

# O RESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PROCEDIMENTOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA NO ÂMBITO DO REGULAMENTO N.º 1/2003

THE ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE EUROPEAN UNION COMPETITION LAW PROCEDINGS



Dora Resende Alves\*\*

Maria Manuela Magalhães Silva\*\*\*

**RESUMO:** Apresenta-se uma aproximação breve ao dever de respeito da Comissão Europeia pelos direitos fundamentais no exercício dos procedimentos do direito da concorrência da União Europeia. No desempenho dos seus poderes de investigação ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003, cabe à Comissão respeitar os princípios gerais e direitos de defesa garantidos pelo direito comunitário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Comissão Europeia, direito da concorrência, Regulamento n.º 1/2003, direitos de defesa.

**ABSTRACT:** This paper presents a brief approach to the duty of the European Commission to respect the fundamental rights in the exercise of procedures of competition law of the European Union. In exercising its powers of investigation under Regulation n.º 1/2003, the Commission must respect the general principles and fundamental rights guaranteed by european law.

**KEY-WORDS:** European Commission, competition law, Regulation n.º 1/2003, the rights of defense.

**Sumário:** **Introdução;** 1. Os poderes de investigação da Comissão; 2. O respeito pelos direitos fundamentais das empresas; a) O direito de não testemunhar contra si próprio; b) Protecção da correspondência entre empresa e advogado; c) Sigilo profissional; d) Inviolabilidade do domicílio; e) O direito a ser ouvido; Conclusões.

## Introdução

O apreço pelos Direitos Fundamentais, enquanto princípio geral de direito comunitário, assenta no princípio do “respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais” (artigo 6.º do Tratado de União Europeia)<sup>1</sup> e é prosseguido pela União Europeia quer na sua acção institucional quer na sua acção na cena internacional (artigo 21.º, n.º 1, do Tratado de União Europeia). No âmbito das suas competências, o cumprimento das regras de direito de concorrência relativas às empresas previstas

no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 101.º e 102.º) é promovido pela Comissão Europeia através de procedimentos administrativos detalhados no direito derivado através do Regulamento n.º 1/2003. Nesse exercício, em que a margem de discricionariedade da Comissão é grande, reveste grande importância o respeito pelos direitos de defesa.<sup>2</sup>

“Segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira

nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados membros colaboraram ou a que aderiram. Neste quadro, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem reveste um significado particular”.<sup>3</sup>

Não se aborda aqui a problemática global do sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais<sup>4</sup>, mas tão só a análise de alguns direitos de defesa escolhidos e no âmbito procedimental definido.

A defesa da concorrência não pode

\*\* Mestre em Direito e Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal. Doutoranda em Direito na Universidade de Vigo, Espanha.

\*\*\* Doutora em Direito e Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e do Instituto Bissaya Barreto, Porto e Coimbra, Portugal.

1 - VIEIRA, Nuno da Costa Silva. A origem e a importância dos Direitos Fundamentais. 2013.

2 - Ainda que a definição de direitos fundamentais suscite problemas complexos, em sentido amplo abrange todo o conjunto de liberdades, direitos e garantias de que beneficiam as pessoas num Estado de Direito. E a expressão “direitos de defesa” para os direitos e instrumentos necessários e adequados que o administrado pode fazer valer perante a administração.

ANTUNES, Luís Miguel Pais. Direito da Concorrência. 1995, p. 64.

3 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. p. I-9052.

4 - Veja-se DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais...” in Cadernos O Direito. 2010, pp. 169 a 189, e PACHECO, Maria de Fátima. “A protecção dos particulares...” in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas. 2005, pp. 99 a 152.

ser vista como um ordenamento estanque, no seio do ordenamento a que pertença, no caso do direito da União Europeia, antes devendo ser articulada e harmonizada com outros valores jurídico-normativos e ainda com os postulados próprios do Estado de Direito.<sup>5</sup>

Em todo o procedimento susceptível de terminar com a aplicação de uma sanção por violação do direito da concorrência, multa ou adstricção, mesmo que não tendo um carácter penal<sup>6</sup>, a Comissão terá que zelar pelo respeito dos princípios gerais de direito. Sendo que destes fazem parte os direitos fundamentais deles decorre o respeito pelos direitos de defesa das empresas.<sup>7</sup>

### 1. Os poderes de investigação da Comissão

Enquanto guardião dos Tratados<sup>8</sup> a Comissão Europeia é competente para vigiar o cumprimento do direito da União Europeia<sup>9</sup> e será sempre responsável em especial pela garantia de aplicação coerente das regras comunitárias da concorrência<sup>10</sup> no que mantém um papel central de desempenho.<sup>11</sup> Nesse exercício, a Comissão exerce específicos poderes de inquérito para concluir pela existência de infracções ao direito comunitário da concorrência – os poderes de investigação previstos em pormenor no regulamento de execução dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Esse regulamento é hoje o

Regulamento n.º 1/2003<sup>12</sup> que, num movimento de modernização do direito da concorrência, veio substituir o eficaz Regulamento n.º 17 de 1962, primeiro regulamento de execução dos então artigos 85.º e 86.º do Tratado.<sup>13</sup>

Os poderes de investigação da Comissão vieram a ser alargados no Regulamento n.º 1/2003<sup>14</sup>. Na execução conferida à Comissão por



este Regulamento, esta continua a encontrar ao seu dispor um núcleo de poderes de investigação para eficiente aplicação e cumprimento do direito comunitário da concorrência com um conjunto de instrumentos investigatórios que compreendem: o pedido de informações; a inspecção nas empresas; os inquéritos por sectores económicos; a realização de entrevistas.<sup>15</sup>

A fase de inquérito surge como uma etapa fundamental para a recolha de informações pela Comissão. Este inquérito prévio tem unicamente por objecto permitir-lhe reunir as informações e documentação necessários para verificar a realidade de uma infracção ao direito comunitário da concorrência<sup>16</sup>, mais concretamente aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, de que a Comissão teve conhecimento através de denúncia ou de qualquer fonte de informação ao seu alcance e procura pelo exercício dos poderes enunciados assegurar da compatibilidade ou incompatibilidade do comportamento de cada empresa com as regras da concorrência, recolhendo provas da sua participação que só poderão estar, na maior parte dos casos, na posse da própria empresa, antes de iniciar o procedimento contraditório que culminará (eventualmente) com a punição da infractora.

Com efeito, com as competências conferidas à Comissão desde o Regulamento n.º 17, esta tem ao seu dispor um núcleo de poderes de investigação para eficiente aplicação e cumprimento do direito comunitário da concorrência. Previstas vêm também as sanções para a falta de colaboração dos visados, essencialmente as empresas.<sup>17</sup>

O Regulamento n.º 17/62 surgiu com um amplo campo de aplicação, tornado fonte para posteriores

5 - CORDEIRO, António Menezes. “Defesa da concorrência e direitos fundamentais...” in Revista O Direito. 2004, p. 44.

6 - BALCIUNAITTE, Justina e STARIENE, Lijana. “Right to privacy v. European Commission’s expanded power of inspection according to Regulation 1/2003” in Jurisprudence. 2010, p. 116.

7 - THOUVENIN, Jean-Marc. “Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure” in Revue du Marché commun et de l’Union européenne. 2005, p. 467.

8 - Antigo artigo 211.º TCE, substituído em substância pelo novo artigo 17.º do TUE.

9 - Artigos 17.º, n.º 1, do TUE e 258.º a 260.º do TFUE.

10 - Expressamente o antigo artigo 85.º TCE e agora artigo 105.º do TFUE.

11 - Artigo 1.º do Regulamento n.º 1/2003.

12 - Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1 a 25.

13 - Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, JO 13 de 21.2.1962, p. 204.

14 - Ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados” in Anuario de la Competencia 2009. 2010, p. 139.

15 - Respectivamente, artigos 18.º, 20.º, 17.º e 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003.

16 - TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic / Commission, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, p. 2033.

17 - A natureza destas sanções não tem, porém, um carácter penal. Ver Díez-PICAZO, Luis Maria. “Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias” in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. 1994, p. 294: “Tampoco existen muchas actos de Derecho derivado que, en el ámbito del Tratado CEE, establezcan directamente sanciones aplicables por la propia Comunidad. Se limitan a la esfera de la competencia y toman como modelo el Reglamento 17/1962, que, en desarrollo de los arts. 85 y 86 (...) habilita a la Comisión para la imposición de multas por la infracción de las mencionadas reglas sobre la competencia. Es de destacar que estos reglamentos afirman expresamente el carácter no penal de las mencionadas sanciones.”

regulamentos específicos para campos de actividade por eles definidos, e deu lugar a importantes desenvolvimentos jurisprudenciais.<sup>18</sup>

Como é compreensível o exercício destes poderes é rodeado de um conjunto de cuidados no sentido de respeitar os direitos fundamentais das pessoas (colectivas, mas por vezes também singulares) envolvidas nas investigações que a Comissão pode efectuar.<sup>19</sup>

Da parte do Estado membro, impende sobre ele o dever de cooperação leal. “Quando as autoridades comunitárias e nacionais são chamadas a concorrer para a realização dos objectivos do Tratado através de um exercício coordenado das suas competências respectivas, como acontece no caso vertente, essa cooperação se reveste de um carácter particularmente essencial”<sup>20</sup>.

## 2. O respeito pelos direitos fundamentais das empresas

No exercício dos seus poderes de investigação, cabe à Comissão respeitar os princípios gerais e direitos fundamentais garantidos pelo direito da União Europeia.

Nos aspectos processuais relativos ao quadro institucional de aplicação efectiva do direito da concorrência da UE é crucial garantir uma pro-

tecção adequada dos direitos fundamentais das partes interessadas, eventualmente através de controlo jurisdicional.<sup>21</sup>

Num processo de natureza administrativa toda a pessoa jurídica, cujos direitos, liberdades ou interesses possam ser afectados, deve beneficiar, quer antes quer depois da tomada de decisão pela administração, da possibilidade de invocar, por escrito ou oralmente, todos os factos, argumentos e provas em sua defesa, elementos esses que deverão ser devidamente ponderados pelas autoridades administrativas.<sup>22</sup>

O acesso ao processo desencadeado pela Comissão e documentos aí constantes ganha importância vital, a conjugar com o respeito pela confidencialidade própria de alguns elementos.<sup>23</sup> A política de acesso aos documentos tem sido largamente desenvolvida pela União Europeia<sup>24</sup> e é só por si tema de desenvolvimento de estudos<sup>25</sup> e legislação.

Os direitos fundamentais (e em especial os direitos de personalidade) foram histórica e dogmaticamente pensados para servir o ser humano, a pessoa singular, porém a sua tutela veio a ser alargada (se aplicável) às pessoas colectivas por via da jurisprudência, passando os direitos fundamentais a contemplar

todos os sujeitos de direito, independentemente da sua natureza. As empresas têm os mais variados direitos e surge a necessidade de verificar os limites à defesa da concorrência, em nome dos direitos fundamentais das empresas, tutelando-a e regulando-a, para que seja possível conciliar os valores em presença. A conjugação entre a defesa da concorrência e os direitos das empresas torna-se mais fácil se tivermos em conta que na Europa a concorrência não vale por si, mas apenas como um meio para o bom funcionamento do mercado interno<sup>26,27</sup>

Um certo número de questões e dúvidas levantam-se quanto à conformidade de alguns aspectos do exercício dos poderes de investigação da Comissão com a existência e devido respeito por direitos fundamentais<sup>28</sup> das empresas<sup>29</sup> tais como a inviolabilidade da correspondência trocada com advogados ou a recusa de testemunhar contra si próprio<sup>30</sup> e mesmo em relação às pessoas individuais envolvidas por exemplo no que toca ao respeito pela sua vida privada<sup>31</sup>. Preocupações fundadas, nomeadamente, na inexistência de controlo jurisdicional prévio à acção da Comissão e no não reconhecimento às empresas de um direito de recusa ao efectuar das diligências da Comissão.<sup>32</sup>

Mesmo porque sendo um dos

18 - GALINDO, Blanca Rodriguez. “L’application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d’enquête de la Commission” in *Revue du Marché Unique Européen*. 1991, p. 76.

19 - RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *O Essencial da Política da Concorrência*. 2005, p. 321.

20 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. pp. I-9054.

21 - Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011. 2012, p. 11.

22 - ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência...* 1995, p. 106.

23 - COMMISSION of the European Communities. XIIth Report on competition policy. 1982, p. 40.

24 - VÖLCKER, Sven B. “Developments in EC competition law in 2005: an overview” in *Common Law Market Review*. 2006, pp. 1411.

25 - THOUVENIN, Jean-Marc. “Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure” in *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*. 2005, p. 470. Muito recentemente volta a haver propostas nesta matéria com a Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 168 E/45, de 15 de dezembro de 2011, JOUE C 168 E de 14.06.2013, p. 159.

26 - Artigo 3.º, n.º 2, do TUE.

27 - CORDEIRO, António Menezes. “Defesa da concorrência e direitos fundamentais...” in *Revista O Direito*. 2004, pp. 72 a 75.

28 - Alguma distinção se pode fazer entre os direitos fundamentais e os direitos de defesa, conceitos não perfeitamente coincidentes, mas que, sem nos alongarmos nessa análise, iremos tratar como idênticos, tendo em conta precisamente a caracterização do processo de inquérito da Comissão como um processo de natureza administrativa.

29 - Os direitos fundamentais do indivíduo não mereceram inicialmente uma atenção sistemática no quadro comunitário, carência talvez explicável por as preocupações dos Tratados originários terem apenas um carácter puramente económico. A ordem comunitária veio contudo a inspirar-se em diplomas internacionais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia, e houve uma evolução grande com a introdução da cidadania europeia pelo Tratado de Maastricht até à consagração da CEDF. Ver COHEN JONATHAN, G. “La Cour des Communautés Européennes et les droits de l’homme” in *Revue du Marché Commun*. 1978, p. 74.; DAUSES, Manfred A. “The Protection of Fundamental Rights...” in *European Law Review*. 1985, p. 399. e ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *Direito Comunitário*. 1985, p. 50.

30 - JANSSEN, Bernhard. “Les pouvoirs d’investigation de la Commission...” in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 696.

31 - BALCIUNAITIS, Justina e STARIENE, Lijana. “Right to privacy v. European Commission’s expanded power of inspection according to Regulation 1/2003” in *Jurisprudence*. 2010, p. 119.

32 - Idem.



objectivos da construção da União Europeia o estabelecimento de um verdadeiro *Rechtstaat*, o assegurar a protecção dos direitos e garantias fundamentais tornou-se prioritário.<sup>33</sup> O próprio Tribunal de Justiça veio a consagrar o respeito dos direitos de defesa<sup>34</sup> como um princípio fundamental do direito comunitário desde a década de 70<sup>35</sup>.

Questão relevante foi a ausência de uma previsão sistemática de regras que instituíam um sistema jurídico comunitário de respeito pelos direitos fundamentais, durante longo tempo.<sup>36</sup>

A primeira norma processual reguladora da acção da Comissão no âmbito escolhido para esta análise<sup>37</sup> não previa disposições que regulamentassem expressamente os direitos das empresas face ao exercício dos poderes de inquérito pela Comissão, mas o Tribunal de Justiça<sup>38</sup> exerceu eficazmente a sua função de fonte de direito, com base nos princípios gerais de direito e nos princípios comuns aos direitos dos Estados membros, colmatando com regras<sup>39</sup> que começam a ser exigidas pelas empresas ao reagirem contra a acção da Comissão que consideram excessiva. Os po-

deres da Comissão já foram mesmo considerados “exorbitantes”<sup>40</sup>, mas muito se avançou desde então.

Sendo, o processo inquisitório da Comissão de natureza administrativa<sup>41</sup>, ainda assim há lugar ao respeito de um quadro de direitos fundamentais, aliás com raízes nos



ordenamentos dos Estados membros.<sup>42</sup>

Recorde-se portanto que, em particular no que respeita ao direito da concorrência, a consagração da aplicação dos direitos fundamentais nestes processos, bem como a delimitação da amplitude com que seriam aplicáveis, teve origem pretoriana, retirando os tribunais comunitários a sua inspiração das tra-

dições constitucionais dos Estados membros e das linhas de orientação fornecidas por textos internacionais. E é assim que a retórica dos princípios e direitos fundamentais evoluiu significativamente no decorrer dos anos 90, e o papel preponderante dos tribunais permitiu garantir que, ao longo do processo, os poderes de investigação da Comissão fossem equilibrados com os direitos das empresas<sup>43</sup>.

Naquela data, o Regulamento n.º 99/63<sup>44</sup> já fazia uma referência aos direitos de defesa<sup>45</sup> e o Regulamento n.º 4064/89<sup>46</sup> declarava que os direitos de defesa deviam ser garantidos em todas as fases do procedimento<sup>47</sup>, enquanto o Regulamento n.º 17/62 não fazia qualquer referência de uma forma abrangente a tais direitos nem nos seus Considerando iniciais<sup>48</sup>. Mas surge aqui um ponto a esclarecer: a diferença entre o inquérito preliminar e o procedimento acusatório. Neste último, o princípio do contraditório está assegurado<sup>49</sup>, mas no inquérito preliminar a acção da Comissão é organizativa e preventiva, não tem ainda um carácter repressivo. E se bem que os direitos de defesa devam ser garantidos nesta fase não contra-

33 - SIMON, Denys. “Ordre public et libertés publiques...” 1976, p. 202.

34 - PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, pp. 52 e 76.

35 - A observar nos processos administrativos susceptíveis de levar à aplicação de sanções no cumprimento das regras substantivas da concorrência (TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, p. 3498). Ver ainda COHEN JONATHAN, G. “La Cour des Communautés Européennes et les droits de l’homme” 1978, p. 88.

Ver PICOZZA, Eugénio. “Il Regime Giuridico del Procedimento Amministrativo Comunitario” 1994, p. 327, que defende o respeito pelos direitos de defesa em qualquer procedimento que possa conduzir à imposição de sanções.

36 - Ver LENAERTS, Koen. “Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue” 1991, p. 367.

37 - O Regulamento n.º 1/2003.

38 - Ver JEANTET, Fernand-Charles. “La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence”. 1986, p. 65; BERGERÈS, Maurice-Christian. Contencioso Comunitário, e VESTERDORF, Bo. “Complaints concerning infringements of competition...” 1994, p. 89.

39 - No Acórdão *Transocean Marine Paint / Commission*: “la règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue” (TJCE, 23 de Outubro de 1974, Proc. 17/74, Colect. 1974, p. 1080).

40 - PLIAKOS, Astéris. “La protection des droits de la défense...” 1995, p. 450.

41 - COMMISSION of the European Communities. Xlth Report on competition policy (1981). § 27, p. 31.

42 - No Acórdão *Hoffman-La Roche / Commission*: “le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d’aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s’il s’agit d’une procédure de caractère administratif” (TJCE, de 13 de Fevereiro de 1979, Proc. 85/76, Colect. 1979, p. 511).

Ainda que a Comissão deva respeitar as garantias de defesa das empresas, não se pode ter por preocupação tratar-se de um processo de natureza judicial, uma vez que a Comissão dificilmente será considerada como um tribunal para efeitos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TJCE, Acórdão de 29 de Outubro de 1980, *Van Landewyck (FEDETAB) / Commission*, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, p. 3248). Ver também VAN DAMME, Jacques. “La mise en oeuvre des articles 85 et 86...” 1967, p. 51.

43 - MARTINHO, Helena Gaspar. “Tribunais especializados, concentração de competências e o futuro tribunal da concorrência, regulação e supervisão” in C&R. 2010, p. 258.

44 - Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, JOCE 127 de 20.8.1963, revogado pelo Regulamento n.º 2842/98. Foi aliás com fundamento no artigo 9.º, n.º 1, deste Regulamento que surge o cargo de conselheiro auditor, na designação da sua criação. Anexo ao Treizième Rapport sur la politique de concurrence de 1983 da Comissão, Mandat du conseiller-auditeur, p. 291.

45 - Ver o seu terceiro Considerando.

ditória, em todo caso sê-lo-ão com uma intensidade diferente (maior) da fase seguinte.<sup>50</sup>

O inquérito, como fase em que a Comissão tenciona descobrir as infracções às prescrições legais ou regulamentares que protegem a livre concorrência é talvez a fase de procedimento onde a necessidade de assegurar a eficácia da acção administrativa é maior e mais perceptível, mas há, ainda assim, que a manter nos limites do necessário e na prossecução de um objectivo pré-definido.<sup>51</sup>

Os largos poderes conferidos à Comissão pelos regulamentos de execução para prosseguir o cumprimento das regras comunitárias da concorrência têm sido criticados, considerando que o direito adjectivo dota a Comissão do exercício de funções próprias de acusador, investigador, acusador e juiz, o que re-



sultaria num procedimento injusto, mas a jurisprudência sempre confirmou a validade dessas regras como em conformidade com os princípios de justiça.<sup>52</sup>

Porém, em todos os procedimentos administrativos passíveis de conduzir à aplicação de sanções, como é o caso na aplicação das regras de concorrência do Tratado, se requer o respeito pelos direitos de defesa como direitos fundamentais que fazem parte dos princípios gerais de direito de que o Tribunal de Justiça é garante.<sup>53</sup>

Os poderes administrativos de investigação, enquanto actuação material, incidem sobre os direitos fundamentais pois envolvem o exercício de poderes coercitivos, o que explica a sua sujeição a um conjunto de princípios gerais, comuns a toda a intervenção administrativa, de limitação e organização. Para além do princípio de reserva de lei há que ter em conta os princípios de necessidade, proporcionalidade e igualdade, com a dificuldade de os articular com o necessário poder discricionário da Comissão na hora de colocar em prática as medidas de investigação.<sup>54</sup>

Na sua análise, o Tribunal de Justiça, e também a doutrina, têm considerado que os extensos poderes da Comissão não põem em causa o respeito pelos direitos fundamentais.<sup>55</sup>

Fica assegurado como princí-



pio de direito da União Europeia, o direito a ser ouvido, ainda pedra angular do direito a um julgamento justo, muitas vezes exercido por escrito mas também conferida a oportunidade de requerer uma audição oral, no respeito pelos princípios de direito internacional geral.<sup>56</sup>

No sistema da UE, e com a sua evolução, há hoje detalhados procedimentos que garantem um elevado grau de protecção dos direitos de defesa das partes envolvidas<sup>57</sup>. Dessa forma, por exemplo, o exercício das funções do cargo de Auditor<sup>58</sup> insere-se nas preocupações da Comissão em conduzir os seus procedimentos em matéria de concorrência de forma a assegurar o respeito dos direitos procedimentais das partes interessadas. Em especial, o direito das partes interessadas em serem

46 - A matéria sobre as operações de concentração de empresas foi regulada em 1989 (a primeira proposta era de 1972) pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, JOCE 395 de 30 de Dezembro de 1989, pp. 1 a 12, com as alterações do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas ("Regulamento das concentrações comunitárias"), JOCE L 24 de 29.1.2004, executado pelo Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOCE L 133 de 30.04.2004, pp. 1-39 (rectificado no JOCE L 172 de 6.5.2004, p. 9), e está hoje regulada pelo Regulamento (CE) n.º 1033/2008 de 20 de Outubro, que altera o Regulamento (CE) n.º 802/2004 de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JOUE L 279 de 22.10.2008, pp. 3-12).

47 - No seu artigo 18.º.

48 - Salvo uma referência ao direito de as empresas serem ouvidas, no seu décimo primeiro Considerando e no artigo 19.º.

49 - A propósito do direito de ser ouvido constante do artigo 19.º do Regulamento n.º 17/62, ver CESARINI, Paolo. "Le droit d'être entendu..." in *Révue du Marché Unique Européen*. 1995, p. 145, e GUDIN, Charles-Étienne. "Le droit d'être entendu..." in *Révue des Affaires Européennes*. 1994, p. 43.

50 - LESGUILLONS, Henry. "L'auto-incrimination en droit de la concurrence" in *Révue de Droit des Affaires Internationales*. 1994, p. 245, e SAINT-ESTEBEN, Robert. "Les droits de la défense..." in *Révue des Affaires Européennes*. 1994, p. 51.

51 - JEANTET, Fernand-Charles. "La défense dans les procédures..." in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1986, p. 56.

52 - LAVOIE, Chantal. "The Investigative Powers of the Commission..." in *European Law Review*. 1992, p. 21; TJCE, Acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion Française / Commission*, Proc. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, p. 1880, e BRUNET, François. "Chronique de droit communautaire de la concurrence" in *Revue de Droit des Affaires Internationales*. 1994, p. 492.

53 - THOUVENIN, Jean-Marc. "Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure" in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. 2005, p. 467.

54 - LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia" in *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2009, p. 37.

ouvidas antes da adopção de qualquer decisão individual, que constitui um direito fundamental da União Europeia, reconhecido pela Carta dos Direitos Fundamentais<sup>59</sup>. As normas de execução das regras do Tratado relativas ao direito da concorrência prevêem o direito de as partes interessadas e de terceiros serem ouvidos antes de ser tomada qualquer decisão final que afecte os seus interesses. O direito de apresentar os seus argumentos acontece por escrito mas também é possível oralmente.

O assegurar dos direitos de defesa nos procedimentos de direito da concorrência foi uma preocupação crescente, hoje expressamente apoiada no texto da Carta dos Direitos Fundamentais.<sup>60</sup>

Certamente que a observação de tais direitos de participação é em primeiro lugar da responsabilidade da Comissão, nomeadamente o direito de acesso a todo o processo foi consagrado pela Comissão e uma conquista para os direitos de defesa, a par da criação do cargo de Auditor em 1982<sup>61</sup> e com imediato êxito<sup>62</sup>, acompanhando as evoluções tecnológicas na disponibilização dos pro-

cessos às partes.<sup>63</sup> “Em princípio, deve ser concedido às Partes acesso a todos os documentos que constituem o processo da Comissão, com excepção de documentos internos, dos segredos comerciais de outras empresas ou de outras informações confidenciais”.<sup>64</sup>

Ainda que a aplicação pública

nos e prejuízos, possíveis hoje em dia em todos os direitos internos, para salvaguarda do respeito pelos direitos fundamentais (no chamado *private enforcement* por oposição ao *public enforcement*).<sup>65</sup>

**Analisa-se com mais detalhe alguns direitos escolhidos:**

#### **a) O direito de não testemunhar contra si próprio**

O direito de não testemunhar contra si próprio é um princípio de direito segundo o qual qualquer pessoa suspeita de uma infracção sancionada repressivamente pelos tribunais, tem o direito de não responder a questões que possam agravar a sua situação, não sendo obrigada a fornecer argumentos utilizáveis contra ela<sup>66,67</sup>.

O Regulamento n.º 1/2003 não prevê qualquer norma que liberte as empresas de uma obrigação de informar. O Conselho não aprovou a proposta do Parlamento Europeu, aquando da discussão do projecto do prévio Regulamento n.º 17/62, no sentido de que “as pessoas obrigadas a fornecer as informações podem recusar responder às questões,



**UNIVERSIDADE PORTUCALENSE**

do direito da concorrência não tenha apresentado um mau resultado na Europa e visto que a sua aplicação evidentemente se manterá, as dificuldades de ordem material e processual dificultam ainda a prática do exercício para a propositura de acções de indemnização por da-

55 - BALCIUNAITÉ, Justina e STARIENÉ, Lijana. “Right to privacy v. European Commission’s expanded power of inspection according to Regulation 1/2003” in *Jurisprudence*. 2010, p. 117.

56 - O artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 em RODRIGUES, L. Barbosa e CARNEIRO, Alberto Soares. *Direitos Humanos*. 2011, p. 204.

57 - ITALIANER, Alexander. “The European Commission’s procedural package...” in *C&R*. 2011, p. 26.

58 - Decisão 2011/695/UE do Presidente da Comissão Europeia, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência, JOUE L 275 de 20.10.2011, pp. 29 a 37.

59 - Ver artigo 41.º da CEDE.

Em 2007/C 303/01, JOUE C 303 de 14.12.2007 consta Informação oriunda das instituições e dos órgãos da União Europeia com a republicação do texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 7 de Dezembro de 2000, texto esse adaptado e válido a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (pp. 1 a 16).

Segue-se (2007/C 303/02, pp. 17 a 35) a publicação de Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, que constituem um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta.

Fora no Conselho Europeu em Colónia, Alemanha, em 3 e 4 de Junho de 1999, que se decidira a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É no Conselho Europeu de Nice, França, de 7 a 9 de Dezembro de 2000, que é solenemente proclamado o texto da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (publicado em 2000/C 364/01 em JOUE C 364 de 18.12.2000, pp. 1 a 22), sem ser juridicamente vinculativa.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a posição da Carta de Direitos Fundamentais figura em Declaração anexa, com algumas ressalvas para a República Checa, Polónia e Reino Unido.

60 - Ver artigos 47.º e 48.º, n.º 2, da CEDE.

61 - COMMISSION des Communautés européennes. *Treizième Rapport sur la politique de concurrence* (1983), § 74, p. 68.

ALBERS, Michael e JOURDAN, Jérémie. “The Role of Hearing Officers in EU ...” 2011, p. 189, e COMMISSION of the European Communities. *XIth Report on competition policy*. 1981, § 22.

62 - COMMISSION of the European Communities. *XIIth Report on competition policy* (1982). § 34, p. 40.

63 - Por exemplo através de DVD no Relatório Final do Auditor 2011/C 324/06, JOUE C 324 de 09.11.2011, p. 5.

64 - Relatório Final do Auditor 2012/C 64/08, de 10 de outubro de 2011, JOUE C 64 de 03.03.2012, p. 8.

65 - VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “La terminación convencional del procedimiento sancionador en matéria de defensa de la competencia” in *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2009, p. 170.

66 - PILLAKOS, Astérís. *Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*. 1995, p. 257.

67 - No direito português, relacionados com este o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal, na versão da Lei n.º 20/2013 de 21 de Fevereiro, como a 25.ª alteração.



quando tal resposta for susceptível de expôr as próprias pessoas, ou de expor qualquer pessoa a quem seja reconhecida pelas normas de processo nacionais a possibilidade de recusar-se a testemunhar, ou as empresas ou associações de empresas que elas representam, a sanções penais”.<sup>68</sup>

Nem o artigo 18.º, nem o artigo 20.º, ambos do Regulamento n.º 1/2003, reconhecem o direito de recusa das empresas ou associações de empresas de fornecer informações que possam vir a ser utilizadas pela Comissão como prova contra elas. Pelo contrário, o Regulamento impõe às empresas uma obrigação de colaboração activa nas medidas de investigação<sup>70</sup>. Porém, a jurisprudência vincula o direito a não testemunhar contra si próprio como um direito de defesa e portanto um princípio fundamental da ordem comunitária.<sup>71</sup>

Outra questão é o carácter não penal expresso<sup>72</sup> das sanções passíveis de serem aplicadas e a sua aplicação apenas a pessoas colectivas, empresas ou associações de empresas. É que, encontramos na doutrina autores que consideram que o direito a não testemunhar contra si próprio só pode ser invocado quando reunidas duas condições, a sanção a aplicar ser de natureza penal e dizer respeito a uma pessoa individual<sup>73</sup>;

e autores que se manifestam a favor de um reconhecimento geral desse direito às pessoas colectivas e para todo o tipo de sanções.<sup>74</sup> Crê-se ser este o sentido a seguir.

As normas de aplicação das regras da concorrência não reconhecem portanto um direito ao silêncio<sup>75</sup>. A possibilidade de uma empresa alegar que a resposta a um pedido de informação da Comissão deixa vulnerável o seu direito de defesa é limitada.<sup>76</sup>

Ainda que a Comissão tenha a autoridade para obrigar a empresa a fornecer todas as informações solicitadas e a apresentar os documentos pedidos que se encontrem em seu poder, incluindo os que sirvam de fundamento para provar a sua infracção, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de dar respostas que impliquem admitir a existência de uma infracção cuja prova cabe à Comissão.<sup>77</sup> O equilíbrio é difícil.

A questão é que a empresa não pode ser obrigada a inculpar-se<sup>78</sup>, acusando-se da prática de uma infracção ao direito da concorrência comunitário, mas pode por outro lado ser obrigada a fornecer todas as indicações que a Comissão considere necessárias e que servirão de base à acusação<sup>79</sup>. Na prática, nem sempre será evidente distinguir as duas ideias, já que a Comissão ao solicitar

elementos factuais, considera que os mesmos deverão ser fornecidos, mesmo tendo como consequência o estabelecimento da prova da infracção<sup>80</sup>. Não é uma questão fácil.

A jurisprudência garante que a Comissão não pode obrigar uma empresa a reconhecer a existência de uma infracção, antes cabe à Comissão provar a infracção mediante uma reconstrução dos factos e não está autorizada a simplesmente pedir à empresa que reconheça a sua implicação, sob pena de nulidade<sup>81</sup>. Mas por outro lado a empresa não pode recusar-se a responder a perguntas puramente factuais que levem a empresa a admitir a existência de uma infracção.

Não obstante a ausência de previsão sobre o direito a não testemunhar contra si próprio no direito da concorrência comunitário, o Tribunal de Justiça vincula-o como um direito de defesa na qualidade de princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário<sup>82</sup>. Porém, não se trata de um direito absoluto, não podendo portanto constituir entrave injustificado à actividade da Comissão na sua missão de velar pelo cumprimento das normas da concorrência no mercado interno<sup>83</sup>. Nem sempre é fácil estabelecer estas fronteiras com nitidez entre um dever de cooperação das empresas investigadas e o seu direi-

68 - DERINGER apud ANTUNES, Luís Miguel Pais Direito da Concorrência. 1995, p. 120.

69 - JOSHUA, Julian Mathic. Requests for Information in EEC Factfinding Procedures. European Competition Law Review (ECLR). 1982, p. 178.

70 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, p. 3349.

71 - TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, pp. 3461 a 3547.

72 - Artigo 15.º, n.º 4, do anterior Regulamento n.º 17/62: “As decisões tomadas por força dos n.ºs 1. e 2. não têm natureza penal.”

73 - JOSHUA, Julian Mathic. The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17. European Law Review. 1983, p. 13.

74 - PLIAKOS. 1995, op. cit., p. 258.

75 - LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l'application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. 1992, p. 33.

76 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea...” in Derecho de la competencia europeo y español. 2007, p. 188.

77 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3283 a 3354.

78 - Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão, JOUE C 308 de 14.10.2011, Considerando 36, p. 13.

79 - SAINT-ESTEBEN, Robert. “Les droits de la défense...” in Revue des Affaires Européennes. 1994, p. 54, e JANSEN, Bernhard. “Les pouvoirs d'investigation de la Commission...” in Revue du Marché Commun. 1990, p. 700.

80 - SAINT-ESTEBEN. 1994, cit.

No Acórdão Orkem / Comissão : “o Regulamento n.º 17 não reconhece à empresa que seja objecto de uma medida de investigação qualquer direito de se furtar à execução dessa medida em virtude de o seu resultado poder fornecer a prova de uma infracção que cometeu às regras da concorrência (...) a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos (...) mesmo que estes possam servir (...) para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial”, mas não pode “impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão” (TJCE, 18 de Outubro de 1989, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3350 e 3351).

81 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, cit, p. 3283, § 41, e Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Solvay & Cie / Comissão, Proc. 27/88, Colect. 1989-9, p. 3355, § 37.

82 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 220.

83 - TPI, Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke AG / Comissão, Proc. T-112/98, Colect. p. II-729.

to a uma não incriminação<sup>84</sup>.

## b) Protecção da correspondência entre empresa e advogado

A todo o indivíduo sujeito a uma jurisdição deve ser concedida a possibilidade de se comunicar livremente com o seu advogado, cuja função será conceder-lhe, de uma forma independente, todos os conselhos jurídicos necessários<sup>85</sup>. Consequentemente, em todos os Estados membros encontramos uma protecção conferida à confidencialidade da correspondência trocada entre o advogado e o seu cliente<sup>86</sup>, embora com diferenças de grau ou de métodos aplicados nas diferentes legislações nacionais. Mas não se encontra consagrado directamente na legislação europeia, apenas através da sua jurisprudência<sup>87</sup>, cujo entendimento não afecta a regulamentação interna de cada Estado membro nesta matéria.<sup>88</sup>

Questão específica é sabermos da aplicação desta protecção no quadro do direito da concorrência comunitário e sendo o cliente uma empresa ou associação de empresas<sup>89</sup>. O direito à confidencialidade nas comunicações entre advogado e cliente está pensado na óptica do cliente, quer dizer que se trata de um direito que este pode invocar no

caso de sofrer uma investigação por parte das autoridades da concorrência, para proteger essas comunicações e documentos elaborados pelos seus advogados, é portanto um direito do cliente<sup>90</sup>.

O Regulamento n.º 17/62 não previa quaisquer disposições que expressamente previssem esta protecção, nem agora o novo Regulamento n.º 1/2003. Não obstante, existe uma limitação em relação à correspondência entre as empresas e seus advogados<sup>91</sup> no exercício dos poderes de investigação da Comissão. Documentos que podem estar protegidos pelo sigilo profissional da relação entre advogado e cliente e terem, por isso, um carácter confidencial em relação à Comissão<sup>92</sup>. Face a esta lacuna, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicabilidade desta protecção no direito comunitário, vindo a concluir pelo reconhecimento da protecção da confidencialidade da correspondência trocada entre empresa e advogado como um princípio geral de direito comunitário<sup>93</sup>.

Já muito antes o Parlamento Europeu se pronunciara sobre o projecto do Regulamento n.º 17/62 propondo que o segredo profissional, como por exemplo dos advogados e dos contabilistas, deve ser assegurado,

mas tal proposta não foi atendida na redacção final<sup>94</sup>. Também já fora levada a cabo uma análise da questão nas diferentes ordens jurídicas nacionais dos Estados membros em 1976 pela CCBE - Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne, dando origem a um chamado "Relatório Edward"<sup>95</sup>.

A noção de "correspondência" deve ser interpretada de uma forma lata, incluindo qualquer comunicação, oral ou escrita, entre a empresa e o seu advogado, embora as questões se levantem quase exclusivamente sobre documentos escritos<sup>96</sup>.

No entanto, o Tribunal adopta este direito das empresas com um alcance delimitado por duas condições: que se trate de correspondência trocada no âmbito e no interesse dos direitos de defesa do cliente e que seja proveniente de um advogado independente<sup>97</sup>. E a jurisprudência tem reafirmado este entendimento<sup>98</sup>. É neste quadro que o princípio consagrado pelo Tribunal de Justiça deve ser interpretado na aplicação do hoje Regulamento n.º 1/2003<sup>99</sup>.

A primeira condição é, como foi dito, que se trate de correspondência trocada no âmbito e com os fins do direito de defesa do cliente. O que traz consigo uma concepção finalis-

84 - MENDES, Paulo de Sousa. "O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência" in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. 2009, pp. 217.

85 - Ver os deveres do advogado para com o seu cliente, na legislação portuguesa, no artigo 83.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, pela Lei n.º 15/2005 de 26 de Junho, já alterada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro e Lei n.º 12/2010 de 25 de Junho.

86 - Ver artigo 179.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português.

87 - Pela primeira vez consagrado pelo TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1610.

88 - IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la confidencialidad..." in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 2011, p. 134.

89 - É das questões mais debatidas em relação à actuação da Comissão (JOSHUA, Julian Mathic. "Information in EEC Competition Law Procedures" in *European Law Review*. 1986, p. 423).

90 - IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la confidencialidad..." in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 2011, p. 131.

91 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 200.

92 - Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão, JOUE C 308 de 14.10.2011, Considerando 51, p. 15.

93 - Esta fonte de direito comunitário não escrita corresponde a objectivos gerais da integração europeia e foi consagrada no TJCE, Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage et Continental Can / Commission, Proc. 6/72, Colect. 1973, p. 215.

94 - Ver TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1621.

95 - Idem.

96 - TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, pp. 1625 e 1655. e TPICE, Acórdão Hilti / Comissão, Proc. T-30/89, Despacho de 4 de Abril de 1990, Colect. 1990-4, p. II-164, e GOFFIN, Léon. "Le principe de la confidentialité" in *Cahiers de Droit Européen*. 1982, p. 397.

97 - No Acórdão AM & S / Commission, cit. p. 1611: "d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi." Ver *Competition Proceedings before the EC Commission*, Report No. JD06. pp. 18 e ss.

98 - TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.

99 - Idem. Ver também FAULL, Jonathan. "A. M. & S.: the Commission's Practice Note" in *European Law Review*. 1983, p. 411.





ta dos direitos de defesa, o interesse a defender é o da defesa do cliente, já que a empresa poderá mesmo abdicar da confidencialidade, revelando o conteúdo dos elementos protegidos, se o entender favorável à sua posição<sup>100-101</sup>.

A confidencialidade abrange toda a correspondência trocada após o início do processo de inquérito, mas também toda a correspondência anterior ligada ao objecto do processo<sup>102</sup>. Mais ainda, por exemplo, notas internas da empresa que tenham sido elaboradas reproduzindo fielmente o aconselhamento jurídico recebido<sup>103</sup> ou documentos preparatórios destinados ao aconselhamento jurídico em causa<sup>104</sup>.

Embora nada seja referido quanto aos locais onde se devem encontrar os elementos protegidos, seja

na posse da empresa seja na do seu advogado, parece ser de excluir do âmbito da protecção a correspondência encontrada, em poder de terceiros e por estes obtida de modo legítimo<sup>105</sup>. E também ficará fora de protecção a correspondência que envolva o próprio advogado na prática infractora<sup>106</sup>.

A segunda condição definida pela jurisprudência é que a correspondência seja proveniente de um advogado independente, isto é, não ligado à empresa por um vínculo contratual laboral. O Tribunal considera que só assim se observa uma concepção do papel do advogado como colaborador da justiça e susceptível de fornecer, em total independência e no interesse superior dessa mesma justiça, a assistência legal de que o cliente necessita<sup>107</sup>. Não nos parece haver necessidade de, com estas preocupações, excluir os advogados ligados à empresa ou a qualquer instituição por um contrato de trabalho, sendo sim de apreciar se se encontram em condições de isenção de acordo com a deontologia profissional aplicável<sup>108</sup>. E houve até a ideia de se poder alargar este entendimento aos membros do pessoal do departamento jurídico<sup>109</sup>. Contudo o entendimento do TJUE mantém-se entendendo que um advogado interno da empresa não manterá o mesmo grau de independência relativamente à empresa do que um advogado externo

com os seus clientes pois aquele não conseguirá enfrentar eventuais conflitos de interesses que se coloquem entre as suas obrigações profissionais e os objectivos dos seus clientes perdendo alguma independência profissional<sup>110</sup>.

O advogado deve encontrar-se inscrito na Ordem dos Advogados do seu país ou estar habilitado a exercer num Estado do Espaço Económico Europeu<sup>111</sup>, independentemente do Estado membro onde o cliente resida. O próprio Tribunal explica-o considerando que a questão se prende com a existência de princípios comuns aos Estados membros em matéria de confidencialidade, não perceptíveis por advogados de ordens jurídicas exteriores à Comunidade<sup>112</sup>.

Um outro ponto é saber quem aprecia da confidencialidade dos elementos trocados entre advogado e empresa. Se a empresa recusar a cedência de um documento invocando o seu carácter confidencial, deverá justificar-se apresentando elementos de prova dessa confidencialidade, cuja apreciação caberá à Comissão. Desde que os funcionários da Comissão aceitem essa prova justificando a protecção, a empresa não terá que os apresentar. Mas se a empresa recusar a apresentação e a Comissão, através dos seus agentes, não ficar persuadida da argumentação invocada, pode reclamar mais elementos de prova

100 - *Ibidem*, p. 1613: "le principe de confidentialité ne saurait faire obstacle à ce que le client d'un avocat révèle la correspondance échangée entre eux, s'il estime avoir intérêt à le faire".

101 - No sentido de considerar a protecção do sigilo como um princípio de ordem pública, como na ordem jurídica francesa, ver PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, p. 245.

102 - Acórdão AM & S / Commission, cit., pp. 1611 e 1614. Ver também, sobre a evolução do entendimento jurisprudencial da questão, PLIAKOS. 1995, op. cit., pp. 246 e 247.

103 - TPI, Acórdão de 12 de Dezembro de 1991, Hilti Aktiengesellschaft / Comissão, Proc. T-30/89.

104 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 197.

105 - ANTUNES, Luís Miguel Pais. Direito da Concorrência. 1995, p. 136.

106 - JOSHUA, Julian Mathic. "The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17" in *European Law Review*. 1983, p. 17.

107 - TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1611.

108 - Relacionado o artigo 76.º, n.º 2 e 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados portuguesa, considerando a isenção e independência próprias da profissão de advogado compatível com a existência de um contrato de trabalho. Ver ainda a posição do Advogado-Geral Warner no Acórdão AM & S / Commission, cit., p. 1620, e GOFFIN, Léon. "Le principe de la confidentialité" in *Cahiers de Droit Européen*. 1982, p. 397.

109 - Na Decisão da Comissão de 28 de Janeiro de 1998, JOCE L 142 de 25.04.1998, p. 90, pontos 189 a 199.

110 - TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.

111 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 201.

112 - Uma vez que encontramos uma harmonização comunitária relativa ao exercício da profissão de advogado por força da Directiva n.º 77/249 de 22 de Março de 1977, JO L 78, p. 17. Ver Acórdão AM & S / Commission, cit. p. 1612, e LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l'application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. 1992, p. 72.

por os considerar manifestamente insuficientes ou lavrar auto da recusa de apresentação, no caso de nos encontrarmos numa investigação no local, podendo dar origem a sanções posteriores para a empresa. A sanção pode basear-se na recusa de apresentação do documento ou no carácter insuficiente dos elementos de prova apresentados para estabelecer a sua eventual confidencialidade protegida<sup>113</sup>.

### c) Sigilo profissional

O sigilo profissional é uma espécie de dever que recai por um lado sobre o advogado que assegura o apoio legal, no sentido de evitar que um terceiro ou uma autoridade possa tomar conhecimento de documentos directamente ligados a esse apoio jurídico, é portanto uma obrigação que se dirige ao advogado<sup>114</sup>. Por outro lado, e mais do que isso, refere-se aos segredos comerciais dos negócios, informações confidenciais de cada empresa no seu desempenho comercial e que devem ser garantidos no exercício das competências da Comissão e demais autoridades da concorrência<sup>115</sup>.

No âmbito dos seus poderes de investigação nas empresas, a Comissão detém um poder de examinar os elementos profissionais da empresa, o que inclui todos os documentos relativos às actividades comerciais da empresa, sejam eles de nature-

za oficial ou não<sup>116</sup>. O único limite imposto à Comissão é o objectivo do processo de inquérito, estarem os documentos relacionados com as actividades ou produtos investigados no decurso daquele processo de inquérito<sup>117</sup>. Mas aí impende sobre ela a obrigação de respeitar os segredos profissionais da empresa, mantendo sigilo sobre os elementos a que tenham acesso<sup>118</sup>.

O princípio geral consta do artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 que ao atribuir poderes de investigação à Comissão estabelece uma medida geral de garantia para os particulares que consiste em que a informação recolhida no exercício da investigação apenas possa ser utilizada para o fim que justificou o seu pedido. Segundo a jurisprudência “do artigo se depreende, com efeito, que a informação obtida durante as investigações não deve utilizar-se para fins distintos dos indicados no mandado de investigação ou na decisão de inspecção. Esta exigência deve preservar, além do segredo profissional, o direito de defesa das empresas”<sup>119</sup>. E o Tribunal de Justiça declarou que a informação obtida em virtude de um pedido de informações não deve ser utilizada para um fim diferente daquele com que foi solicitada, devendo a Comissão, assim como as autoridades competentes dos Estados membros e seus agentes, respeitar o segredo profissional<sup>120</sup>.

Tratando-se de uma resposta a um pedido de informações da Comissão, esta solicitará à empresa que identifique claramente, na sua resposta, os segredos profissionais que não devem ser revelados a terceiros nem publicados<sup>121</sup>. Com efeito, no âmbito de processos em que participem empresas concorrentes, a divulgação de aspectos sigilosos poderia causar danos irreparáveis ao desempenho de uma empresa no mercado<sup>122</sup>.

A Comissão considera que lhe assiste o direito de, com essas limitações, ter acesso a todos quaisquer documentos, mesmo que contenham segredos profissionais<sup>123</sup>, no decorrer de um pedido de informações ou de uma inspecção na empresa. Assim, a Comissão não detém o direito de examinar todos os documentos profissionais, tão só os relacionados necessariamente com o objecto do inquérito, cabendo-lhe, no entanto, a liberdade de decisão na possível apreciação dessa necessidade<sup>124</sup>.

É compreensível o receio legítimo da empresa em divulgar os seus segredos profissionais próprios do seu modo de produção, da fórmula de fabricação do produto, listagens de clientes, condições de venda ou qualquer indicação que julgue característica e passível de prejudicar o seu desempenho concorrencial no mercado se vier a ser conhecida por concorrentes do sector<sup>125</sup>. No en-

113 - O decorrer prático desta acção vai ter em conta o tipo de procedimento de inquérito a decorrer: se pedido de informações, se inspecção na empresa, nos termos do Capítulo V do Regulamento n.º 1/2003.

114 - IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. “El derecho a la confidencialidad...” in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 2011, p. 131.

115 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. 2010, p. 193.

116 - JOSHUA. 1983, cit., p. 11.

117 - Ver TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1610, e Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979, JOCE L 57 de 08.03.1979, p. 34.

118 - Artigos 16.º, n.º 1, e 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003.

119 - Ver TJCE, Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux NV / Comissão, Proc. 85/87.

120 - TJCE, Acórdão de 16 de Julho de 1992, Dirección General de Defensa de la Competencia / Asociación española de banca (AEB) e outros, Proc. C-67/91, pp. I- 4885, § 34.

121 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea...” in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 185.

122 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. 2010, p. 190.

123 - Na terminologia francesa a expressão é talvez mais elucidativa: *secrets d'affaires*.

124 - Embora caiba à Comissão a designação de quais os documentos que considera necessários para sua informação, o poder discricionário que detém não a permite adoptar comportamentos injustos ou arbitrários, sob pena de violar um princípio de proporcionalidade reconhecido na ordem comunitária. Ver LAVOIE, Chantal. “The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules” in *European Law Review*. 1992, p. 27, e Acórdão AM & S / Commission, cit., p. 1610.

125 - Não é possível estabelecer à partida os elementos abrangidos pelo segredo profissional, a propósito do qual o artigo 339.º do TFUE refere que inclui os dados sobre as relações comerciais das empresas e elementos dos seus preços de custo.



tanto, não lhe é permitido recusar informação à Comissão com esse argumento, uma vez que isso vedaria o acesso desta instituição comunitária a informações necessárias para cumprir a sua missão de controlo do cumprimento das regras comunitárias da concorrência, que ficaria desprovida de eficácia<sup>126</sup>.

Desta forma, equilibrando os interesses de ambas as partes logo o Regulamento n.º 17/62 veio consagrar a protecção do segredo profissional, considerando que as informações obtidas durante o processo de inquérito só podem ser utilizadas e divulgadas para o fim prosseguido por esse procedimento<sup>127</sup>. O fim desta protecção aos segredos profissionais é essencialmente prevenir o acesso a tal informação pelos concorrentes de cada empresa, garantindo o conhecimento da Comissão no sentido de recolher elementos probatórios<sup>128</sup>.

Igualmente, a interdição de divulgar os dados assim confidenciais

a que a Comissão tem acesso estende-se, para além dos seus agentes e funcionários<sup>129</sup>, às autoridades nacionais que assistem o procedimento, que não poderão utilizar os elementos desta forma levados ao seu conhecimento para iniciar qualquer tipo de procedimento ao abrigo do direito nacional em matéria fiscal, penal ou administrativa, cujo incidir se tornaria possível com este conhecimento<sup>130</sup>.

A própria publicação de decisões no Jornal Oficial respeitantes ao procedimento de inquérito será limitada ao essencial da decisão<sup>131</sup>, quando haja nessa prática de publicação um interesse geral, atento, por exemplo, tratar-se de uma questão jurídica pouco trabalhada. A não ser que o próprio segredo profissional constitua um elemento probatório da infracção ao direito da concorrência, caso em que nos parece não deverá gozar de protecção na publicação, uma vez que o interesse na protecção deixou de ser legítimo<sup>132</sup>.

Nem sempre, ainda assim, é simples conciliar este requisito de protecção com a necessidade de divulgação de certas informações pela Comissão para prosseguir com o inquérito<sup>133</sup>. Até porque conciliar depois o direito de acesso de alguns intervenientes torna-se moroso e

complexo<sup>134</sup>.

#### d) Inviolabilidade do domicílio

Na análise elaborada pelo Tribunal de Justiça sobre a garantia de direitos fundamentais das empresas, como protecção perante a arbitrariedade administrativa da Comissão, surge<sup>135</sup> o discutir do reconhecimento de um direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, considerando a hipótese de ser este direito extensível aos locais comerciais<sup>136</sup>, no âmbito do exercício dos poderes de investigação da Comissão e em especial da inspecção nas empresas.

Este direito fundamental supõe que a empresa titular do direito dê consentimento para o acesso às instalações/domicílio ou que o agente da Comissão venha munido de mandato judicial de jurisdição nacional.

Se durante anos a ordem jurídica comunitária se pautou pela ausência de um catálogo de direitos fundamentais, coube à jurisprudência do Tribunal de Justiça reconhecê-los com base nos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados membros<sup>137</sup>.

O direito ao respeito pelo domicílio vem também no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>138</sup> e foi reforçado com a

126 - KORAH, Valentine. "The Rights of the Defense in Administrative Proceedings Under Community Law" in Current Legal Problems. 1980, p. 79.

127 - Artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003. Ver TJCE, Acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB / Commission, Procs. 43 e 63/82, Colect. 1984-1, p. 21; Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma / Commission, Proc. 41/69, Colect. 1970, Vol. XVI-2, p. 688. Ver ainda Competition Proceedings before the EC Commission, Report n.º JD06, p. 14.

128 - LAVOIE, cit., 1992, p. 26.

129 - Ver Decisão CSV da Comissão de 25 de Junho de 1976 (76/593/CEE), JO L 192 de 16 de Julho de 1976, p. 27.

130 - Hoje o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Ver JOSHUA, Julian Mathic. "Information in EEC Competition Law Procedures" in European Law Review. 1986, p. 419.

131 - Antigo artigo 20.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17/62, sem equivalência no actual, e artigo 30.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Ver como exemplo as omissões relativas à identificação do produto em causa na Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979, cit., p. 33, atentos os segredos profissionais envolvidos.

132 - No mesmo sentido LAVOIE, cit., 1992, p. 38. Ver a argumentação do Advogado-Geral Lenz no TJCE, Acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie / Comissão, Proc. 53/85, Colect. 1986-6, p. 1994. E ainda PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, p. 277.

133 - COMISSÃO EUROPEIA. XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência 1993. p. 113. e TJCE, Acórdão de 18 de Junho de 1986, BAT et Reynolds / Comissão, Procs. 142 e 156/84, Colect. 1986-6, p. 1899.

134 - Quando um processo reúne milhares de documentos objecto de pedidos de confidencialidade, os pedidos de acesso provocam atrasos no procedimento tendo em conta a necessidade de verificar, em relação a cada documento, se o alegado interesse no acesso a esse documento a fim de fazer valer os seus direitos de defesa prevalecia sobre a confidencialidade. COMISSÃO EUROPEIA. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. 2007, p. 15.

135 - Uma das primeiras vezes no Acórdão National Panasonic / Commission, em que propriamente não toma posição, referindo-se apenas ao invocar pela requerente do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, p. 2057). Embora se encontre no Acórdão Acciaieria e Tubificio di Brescia / Haute Autorité uma referência ao assunto, considerando que o respeito pelo direito à vida privada se estende aos "locaux professionnels", sejam eles de um indivíduo ou de uma sociedade (TJCE, Acórdão de 14 de Abril de 1960, Proc. 31/59, Colect. 1960, Vol. VI, pp. 156 e 173).

136 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. pp. I-9039 a I-9078.

137 - GUILLEN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 212.

138 - Relevante por força do artigo 6.º, n.º 2, do TUE.





adopção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.<sup>139</sup>

O Tribunal considerou<sup>140</sup> que se é facto que o reconhecimento do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio se impõe na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados membros, a questão não surge tão clara quanto à aplicação de tal direito às empresas<sup>141</sup>, uma vez que nesse aspecto se encontram divergências não desprezíveis nos sistemas jurídicos nacionais, quanto à natureza ou grau de protecção<sup>143</sup>. Embora este não reconhecimento da inviolabilidade dos locais comerciais como um direito fundamental não signifique uma total inexistência de protecção, uma vez que toda a intervenção na esfera da actividade privada de uma pessoa, singular ou colectiva, deverá ter fundamento legal e uma medida proporcional<sup>144</sup>.

Tal como nas restantes vertentes de exercício dos poderes de inves-

tigação da Comissão, caberá ao tribunal nacional garantir a comprovação da autenticidade da decisão de inspecção, podendo apreciar se as medidas de investigação não são arbitrárias ou excessivas face ao objecto da infracção, velando pelo respeito do direito nacional na aplicação das medidas envolvidas, mas não mais do que isso, não podendo aferir da legalidade ou necessidade da decisão, controlo que cabe apenas ao Tribunal de Justiça. Por vezes não resulta fácil distinguir estas competências<sup>145</sup>.

O princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os actos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do que resulta apropriado e necessário para alcançar os objectivos legitimamente prosseguidos pelo acto em causa, entendendo-se que quando haja escolha entre várias medidas a adoptar se deva escolher a menos onerosa tendo em vista os objectivos a atingir – diz a jurisprudência.<sup>146</sup>

#### e) O direito a ser ouvido

No decorrer de qualquer procedimento de aplicação dos poderes de investigação da Comissão no direito da concorrência, assiste aos intervenientes o direito a serem ouvidos. O exercício desse direito pelas partes afectadas é regulado pelo Regulamento n.º 773/2004<sup>147</sup>. Trata-se de um direito fundamental para as em-

presas destinatárias de uma investigação por parte da Comissão, no âmbito dos seus direitos processuais de defesa<sup>148</sup>.

Ao iniciar um procedimento contra uma empresa, a Comissão deverá fixar um prazo para que ela possa comunicar por escrito as suas observações<sup>149</sup>.

Como princípio geral, as partes destinatárias de uma investigação dispõem do direito a serem ouvidas<sup>150</sup>, desde logo, e a final, respeitando o princípio do contraditório antes de adoptar uma decisão definitiva<sup>151</sup> relativamente às empresas visadas.

Este direito pode mesmo ser estendido a outras pessoas que solicitem ser ouvidas invocando um interesse legítimo<sup>152</sup>.

O conceito de interesse suficiente não vem depois claramente definido na legislação. Terão um interesse suficiente por exemplo as associações de consumidores quando o processo se refira a produtos ou serviços utilizados pelos consumidores finais<sup>153</sup> ou as autoridades de defesa da concorrência dos Estados membros<sup>154</sup>. Nesta matéria, a Comissão dispõe de uma grande margem de discricionariedade na indicação das pessoas que podem ser ouvidas.<sup>155</sup>

139 - Por força do artigo 6.º, n.º 1, do TUE ver seu artigo 48.º, n.º 2.

140 - JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission..." in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 697.

141 - No Acórdão Nacional Panasonic / Commission, cit. p. 2057: "pour autant qu'il s'applique à des personnes morales".

142 - TJCE, Acórdão de 21 de Setembro de 1989, Hoechst AG / Comissão, Procs. 46/87 e 227/88, Colect. 1989-8, p. 2924.

143 - PLIAKOS, Astéris. "La protection des droits de la défense..." in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1995, p. 455.

144 - Acórdão Hoechst AG / Comissão, cit. e Acórdão Nacional Panasonic / Commission, cit. p. 2045.

145 - FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades..." in *Anuario de la Competencia* 2009. 2010, p. 139.

146 - TJCE, Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Crispoltoni / Fattoria Autonoma Tabacchi, Processo C-133/93, pp. I-4891 a I-4914.

147 - Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004, JOUE L 123 de 27.04.2004, pp. 18 a 24.

148 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 204.

149 - Artigo 10.º do Regulamento n.º 773/2004.

150 - Considerando 32 do Regulamento n.º 1/2003.

151 - Artigo 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.

152 - Artigo 13.º do Regulamento n.º 773/2004.

153 - Considerando 11 do Regulamento n.º 773/2004.

154 - Artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 773/2004.

155 - FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 204.

## Conclusões

Analísámos, brevemente, alguns dos direitos fundamentais escolhidos no quadro dos direitos de defesa que considerámos mais podem suscitar invocação, no decurso do exercício dos poderes de investigação da Comissão Europeia nas empresas em direito da concorrência, no âmbito das competências conferidas pelo Regulamento n.º 1/2003, regulamento de execução dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

O papel da jurisprudência europeia vai continuar a ser marcante, colmatando a brevidade da letra da lei, face à disparidade de situações que na prática surgem. O seu papel deve ser consciencioso na busca de um justo equilíbrio entre a eficácia dos poderes da Comissão e o respeito dos direitos fundamentais reconhecidos às empresas, enquanto pessoas jurídicas, e reconhecidos como básicos em todas as ordens jurídicas que se orientam pela legalidade da acção dos entes públicos. Procurando também na sua função de cumprimento da legalidade, ter em conta a necessidade de deixar à Comissão os instrumentos necessários ao cumprimento da sua função e o seu equilíbrio, por vezes difícil de alcançar, com a garantia de direitos de defesa e protecção das entidades investigadas.

O exercício dos seus poderes deve respeitar estritamente a letra e o espírito das disposições que os concedem e concretizam, não os aplicando na busca de infracções que sabe não terem uma base credível de suspeita.

Há que continuar a procurar um equilíbrio entre a necessidade da existência de meios ao dispor da Comissão para prosseguir a sua tarefa e os direitos das empresas inquiridas. O problema fulcral é portanto conciliar dois interesses que na prática se revelam contraditórios, seja um interesse de eficiência da acção da Comissão e um interesse de defesa dos seus direitos pelas empresas visadas. É uma preocupação sempre presente e que necessita ser avaliada e efectivada em função casual, não sendo fácil a consagração de um sistema de regras rígidas em que o acentuar em demasia a protecção dos direitos das empresas, resultaria em detrimento da prossecução das missões adstritas à Comissão pelo próprio Tratado, tornando o seu poder de inquérito num conjunto de acções formais sem conteúdo útil.

## Referências bibliográficas

ALBERS, Michael e JOURDAN, Jérémie. “The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective” in *Journal of European Competition Law & Practice*. Vol. 2, n.º 3, 2011, pp. 185 a 200.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *Direito Comunitário*. Lisboa: Centro de Publicações do Ministério da Justiça, 1995.

ALVIM, Mariana de Sousa. “O direito a uma tutela judicial efetiva dos particulares no direito da União Europeia. Em particular, no direito da concorrência da União Europeia” in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra Editora, 2013, pp. 703 a 735. ISBN 978-972-32-2116-9.

ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência – os poderes de investigação da Comissão Europeia e a*

*protecção dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1995. ISBN 972-40-0871-1.

AUBY, Jean-Bernard. “Les pouvoirs d’inspection de l’Union européenne” in *Revue trimestrielle de droit européen*. Paris: Dalloz, 42e année, n.º 1, 2006, pp. 131 a 140. ISSN 0035-4317.

BALCIUNAITE, Justina e STARIENE, Lijana. “Right to privacy v. European Commission’s expanded power of inspection according to Regulation 1/2003” in *Jurisprudence*. 3(121). Mycolas Romeris University, 2010. ISSN 2029-2058. pp. 115-132.

BERGERÈS, Maurice-Christian. *Concencioso Comunitário*. Porto: RÉ S Editora, Resjurídica, s.d.

BRUNET, François. “Chronique de droit communautaire de la concurrence” in *Revue de Droit des Affaires Internationales*. F.E.C.. N.º 4, 1994, pp. 485-498.

CESARINI, Paolo. “Le droit d’être entendu dans les procédures communautaires en matière de concurrence” in *Révue du Marché Unique Européen*, 1, 1995, pp. 145-157.

COHEN JONATHAN, G. “La Cour des Communautés Européennes et les droits de l’homme” in *Revue du Marché Commun*. 214 (Février), 1978, pp. 74-100.

COMISSÃO EUROPEIA. *XIth Report on competition policy 1981*. Bruxelas, Luxemburgo, 1981.

\_\_\_\_\_. *XIIth Report on competition policy 1982*. Bruxelas, Luxemburgo, 1982.

\_\_\_\_\_. *Treizième Rapport sur la politique de concurrence (1983)*. Luxembourg: Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1984. ISBN 92-825-4232-7.

\_\_\_\_\_. *XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência 1993*. Bruxelas, Luxemburgo, 1994.

\_\_\_\_\_. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. Bruxelas, Luxemburgo, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em atuações de inspeção” in Revista O Direito. Ano 136.º, I. Almedina: 2004. ISBN 972-40-2406-7, pp. 43 a 76.

DAUSES, Manfred A. “The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order” in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 10, Nº 6 (December), 1985, pp. 398-419.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. “Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias” in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Giuffrè editore. Numero 2, 1994, pp. 291-348.

DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa” in Cadernos O Direito, n.º 5 - O Tratado de Lisboa. Almedina, 2010. pp. 169 a 189.

FAULL, Jonathan. “A. M. & S.: the Commission’s Practice Note” in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 8, 1983, pp. 411 a 414.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados” in Anuario de la Competencia 2009. Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pp. 133-157. ISBN 978-84-490-2665-2.

FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004” in Derecho de la competencia europeo y español. Volumen VII. Madrid: Editorial Dykinson, 2007, pp. 177-208.

GALÁN CORONA, Eduardo. “Notas sobre el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos

81 y 82 del Tratado de Roma” in Revista de Derecho Comunitario Europeo. ISSN 1138-4026. Año 7, n.º 15: (Mayo-Agosto 2003), pp. 499-525.

GALINDO, Blanca Rodriguez. “L’application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d’enquête de la Commission” in Revue du Marché Unique Européen. 2, 1991, pp. 75-95.

GOFFIN, Léon. “Le principe de la confidentialité” In Cahiers de Droit Européen. Bruxelles. 18, 1982, pp. 381 a 405.

GUDIN, Charles-Étienne. “Le droit d’être entendu dans les procédures communautaires” in Révue des Affaires Européennes. L.G.D.J.. N.º 4, 1994, pp. 42-48.

GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. Thomson Reuters, Aranzadi, 2010. ISBN 978-84-9903-540-6.

HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a Constituição da Europa. Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4.

IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. “El derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente: límites y perspectivas” in Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia. N.º 64, 2011, pp. 129-139. ISSN 1579-3494.

ITALIANER, Alexander. “The European Commission’s procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the Hearing Officer” in C&R Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina, Ano II, n.º 7/8, 2011, pp. 23 a 42. ISSN 1647-5801.

JANSEN, Bernhard. “Les pouvoirs d’investigation de la Commission des Communautés Européennes en matière de concurrence” in Revue du Marché Commun. 342 (Décembre), 1990. pp. 696 a 701.

JEANTET, Fernand-Charles. “La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence” in Revue Trimestrielle de Droit Européen. Paris:

Sirey Editions. N. 1 (Janviers-Mars), 1986, pp. 53-67.

JOSHUA, Julian Mathic. “Requests for Information in EEC Factfinding Procedures” in European Competition Law Review (ECLR). Oxford. 3, 1982, pp. 173 a 184.

\_\_\_\_\_. “The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17” in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 8, 1983. pp. 3 a 23.

\_\_\_\_\_. “Information in EEC Competition Law Procedures” in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 11, 1986, pp. 409 a 429.

KORAH, Valentine. “The Rights of the Defense in Administrative Proceedings Under Community Law” in Current Legal Problems. London: Stevens Publication. Vol. 33, 1980, pp. 73 a 97.

LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l’application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. Bruxelles: Maison Larcier, 1992.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia” in Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. La Ley, N.º 5, 2009, pp. 33 a 64. ISSN 1888-3052.

LAVOIE, Chantal. “The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules” in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 17, N.º 1, 1992, pp. 20 a 40.

LENAERTS, Koen. “Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue” in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 16, Nº 5 (October), 1991, pp. 367-390.

LESGUILLONS, Henry. “L’auto-incrimination en droit de la concurrence” in Révue de Droit des Affaires Internationales. 2, 1994, pp. 245-247.

MARTINHO, Helena Gaspar. “Tribunais



especializados, concentração de competências e o futuro tribunal da concorrência, regulação e supervisão” in C&R Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina, Ano I, n.º 3, 2010, pp. 253 a 267. ISSN 1647-5801.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Ensaio sobre o Tratado de Lisboa. Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4587-0. pp. 93 a 124.

MENDES, Paulo de Sousa. “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência” in Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras. Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1729-2. pp. 209 a 224.

MOURA, Teresa. “De Maastricht a Nice” in Revista Nação e Defesa. Instituto da Defesa Nacional, 2ª Série; N.º 100 (Inverno 2001). ISSN 0870-757X. pp. 57 a 71.

PACHECO, Maria de Fátima. “A protecção dos particulares no sistema português de direitos fundamentais e no sistema da União Europeia” in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 3, 2005. ISSN 1646-1029. pp. 99 a 152.

PICOZZA, Eugénio. “Il Regime Giuridico del Procedimento Amministrativo Comunitario” in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario. Giuffrè editore. Numero 2, 1994, pp. 321-348.  
PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. Lisboa: Publicações

Dom Quixote, 1995.

\_\_\_\_\_ “La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission des Communautés européennes: une issue heureuse?” in Revue Trimestrielle de Droit Européen. Sirey Editions. N.º 3, 1995, pp. 449 a 469.

RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. O Essencial da Política da Concorrência. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 2005. ISBN 972-9222-55-X.

RODRIGUES, L. Barbosa e CARNEIRO, Alberto Soares. Direitos Humanos, Textos Fundamentais. Quid Juris Editora, 2011. ISBN 978-972-724-587-1.

RODRIGUES, Sara e SERZEDELO, Dorothée. “O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem” in C&R Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina, Ano II, n.º 6, Junho 2011, pp. 87 a 115. ISSN 1647-5801.

SAINT-ESTEBEN, Robert. “Les droits de la défense dans l’application aux entreprises du droit communautaire de la concurrence” in Révue des Affaires Européennes. L.G.D.J.. N.º 4, 1994, pp. 49 a 65.

SIMON, Denys. “Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes” in Revue du Marché Commun. 195 (Avril), 1976, pp. 201-256.

THOUVENIN, Jean-Marc. “Chronique de la concurrence, ententes, jurisprudence 2003-2004 Première partie: aspects de procédure” in Revue du Marché commun et de l’Union européenne. Paris, n.º 490, juillet-août 2005. ISSN 0352-616. Pp. 467 a 474.

VAN DAMME, Jacques. “La mise en oeuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome” in Cahiers de Droit Européen. Bruxelles. 3, 1967, pp. 49-59.

VESTERDORF, Bo. “Complaints concerning infringements of competition law within the context of european community law” in Common Market Law Review. Netherlands: Kluwer Academic Publishers. Vol. 31, N.º 1 (February), 1994, pp. 77-104.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia” in Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, N.º 4, Año 2009, pp. 169 a 182. ISSN 1888-3052.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva. A origem e a importância dos Direitos Fundamentais. Vieira Amílcar & Associados. Consulta de 23.01.2013 em <http://www.advocatus.pt/>.

VÖLCKER, Sven B. “Developments in EC competition law in 2005: an overview” in Common Law Market Review. Netherlands: Kluwer Law International, Vol. 43, n.º 5, october, 2006, pp. 1409 a 1446. ISSN 0165-0750.

## JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA e DOCUMENTAÇÃO

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 258 E/02, de 18 de abril de 2012, sobre o relatório anual sobre os direitos humanos no mundo e a política da União Europeia neste domínio, incluindo as implicações para a política estratégica da UE em matéria de direitos humanos, JOUE C 261 E de 07.09.2013, pp. 8 a 36.

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 168 E/45, de 15 de dezembro de 2011, sobre uma proposta de reformulação do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JOCE L 145 de 31.5.2001, p. 43), JOUE C 168 E de 14.06.2013, pp. 159 a 178.

Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Documento COM (2012) 253 final de 30 de Maio de 2012.

Relatório Final do Auditor 2012/C 64/08, de 10 de outubro de 2011, COMP/39.482 – Frutos Exóticos, JOUE C 64 de 03.03.2012, pp. 7 a 9.

Relatório Final do Auditor 2011/C 324/06, de 20 de Junho de 2011, COMP/39.525 - Telekomunikacija, JOUE C 324 de 09.11.2011, pp. 5 e 6.  
Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sendo o texto relevante no Espaço Económico Europeu, JOUE C 308 de 14.10.2011, pp. 6 a 32.

Decisão do Presidente da Comissão Europeia 2012/199/UE de 29 de Fevereiro de 2012 relativa à função e ao mandato do conselheiro auditor em determinados processos comerciais, JOUE L 107 de 19.04.2012, pp. 5 a 11.

Decisão 2011/695/UE do Presidente da Comissão Europeia de 13 de Outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência, JOUE L 275 de 20.10.2011, pp. 29 a 37.

Comissão Europeia. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2007. ISBN 92-79-01733-0.

Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, sendo o texto relevante no Espaço Económico Europeu, JOUE L 123 de 27.04.2004, pp. 18 a 24. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão de 30 de Junho de 2008, JOUE L 171 de 01.07.2008, pp. 3 a 5.

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1 a 25. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 411/2004 do Conselho de 26 de Fevereiro de 2004, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 3975/87 e altera o Regulamento (CEE) n.º 3976/87 e o Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativamente aos transportes aéreos entre a Comunidade e países terceiros, JOUE L 68 de 06.03.2004, pp. 1 e 2, e Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho de 25 de Setembro de 2006, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 4056/86, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, e que altera o Regulamento (CE) n.º 1/2003 por forma a tornar o seu âmbito de aplicação extensível aos serviços internacionais de cabotagem e de tramp, JOUE L 269 de 28.09.2006, pp. 1 a 5.

Decisão da Comissão de 28 de Janeiro de 1998 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (IV/35.733 Ð VW), JOCE L 142 de 25.04.1998, pp. 60 a 108.

Competition Proceedings before the EC Commission, Report No. JD06. European Study Conferences Limited. (s. d.)

Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979 (79/253/CEE), JO L 57 de 8 de Março de 1979, p. 33 a 35.

Decisão CSV da Comissão de 25 de Junho de 1976 (76/593/CEE), JO L 192 de 16 de Julho de 1976, p. 27.

Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, JOCE L 27 de 20.8.1963, pp. 2268-2270. Com o fim de validade em 31.01.1999, revogado pelo Regulamento n.º 2842/98 da Comissão, JOCE L 354 de 30.12.1998, pp. 18-21.

Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO 13 de 21.2.1962, p. 204, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999, JOCE L 148 de 15.6.1999, pp. 5 e 6. (revogado)

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES CITADOS (consultados no texto completo)  
(ORDENADOS CRONOLOGICAMENTE)

TJCE, Acórdão de 14 de Abril de 1960, Acciaieria e Tubificio di Brescia / Haute Autorité, Proc. 31/59, Colect. 1960, Vol. VI, pp. 151 e 214.

TJCE, Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma / Commission, Proc. 41/69, Colect. 1970, Vol. XVI-2, pp. 661 a 730.

TJCE, Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage et Continental Can / Commission, Proc. 6/72, Colect. 1973, pp. 215 a 268.

TJCE, Acórdão de 23 de Outubro de 1974, Transocean Marine Paint / Commission, Proc. 17/74, Colect. 1974, pp. 1063 a 1093.

TJCE, Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffman-La Roche / Commission, Proc. 85/76, Colect. 1979, pp. 461 a 601.

TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic / Commission, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, pp. 2033 a 2070.

TJCE, Acórdão de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck (FEDETAB) / Commission, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, pp. 3125 a 3331.

TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, pp. 1575 a 1663.

TJCE, Acórdão de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion Française / Commission, Proc. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, pp. 1825 a 1954.

TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, pp. 3461 a 3547.

TJCE, Acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB / Commission, Procs. 43 e 63/82, Colect. 1984-1, pp. 19 a 106.

TJCE, Acórdão de 18 de Junho de 1986, BAT et Reynolds / Comissão, Procs. 142 e 156/84, Colect. 1986-6, pp. 1899 a 1906.

TJCE, Acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie / Comissão, Proc. 53/85, Colect. 1986-6, pp. 1985 a 1993.

TJCE, Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux NV / Comissão, Proc. 85/87, Colect. 1989-9, pp. 3137 a 3163.

TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3283 a 3354.

TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Solvay & Cie / Comissão, Proc. 27/88, Colect. 1989-9, pp. 3355 a 3358.

TPI, Acórdão de 12 de Dezembro de 1991, Hilti Aktiengesellschaft / Comissão, Proc. T-30/89, Colect.. pp. II-1441 a II-1496.

TJCE, Acórdão de 16 de Julho de 1992, Dirección General de Defensa de la Competência / Asociación española de banca (AEB) e outros, Proc. C-67/91, pp. I- 4820 a I-4838.

TJCE, Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Crispoltoni / Fattoria Autonoma Tabacchi, Processo C-133/93, pp. I-4891 a I-4914.

TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect.. pp. I-9039 a I-9078

TPI, Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke AG / Comissão, Proc. T-112/98, Colect., p. II-729.

TJCE, Acórdão de 29 de Junho de 2010, Comissão Europeia / Alrosa Company Ltd, Proc. C-441/07.

TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.