás referidas, observava que

«é aos Estados-membros e (nos limites dos seus poderes) e àqueles que elaboram a legislação comunitária que compete decidir se o princípio geral existente deve ser alterado ou excluído» [57].

Aliás, foi uma opinião semelhante que anteriormente inspirara o advogado-geral Warner quando, ao apresentar as primeiras conclusões no processo da confidencialidade das relações entre o advogado e o seu cliente, falava a esse respeito de um

«direito que as legislações dos países civilizados reconhecem de modo geral, de um direito que não é fácil negar, mas não de um direito protegido ao ponto de, na Co-

56 — 100 a 103/80, Recueil 1983, p. 1825, n.os 6 a 11.

57 — 155/79, já referido, p. 1650.

munidade, o Conselho nunca poder legislar no sentido de o derrogar ou alterar» [58].

123. No caso em apreço, a excepção ao princípio foi precisamente prevista pelo Regulamento n.° 17, pois o Conselho entendeu, nas condições que atrás recordámos, não permitir às empresas invocarem um direito a não testemunharem contra si próprias no decurso do inquérito. Parece-me importante especificar que, ao controlar, nas condições que invocámos mais acima, a necessidade das informações solicitadas, o Tribunal tem a possibilidade de velar por que a Comissão não abuse manifestamente dos seus poderes ao prolongar artificialmente a fase do inquérito.

124. Acrescentarei, para o caso de ser necessário, que ao afastar, por imperativo dos inquéritos destinados a investigar infracções às normas de concorrência comunitárias, o princípio geral comum aos Estados-membros que permite não testemunhar contra si próprio, o Conselho não me parece ter excedido os seus poderes, tendo em consideração, não só o interesse geral que apresenta, para a Comunidade Económica Europeia, o cumprimento das referidas normas, mas ainda que esse princípio geral é aplicável desde a comunicação das acusações.

125. Por conseguinte, em minha opinião, não se pode considerar que as decisões impugnadas violem o princípio geral, uma vez que foram adoptadas num âmbito em que a aplicação deste último é afastada pelo Regulamento n.° 17.

58 — Ibidem, p. 1636.

126. Não se encontrando, no direito dos Estados-membros, um princípio comum de uma intensidade bastante para se considerar que foi ignorado pelas decisões impugnadas, podemos encontrá-lo no pacto internacional, atrás referido, das Nações Unidas? Esse pacto indica, no n.° 3 do seu artigo 14.°, que «qualquer pessoa acusada de uma infracção penal tem direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias:

...

g) a não ser obrigada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada».

127. Não me parece que o Tribunal tenha já mencionado esse instrumento entre aqueles em que se inspira para determinar os direitos fundamentais aplicáveis no direito comunitário, mas é verdade que o Tribunal nunca apresentou, a este respeito, uma lista limitativa de instrumentos internacionais. Não sabemos se a circunstância, invocada pela Comissão, de a Grécia não ter ratificado esse pacto internacional é susceptível de impedir o Tribunal de o tomar em consideração. Na realidade, isso não deve ter carácter determinante, na medida em que parece resultar de modo evidente do seu preâmbulo que o pacto só diz respeito aos indivíduos — pessoas singulares — e não às pessoas colectivas, como as empresas. Mencionemos, aliás, que nenhum elemento relativo aos trabalhos preparatórios, à doutrina ou à jurisprudência foi invocado, em apoio da tese segundo a qual se poderia entender que a disposição precisamente considerada se aplicava às empresas nos processos administrativos em matéria de concorrência. Deste modo, não me parece sequer necessário discutir a questão de saber se a noção de infracção penal, na acepção do n.° 3, alínea

g), do artigo 14.°, deve, como pensamos, ser interpretada estritamente pelo Tribunal ou se a referência à situação de «pessoa acusada» só é eventualmente pertinente, no direito comunitário da concorrência, a partir da comunicação das acusações.

128. Tendo em conta estas considerações, o Tribunal não deverá, talvez, conceder muita atenção à inadmissibilidade invocada pela Comissão a propósito do facto de a CdF Chimie só se ter formalmente referido à violação do pacto na réplica. Segundo a Comissão, trata-se de um fundamento novo e, como tal, inadmissível por aplicação do n.° 2 do artigo 92.° do Regulamento Processual. É verdade que a CdF Chimie não invocou essa violação em nenhum dos dois memorandos que apresentou antes do termo do prazo de recurso. Este fundamento do seu pedido deve, assim, ser rejeitado por inadmissível, o que, se o Tribunal partilhar da minha análise, não terá grandes consequências sobre as suas hipóteses de sucesso.

129. O desconhecimento, pelas decisões impugnadas, de um direito a não testemunhar contra si mesmo não se afigura uma violação de um princípio comum aos direitos dos Estados-membros nem uma violação do pacto internacional. Poder-se-á, no entanto, considerá-lo ilegal na medida em que violar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem? As recorrentes consideram que houve, no caso em apreço, essa violação, em especial do artigo 6.° da convenção.

130. A Solvay invoca mais precisamente os n.os 1 e 2 do artigo 6.° da convenção, isto é, o direito a um processo equitativo e a presunção de inocência, ao passo que a CdF Chimie se refere particularmente ao n.° 3 desse artigo, relativo aos direitos do acusado.

131. As duas recorrentes desenvolvem a sua argumentação observando, essencialmente, que a repressão, mesmo formalmente administrativa, de infracções às normas de concorrência origina a aplicação das disposições do artigo 6.° que prevêem garantias em matéria penal. Invocam, a este respeito, o acórdão proferido em 21 de Fevereiro de 1984 pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no processo Öztürk[59]. As recorrentes acrescentam que as disposições do artigo 6.° são aplicáveis tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, como teria sido reconhecido tanto pelo Tribunal como pelo de Estrasburgo.

132. Esta argumentação impõe uma primeira observação: a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não consagra de modo formal, expresso, o direito de não testemunhar contra si próprio em matéria penal. É necessário acrescentar uma segunda observação: nenhum acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nem nenhuma decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem consagraram a existência desse direito a título de uma disposição da convenção. A Solvay invocou uma decisão daquela Comissão, a qual, ao decidir sobre a admissibilidade de uma acusação relativa à violação dos n.os 1 e 2 do artigo 6.°, resultante de uma obrigação de se acusar a si próprio, rejeitou essa acusação porque a pessoa em causa, de facto, nunca fora obrigada a fazer uma declaração nem acusada. Essa decisão de indeferimento da acu-

59 — *Publicações do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, série A*, volume 73.

sação na fase da admissibilidade não tem qualquer natureza probatória.

133. Numa decisão de 6 de Outubro de 1988, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, ao decidir da admissibilidade de uma queixa do Sr. Funke contra a França, observou que considerava que esse requerimento colocava problemas complexos, nomeadamente quanto à questão de saber se a obrigação imposta ao requerente pelos serviços aduaneiros «de colocar à disposição da autoridade acusadora documentos que pudessem servir para o acusar» era «compatível com as garantias de um processo equitativo e de presunção de inocência». Acrescenta que a complexidade destes problemas não permitia declarar manifestamente infundada essa parte do pedido [60]. A decisão que vier a ser proferida quanto ao mérito pela citada Comissão será certamente muito interessante quanto ao problema do caso vertente. Mas, no estádio actual da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais criados pela convenção, a opinião segundo a qual o artigo 6.° desse texto consagra, em ambos os seus parágrafos, o direito a não testemunhar contra si próprio tem ainda um carácter exclusivamente doutrinal.

134. Admitindo, no entanto, que o artigo 6.° consagre efectivamente esse direito, deve-se considerá-lo aplicável no âmbito das averiguações, relativas a infracções às normas da concorrência, efectuadas por um organismo administrativo que também dispõe do poder de aplicar sanções? Em primeiro lugar, diremos que esta interrogação não pode ser formulada em relação ao n.° 1 do artigo 6.° Recordemos que essa disposição especifica um determinado número de condições para que haja um processo equitativo perante um «tribunal independente e imparcial». Ora, parece-me resultar claramente dos acórdãos Fedetab de 29 de Outubro de 1980 [61] e Musique Diffusion [62] que o Tribunal considera que o n.° 1 do artigo 6.° não é aplicável aos processos instaurados pela Comissão em matéria de direito comunitário da concorrência. Nas conclusões a respeito do último processo atrás referido, Sir Gordon Slynn já tinha, aliás, indicado que, embora os direitos fundamentais reconhecidos pela convenção sejam

«reconhecidos há muito tempo como fazendo parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário (e devam) indubitavelmente ser respeitados, *mutatis mutandis*, tanto nos processos de concorrência como nos outros»,

contudo daí não resulta

«que as funções da Comissão, ao averiguar tais alegações em processos de concorrência ... estejam sujeitas às disposições do n.° 1 do artigo 6.° da convenção europeia. O processo perante a Comissão, nesses casos, não é judicial, mas administrativo» [63].

O acórdão Musique Diffusion, recordando o acórdão Fedetab, declarou sem equívoco que

«a Comissão não pode ser qualificada de "tribunal", na acepção do artigo 6.° da convenção» [64].

60 — Petição n.° 10828/84.

61 — 209 a 215 e 218/78, Recueil 1980, p. 3125.
62 — 100 a 103/80, já referido.
63 — 100 a 103/80, já referido, p. 1920.
64 — 100 a 103/80, já referido, n.° 7.

135. Assim, é apenas a propósito das disposições dos n.os 2 e 3 do artigo 6.° que interessa examinar se as garantias que incluem devem ser aplicadas, *mutatis mutandis*, em casos como os presentes.

136. Isto equivale a perguntar se a presunção de inocência, consagrada no n.° 2, e os direitos do acusado, consagrados no n.° 3, incluindo, *por hipótese*, o direito a não testemunhar contra si próprio, são aplicáveis em benefício de uma empresa que é objecto de averiguações por parte da Comissão em matéria de concorrência. Efectivamente, neste contexto, é possível considerar a empresa como uma «pessoa acusada de uma infracção»? O que aqui se coloca é o problema da aplicação das garantias previstas nos n.os 2 e 3 a processos administrativos que possam conduzir à aplicação de sanções. É verdade que o acórdão Öztürk, atrás referido, pareceu acolher uma concepção muito vasta da noção de «pessoa acusada de uma infracção». Nessa decisão, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem observou que faziam parte «em geral do direito penal as infracções cujos autores se expõem a penas destinadas, nomeadamente, a exercer um efeito dissuasivo e que consistem habitualmente em medidas privativas de liberdade e em multas» [65]. Também observou que «o carácter geral da norma e o objectivo, simultaneamente preventivo e repressivo, da sanção (bastavam) para provar, relativamente ao artigo 6.° da convenção, a natureza penal da infracção em causa» [66], embora se tratasse no caso em apreço de uma contravenção administrativa.

137. No entanto, não me parece perfeitamente evidente que seja necessário dar ao acórdão Öztürk um alcance tal que a noção de «acusado de uma infracção», na acepção da convenção, se alargue até abranger as empresas a respeito das quais um processo administrativo pretende determinar se cometeram ou não uma infracção às normas da concorrência. Com efeito, esse acórdão examinava a matéria das contravenções que, na República Federal da Alemanha, fazia parte do direito penal clássico, antes de ser «transferida» para a administração, sem prejuízo da possibilidade conferida à pessoa a quem tenha sido aplicada uma sanção de interpor recurso contencioso. O queixoso tinha sido punido por contravenção à circulação rodoviária. Ora, devo sublinhar que o Tribunal de Estrasburgo salientou expressamente, nos fundamentos da sua decisão, que um incumprimento como o do queixoso continuava a ser do foro penal numa larga maioria dos estados signatários.

138. Não quis infligir-vos uma extensão da comparação dos direitos nacionais da concorrência ao conjunto dos estados que são partes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas parece-me pelo menos duvidoso que se possa, *a priori*, afirmar que as infracções na matéria se situam em geral no plano do direito penal «clássico». Não é necessário recordar ao Tribunal o quadro, pelo menos variado, do direito dos Estados-membros da nossa Comunidade. Nesses estados, o direito da concorrência é em larga medida administrativo, digamos de forma «originária», no sentido de que a matéria em causa não era penal na sua origem. Assim, não estou certo de que o Tribunal de Estrasburgo faça, a propósito das infracções às regras da concorrência, o mesmo raciocínio que no processo Öztürk.

139. Por último, e acima de tudo, não posso deixar de recordar ao Tribunal que, segundo a sua jurisprudência, a existência

65 — Acórdão já referido, ver nota 59, p. 20, n.° 53.
66 — Ibidem.

no direito comunitário de direitos fundamentais extraídos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não se traduz na aplicação pura e simples das disposições desse texto tal como é interpretado pelos órgãos de Estrasburgo. No acórdão Nold de 14 de Maio de 1974 [67], confirmado pelo acórdão Hauer de 13 de Dezembro de 1979 [68], o Tribunal observou que, para o exercício da sua missão que consiste em assegurar a protecção dos direitos fundamentais que fazem parte integrante do direito comunitário,

«os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados-membros cooperaram ou aos quais aderiram podem também fornecer indicações que convém tomar em consideração no âmbito do direito comunitário» [69].

Os comentadores mais autorizados da jurisprudência do Tribunal sublinham, aliás, que a sua posição em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem consiste geralmente «em utilizá-la apenas como simples referência», mesmo que o Tribunal «vá tão longe quanto é possível nessa via» e, ao fazê-lo, desenvolva, «directa ou indirectamente, a sua própria jurisprudência interpretativa da convenção» [70].

140. Assim, o Tribunal pode fixar, a propósito de disposições da convenção, uma interpretação que não coincida exactamente com a que é dada pelos órgãos de Estrasburgo, e nomeadamente pelo Tribunal dos Direitos do Homem. Não está vinculado, no sentido de que não tem de tomar sistematicamente em consideração, por se tratar de direitos fundamentais do direito comunitário, o teor das interpretações da convenção provenientes desses órgãos. Parece-me que, *a fortiori*, o Tribunal está tanto menos vinculado, no caso em apreço, quanto é certo que não foi dada *nenhuma* interpretação autorizada da convenção de que resulte que a matéria das infracções administrativas ao direito da concorrência dá origem à aplicação dos n.os 2 e 3 do artigo 6.° ou que essas disposições consagram, nessa matéria, o direito a não testemunhar contra si próprio.

141. Assim, considero que o alcance que o Tribunal deve atribuir aos n.os 2 e 3 do artigo 6.° da convenção, no âmbito do presente litígio, deve antes tomar em consideração posições que já adoptou, a propósito da aplicação de direitos fundamentais no direito comunitário da concorrência, em lugar de extrapolar a partir da posição adoptada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no processo Öztürk.

142. Ora, as posições adoptadas pelo Tribunal parecem-me muito claras. No acórdão Hoffmann-La Roche, atrás referido, o Tribunal observou que

«o respeito dos direitos da defesa em qualquer processo susceptível de conduzir a sanções, nomeadamente multas ou adstrições, constitui um princípio fundamental do direito comunitário, que deve ser respeitado, mesmo que se trate de um processo de carácter administrativo» [71].

67 — 4/73, Recueil 1974, p. 491.

68 — 44/79, Recueil 1979, p. 3727.

69 — 4/73, n.° 13, e 44/79, n.° 15.

70 — Boulouis, J., e Chevallier, R.-M.: *Grands arrêts de la CJCE*, 4.ª edição, 1987, tomo 1, p. 105-106.

71 — 85/76, já referido, n.° 9.

Em seguida, no acórdão National Panasonic, o Tribunal distinguiu, no âmbito dos processos instaurados pela Comissão em matéria de concorrência, a fase do inquérito que permite à Comissão

«recolher a documentação necessária para verificar a existência e a extensão de uma determinada situação de facto e de direito» [72]

e a fase que se inicia pela comunicação das acusações que marca o início de um processo nos termos do Regulamento n.° 99/63. Esta última fase só se inicia se a Comissão considerar que os elementos de apreciação reunidos no decurso do inquérito o justificam. O Tribunal especificou que a «diferença essencial» [73] entre as decisões adoptadas no decurso do inquérito e as adoptadas no fim de um processo propriamente dito explicava que o Regulamento n.° 17 não tivesse garantido os direitos da defesa com a mesma intensidade no decurso de cada uma das fases. Concretamente, em relação ao direito de não responder a questões, recordemos que, se o Regulamento n.° 17 não o afasta antes do início do processo, em contrapartida é considerado aplicável a partir desse início. A empresa tem, então, o *direito* de ser ouvida, mas já não tem qualquer *obrigação* de fornecer informações.

143. As posições do Tribunal parecem autorizar-me a considerar que, segundo a sua concepção do equilíbrio entre os direitos da defesa e os poderes da Comissão, a situação em que uma empresa só pode recusar-se a depor contra si própria depois de a Comissão lhe ter comunicado as acusações de infracção às regras da concorrência não ocasiona uma violação da presunção de inocência ou dos direitos do acusado, na acepção dos n.os 2 e 3 do artigo 6.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que essas disposições sejam pertinentes na matéria em causa. Ora, essa situação é precisamente a prevista pelo direito comunitário. Com efeito, parece-me compatível com as disposições em questão da convenção — que se aplicam, como dissemos, a uma pessoa «acusada» — considerar que uma empresa abrangida por uma acção da Comissão no âmbito do Regulamento n.° 17 só pode ser considerada «acusada», na acepção da convenção, quando lhe tiverem sido comunicadas as acusações. Antes dessa comunicação, não é uma «acusada», e os n.os 2 e 3 atrás referidos não se aplicam nessa fase. Esta opinião parece-me, de resto, perfeitamente conciliável com a definição geral de «acusação» na acepção do artigo 6.°, consagrada pelo Tribunal de Estrasburgo e recordada no acórdão Öztürk: «a notificação oficial, proveniente da autoridade competente, da acusação de ter cometido uma infracção penal» [74].

144. Nestas condições, considero que as decisões em causa não violaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem na medida em que esta consagre um direito a não testemunhar contra si próprio.

145. O Tribunal terá notado que não teci grandes considerações sobre a questão de saber se as disposições invocadas pelas recorrentes eram aplicáveis às pessoas colectivas. Efectivamente, considero que essa questão não está aqui verdadeiramente em causa. No acórdão Agosi de 24 de Outubro de 1986 [75], o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem indeferiu uma queixa de uma socie-

72 — 136/79, já referido, n.° 21.

73 — Ibidem.

74 — Acórdão já referido, p. 21, n.° 55.

75 — *Publicações do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, série A*, vol. 108.

dade alemã baseada, nomeadamente, no n.° 2 do artigo 6.° da convenção. Por seu turno, no acórdão Acciaieria di Brescia, atrás referido, o Tribunal tomou em conta o princípio da inviolabilidade do domicílio, embora se tratasse de uma empresa siderúrgica. Ora, esse princípio é retomado no artigo 8.° da convenção. A propósito desta última disposição, o Tribunal, no acórdão National Panasonic, apreciou o mérito de uma acusação relativa à sua violação, em desfavor de uma empresa, por uma decisão de verificação nos termos do artigo 14.° do Regulamento n.° 17. Apesar da fórmula dubitativa desse acórdão, em que o Tribunal invoca o artigo 8.° «na medida em que se aplique às pessoas colectivas», parece-me que a tendência da jurisprudência do Tribunal é de não excluir a tomada em consideração das posições da convenção em relação às empresas no direito da concorrência exclusivamente por se tratar de pessoas colectivas.

146. A questão do direito a testemunhar contra si próprio conduz-nos a uma última observação, inspirada por argumentos desenvolvidos no decurso da audiência. Parece-me que, quando esta se realizou, os representantes das recorrentes precisaram a sua concepção do direito a não testemunhar contra si próprio, no sentido de não se tratar de um direito incondicional. Este direito, disseram-nos, pode ser invocado quando a Comissão solicita informações sem revelar os indícios que já possui. Dito de outra forma, para obrigar as empresas a responder, a Comissão só deveria interrogá-las com base em indícios que lhes revelaria. Este modo de abordar o problema, novo em relação à fase escrita, gera perplexidade. O direito a não testemunhar contra si próprio, a que se referiam os requerimentos iniciais, é, quando aplicado, incondicional. A versão mitigada que foi proposta ao Tribunal na audiência já não tem muito a ver com esse direito.

147. Na realidade, poderíamos dizer que a concepção desenvolvida pelas recorrentes na audiência, em resposta a questões, pretende de novo fazer antecipar a comunicação das acusações, em que a Comissão dá conhecimento às empresas dos elementos de prova que justificam as acusações. Compreendo bem o interesse que isso representaria para as empresas, mas isso parece-me excluído pelo regime do Regulamento n.° 17, que só obriga a Comissão a revelar os seus indícios depois do inquérito. Não vislumbro em que é que este regime infringe os n.os 2 e 3 do artigo 6.° da convenção europeia, admitindo que se trata de disposições aplicáveis. Se qualquer acusado tem direito a «ser informado, no mais curto espaço de tempo... da natureza e da causa da acusação que lhe é imputada»[76], um acto de inquérito, como um pedido de informações, não é uma acusação. Esta, no âmbito do Regulamento n.° 17, é a comunicação das acusações, que é precisamente onde a Comissão revela o que lhe permitiu formulá-las.

148. Assim, não vejo em que medida o facto de a Comissão pedir informações a uma empresa, sem revelar os indícios que já possui, constitui uma violação de qualquer princípio da convenção, uma vez que a empresa ainda não foi formalmente «acusada».

149. No termo de toda esta série de explanações, considero que as decisões em causa não ignoraram ilegalmente qualquer direito a não testemunhar.

76 — N.° 3, alínea a), do artigo 6.° da convenção.

VI — Quanto à presunção de inocência e aos direitos da CdF Chimie, enquanto acusada

150. Devo agora examinar o quarto fundamento, ou o terceiro fundamento subsidiário, da CdF Chimie. Esta invocou a violação do Tratado e dos direitos fundamentais nomeadamente contidos na convenção europeia, na medida em que a Comissão não teria respeitado a sua presunção de inocência nem os seus direitos enquanto acusada. Saliente-se que são novamente os n.os 2 e 3 do artigo 6.° da convenção que são invocados, mas já não a propósito do direito específico a não testemunhar contra si próprio. Parece-me que já respondemos em grande parte a esses argumentos no decurso destas conclusões e que agora podemos ser breves.

151. Na realidade, a CdF Chimie coloca de novo em causa o facto de, ao pedir as informações, a Comissão lhe ter indicado que possuía indícios da sua participação numa infracção, o que infringiria a sua presunção de inocência. Considera, de facto, que, uma vez que existe uma convicção de participação numa infracção, a empresa em causa deve beneficiar dos direitos do acusado, o que significa que pode recusar-se a participar na acusação contra si própria. Direi simplesmente que a importância das informações solicitadas por intermédio da decisão impugnada demonstra que, se a Comissão alimentava suspeitas com base em indícios, não tinha ainda uma convicção definitiva quanto à culpabilidade da CdF Chimie ou quanto à extensão precisa dos factos que lhe podia imputar. Foi isso que nos conduziu a considerar que as informações solicitadas eram necessárias. A presunção de inocência da CdF Chimie não nos parece, assim, ter sido infringida nessas circunstâncias.

152. Quanto aos direitos inerentes à situação de acusado, limitar-me-ei a recordar que, na medida em que a situação das empresas, no direito comunitário da concorrência, seja abrangida pelo âmbito de aplicação do n.° 3 do artigo 6.° da convenção, uma empresa só pode ser considerada acusada a partir do momento em que a Comissão lhe comunique as acusações. As decisões em que são solicitadas informações, anteriores a uma eventual comunicação das acusações, não se dirigem a uma empresa «acusada».

153. Assim, considero o fundamento improcedente.

VII — Quanto à inversão do ónus da prova

154. Na fase da apreciação dos pedidos a que chegámos, as respostas que propus dar a um determinado número de argumentos ou fundamentos têm por consequência, segundo penso, retirar todo o alcance a um último argumento. Faço alusão à alegação de inversão do ónus da prova, que figura como terceira parte do segundo fundamento, ou do primeiro fundamento subsidiário, da Solvay, e como segundo argumento do terceiro fundamento, ou do segundo fundamento subsidiário, da CdF Chimie. Uma vez que a Comissão efectivamente solicitou às duas firmas informações que eram necessárias para provar infracções contra elas, e visto que o podia fazer sem ignorar ilegalmente um pretenso direito a não testemunhar contra si mesmo, parece-me que a afirmação segundo a qual a Comissão, pelas suas decisões, teria invertido o ónus da prova é necessariamente desprovida de qualquer fundamento. Para ser mais específico quanto a esta questão, em

relação ao pedido da CdF Chimie, que decompõe a sua crítica alegando um desvio de poder e um desvio de processo, importa dizer que a Comissão utilizou o poder de pedir informações «necessárias», que lhe é conferido pelo direito comunitário, para obter informações efectivamente reconhecidas como tal e que, deste modo, não cometeu qualquer desvio, e acrescentar que, não tendo efectuado uma comunicação das acusações dissimulada, não cometeu qualquer desvio de processo ao abster-se de assegurar as garantias previstas relativamente a essa comunicação.

VIII — Observações finais e propostas

155. No momento de terminar estas conclusões, quero deixar uma reflexão ao Tribunal. Diz-se frequentemente que o processo do artigo 11.° permite uma colaboração entre as empresas e a Comissão no âmbito dos inquéritos relativos à concorrência. Se as duas petições submetidas ao Tribunal no presente processo forem de considerar representativas do estado de espírito geral das empresas perante as investigações da Comissão, poder-se-á perguntar se não existe uma certa ingenuidade em querer falar ainda de colaboração, ou de cooperação, entre as empresas e a Comissão nos processos de concorrência. É verdade que, num plano abstracto, a opinião segundo a qual as relações entre a Comissão e uma empresa suspeita de infracção às regras comunitárias da concorrência deveriam ser concebidas por referência ao processo penal, mais precisamente de tipo anglo-saxónico, é teoricamente sustentável. Passar-se-ia, então, de uma lógica de colaboração, pelo menos parcial, a uma lógica de confrontação. No entanto, parece-me também que, nesse quadro, a preservação de um mínimo de efectividade da função da Comissão e, portanto, do direito comunitário da concorrência pressuporia uma larguíssima utilização, por essa instituição, de um poder de perquisição. Isto quer dizer que, se, por uma razão ou por outra, a Comissão fosse privada do direito de pedir informações, ou de se servir delas, ser-lhe-ia necessário recorrer quase sistematicamente a medidas mais coercivas. As empresas considerariam que haveria, nessas condições, uma melhoria em relação à situação actual? Coloco esta questão.

156. Em suma, concluo:

— pelo indeferimento dos recursos;

— pela condenação das recorrentes nas despesas.