

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
JEAN MISCHO

apresentadas em 20 de Setembro de 2001¹

1. No âmbito de um recurso interposto por Roquette Frères SA (a seguir «Roquette») de um despacho do presidente do tribunal de grande instance de Lille (França), de 14 de Setembro de 1998, autorizando uma inspecção nas instalações desta empresa, a Cour de cassation (França) solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre duas questões prejudiciais relativas à possibilidade de o órgão jurisdicional nacional recusar a realização das diligências ordenadas pela Comissão.

3. O artigo 1.º desta decisão tem a seguinte redacção:

«A empresa Roquette Frères SA é obrigada a sujeitar-se a uma diligência de instrução relativa à sua eventual participação em acordos e/ou práticas concertadas no mercado do gluconato de sódio e do glucono-delta-lactona, susceptíveis de constituírem uma infracção ao artigo 85.º do Tratado CE. A diligência pode ter lugar em todas as instalações desta empresa.

I — Enquadramento em matéria de facto e de direito

A — A decisão da Comissão

2. A Comissão proferiu, em 10 de Setembro de 1998, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado², uma decisão ordenando à Roquette que se submetesse a uma diligência de instrução.

A empresa permitirá aos agentes mandatados pela Comissão que procedam à diligência e aos agentes do Estado-Membro que lhes prestam assistência, o acesso a todas as suas instalações, terrenos e meios de transporte durante as horas normais de expediente dos escritórios. A empresa apresentará para inspecção os livros e outros documentos profissionais requeridos pelos mencionados agentes; permitir-lhes-á fiscalizar os seus livros e outros documentos profissionais nos locais onde estes se encontram e deles tirar cópias ou extractos. Além disso, fornecerá, de imediato, todas as explicações orais que os mencionados agentes lhe poderão solicitar relativamente ao objecto da diligência.»

1 — Língua original: francês.

2 — JO 1962, 13, p. 204.

4. No essencial, os fundamentos da decisão da Comissão deixam, por seu lado, transparecer que:

«[...]

A Comissão dispõe de informações segundo as quais alguns responsáveis da empresa visada terão tido, regularmente, reuniões com concorrentes, no decurso das quais, terão sido atribuídas quotas de mercado do gluconato de sódio e concertados preços mínimos face a utilizadores de diversas zonas do mercado. Terão sido, também, fixados os níveis de vendas, totais e relativos às várias zonas. Em cada uma das reuniões ter-se-á avaliado o grau de cumprimento dos acordos. Todas as empresas que tivessem ultrapassado as vendas acordadas deviam, segundo parece, tentar reduzir as suas vendas no decurso do período subsequente.

[...]

A Comissão dispõe de informações segundo as quais os contactos em questão com concorrentes terão sido, também, alargados ao glucono-delta-lactona. Ter-se-á tratado, particularmente, de conversações bilaterais ou multilaterais, realizadas frequentemente à margem (antes, depois ou nos intervalos) das reuniões sobre o gluconato de sódio. Os participantes terão, nesta ocasião, trocado informações sobre o mer-

cado, os preços de mercado, bem como a situação da procura. Ter-se-ão, igualmente, realizado conversações sobre as capacidades de produção e os volumes de vendas. Os contactos terão visado o controlo dos preços e, segundo parece, eram de natureza a assegurar uma posição dominante dos participantes no mercado.

Se a sua existência for provada, os acordos e/ou práticas concertadas atrás mencionadas poderão constituir uma infracção grave ao artigo 85.º do Tratado [...]. A própria natureza de tais acordos e/ou práticas concertadas leva a pensar que serão postos em prática sigilosamente e que, nestas circunstâncias, o meio mais adequado para recolher elementos de prova sobre a sua existência é uma diligência de instrução.

[...]

A fim de assegurar a eficácia da diligência, impõe-se que a empresa não seja informada sobre ela com antecedência.

É, portanto, necessário obrigar a empresa, através de uma decisão, a submeter-se a uma diligência de instrução nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17.»

5. A Comissão solicitou ao Governo francês que tomasse as medidas necessárias para assegurar a assistência das autoridades nacionais, prevista no artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, em caso de oposição da empresa à diligência.

6. Na sequência deste pedido, a direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (a seguir «DGCCRF») solicitou aos competentes serviços da administração, por um lado, que se pusessem à disposição dos agentes mandatados pela Comissão e, por outro, que apresentassem um requerimento ao presidente do tribunal de grande instance de Lille, para se obter a autorização de inspecção e busca previstas na legislação francesa.

7. Tal requerimento foi entregue em 14 de Setembro de 1998. A ele estavam anexos, nomeadamente, a decisão da Comissão e o texto do acórdão Hoechst/Comissão³.

8. O presidente do tribunal de grande instance pronunciou-se sobre este requerimento através do despacho de 14 de Setembro de 1998, já referido, sobre o qual nos voltaremos a debruçar.

B — O direito nacional aplicável

9. O Conseil constitutionnel (França) decidiu, em 29 de Dezembro de 1983, que só podem ser realizadas inspecções em locais privados com respeito do artigo 66.º da Constituição francesa, que confia ao poder judicial a protecção da liberdade individual e, nomeadamente, da inviolabilidade do domicílio. Daqui conclui que as disposições legais aplicáveis devem, portanto, atribuir expressamente à jurisdição competente a *missão de apreciar, de forma concreta, o mérito do pedido que lhe é submetido*.

10. Posteriormente a esta decisão, foi proferido o Despacho n.º 86-1243, de 1 de Dezembro de 1986, relativo à liberalização dos preços e da concorrência (a seguir «despacho relativo à concorrência»), que estabelece os procedimentos de inspecção admitidos neste domínio.

11. O artigo 47.º deste último prevê:

«Os agentes podem ter acesso a todas as instalações, terrenos ou meios de transporte para uso profissional, pedir informações sobre os livros, facturas e quaisquer outros documentos profissionais e deles tirar

³ — Acórdão de 21 de Setembro de 1989 (46/87 e 227/88, Collect., p. 2859).

cópias e obter, através de convocação ou no local, esclarecimentos e justificações. Podem solicitar à autoridade de que dependem que designe um perito para realizar qualquer peritagem contraditória necessária.»

12. O artigo 48.º do mencionado despacho dispõe:

«Os agentes só podem entrar nas instalações bem como proceder a buscas e apreensões no âmbito de inquéritos determinados pelo ministro responsável pela Economia ou pelo Conseil de la concurrence e mediante autorização judicial concedida por despacho do presidente do tribunal de grande instance cuja alçada abrange as instalações a inspeccionar ou de um juiz em quem tenha delegado a sua competência. [...]

*O juiz deve verificar se o pedido de autorização que lhe é submetido é fundamentado; este pedido deve conter todos os elementos de informação que justifiquem a diligência*⁴. Designa um ou vários agentes da polícia judiciária encarregados de prestar assistência a estas diligências e de o manter informado do seu desenvolvimento [...].

4 — Sublinhado nosso.

O juiz pode deslocar-se às instalações durante a diligência. Em qualquer momento, pode decidir a suspensão ou o fim da diligência.

O despacho mencionado no n.º 1 do presente artigo é apenas passível de recurso de cassação, de acordo com as regras previstas no código de processo penal. Este recurso não tem efeito suspensivo.

A diligência, que não pode iniciar-se antes das seis horas nem terminar depois das vinte e uma, é realizada na presença do proprietário das instalações ou do seu representante. Apenas os agentes, o proprietário das instalações ou o seu representante, bem como o agente da polícia judiciária podem tomar conhecimento dos documentos antes da sua apreensão. [...]

13. As disposições dos artigos 47.º e 48.º do despacho relativo à concorrência foram consideradas aplicáveis às diligências ordenadas nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 17. O artigo 56.º-A do mencionado despacho prevê o seguinte:

«Para aplicação dos artigos 85.º a 87.º do Tratado de Roma, o ministro responsável pela Economia e os funcionários por ele designados ou habilitados em conformidade com as disposições do presente despa-

cho, por um lado, e o Conseil de la concurrence, por outro, detêm poderes que lhes são reconhecidos pelos títulos III, VI e VII do presente despacho, no que diz respeito ao ministro e aos funcionários atrás mencionados, e pelo seu título III no que respeita ao Conseil de la concurrence. São-lhes aplicáveis as regras processuais previstas nestas disposições.»

Comunidade Económica Europeia pondo em causa a empresa Roquette Frères SA, *que não nos compete apreciar, já que, de facto, tal apreciação é da competência do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias no Luxemburgo*⁵;

14. A fim de clarificar a interpretação das disposições nacionais atrás mencionadas, a Roquette refere, por seu lado, excertos de três acórdãos da Cour de cassation, que confirmam que o presidente do tribunal de grande instance deve assegurar à Cour de cassation os meios que lhe permitam controlar se foi apreciado o mérito do pedido.

Atendendo a que, conseqüentemente, a decisão da Comissão atrás referida deve ser anexada ao presente despacho e dele constituir parte integrante;

Atendendo a que os elementos constantes da decisão da Comissão atrás mencionada são de natureza a constituir a fundamentação definida no artigo 48.º do despacho atrás referido [despacho relativo à concorrência]; [...]

C — A decisão impugnada na Cour de cassation

15. O despacho do presidente do tribunal de grande instance de Lille contém, nomeadamente, os seguintes considerandos:

«[...] Atendendo a que a decisão da Comissão atrás mencionada se fundamenta em razões em matéria de facto e de direito, relativas à presunção de práticas proibidas pelo artigo 85.º do Tratado que institui a

16. Tendo recordado a descrição dos factos presumidos tal como relevam da decisão da Comissão, o despacho do presidente do tribunal de grande instance de Lille prossegue considerando, nomeadamente:

«[...] Atendendo a que estas práticas são a consequência de reuniões regularmente realizadas, no decurso das quais foram trocadas informações consideradas confidenciais;

5 — Sublinhados nossos.

Atendendo a que os documentos susceptíveis de provarem estas práticas são, consequentemente, de natureza confidencial, sendo, assim, desconhecidos dos agentes; [...]

Atendendo a que o exercício dos poderes definidos no artigo 47.º do despacho de 1 de Dezembro de 1986 se nos afigura insuficiente para garantir a obrigação que, nas presentes circunstâncias, compete à autoridade nacional francesa;

Atendendo a que o carácter manifestamente confidencial dos documentos objecto da busca, as pressões a que podem ser submetidos alguns terceiros, são de natureza a justificar o exercício dos poderes definidos no artigo 48.º do despacho de 1 de Dezembro de 1986;

Atendendo a que se nos afigura que estes poderes são de natureza a atingir os objectivos pretendidos, garantindo totalmente os direitos da defesa, desde que estes poderes sejam exercidos sob o nosso controlo;

Atendendo a que, nestas condições, se presume, portanto, que a empresa Roquette Frères SA está implicada em práticas proibidas pelo artigo 85.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e que o recurso ao artigo 48.º do despacho

atrás mencionado não é desproporcionado em relação às medidas visadas desde que os documentos originais sejam restituídos à empresa cujas instalações foram objecto da diligência, solicitando a Comissão apenas cópia dos documentos;

[...]»

17. O despacho do presidente do tribunal de grande instance de Lille foi notificado em 16 de Setembro de 1998 e a diligência teve lugar em 16 e 17 de Setembro de 1998. A Roquette colaborou na diligência, pondo, no entanto, reservas a que fossem tiradas cópias de uma série de documentos.

D — *O recurso de cassação e o acórdão de reenvio*

18. A Roquette interpôs, seguidamente, recurso deste despacho na Cour de cassation. Sustentou, nomeadamente, que o presidente do tribunal de grande instance não podia determinar a realização de buscas domiciliárias *sem exercer a plenitude da fiscalização que a Constituição e o despacho relativo à concorrência lhe atribuem*. Competia-lhe verificar, por si próprio, *em face dos documentos que a administração requerente lhe deve fornecer*, se existiam presunções sérias de práticas anticoncorrenciais susceptíveis de justifica-

rem medidas compulsórias. Não podia limitar-se a tomar a sua decisão tendo como único fundamento a decisão da Comissão *sem se assegurar de que tal decisão foi correctamente tomada face aos elementos ou documentos submetidos à apreciação da Comissão.*

19. No acórdão de reenvio, a Cour de cassation, depois de ter lembrado a decisão atrás referida da Cour constitutionnelle de 29 de Dezembro de 1983, salienta «que no caso vertente, não foi apresentado ao presidente do tribunal de grande instance, qualquer elemento informativo ou indício fazendo presumir a existência das práticas anticoncorrenciais invocadas [...] colocando-o, assim, na impossibilidade de verificar, em concreto, o mérito do pedido que lhe foi submetido» e que, «além do mais, a decisão da Comissão [...] se limita a afirmar que a Comissão dispõe de informações segundo as quais a sociedade Roquette Frères se dedicava a práticas anticoncorrenciais no mercado do gluconato de sódio e do glucono-delta-lactona, que descreveu, mas sem se referir, analisando-as, ainda que sucintamente, às informações que afirma ter em seu poder e em que baseia a sua apreciação; [...]»

20. A Cour de cassation refere-se, além disso, às afirmações constantes dos n.ºs 17 e 18 do acórdão Hoechst/Comissão, já referido, segundo as quais não existe um princípio comum aos direitos dos Estados membros consagrando o direito à inviolabilidade do domicílio das empresas nem jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, deduzindo tal princípio do artigo 8.º da Convenção Europeia

da Salvaguarda dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»). Observa, a este respeito, que, no acórdão de 16 de Dezembro de 1992, Niemietz, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, contudo, posteriormente, que esta disposição era susceptível de abranger certas actividades ou instalações comerciais. A Cour de cassation insiste, também, em referir o artigo 6.º, n.º 2, UE, que impõe à União o respeito pelos direitos fundamentais tal como garantidos pela CEDH por força dos princípios gerais, e o artigo 46.º UE, que submete essa disposição ao controlo do Tribunal de Justiça.

21. A Cour de cassation sublinha, ainda, que o acórdão Hoechst/Comissão, já referido, define expressamente que a Comissão deve respeitar as garantias processuais previstas pelo direito nacional aquando do exercício dos seus poderes de controlo.

22. Foi nestas condições que a Cour de cassation, por acórdão de 7 de Março de 2000, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«para que diga se:

- 1) face aos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica comuni-

tária e no artigo 8.º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, deve o acórdão Hoechst proferido em 21 de Setembro de 1989 ser interpretado no sentido de que o juiz nacional, que tem a competência nos termos do seu direito nacional para ordenar inspecções e apreensões dos agentes da Administração nas instalações das empresas, em matéria de concorrência, não pode recusar a autorização pedida quando entende que os elementos de informação ou indícios que lhe são apresentados como fazendo presumir a existência de práticas anticoncorrenciais por parte das empresas visadas na decisão de investigação da Comissão são insuficientes para autorizar uma tal medida ou quando, como no caso, nenhum elemento ou indício lhe foi apresentado;

- 2) na hipótese de o Tribunal de Justiça entender não existir a obrigação de a Comissão apresentar ao juiz nacional competente os indícios e elementos de informação de que dispõe e que levam a presumir a existência de práticas anticoncorrenciais, esse juiz, não obstante, tem competência, tendo em conta os direitos fundamentais acima referidos, para recusar a autorização das inspecções e apreensões pedidas quando entender que a decisão da Comissão, como no caso presente, não é suficientemente fundamentada e não lhe permite aferir, em concreto, o mérito do pedido que lhe foi submetido, colocando-o, desse modo, na impossibilidade de exercer a fiscalização exigida pelo seu direito constitucional nacional.»

II — Apreciação

23. Interessa, em primeiro lugar, definir com exactidão o alcance do problema submetido ao Tribunal de Justiça pela Cour de cassation.

24. Somos de parecer que, dos textos do direito francês que acabamos de citar, bem como da leitura do acórdão de reenvio, decorre que as duas questões, em conjunto, colocam o problema de saber se o juiz nacional tem competência para recusar a autorização para realizar uma diligência de instrução (praticamente equivalente a uma busca) já que, nem o texto da decisão da Comissão, nem os elementos de informação ou indícios que lhe são apresentados em seu complemento, são de natureza a provar, sob o seu ponto de vista, a necessidade desta diligência. Os termos «aferir, em concreto, o mérito do pedido» que constam da segunda questão, não deixam dúvidas quanto a este respeito.

25. Ora, no n.º 35 do acórdão Hoechst/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça decidiu que a instância nacional competente — «seja judicial ou não — não pode, nesse caso, substituir a sua própria apreciação da necessidade de diligências de instrução determinadas à da Comissão, cujas apreciações em matéria de facto e de direito, apenas estão sujeitas ao controlo da legalidade efectuado pelo Tribunal de Justiça».

26. Nestas condições, é, pois, lícito concluir que a Cour de cassation se interroga, em substância, se a jurisprudência Hoechst/Comissão, atrás referida, não deve ser revista.

A — O acórdão Hoechst/Comissão, já referido, e o artigo 8.º da CEDH

27. A Cour de cassation adianta, a este respeito, dois argumentos.

28. Embora salientando que os direitos fundamentais constituem, já há longo tempo, parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado por este tribunal e que a CEDH se reveste, neste domínio, de um significado particular, a Cour de cassation interroga-se sobre se não deve dar-se a esta convenção uma importância maior do que no passado, na sequência da adopção do artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia que dispõe que a União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário. O artigo 46.º, alínea d), do mesmo Tratado prevê, além disso, que o Tribunal de Justiça é competente para aplicar o artigo 6.º, n.º 2, no que diz respeito à acção das instituições.

29. A este respeito, concordamos, no entanto, com as observações da Comissão segundo a qual estes textos têm um papel meramente confirmativo. Com efeito, como o Tribunal de Justiça declara expressamente no acórdão Bosman⁶, a propósito do princípio da liberdade de associação, este último «faz parte dos direitos fundamentais que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, reafirmada no preâmbulo do Acto Único Europeu e no artigo F, n.º 2, do Tratado da União Europeia, são protegidos na ordem jurídica comunitária». Ora, o artigo 6.º, n.º 2, da versão actual do Tratado da União Europeia é idêntico ao antigo artigo F, n.º 2.

30. Em segundo lugar, a Cour de cassation recorda que, no acórdão Hoechst/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça declara que o artigo 8.º da CEDH respeita à esfera da liberdade privada e familiar do homem não devendo, pois, ser alargada às instalações comerciais. Além disso, o Tribunal de Justiça concluiu que não existia, ainda, jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a este respeito.

31. Ora, a Cour de cassation defende que tal jurisprudência existe após o acórdão Niemietz, já referido, e outros acórdãos subsequentes.

⁶ — Acórdão de 15 de Dezembro de 1995 (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 79).

32. No entanto, importa igualmente recordar que, no acórdão Hoechst/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça não conclui pela inexistência da protecção das empresas contra as intervenções arbitrárias, mas afirma, no n.º 19 do referido acórdão, que «em todos os sistemas jurídicos dos Estados membros, as intervenções do poder público na esfera da actividade privada de qualquer pessoa, seja singular ou colectiva, devem ter fundamento legal e justificar-se por razões previstas na lei, e que esses sistemas estabelecem, em consequência, embora de formas diferentes, uma protecção quanto às intervenções arbitrárias ou desproporcionadas. A exigência dessa protecção deve, assim, ser reconhecida como princípio geral do direito comunitário.»

33. Mas como, entretanto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferiu o acórdão Niemietz, já referido, e o Tribunal de Justiça atribui a maior importância à jurisprudência do primeiro, há que examinar se deve ser concedida às instalações das pessoas colectivas uma protecção ainda mais ampla.

34. Recordemos, antes do mais, que o artigo 8.º da CEDH está redigido da forma seguinte:

«1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

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

35. A protecção do domicílio não é, pois, absoluta. Quando no âmbito do processo Niemietz, já referido, foi analisada a «ingerência», na acepção do n.º 2, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem examinou sucessivamente:

— se existia ingerência;

— se esta ingerência estava prevista na lei;

— se prosseguia fins legítimos;

— se era necessária numa sociedade democrática.

1. A existência de ingerência

36. Não deve restar qualquer dúvida de que uma diligência realizada nos termos do artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 constitui, efectivamente, uma ingerência na acepção do artigo 8.º da CEDH.

37. É, no entanto, necessário sublinhar que, no n.º 31 do acórdão Niemietz, já referido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirma o seguinte:

«[...] interpretar as palavras 'vida privada' e 'domicílio' como abrangendo *certas* instalações ou actividades profissionais ou comerciais responde ao objecto e à finalidade essenciais do artigo 8.º: defender o indivíduo contra ingerências arbitrárias dos poderes públicos (v., por exemplo, o acórdão Marckx c. Bélgica de 13 de Junho de 1979, série A n.º 31, p. 15, § 31). Os Estados contratantes não estão indevidamente limitados porque mantêm, nos termos autorizados pelo n.º 2 do artigo 8.º (art. 8-2), o seu direito de 'ingerência' e *este pode ir bem mais longe no que respeita às instalações ou actividades profissionais ou comerciais do que em outros casos*»⁷.

38. Deste texto resulta que, para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a

esfera profissional não merece necessariamente, ou em todos os aspectos, uma protecção tão ampla como a esfera privada. Isto pode respeitar, nomeadamente, às exigências a que deve obedecer o acto que ordena a diligência, por exemplo, quanto aos indícios que fazem presumir a existência de uma infracção ao direito de concorrência.

2. A ingerência deve estar *prevista na lei*

39. Uma diligência realizada nos termos do artigo 85.º do Tratado CE (que passou a artigo 81.º CE) e do Regulamento n.º 17 constitui com toda a evidência uma «ingerência prevista na lei».

3. A ingerência deve prosseguir *finalidades legítimas*

40. No decurso do presente processo não foi contestado, nem deve sê-lo, que, quando a Comissão realiza diligências com vista a verificar a existência de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas susceptíveis de cair sob a alçada da proibição instituída pelo artigo 85.º do Tratado, tais diligências constituem ingerências que prosseguem uma finalidade legítima.

7 — Sublinhado nosso.

4. A ingerência deve ser *necessária* numa sociedade democrática

41. Em matéria de acordos, os critérios a ter em conta são, obviamente, os do «bem estar económico do país» e da «defesa da ordem».

42. Com efeito, como o Tribunal de Justiça realçou no acórdão *National Panasonic/Comissão*⁸, mencionado no n.º 25 do acórdão *Hoechst/Comissão*, já referido, as regras pertinentes do direito comunitário têm como função «evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores».

43. Pode, portanto, afirmar-se que, em princípio, as diligências realizadas nos termos do Regulamento n.º 17 são «necessárias» na acepção do artigo 8.º da CEDH.

44. O critério da necessidade da diligência deve, no entanto, ser preenchido em cada caso concreto. A este propósito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronun-

ciou-se, no n.º 55 do acórdão de 25 de Fevereiro de 1993, *Funke/França*⁹:

«Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, os Estados contratantes dispõem de uma certa margem de apreciação para avaliar a necessidade de uma intervenção, mas, paralelamente, deve ser assegurado um controlo europeu. As excepções do n.º 2 do artigo 8.º (art. 8-2) aconselham uma interpretação restritiva (acórdão *Klass e o. c. Alemanha*, de 6 de Setembro de 1978, série A n.º 28, p. 21, § 42) e a sua necessidade num determinado caso deve ser estabelecida de forma convincente.»

45. A este respeito, há que sublinhar que, no seio da Comunidade, a necessidade de uma diligência de instrução, isto é, o carácter convincente ou não dos argumentos apresentados pela Comissão para a justificar é, cada vez que é contestada, submetida ao controlo do Tribunal de Justiça (acórdão *Hoechst/Comissão*, já referido, n.º 35).

46. Convém acrescentar que de modo algum resulta dos acórdãos mencionados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que o órgão jurisdicional competente para verificar a referida necessidade se deve pronunciar antes de a busca ter lugar. Somos, seguramente, de parecer que

⁸ — Acórdão de 26 de Junho de 1980 (136/79, *Colect.*, p. 2033, n.º 20).

⁹ — Requerimento n.º 0001 0828/84, A256-A.

seria preferível que assim fosse. Por esta razão, propusemos já nas nossas conclusões relativas ao processo Hoechst/Comissão, já referido (n.ºs 146 e 147), a emissão pelo Tribunal de Justiça de um mandado de busca para os agentes da Comissão. Tal procedimento só pode, no entanto, ser instituído por via legislativa.

47. Afigura-se-nos, contudo, que o facto de, actualmente, a necessidade da busca não poder ser controlada senão «a posteriori» não constitui problema sob o ponto de vista da protecção dos direitos fundamentais, visto que o Tribunal de Justiça admite expressamente que os resultados obtidos com base num mandado ou numa decisão que forem, em seguida, declarados ilegais não poderão ser utilizados.

De notar, além disso, que, em França, pode igualmente realizar-se uma busca antes de a instância jurisdicional suprema se ter pronunciado sobre a fundamentação, visto que o recurso de cassação interposto de um despacho que autorize uma busca em matéria de concorrência não tem efeito suspensivo.

48. Tendo em conta as considerações atrás expendidas, chegamos a uma conclusão idêntica à dos Governos francês e do Reino Unido, bem como da Comissão, isto é, que nem as alterações efectuadas no Tratado da União Europeia pelo Tratado de Amsterdão, nem os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que abordaram a

questão da aplicação do princípio da inviolabilidade do domicílio nas instalações profissionais, são de molde a pôr em causa os princípios resultantes do acórdão Hoechst/Comissão, já referido. Estes princípios concedem às empresas protecção equivalente à que o referido Tribunal de Justiça infere do artigo 8.º da CEDH.

49. Dito isto, resta-nos ainda analisar mais detalhadamente o significado real das questões da Cour de cassation, isto é, saber a quem compete proceder ao controlo jurisdicional e, em particular, qual deve ser o papel do órgão jurisdicional nacional neste processo.

B — *O papel do órgão jurisdicional nacional no processo de controlo*

50. Segundo a Roquette,

«os pedidos de diligências de instrução coercivos da Comissão Europeia não isentam o exercício do poder de controlo e de apreciação do órgão jurisdicional nacional francês e [...] devem, portanto, submeter-se às exigências de uma argumentação ou explicação concreta para justificar o pedido.

Afigura-se, igualmente, que uma decisão da Comissão nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 17 é um dos elementos submetidos à apreciação do órgão jurisdicional para que este possa considerar se o acto é suficientemente explícito ou se necessita de outros esclarecimentos, no caso inverso.

Verifica-se, ainda, que este controlo meramente de facto exercido pelo órgão jurisdicional não afecta nem a competência exclusiva das jurisdições comunitárias nem a eficácia do desempenho da Comissão.

Consequentemente, a sociedade Roquette é de parecer que o órgão jurisdicional pode recusar conceder autorização para a diligência coerciva quando, como sucede no caso vertente, tal como o sublinhou a Cour de cassation, ‘não lhe foi apresentado qualquer elemento ou indício’.»

51. Que pensar desta tese?

52. Saliente-se, desde já, que, do nosso ponto de vista, na óptica da coerência da aplicação do direito comunitário, é essencial que o controlo da necessidade (ou da fundamentação) das diligências continue a ser da competência do Tribunal de Justiça, não devendo ser transferido para os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros.

53. Antes do mais, decorre claramente do artigo 173.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.º CE) que só o Tribunal de Justiça tem competência para fiscalizar a legalidade dos actos adoptados pelas instituições. Ora, as decisões da Comissão relativas a uma diligência de instrução são incontestavelmente decisões na acepção do artigo 189.º do Tratado CE (actual artigo 249.º CE).

54. O princípio segundo o qual os actos das instituições só podem ser anulados pela jurisdição comunitária (Tribunal de Justiça ou Tribunal de Primeira Instância) apenas visa garantir que estes actos sejam julgados segundo critérios uniformes. Só assim se pode evitar que um acto das instituições seja declarado ilegal em determinado Estado-Membro, mas não noutro. A este respeito, basta reportarmo-nos ao acórdão Foto-Frost¹⁰, muito a propósito recordado pelo Governo do Reino Unido e que já tínhamos mencionado nas nossa conclusões relativas ao processo Hoechst/Comissão, já referido.

55. Evidentemente que, no decurso da audiência, a Roquette sustentou que não se tratava de anular um acto da Comissão, mas somente de suspender a sua execução, ficando a aguardar-se que a Comissão fornecesse informações complementares. A verdade é que, no entanto, a Cour de cassation colocou o problema muito claramente em termos de insuficiente justificação da decisão da Comissão e, portanto,

10 — Acórdão de 22 de Outubro de 1987 (314/85, Colect., p. 4199).

em termos da respectiva ilegalidade. Ora, é sobre as questões da Cour de cassation que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se.

conhecimento da empresa localizada no Estado-Membro em que a autorização se encontra suspensa e permitir-lhe-á destruir todos os indícios do acordo ilegal.

56. De qualquer forma, se analisarmos atentamente as observações de Roquette, afigura-se, sem dúvida, que esta empresa exige que o órgão jurisdicional nacional possa verificar a necessidade ou a fundamentação da busca. O simples facto de o órgão jurisdicional ter solicitado à Comissão informações complementares, significa, com efeito, que não ficou convencido da necessidade da busca em face dos elementos de informação que figuram na decisão e que lhe foram fornecidos oralmente, numa primeira fase. Quando, algumas horas ou semanas mais tarde (na hipótese de alteração da própria decisão), lhe forem apresentados novos indícios e quando, com base neles, conceder a autorização, isso quer assim dizer, pelo menos implicitamente, «agora estou convencido de que a busca é necessária». Mas pode, também, continuar a declarar que não está convencido.

57. Além disso, o simples facto de adiar a concessão da autorização, nem que seja por algumas horas, pode ter efeito prejudicial quando ocorram diligências paralelas em várias empresas do mesmo sector localizadas em diversos Estados-Membros. Neste caso, a notícia de que se estão a realizar diligências e buscas nesses outros Estados-Membros, na data inicialmente prevista, chegará, na verdade, rapidamente ao

58. Por todas estas razões, concluímos, portanto, que se impõe manter firmemente o princípio segundo o qual a apreciação da fundamentação, isto é, da necessidade da diligência, não deve ser da competência do órgão jurisdicional nacional.

59. Em face do que antecede, cabe-nos afirmar que compreendemos inteiramente as preocupações da Cour de cassation, que se vê confrontada com os diplomas nacionais atrás mencionados. Estes textos alargam às diligências realizadas pela Comissão as disposições de fundo e processuais aplicáveis quando está unicamente em causa o direito francês da concorrência. Assim, é perfeitamente natural que o direito francês afirme expressamente que o órgão jurisdicional que autoriza uma busca deve estar persuadido da respectiva fundamentação, e que deve dispor, a este respeito, de indícios suficientes. Efectivamente, é sobre ele que recai essencialmente a decisão de autorizar ou não a busca, visto que a Cour de cassation exerce apenas controlo em matéria de direito. Os factos devem, portanto, estar bem estabelecidos pelo presidente do tribunal de grande instance e a Cour de cassation deve poder julgar se, admitindo esses factos como suficientes, o presidente do tribunal de grande instance não cometeu um erro em matéria de direito.

60. A situação é, contudo, diferente em direito comunitário porque, neste caso, o controlo da necessidade da busca compete ao Tribunal de Justiça e só a ele. É a ele que compete, quando instado pela empresa em causa, verificar de maneira minuciosa se a Comissão dispôs de indícios suficientemente sérios quanto à existência provável de um acordo, antes de proferir a sua decisão. A Comissão deverá submeter à jurisdição comunitária todas as informações por forma a provar a fundamentação da busca. Reafirmamos que, se tal não for o caso, o Tribunal de Justiça anulará a decisão e a Comissão ficará proibida de utilizar a documentação que tiver fotocopiado, bem como as informações que tenha podido obter oralmente junto de empregados da empresa.

61. De tudo isto, dever-se-á concluir que o órgão jurisdicional nacional tem por única missão verificar se a decisão que lhe é apresentada foi correctamente proferida pela Comissão e se as pessoas que pretendem realizar a diligência possuem documentos provando que se encontravam devidamente mandatadas para o efeito pela Comissão?

62. À semelhança dos Governos francês e do Reino Unido, bem como da Comissão, entendemos que o papel do órgão jurisdicional nacional vai um pouco mais longe, mas não tanto como parecem considerar a Roquette e outros governos que apresentaram observações.

63. Em nosso entender, deve fazer-se uma distinção entre o controlo que este órgão jurisdicional pode exercer a fim de concluir se a diligência não é arbitrária ou desproporcionada e o controlo do desenvolvimento da própria diligência/busca.

64. No que diz respeito ao primeiro ponto, a *Comissão* é de parecer que, antes de mais, se pode defender que, na medida em que o controlo da fundamentação faz parte do controlo da legalidade, tal controlo se integra na competência exclusiva da jurisdição comunitária.

65. A Comissão aceita, todavia, que a impossibilidade absoluta de a instância comunitária efectuar um controlo da fundamentação da decisão se afigura dificilmente conciliável com a possibilidade que lhe é reconhecida pelo acórdão Hoechst/Comissão, já referido, de analisar o carácter eventualmente arbitrário ou excessivo das medidas visadas. Com efeito, tal análise pressupõe, necessariamente, que a instância nacional analise o objecto e a finalidade da diligência, que a Comissão aliás sublinha ser um dos elementos essenciais que deve constar da fundamentação da sua decisão¹¹.

66. A Comissão entende, contudo, que a análise da fundamentação pela instância

11 — V. artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 e acórdão Hoechst/Comissão, já referido, n.º 40.

nacional deve limitar-se ao estritamente necessário para lhe permitir exercer a margem de apreciação restrita que lhe é, assim, atribuída pelo acórdão Hoechst/Comissão, já referido.

67. Considera, a este respeito, que o carácter arbitrário ou excessivo das medidas compulsórias visadas deve ser unicamente apreciado à luz do objecto da diligência¹², pelo que basta que a instância nacional seja informada da alegada infracção, bem como do seu próprio contexto (posição da empresa em causa no mercado, risco de dissimulação de documentos, possibilidade de pressões, etc.).

68. Assim, segundo a Comissão, a instância nacional pode legitimamente recusar a autorização solicitada se a decisão da Comissão não contiver qualquer dos elementos atrás mencionados ou se a descrição das condutas proibidas for, neste ponto, imprecisa ou inexistente, por forma a tornar impossível qualquer apreciação do carácter eventualmente excessivo ou arbitrário das medidas visadas, ou ainda se o objecto da diligência estiver redigido em termos manifestamente demasiado vagos (por exemplo «verificar se uma empresa se dedicou a práticas anticoncorrenciais») para lhe permitir exercer o controlo que lhe compete.

69. O *Governo francês* entende que o órgão jurisdicional nacional competente pode recusar a autorização para as diligências e buscas solicitadas quando considerar que os elementos que lhe são apresentados não lhe permitem exercer o seu próprio controlo tal como se encontra definido no acórdão Hoechst/Comissão, já referido. Contudo, o órgão jurisdicional nacional competente não pode recusar as diligências e buscas solicitadas — sem pôr em causa a eficácia do desempenho da Comissão — se lhe tiver sido dado conhecimento dos elementos essenciais da fundamentação previstos no artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17.

70. Referindo-se aos n.ºs 40 e 41 do acórdão Hoechst/Comissão, já referido, o mencionado governo considera, com efeito, que o Tribunal de Justiça alinhou o alcance da obrigação de fundamentação nos termos do artigo 190.º do Tratado CE (actual artigo 253.º CE) em função do previsto no artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17, afirmando expressamente que a Comissão deve indicar o objecto e a finalidade da diligência, acrescentando que «embora a Comissão não esteja obrigada a comunicar ao destinatário de uma decisão de instrução todas as informações de que dispõe a respeito das infracções presumidas nem de proceder à qualificação jurídica rigorosa dessas infracções, não deve deixar de referir claramente as presunções que são objecto da instrução».

71. O *Governo francês* recorda, a este respeito, que no processo Hoechst/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça

12 — V. acórdão Hoechst/Comissão, já referido, n.º 29.

considerou, a este propósito, que a fundamentação da decisão de instrução pode ser redigida em «termos muito genéricos» sem que isso afecte a sua legalidade.

72. Na prática, os elementos de apoio ao pedido de autorização apresentado ao órgão jurisdicional serão os que constam da decisão da Comissão, pelo que a distinção entre estes dois actos parece um pouco artificial tendo em vista o controlo da fundamentação exercido pelo órgão jurisdicional nacional.

73. No entanto, a jurisprudência Hoechst/Comissão, atrás referida, nem sempre permite ao órgão jurisdicional nacional saber com base em que elementos lhe compete analisar a proporcionalidade das medidas compulsórias visadas relativamente ao objecto da diligência, como é testemunhado, nomeadamente, no acórdão de reenvio. Segundo o Governo francês, as dificuldades de ordem prática com as quais são, assim, confrontados os órgãos de jurisdição nacionais, tornam necessária uma definição tão precisa quanto possível, se não exaustiva, do alcance da exigência da fundamentação relativa a uma decisão de instrução.

74. Esta fundamentação pode, assim, dividir-se em três séries de elementos. Antes de mais, os elementos relativos às empresas em causa (denominação social e endereço da empresa, endereço dos locais que serão

inspeccionados). Seguidamente, os relativos à natureza exacta das práticas de que se suspeita (acordo sobre os preços, quotas de mercado, etc.), que devem permitir ao órgão jurisdicional examinar o âmbito da diligência. A informação relativa ao eventual carácter confidencial destas práticas deve igualmente ser comunicada a fim de que o órgão jurisdicional possa ter em conta este elemento na apreciação da proporcionalidade dos meios de coerção visados relativamente ao objecto da diligência. Deste carácter confidencial, o órgão jurisdicional pode, efectivamente, concluir que a empresa está suficientemente organizada por forma a que se possa presumir uma estratégia de dissimulação que pode dar lugar a uma oposição à diligência. Finalmente, uma terceira série de elementos — relativos aos produtos e serviços em relação aos quais existe suspeita de práticas anticoncorrenciais — deve, assim, conforme sobressai já da jurisprudência do Tribunal de Justiça, constar da decisão de instrução.

75. O Governo do *Reino Unido* entende que o órgão jurisdicional nacional não pode recusar a autorização solicitada pelo facto de considerar que a decisão de instrução proferida pela Comissão não está suficientemente fundamentada de forma a permitir-lhe verificar se se justifica.

76. Em primeiro lugar, o mencionado governo recorda, a este respeito, que está bem assente que as regras do direito nacional — mesmo as do direito constitu-

cional — não podem restringir ou suprimir uma obrigação decorrente do direito comunitário e que devem ser afastadas na medida em que se opõem a esta obrigação¹³.

77. Em segundo lugar, o mesmo *governo* salienta, à semelhança do Governo francês, que o artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 fixa, ele próprio, os elementos constitutivos da fundamentação de uma decisão que determina uma diligência de instrução, entre os quais o objecto e a finalidade da diligência, e que, nos termos do n.º 14 do acórdão Hoechst/Comissão, já referido, a Comissão deve, além disso, mencionar claramente as infracções presumidas que pretende verificar.

78. O controlo da fundamentação em matéria de facto ou de direito de uma decisão da Comissão que ordena uma diligência de instrução é, contudo, da competência do Tribunal de Justiça.

79. O *Governo alemão* entende que o órgão jurisdicional nacional pode recusar a autorização se a Comissão, na exposição das razões da sua decisão ou através de documentação, não mencionar de forma circunstanciada, indicando a natureza e o conteúdo, as informações de que dispõe sobre a empresa visada e que fundamentam

a sua suspeita de violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. A Comissão não é, no entanto, obrigada a apresentar a documentação a título de prova, sob a forma de originais ou de cópias, nem a revelar a identidade de eventuais informadores. Mas o controlo do órgão jurisdicional nacional não deve transformar-se num invólucro vazio pelo facto de, por exemplo, existir uma falta de informações concretas quanto ao fundamento das suspeitas da Comissão.

80. Por seu lado, o *Governo grego* afirma que, se uma decisão que determina uma diligência de instrução não mencionar o objecto, a finalidade e os elementos de referência suficientes para justificar a diligência nas instalações de uma empresa e não permitir ao órgão jurisdicional nacional constatar que se encontram reunidas as garantias previstas no direito nacional, este último tem a faculdade de recusar a autorização solicitada.

81. O *Governo italiano* considera que a autoridade nacional deve apreciar se as medidas compulsórias não são arbitrárias ou desproporcionadas relativamente à finalidade da diligência e se a oportunidade desta transparece da fundamentação da decisão da Comissão, necessariamente baseada na indicação de informações ou de indícios destinados a evidenciar o objecto e a finalidade da diligência (acórdão Hoechst/Comissão, já referido, n.º 29).

13 — V. acórdão de 19 de Junho de 1990, *Factortame e o.* (C-213/89, *Colect.*, p. 1-2433, n.º 17 a 20).

82. O *Governo norueguês* que, à semelhança do *Governo alemão*, se limita a responder à primeira questão prejudicial e que visa, portanto, o conjunto de informações a fornecer pela Comissão através da decisão e em seu complemento, entende que incumbe à Comissão dar uma justificação aparente, isto é, que é possível à instância nacional competente exigir um mínimo de informações ou de indícios a fim de ficar habilitada a analisar se as medidas compulsórias visadas não são arbitrárias ou excessivas em relação ao objecto da diligência.

83. O mencionado *Governo norueguês* reconhece, no entanto, que as violações à concorrência são frequentemente praticadas de acordo com métodos que não deixam muitos vestígios. Os pedidos de informação dirigidos à Comissão no que respeita à fundamentação das suas suspeitas não devem, pois, ser muito exigentes. As informações disponíveis não serão, normalmente, mais do que indicações sobre a violação das regras da concorrência e isto deverá ser suficiente para desencadear uma diligência de instrução. É preciso ter presente que a própria finalidade das diligências realizadas nas instalações das empresas é a de reunir provas, que, normalmente, não são encontradas. Será ilógico exigir que sejam apresentadas provas materiais à autoridade nacional de controlo antes de se realizar uma verdadeira inspecção.

84. Quanto a nós, partilhamos inteiramente estas últimas observações. Conside-

ramos igualmente que a expressão «justificação aparente», utilizada pelo *Governo norueguês*, é judiciosa, mas ao contrário deste governo, entendemos que esta justificação deve resultar da decisão da Comissão e apenas dela.

85. Se não queremos resvalar para o controlo da necessidade da diligência pelo órgão jurisdicional nacional, este último não deve poder exigir explicações complementares. O seu papel deve limitar-se, como afirma a Comissão, «unicamente ao controlo das violações verdadeiramente patentes dos direitos das empresas visadas. Trata-se, de qualquer maneira, de um controlo de 'erro manifesto'.» Noutro ponto das suas observações, a Comissão esclarece que se trata do que, em direito francês, se denomina «contrôle minimum».

86. No entanto, queremos acrescentar o seguinte esclarecimento, que vai ao encontro, pelo menos em parte, das preocupações dos *Governos alemão, italiano e norueguês*. Com efeito, consideramos que a Comissão, na medida em que, sem revelar as suas fontes e sem causar danos a terceiros, estiver em condições de fornecer indicações quanto aos *indícios em que se baseia*, deverá fazê-lo.

87. Ilustraremos este ponto de vista recorrendo à decisão em causa no litígio no processo principal.

88. Essa decisão contém os «elementos essenciais da fundamentação»¹⁴ definidos no artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17. Na verdade, descreve de maneira suficientemente concisa o objecto e a finalidade da diligência e indica «claramente as presunções que são objecto da instrução»¹⁵.

89. Mas contém igualmente um elemento adicional que não foi acolhido na decisão em causa no acórdão Hoechst/Comissão, já referido¹⁶, a saber, que os responsáveis da empresa visada *terão tido, regularmente, reuniões com concorrentes*¹⁷, no decurso das quais terão sido atribuídas quotas de mercado [...] e concertados preços mínimos [...].

90. Mais adiante, a decisão da Comissão prossegue da seguinte forma: «A Comissão dispõe de informações segundo as quais os *contactos* em questão com concorrentes ter-se-ão, também, alargado ao gluconato-delta-lactona. Ter-se-á tratado, em particular, de *conversações bilaterais ou multilaterais*, realizadas frequentemente à margem (antes, depois ou nos intervalos) das reuniões¹⁸ sobre o gluconato de sódio. Os participantes terão, nesta ocasião, trocado

informações sobre o mercado, os preços do mercado, bem como a situação da procura [...]».

91. Dado que, na sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio declarou que a decisão da Comissão «não é suficientemente fundamentada e não [...] permite [ao órgão jurisdicional nacional] aferir, em concreto, o mérito do pedido que lhe foi submetido [...]» é lícito admitir que a Cour de cassation devia ter incluído na sua decisão indicações suplementares sobre a data ou a frequência destas reuniões e sobre as razões que a levaram a pensar que as medidas anticoncorrenciais visadas na referida decisão foram efectivamente discutidas e provavelmente adoptadas no decurso destas reuniões.

92. Ora, tal facto é de molde a obrigar a Comissão a revelar, pelo menos em certa medida, a identidade dos informadores, os quais serão, a maior parte das vezes, empregados¹⁹ ou antigos empregados de uma das empresas que fazem parte do acordo ou, até mesmo, os responsáveis de uma das empresas que pretendem beneficiar de «medidas de clemência» por parte da Comissão.

14 — V. acórdão Hoechst/Comissão, já referido, n.º 40.

15 — V. acórdão Hoechst/Comissão, já referido, n.º 41.

16 — A mencionada decisão tem a seguinte redacção: «A Comissão recebeu informações que justificam que [...]», («die den Verdacht begründen, dass [...]»), sem outro esclarecimento sobre os elementos em que se fundam estas suspeitas.

17 — Sublinhado nosso.

18 — Sublinhado nosso.

19 — Por ocasião dos acórdãos de 7 de Novembro de 1985, Adams/Comissão (145/83, Recueil, p. 3539); Adams/Comissão (53/84, Recueil, p. 3595); e de 11 de Março de 1986, Adams e o/Comissão (294/84, Collect., p. 977), tornaram-se bem evidentes as tragédias humanas e os fluxos dos processos a que a comunicação, ainda que accidental, do nome do informador pode conduzir.

93. Por outro lado, como refere o Governo norueguês, se a Comissão verificou a existência de alterações de preços no mercado, praticamente paralelos, praticados por todos os fabricantes do sector, ou se as indústrias utilizadoras dos produtos em questão tiverem, como sucedeu com o acordo no sector do cartão, apresentado à Comissão uma queixa, a que elas próprias deram publicidade na imprensa, não há, evidentemente, qualquer razão para que a Comissão se não lhes refira na sua decisão. Mas tal só sucede em situações excepcionais.

94. Defendemos, pois, firmemente, o ponto de vista de que, no texto da sua decisão, a Comissão deve, realmente, indicar com clareza as presunções que pretende verificar, mas que apenas as deve sustentar através de indícios na medida em que a sua referência não seja de molde a revelar as suas fontes de informação ou a causar prejuízos a terceiros.

95. Consequentemente, será inevitável que, em muitos casos, a Comissão seja obrigada a limitar-se a afirmar «que resulta das informações de que dispõe» que a empresa em causa participou provavelmente em práticas anticoncorrenciais deste ou daquele tipo relativamente a determinados produtos.

96. Daqui decorre que a Comissão pode, por mera cortesia, responder a eventuais

questões complementares do órgão jurisdicional nacional na condição que tal possa ser feito dentro da mais absoluta confidencialidade. Mas, como foi recordado pela Comissão na audiência, em França, de qualquer forma não pode ser recusado às partes no decurso do processo de cassação o conhecimento dos documentos que foram exibidos ao órgão jurisdicional. Acresce podermos, ao que cremos, deduzir dos acórdãos da Cour de cassation que, no seu despacho, o presidente do tribunal de grande instance deve resumir todas as declarações orais prestadas que contribuíram para justificar, na sua óptica, a autorização para realizar as buscas.

97. Analisemos, agora, o segundo aspecto do papel desempenhado pelo órgão jurisdicional nacional, isto é, a fiscalização do desenrolar da própria diligência.

98. Para defender a sua tese, a Roquette deu grande ênfase a dois pontos do acórdão Hoechst/Comissão, já referido, constantes do seu n.º 35, redigidos da seguinte forma:

«A Comissão deve diligenciar no sentido de que a instância competente nos termos do direito nacional disponha de todos os elementos necessários que lhe permitam exercer o controlo que lhe compete e

Em contrapartida, é da competência da instância nacional examinar, após verificar

a autenticidade da decisão de instrução, se as medidas compulsórias em causa não são arbitrárias ou excessivas relativamente ao objecto da instrução e garantir o respeito das normas do respectivo direito nacional durante a aplicação dessas medidas.»

99. Quanto ao primeiro ponto, relativo aos «elementos» de que a instância nacional deve dispor, é seguido imediatamente da frase «deve sublinhar-se que esta instância — seja judicial ou não — não pode, neste caso, substituir a sua própria apreciação da necessidade das diligências de instrução determinadas à da Comissão, cujas apreciações, em matéria de facto e de direito, apenas estão sujeitas ao controlo da legalidade efectuado pelo Tribunal de Justiça». Da sucessão destas duas frases resulta que os «elementos» a fornecer à instância nacional não poderão ser constituídos pelo conjunto de indícios e de informações confidenciais que se encontram na posse da Comissão, o que é, de qualquer modo, excluído pelo n.º 41 do acórdão Hoechst/Comissão, já referido. Estes elementos não podem, pois, ser senão os necessários para que a jurisdição nacional possa exercer a sua própria missão, definida no n.º 34 do mencionado acórdão, e que é a de «respeitar as garantias processuais previstas [...] pelo direito nacional».

100. Ora, com a expressão «garantias processuais» o Tribunal de Justiça visou manifestamente as regras nacionais que designam o órgão jurisdicional competente e a forma que deve revestir a sua decisão. Pode, igualmente, tratar-se de indicar expressamente o endereço das várias instalações da empresa em que a diligência

deve ser realizada, a data e as horas em que terá lugar e a identificação dos agentes da Comissão e dos agentes nacionais que a efectuarão e outros pormenores de ordem prática deste tipo susceptíveis de serem exigidos pelo direito nacional.

101. O segundo ponto referido pela Roquette, conforme foi justamente salientado na audiência pelo Governo do Reino Unido e pela Comissão, diz unicamente respeito à maneira como as medidas compulsórias podem ser exercidas. Para o efeito, o órgão jurisdicional nacional pode, se o respectivo direito lho permitir ou exigir, assistir ele próprio à diligência. Pode ordenar expressamente aos agentes da polícia judiciária que acompanharão os agentes da Comissão que não forcem as fechaduras das portas, dos armários ou dos veículos a não ser quando os empregados da empresa se recusarem a abri-las, pois se assim não for, tratar-se-á de medidas compulsórias arbitrárias ou excessivas. Como foi referido pelo Governo do Reino Unido, o órgão jurisdicional nacional pode chamar a atenção da empresa para o facto de esta ter o direito de ser assistida pelo seu advogado (sem que daí possa resultar um prazo susceptível de conduzir à destruição das provas) e de os empregados terem o direito de não prestar declarações ou esclarecimentos susceptíveis de incriminar a empresa.

102. Resumindo, compete ao órgão jurisdicional nacional garantir que não sejam utilizadas medidas compulsórias de natureza física quando a atitude dos responsáveis da empresas não as justifiquem e de assegurar, de maneira geral, que a diligência se desenvolva de acordo com as regras em vigor no Estado em questão.

Conclusões

103. Em face das considerações atrás expostas, propomos ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre as duas questões prejudiciais colocadas pela Cour de cassation da República Francesa, dando-lhe a resposta única sugerida pela Comissão, declarando que:

«Atendendo a que o controlo jurisdicional exercido sobre as decisões de instrução proferidas pela Comissão das Comunidades Europeias, nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o qual reconhece o princípio geral de protecção de todas as pessoas, singulares e colectivas, contra as intervenções arbitrárias ou desproporcionadas das autoridades públicas, o artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 deve ser interpretado no sentido de que a instância nacional competente para decidir sobre o pedido de assistência formulado pela Comissão nos termos do citado artigo 14.º, n.º 6:

- não pode exigir a comunicação dos elementos ou indícios sobre os quais a Comissão se baseou para proferir a decisão de instrução, nem verificar a realidade e a pertinência destes elementos;

- não pode recusar a concessão da autorização solicitada a não ser na hipótese de o objecto e a finalidade da diligência não serem indicados na decisão da Comissão ou serem descritos de maneira manifestamente demasiado imprecisa para lhe permitir exercer o controlo da proporcionalidade que lhe compete.»