

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)

den 8 mars 2007^{*}

I mål T-340/04,

France Télécom SA, Paris (Frankrike), företrätt av advokaterna C. Clarenc och J. Ruiz Calzado,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av É. Gippini Fournier och O. Beynet, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2004) 1929 av den 18 maj 2004 i ärende COMP/C-1/38.916, genom vilket France Télécom SA och alla de företag som bolaget kontrollerar direkt eller indirekt, däribland Wanadoo SA och alla de företag som kontrolleras direkt eller indirekt av Wanadoo SA,

^{*} Rättegångsspråk: franska.

förpliktades att underkasta sig en inspektion enligt artikel 20.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna I. Wyszniowska-Białecka och E. Moavero Milanesi,

justitiesekreterare: handläggaren K. Pocheć,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 juni 2006,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

- ¹ I artikel 11.1 och 11.6 (denna artikel har rubriken "Samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter") i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1) föreskrivs följande:

”Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall tillämpa gemenskapens konkurrensregler i nära samarbete.

...

Om kommissionen inleder ett förfarande i syfte att fatta ett beslut enligt kapitel III, fråntas medlemsstaternas konkurrensmyndigheter sin behörighet att tillämpa artiklarna 81 [EG] och 82 [EG]. Om konkurrensmyndigheten i en medlemsstat redan handlägger ett ärende, skall kommissionen inleda ett förfarande endast efter att ha samrått med den nationella konkurrensmyndigheten.”

- 2 I artikel 13 (med rubriken ”Avbrytande eller avslutande av förfaranden”) i förordning nr 1/2003 föreskrivs följande:

”1. När ett klagomål har anhängiggjorts vid konkurrensmyndigheter i två eller flera medlemsstater eller när konkurrensmyndigheter i två eller flera medlemsstater har inlett ett förfarande på eget initiativ enligt artikel 81 [EG] eller artikel 82 [EG] avseende samma avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfarande, utgör det faktum att en myndighet handlägger ärendet ett tillräckligt skäl för de övriga myndigheterna att avbryta sitt förfarande eller avvisa klagomålet. Kommissionen får också avvisa ett klagomål på den grunden att det handläggs av en konkurrensmyndighet i en medlemsstat.

2. När ett klagomål har anhängiggjorts vid en medlemsstats konkurrensmyndighet eller kommissionen avseende ett avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande som redan har handlagts av en annan konkurrensmyndighet, får klagomålet avvisas.”

- 3 I artikel 20 (med rubriken "Kommissionens befogenheter vid inspektioner") i förordning nr 1/2003 föreskrivs följande:

"1. För fullgörandet av de uppgifter som kommissionen tilldelas genom denna förordning får den genomföra alla nödvändiga inspektioner hos företag och företagssammanslutningar.

2. De tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat att genomföra en inspektion har befogenhet att

- a) bereda sig tillträde till företags eller företagssammanslutningars lokaler, mark och transportmedel,
- b) granska räkenskaperna och andra affärshandlingar, oavsett i vilken form de föreligger,
- c) göra eller erhålla alla former av kopior av eller utdrag ur sådana räkenskaper och affärshandlingar,
- d) försegla samtliga företagslokaler, räkenskaper eller affärshandlingar så länge och i den omfattning det är nödvändigt för inspektionen,

- e) begära att företagets eller företagssammanslutningens företrädare eller medarbetare lämnar förklaringar till sakförhållanden och dokument som har samband med föremålet för och syftet med inspektionen och protokollföra deras svar.

3. De tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat att genomföra en inspektion skall utöva sina befogenheter efter uppvisande av ett skriftligt tillstånd som anger föremålet för och syftet med inspektionen samt de påföljder som föreskrivs i artikel 23 om begärda räkenskaper eller andra affärshandlingar inte läggs fram i fullständigt skick eller om svaren på en begäran enligt punkt 2 i den här artikeln är oriktiga eller vilseledande. Kommissionen skall i god tid före inspektionen underrätta konkurrensmyndigheten i den medlemsstat inom vars territorium inspektionen skall genomföras om denna.

4. Företag och företagssammanslutningar är skyldiga att underkasta sig de inspektioner som kommissionen har beslutat om. I beslutet skall anges föremålet för och syftet med inspektionen, fastställas när den skall börja och anges de påföljder som föreskrivs i artiklarna 23 och 24 samt upplysas om rätten att få beslutet prövat av EG-domstolen. Kommissionen skall fatta sådana beslut efter att ha samrått med konkurrensmyndigheten i den medlemsstat inom vars territorium inspektionen skall genomföras.

5. Tjänstemän som är anställda vid eller bemyndigade eller utsedda av konkurrensmyndigheten i den medlemsstat inom vars territorium inspektionen skall genomföras skall, på begäran av den myndigheten eller kommissionen, aktivt bistå de tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat. De skall för detta ändamål ha de befogenheter som anges i punkt 2.

6. Om de tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat konstaterar att ett företag motsätter sig en inspektion som har beslutats

enligt denna artikel, skall den berörda medlemsstaten lämna dem nödvändigt bistånd, och, när det är lämpligt, begära handräckning av polisen eller annan motsvarande verkställande myndighet, för att de skall kunna genomföra sin inspektion.

7. Om det bistånd som föreskrivs i punkt 6 kräver tillstånd av en rättslig myndighet enligt nationella bestämmelser, skall ett sådant tillstånd begäras. Ett sådant tillstånd kan också begäras i förebyggande syfte.

8. Vid ansökan om ett tillstånd enligt punkt 7 skall den nationella rättsliga myndigheten kontrollera att kommissionens beslut är fattat i vederbörlig ordning och att de planerade tvångsåtgärderna varken är godtyckliga eller alltför långtgående i förhållande till föremålet för inspektionen. Den nationella rättsliga myndigheten får vid sin kontroll av att tvångsåtgärderna är proportionerliga, direkt eller via medlemsstatens konkurrensmyndighet, be kommissionen om närmare förklaringar om framför allt de grunder på vilka kommissionen misstänker överträdelse av bestämmelserna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] samt hur allvarlig den misstänkta överträdelsen är och på vilket sätt det berörda företaget är inblandat. Den nationella rättsliga myndigheten får dock inte ifrågasätta att en inspektion behövs eller begära att få tillgång till uppgifter i kommissionens handlingar i ärendet. Lagenligheten hos kommissionens beslut kan endast prövas av EG-domstolen.”

Bakgrund till tvisten

- ⁴ I ett beslut av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] (ärende COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) (nedan kallat beslutet av den 16 juli 2003) fastställde kommissionen följande. Wanadoo Interactive hade mellan mars 2001 och oktober 2002 – under vilken period Wanadoo Interactive var dotterbolag till Wanadoo SA och till 99,9 procent ägdes av detta bolag, som i sin

tur var dotterbolag till sökanden, som under den period som omfattas av beslutet ägde mellan 70 och 72,2 procent av Wanadoo SA:s aktiekapital – missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder, genom att tillämpa underpriser för sina tjänster eXtense och Wanadoo ADSL. Kommissionen ålade Wanadoo Interactive böter uppgående till 10,35 miljoner euro.

- 5 Genom artiklarna 2 och 3 i detta beslut ålade kommissionen likaledes Wanadoo Interactive att

— avstå från sådant uppträdande såvitt avser tjänsterna eXtense och Wanadoo ADSL som skulle kunna ha samma eller liknande syfte eller verkan som var för handen när det gäller överträdelsen,

— vid utgången av varje räkenskapsår till och med räkenskapsåret 2006 inkomma till kommissionen med resultaträkningen avseende bolagets olika ADSL-tjänster (Asymmetric Digital Subscriber Line, asymmetrisk digital abonnentanslutning), som visar de redovisade intäkterna, driftskostnaderna och kostnaderna för att värva kunder.

- 6 Den franska ekonomi-, finans- och industriministern godkände den 11 december 2003, efter ett positivt yttrande från franska Autorité de régulation des télécommunications (myndigheten för reglering på telekommunikationsområdet, nedan kallad ART), France Télécom SA:s sänkning av grossistpriserna för tillgång till och dirigerig av IP/ADSL, även benämnt "option 5". Flera Internetleverantörer, däribland Wanadoo, beslutade att sänka detaljistpriserna med anledning av denna sänkning av grossistpriserna.

- 7 Wanadoo tillkännagav den 12 december 2003 sin första sänkning av detaljistpriserna för sina paketerbjudanden avseende tillgång till höghastighetsinternet, vilken omfattade både gamla och nya abonnenter (erbjudandena "eXtens. 512k" med obegränsad tillgång, "eXtens. 512k Fidélité" med obegränsad tillgång, "eXtens. 1024k" med obegränsad tillgång och "eXtens. 1024k Fidélité" med obegränsad tillgång), med verkan från den 6 januari 2004. Priset för erbjudandet "eXtens. 128k" med obegränsad tillgång var oförändrat.
- 8 Kommissionen riktade den 9 januari 2004 en skrivelse till Wanadoo och erinrade bolaget om lydelsen av artikel 2 i beslutet av den 16 juli 2003 och begärde att bolaget skulle ange om det efter antagandet av beslutet hade genomfört sänkningar av sina detaljistpriser för de tjänster som omfattades av beslutet eller om bolaget avsåg att göra detta. Kommissionen preciserade att den vid ett jakande svar avsåg att skicka en formell begäran om upplysningar om detaljerna kring dessa prissänkningar till Wanadoo. Kommissionen begärde vidare att underrättas om datumet då Wanadoos räkenskapsår avslutades och om när bolaget avsåg att inkomma med de uppgifter som krävdes enligt artikel 3 i beslutet av den 16 juli 2003.
- 9 AOL France SNC och AOL Europe Services SARL (nedan gemensamt kallade AOL) ingav den 12 januari 2004 ett klagomål till franska Conseil de la concurrence (konkurrensrådet) med stöd av artikel 82 EG och artikel L 420-2 i franska code de commerce (handelslagen) och gjorde gällande att Wanadoo tillämpade underpriser i fråga om de fyra nya erbjudanden som detta bolag hade tillkännaggett den 12 december 2003. AOL ingav i samband med klagomålet också en begäran om interimistiska åtgärder med stöd av artikel L 464-1 i den franska handelslagen som bland annat syftade till att Wanadoo skulle förpliktas att tills vidare upphöra med saluföringen av dessa erbjudanden.
- 10 Franska Conseil d'État, till vilken bolaget T-Online France hade gett in en begäran om interimistiska åtgärder och yrkat att den franska ekonomi-, finans- och industriministerns beslut att godkänna sänkningen av priset på option 5 tills vidare inte skulle gälla, avlog genom beslut nr 263012 av den 19 januari 2004 denna begäran. Conseil d'État angav bland annat att ART "till stöd för sitt positiva yttrande i fråga om France Télécoms priserbjudande efter en utförlig bedömning hade framhållit att det saknades konkurrensbegränsande effekter som kunde utgöra hinder mot detta erbjudande".

- 11 Wanadoo tillkännagav den 29 januari 2004 att bolaget avsåg att från och med den 3 februari 2004 lansera erbjudandet "eXtens. 128k Fidélité" med obegränsad tillgång och fyra andra paketerbjudanden (eller valfria erbjudanden), nämligen "eXtens. 128k/20h", "eXtens. 128k/20h Fidélité", "eXtens. 512k/5Go" och "eXtens. 512k/5Go Fidélité".
- 12 Wanadoo svarade i skrivelse av den 30 januari 2004 på kommissionens skrivelse av den 9 januari 2004 och underrättade kommissionen om att nya erbjudanden i form av ADSL-abonnemang till mer attraktiva priser skulle lanseras i januari 2004 och att nya erbjudanden skulle lanseras i februari 2004.
- 13 AOL kompletterade den 24 februari 2004 det klagomål som bolaget ingett till Conseil de la Concurrence så att det också omfattade de erbjudanden som Wanadoo hade lanserat den 3 februari 2004. AOL ingav även i samband härmed en begäran om interimistiska åtgärder som bland annat syftade till att Wanadoo skulle förpliktas att tills vidare upphöra med saluföringen av dessa erbjudanden.
- 14 Kommissionen träffade vidare Wanadoos konkurrenter som fäste kommissionens uppmärksamhet på att Wanadoos nya lockpris för erbjudandena om 128 kbit/s medförde ett pristryck på detaljistmarknaden.
- 15 Conseil de la concurrence underrättade i början av mars 2004 kommissionen om det klagomål som AOL hade gett in.
- 16 I enlighet med artikel 3 i beslutet av den 16 juli 2003 inkom Wanadoo den 15 mars 2004 med resultaträkningen för räkenskapsåret 2003 till kommissionen.

- 17 Den 22 mars 2004 ägde ett möte rum mellan tjänstemännen vid kommissionens generaldirektorat för konkurrens (nedan kallat GD Konkurrens) och den föredragande vid Conseil de la concurrence som var ansvarig för ärendet (nedan kallad föredraganden). Vid detta möte framkom det efter en summarisk bedömning – utifrån den beräkningsmetod som kommissionen använt i sitt beslut av den 16 juli 2003 och utifrån Wanadoos ekonomiska kalkyl, i förekommande fall korregerad i enlighet med föredragandens uppskattningar – att vissa av Wanadoos nya priser utgjorde underpriser. Detta gällde särskilt om det fanns en plan som visade att bolaget hade för uppsåt att slå ut konkurrenter. Mot bakgrund av dessa omständigheter föreslog föredraganden att Conseil de la concurrence skulle förordna om interimistiska åtgärder som syftade till att ålägga Wanadoo att tills vidare dra tillbaka de aktuella erbjudandena.
- 18 Den 2 april 2004 träffade tjänstemän från GD Konkurrens företrädare för AOL.
- 19 Kommissionen hade under samma tidsperiod ett flertal telefonkontakter med föredraganden. Den 21 april 2004 hade kommissionen ett andra möte med vederbörande.
- 20 Conseil de la concurrence meddelade den 11 maj 2004 sitt beslut nr 04-D-17 avseende AOL:s klagomål och begäran om interimistiska åtgärder. Enligt beslutet avslogs begäran om interimistiska åtgärder och det beslutades att klagomålet skulle utredas vidare (nedan kallat beslutet av Conseil de la concurrence).
- 21 Kommissionen antog den 18 maj 2004 beslutet K(2004) 1929 i ärende COMP/C-1/38.916, genom vilket sökanden och alla de företag som bolaget kontrollerar direkt eller indirekt, däribland Wanadoo och alla de företag som kontrolleras direkt eller indirekt av Wanadoo, förpliktades att underkasta sig en inspektion enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 (nedan kallat det angripna beslutet).

22 I första och tredje–trettonde skälen i detta beslut anges följande:

”Kommissionen ... har fått uppgifter som visar att Wanadoo tillämpar priser för tillgång till Internet i form av ADSL avsedd för allmänheten i Frankrike, varav vissa inte täcker bolagets rörliga kostnader och andra är lägre än bolagets totala kostnader. Enligt de uppgifter som kommissionen har tillgång till ingår denna prissättning i en plan som visar att bolaget har för uppsåt att slå ut konkurrenter. De uppgifter som kommissionen har fått visar vidare att den minskade skillnaden mellan detaljistpriserna och France Télécoms [option 5] medför ett pristryck på de konkurrerande Internetleverantörer som önskar erbjuda höghastighetsinternet till hushållskunder utifrån France Télécoms option 5.

...

Wanadoo tillkännagav sin första sänkning av priserna för tillgång till Internet i form av ADSL avsedd för allmänheten, vilka var tillämpliga från och med den 5 januari 2004. Denna sänkning tog sig uttryck i att erbjudandena ”eXtense” med obegränsad tillgång infördes. Dessa utgjordes av två erbjudanden på 128 kbit/s, varav det första med en bindningstid på 24 månader för 24,90 euro per månad och det andra med en bindningstid på 12 månader för 29,90 euro per månad, och vidare av två erbjudanden på 512 kbit/s, varav det första med en bindningstid på 24 månader för 29,90 euro per månad och det andra med en bindningstid på 12 månader för 34,90 euro per månad, samt utgjordes slutligen av två erbjudanden på 1024 kbit/s, varav det första med en bindningstid på 24 månader för 39,90 euro per månad och det andra med en bindningstid på 12 månader för 44,90 euro per månad.

Wanadoo införde den 28 januari 2004 dessutom fyra erbjudanden som benämndes ’valfria erbjudanden’ (det vill säga två erbjudanden på 128 kbit/s, där tillgången var begränsad till 20 timmar per månad, varav det första med en bindningstid på 24 månader för 14,90 euro per månad och det andra med en bindningstid på 12 månader för 19,90 euro per månad, och vidare av två erbjudanden på 512 kbit/s, där tillgången var begränsad till 5 Gbyte per månad, varav det första med en bindningstid på 24 månader för 24,90 euro per månad och det andra med en bindningstid på 12 månader för 29,90 euro per månad). Förevarande inspektion rörde särskilt dessa tio nya erbjudanden.

Enligt de uppgifter som kommissionen har tillgång till visar en bedömning som gjorts utifrån en kalkyl att de rörliga kostnaderna inte är täckta beträffande minst tre av de ovan nämnda erbjudandena (de två 'valfria' erbjudandena på 128 kbit/s och det 'valfria' erbjudandet på 512 kbit/s under 24 månader). Åtminstone i fråga om två andra erbjudanden på 512 kbit/s (det 'valfria' erbjudandet på 12 månader och erbjudandet med obegränsad tillgång under 24 månader) är de totala kostnaderna inte täckta.

Kommissionen har också fått uppgifter som visar att de aktuella erbjudandena utgör en del av en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter.

Enligt de uppgifter som kommissionen har tillgång till är, trots att priset på option 5 sänktes i januari 2004, skillnaden mellan Wanadoos nya detaljistpriser och priset på option 5 inte tillräcklig, och den hindrar konkurrerande Internetleverantörer som bygger sina erbjudanden på option 5 från att konkurrera med Wanadoo på skäliga villkor.

Kommissionen kom i sitt beslut ... av den 16 juli 2003 fram till att Wanadoo hade en dominerande ställning på den franska marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder. De uppgifter som kommissionen har tillgång till visar att denna slutsats fortfarande är giltig.

Det är högst sannolikt att Wanadoos erbjudanden till lägre priser än kostnaderna och den minskade skillnaden mellan dessa erbjudanden och priset på option 5 har begränsat konkurrenters inträde på marknaden – oavsett om de varit etablerade i Frankrike eller i någon annan medlemsstat – och utgjort ett hot mot de konkurrenter som redan fanns på marknaden. Av de uppgifter som kommissionen har tillgång till framgår att merparten av Wanadoos konkurrenter varit tvungna att anpassa sina priser efter de nya erbjudandena och att hela den franska ADSL-marknaden för närvarande har negativa marginaler.

Den typ av prissättning som beskrivs ovan kan jämföras med att införa oskäligen försäljningspriser. Om det kan visas att en sådan prissättning föreligger utgör detta missbruk av dominerande ställning och således en överträdelse av artikel 82 [EG].

För att kunna bedöma alla relevanta omständigheter avseende den förmodade prissättningen och det sammanhang i vilket det förmodade missbruket ingår, måste kommissionen genomföra inspektioner med stöd av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

Enligt de uppgifter som kommissionen har tillgång till är det högst sannolikt att alla uppgifter som rör den ovan nämnda prissättningen, och särskilt de uppgifter som gör det möjligt att slå fast kostnadernas täckningsgrad och de uppgifter som rör strategin för att slå ut och tränga undan konkurrenter, endast har kommunicerats med några anställda vid France Télécom och/eller Wanadoo. Det är högst sannolikt att den befintliga dokumentationen över den förmodade prissättningen är begränsad till ett strikt minimum och förvaras på platser och i en form som gör det enkelt att hemlighålla, hålla inne med eller förstöra den vid en utredning.

För att säkerställa en effektiv inspektion är det därför nödvändigt att genomföra inspektionen utan att i förväg underrätta de företag till vilka detta beslut är riktat. Kommissionen fattar därför ett beslut med stöd av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, varigenom företagen förpliktas att underkasta sig en inspektion."

23 I artikel 1 i det angripna beslutet föreskrivs följande:

"France Télécom ... och Wanadoo ...

är skyldiga att underkasta sig en inspektion som rör ett förmodat påtvingande av oskäligen försäljningspriser på området för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder, vilket står i strid med artikel 82 [EG], och där bolagen haft för uppsåt att slå ut och tränga undan konkurrenter. Inspektionen kan genomföras i företagens lokaler ...

France Télécom ... och Wanadoo ... skall göra det möjligt för de tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat att genomföra inspektionen, och för de tjänstemän som är anställda vid eller bemyndigade eller utsedda av den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten för att bistå dem, att bereda sig tillträde till företagens lokaler, mark och transportmedel under normala kontorstider. Dessa företag skall ta fram de räkenskaper och andra affärshandlingar, oavsett i vilken form de föreligger, som dessa tjänstemän och andra medföljande personer begär, och göra det möjligt för dessa att på plats granska dessa räkenskaper och andra affärshandlingar, samt göra eller erhålla alla former av kopior av eller utdrag ur dessa. De skall genast på plats lämna de muntliga förklaringar som dessa tjänstemän och andra medföljande personer begär till sakförhållanden och dokument som har samband med föremålet för och syftet med inspektionen och göra det möjligt för företrädare eller medarbetare att lämna sådana förklaringar. Företagen skall tillåta [nämnda] tjänstemän och andra medföljande personer att protokollföra dessa förklaringar, oavsett i vilken form det sker.”

- 24 I artiklarna 2 och 3 i det angripna beslutet anges slutligen det datum då inspektionen skall inledas respektive att beslutet är riktat till sökanden och Wanadoo. *In fine* anges de omständigheter under vilka kommissionen i enlighet med artiklarna 23 och 24 i förordning nr 1/2003 får ålägga de företag som detta beslut är riktat till böter och viten. Där anges att om ett företag som beslutet är riktat till motsätter sig den inspektion som har beslutats, skall den berörda medlemsstaten lämna de tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat nödvändigt bistånd för att de skall kunna genomföra sin inspektion enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003. I beslutet upplyses även om rätten att få beslutet prövat av förstainstansrätten. En bilaga till beslutet innehåller vissa utdrag ur förordning nr 1/2003.

- 25 Kommissionen begärde med stöd av detta beslut de franska myndigheternas bistånd med tillämpning av artikel 20.5 i förordning nr 1/2003. Den franska ekonomi-, finans- och industriministern ålade, i en begäran om utredning av den 25 maj 2004, direktören för Direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes (nationella styrelsen för utredningar rörande konkurrens, konsumentfrågor och bekämpning av bedrägerier) att vidta alla nödvändiga åtgärder för att genomföra den utredning som kommissionen redogjort för i det angripna beslutet. Direktören vände sig i detta syfte till Juge des libertés et de la détention vid Tribunal de grande instance de Paris (nedan kallad Juge des libertés) med en ansökan om tillstånd att genomföra eller låta genomföra en inspektion hos sökanden och Wanadoo och om tillstånd att få bistå kommissionen. Till denna ansökan var fogat det angripna beslutet.
- 26 I beslut av den 28 maj 2004 beviljade Juge des libertés det begärda tillståndet, vilket bland annat gjorde det möjligt för de utsedda franska utredarna att utöva sina befogenheter enligt artiklarna L 450-4 och L-470-6 i den franska handelslagen.
- 27 Den 2 juni 2004 inleddes inspektionen i sökandens lokaler. Inspektionen ägde rum den 2 och den 3 juni 2004. Sökanden samarbetade vid inspektionen även om bolaget ansåg att det saknades grund för densamma. Wanadoo utgjorde föremål för undersökningar den 2–4 juni 2004.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 28 Sökanden har, genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 augusti 2004, väckt förevarande talan.

29 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och ställde skriftligen, som en processledningsåtgärd enligt artikel 64 i förstainstansrättens rättegångsregler, en fråga till sökanden som svarade inom den angivna fristen.

30 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 8 juni 2006.

31 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

32 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

33 Till stöd för sin talan har sökanden åberopat fyra grunder. Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt sin motiveringsskyldighet, sin skyldighet att

samarbeta lojalt med de nationella myndigheterna och proportionalitetsprincipen, samt gjort gällande att kommissionen innan den fattade det angripna beslutet hade åsidosatt förordning nr 1/2003, kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter (EUT C 101, 2004, s. 43) (nedan kallat tillkännagivandet), och principen om god rättskipning. Den sista grunden har sökanden åberopat först i repliken.

Den första grunden: Huruvida motiveringsskyldigheten har åsidosatts

- 34 Sökanden har anfört att kommissionen i fyra avseenden har åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 253 EG, förordning nr 1/2003 och rättspraxis. Det angripna beslutet gjorde det för det första inte möjligt för sökanden att förstå skälen till att inspektionen avsåg bolaget, och det angripna beslutet saknade för det andra motivering med avseende på vissa uppgifter rörande sammanhanget. Det angripna beslutet byggde för det tredje inte på de tvivel som kommissionen hade uttryckt i det angripna beslutet beträffande priset på option 5. Det angripna beslutet gjorde det för det fjärde inte möjligt för Juge des libertés att göra den prövning som ankom på denna domstol.

Den första delgrunden: Huruvida det var omöjligt för sökanden att förstå skälen till att det angripna beslutet var riktat till sökanden och skälen till att inspektionen avsåg bolaget

— Parternas argument

- 35 Sökanden har i allmänna ordalag gjort gällande att det följer av artikel 253 EG, förordning nr 1/2003 och rättspraxis att omfattningen av motiveringsskyldigheten beror på den aktuella rättsaktens beskaffenhet och det sammanhang i vilket den

antagits. Kommissionen skall således klart och tydligt redogöra för föremålet för och syftet med en inspektion som den förordnar om samt för de antaganden som den har för avsikt att kontrollera. Det angripna beslutet innehöll emellertid en otillräcklig motivering, vilket gjorde att sökanden inte kunde vare sig bedöma den beslutade inspektionens exakta föremål och omfattning eller bedöma huruvida den var motiverad. Det var därför inte möjligt för sökanden att bedöma omfattningen av dess skyldighet att samarbeta, och sökandens rätt till förvar har inte heller tillvaratagits. Sökanden har nämligen inte på ett tydligt sätt kunnat få kännedom om kommissionens antaganden eller i vilken omfattning bolaget har ansetts inblandat i det förmodade missbruket av en dominerande ställning.

36 I det angripna beslutet tillskrivs Wanadoo den påstådda prissättning som inspektionen gäller, vilket är i överensstämmelse med kommissionens synsätt i beslutet av den 16 juli 2003. Kommissionen erkände i detta beslut Wanadoos självständighet i förhållande till sökanden när det gäller den prispolitik som Wanadoo förde på den franska marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder. Det angripna beslutet hade således till syfte att undersöka en prissättning som tillskrevs ett självständigt dotterbolag till sökanden, vilket var aktivt på en marknad där sökanden inte fanns. Under dessa omständigheter borde kommissionen för att fullgöra sin motiveringsskyldighet ha redogjort för skälen till att sökanden själv blev föremål för en inspektion, vars syfte var att kontrollera de antaganden om överträdelse som avses i artikel 1 i det angripna beslutet.

37 Det angripna beslutet gjorde det inte möjligt för sökanden att veta huruvida kommissionen ansåg att bolaget självt var inblandat i den påstådda tillämpningen av den prissättning som nämns i det angripna beslutet, och huruvida bolaget därför självt var misstänkt för att ha överträtt artikel 82 EG. Att bolaget saknade vetskap om dessa förhållanden strider mot det krav som domstolen ställde upp i dom av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères (REG 2002, s. I-9011). Enligt detta krav är kommissionen skyldig att lämna en redogörelse för hur det företag som tvångsåtgärderna avser antas vara inblandat i överträdelsen.

38 Det förhållandet att sökanden år 2004 förvärvade Wanadoos hela aktiekapital rättfärdigar inte kommissionens tillvägagångssätt i det angripna beslutet. Sökanden

har uppgett att de priser som avses i detta beslut är priserna för de erbjudanden som lanserades i januari 2004 när bolaget endast innehade cirka 70 procent av Wanadoos aktiekapital, eftersom förvärvet av Wanadoos hela aktiekapital skedde först efter antagandet av det angripna beslutet. När det vidare gäller antagandet att ett moderbolag har ett bestämmande inflytande över sitt dotterbolag omkullkastas detta om dotterbolaget självständigt fastställer sin egen prispolitik. Wanadoos självständighet har i det aktuella fallet konstaterats i beslutet av den 16 juli 2003. Kommissionen kan inte ta tillbaka detta konstaterande endast på den underförsådda grunden att sökandens andel av Wanadoos aktiekapital ökade efter det att de priser som omfattas av det angripna beslutet hade fastställts.

39 Kommissionens uppfattning är vidare motsägelsefull. Den uppfattning som kommissionen hade fram till antagandet av det angripna beslutet och artikel 1 i detta beslut bekräftar nämligen att de erbjudanden och priser som Wanadoo tillämpade ansågs vara hänförliga till detta företags prispolitik, och inte till den aktuella koncernens prispolitik.

40 Kommissionen har svarat genom att först uppge de krav som i rättspraxis ställs på kommissionen när det gäller att motivera inspektionsbeslut. I artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 anges de väsentliga uppgifter som skall finnas med i motiveringen till ett beslut om att genomföra en inspektion, och däri föreskrivs att föremålet för och syftet med inspektionen skall anges i beslutet. I rättspraxis har det vidare avseende artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81 EG] och [82 EG] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), som i allt väsentligt har samma lydelse som artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, förtydligats att kommissionen varken är skyldig att underrätta den som ett beslut om undersökning är riktat till om alla de uppgifter den har tillgång till om de förmodade överträdelseerna eller att göra en exakt rättslig kvalificering av dessa överträdelser. Däremot skall kommissionen på ett tydligt sätt ange de antaganden som den avser att kontrollera. I det angripna beslutet har dessa krav iakttagits.

- 41 När det gäller sökandens första delgrund, har kommissionen för det första framhållit att sökanden är moderbolag i Wanadookoncernen, i vilken den innehade 95,4 procent av aktiekapitalet före antagandet av det angripna beslutet. Det förhållandet att sökanden utgör en egen juridisk person som är fristående från Wanadoo betyder inte att sökanden utgör ett fristående företag i den mening som avses i gemenskapens konkurrensrätt. När ett företag innehar hela aktiekapitalet i ett annat företag föreligger det en presumtion för att det förstnämnda företaget utövar en kontroll över det andra företaget, och följaktligen en presumtion för att det förstnämnda företaget är inblandat när det andra bolaget gör sig skyldigt till en överträdelse. Kommissionen var inte skyldig att redogöra för dessa omständigheter i sitt beslut, eftersom motiveringsskyldigheten inte innebär att samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter skall anges. Enligt kommissionen är vidare sökandens hänvisningar till beslutet av den 16 juli 2003 inte relevanta, eftersom sökanden efter detta datum hade ökat sitt innehav av Wanadoos aktiekapital.
- 42 Även om sökanden vid tiden för lanseringen av de nya erbjudandena i januari 2004 ännu inte hade ökat sitt innehav av Wanadoos aktiekapital, förväntade sig för övrigt marknaden att Wanadoo åter skulle integreras i France Télécomkoncernen. Kommissionen hade därför fog för att anta att Wanadoos integrationsprocess redan var på åtminstone förberedelsestadiet när de nya erbjudandena lanserades och att sökanden i detta skede hade ett intresse av att närmare kontrollera dotterbolagets beslut i fråga om prissättning. Det är vidare sannolikt att ett moderbolag blir mer delaktigt i sitt dotterbolags prissättning efter ett beslut vari det fastställts att dotterbolaget har fört en otillåten prispolitik.
- 43 För att genomföra en inspektion krävs det för det andra inte att kommissionen är säker på att det företag som inspektionen avser är direkt delaktigt i den misstänkta överträdelsen, eller att den kan ange exakt vilken roll varje företag som inspektionen avser har haft i överträdelsen. Då sökanden är Wanadoos moderbolag och de överträdelser som Wanadoo misstänks för redogörs för på ett tydligt sätt, är skälet till beslutet om att genomföra en inspektion hos sökanden uppenbart. Det är även rimligt att tro att vissa av de uppgifter som kommissionen ville få fram också kunde finnas i sökandens lokaler.

44 Att det i fråga om de överträdelser som konstaterades i beslutet av den 16 juli 2003 inte finns någon uppgift som visar att Wanadoo agerade efter anvisningar från sitt moderbolag är inte relevant, eftersom detta konstaterande inte kan gälla framtida situationer.

45 I det angripna beslutet anges för det tredje tydligt på vilket sätt sökanden antas ha varit inblandad i den misstänkta överträdelser. Den prissättning som beskrivs är, om den kan bevisas, att likställa med att påtvinga oskäligen försäljningspriser i den mening som avses i artikel 82 EG. När det rör sig om en sådan företagskoncern som den nu aktuella, skulle detta kunna kvalificeras som antingen underprissättning eller pristryck. Det krävs inte att kommissionen gör en exakt rättslig kvalificering av de förmodade överträdelserna eller anger den period under vilken dessa överträdelser har begåtts. Frågan huruvida ett moderbolag kan hållas ansvarigt för en överträdelse som dess dotterbolag har begått är i det aktuella fallet inte relevant.

46 I sista hand och under alla omständigheter kan kommissionen förordna om en inspektion så snart som den har anledning att anta att sådana uppgifter som är relevanta för utredningen finns i ett företags lokaler, även om det sedan visar sig att det aktuella företaget inte är direkt inblandat i den misstänkta överträdelser.

— Förstainstansrättens bedömning

47 Det skall inledningsvis erinras om principerna för kommissionens motiverings-skyldighet när den antar ett beslut om att genomföra en inspektion enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

- 48 Skyldigheten att motivera ett individuellt beslut, vilken allmänt följer av artikel 253 EG, har till syfte att göra det möjligt för gemenskapsdomstolarna att pröva beslutets lagenlighet och att ge den som berörs av ett sådant beslut tillräckliga upplysningar för att kunna bedöma om beslutet är välgrundat, eller om det eventuellt är behäftat med ett fel som gör att dess giltighet kan ifrågasättas. Det skall preciseras att omfattningen av denna skyldighet beror på den aktuella rättsaktens beskaffenhet och det sammanhang i vilket den antagits (domstolens dom av den 25 oktober 1984 i mål 185/83, *Instituut Electronenmicroscopie*, REG 1984, s. 3623, punkt 38, och förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i mål T-349/03, *Corsica Ferries France* mot kommissionen, REG 2005, s. II-2197, punkterna 62 och 63).
- 49 I artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 anges de väsentliga uppgifter som skall finnas med i ett beslut av kommissionen om att genomföra en inspektion. I denna bestämmelse åläggs kommissionen att motivera ett sådant beslut genom att ange föremålet för och syftet med inspektionen, när den skall börja och de påföljder som föreskrivs i artiklarna 23 och 24 i nämnda förordning samt att upplysa om rätten att få beslutet prövat av gemenskapsdomstolarna.
- 50 Motiveringen av beslut om att genomföra en inspektion har till syfte att visa att det ingripande som skall genomföras i de berörda företagens lokaler är motiverat, men också att göra det möjligt för dessa företag att bedöma i vilken utsträckning de är skyldiga att samarbeta, samtidigt som deras rätt till försvar tillvaratas (se, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, *Hoechst* mot kommissionen, REG 1989, s. I-2859, punkt 29, svensk specialutgåva, volym 10, s. 133, och domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet *Roquette Frères*, punkt 47).
- 51 Kommissionens skyldighet att ange föremålet för och syftet med en inspektion utgör nämligen en grundläggande skyddsregel för de berörda företagens rätt till försvar, och således kan inte omfattningen av skyldigheten att motivera ett inspektionsbeslut inskränkas utifrån överväganden som rör utredningens effektivitet. Även om det är riktigt att kommissionen varken är skyldig att underrätta den som ett sådant beslut är riktat till om alla de uppgifter den har tillgång till om de förmodade överträdelserna, eller att exakt avgränsa den relevanta marknaden eller göra en

exakt rättslig kvalificering av dessa överträdelser eller ange den tidsperiod under vilken dessa överträdelser skall ha begåtts, skall kommissionen däremot på ett så exakt sätt som möjligt ange de antaganden som den avser att kontrollera, det vill säga vad som eftersöks och vad inspektionen skall omfatta (se, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137, punkt 10, domen i det ovan i punkt 50 nämnda målet Hoechst mot kommissionen, punkt 41, och domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères, punkt 48).

52 Kommissionen är i detta syfte likaledes skyldig att se till att ett beslut om att genomföra en inspektion innehåller en beskrivning av det som är utmärkande för den misstänkta överträdelser, genom att ange vilken den relevanta marknaden antas vara och vilken typ av konkurrensbegränsningar som misstänks föreligga. Beslutet skall vidare innehålla en redogörelse för hur det företag som inspektionen avser antas vara inblandat i överträdelser, vad som eftersöks och vad undersökningen skall omfatta samt en redogörelse för vilka befogenheter gemenskapens utredare har (se, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 26 juni 1980 i mål 136/79, National Panasonic mot kommissionen, REG 1980, s. 2033, punkt 26, svensk specialutgåva, volym 5, s. 253, och domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères, punkterna 81, 83 och 99).

53 För att visa att inspektionen är motiverad är kommissionen skyldig att i beslutet om att genomföra en inspektion lämna utförliga uppgifter som visar att kommissionen förfogar över allvarliga konkreta uppgifter och indicier som ger den anledning att misstänka att det företag som inspektionen avser har gjort sig skyldigt till den aktuella överträdelser (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères, punkterna 55, 61 och 99).

54 Även om det angripna beslutet är avfattat i allmänna ordalag innehåller det icke desto mindre de väsentliga uppgifter som krävs enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 och rättspraxis.

- 55 Av de viktigaste delarna av det angripna beslutet, vilka har återgetts ovan i punkterna 22–24, framgår således föremålet för och syftet med inspektionen genom att beslutet innehåller en redogörelse för det som är utmärkande för den misstänkta överträdelsen. I beslutet anges även vilken den relevanta marknaden antas vara – nämligen marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder i Frankrike, och vilken typ av konkurrensbegränsningar som misstänks föreligga – nämligen prissättning i strid med artikel 82 EG, och hur viktigt sökandens pris på option 5 är för att avgöra huruvida dessa överträdelser föreligger, och det ges förklaringar till på vilket sätt Wanadoo antas vara inblandat i överträdelsen och till vilken roll som sökanden kan ha haft i överträdelsen – sökanden kan ha varit informerad eller innehaft vissa uppgifter som skulle göra det möjligt att slå fast överträdelsen. Där i anges vidare vad som eftersöks och vad inspektionen skall omfatta – nämligen uppgifter som rör den ovannämnda prissättningen, och särskilt uppgifter som skulle göra det möjligt att slå fast kostnadernas täckningsgrad vad beträffar Wanadoo och uppgifter som rör en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter, vilka möjligen endast har kommunicerats med några anställda hos sökanden eller Wanadoo, och att dessa uppgifter skall eftersökas i Wanadoos och sökandens lokaler, räkenskaper och andra affärshandlingar, samt eventuellt muntligen. I beslutet anges slutligen de befogenheter som gemenskapens utredare har, det datum då inspektionen skall börja – den 2 juni 2004 – och de påföljder som föreskrivs i artiklarna 23 och 24 i förordning nr 1/2003, och det upplyses om rätten att få beslutet prövat av förstainstansrätten. Vidare var det vid denna tidpunkt allmänt känt i Frankrike att sökanden var moderbolag till Wanadoo.
- 56 När det gäller frågan huruvida inspektionen var motiverad, framgår det utförligt av det angripna beslutet att kommissionen i sin akt haft tillgång till allvarliga uppgifter och indicier som gav den anledning att misstänka att sökandens dotterbolag Wanadoo gjort sig skyldigt till överträdelser av konkurrensreglerna och att vissa uppgifter, särskilt de som rörde en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter, möjligen hade kommunicerats med några av sökandens anställda.
- 57 Det angripna beslutet är således tillräckligt motiverat med hänsyn till kraven i artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 och rättspraxis. Mot bakgrund av det sammanhang i vilket beslutet fattades kan de omständigheter som sökanden har åberopat inom ramen för denna delgrund inte föranleda en annan slutsats.

- 58 Det är för det första riktigt att det angripna beslutet innebar att inspektionen särskilt rörde de tio av Wanadoos erbjudanden som nämns i beslutet. Såsom framgår av punkt 55 ovan redogörs i beslutet också för skälet till att det angripna beslutet var riktat till sökanden och till att den beslutade inspektionen omfattade detta bolag. Skälet var i huvudsak att kommissionen misstänkte att vissa bevisuppgifter kunde finnas i sökandens lokaler eller att sökanden kunde ha kännedom om dotterbolagets strategi. Med hänsyn till det sammanhang i vilket det angripna beslutet fattades, vilket sökanden själv anser utgör en relevant omständighet för att avgöra omfattningen av kommissionens motiveringsskyldighet, var detta förtydligande tillräckligt för att fullgöra motiveringsskyldigheten när det gäller att ange den aktuella inspektionens föremål och syfte.
- 59 Det är utrett att sökanden vid tiden för de faktiska omständigheterna var moderbolag till Wanadoo och att bolaget måste ha känt till att dess dotterbolag genom beslutet av den 16 juli 2003 hade befunnits skyldigt till en överträdelse av artikel 82 EG. Kommissionen hade således fog för att misstänka att vissa bevisuppgifter kunde vara dolda i sökandens lokaler.
- 60 Beslutet av den 16 juli 2003 visar att sökanden hade mottagit skrivelser med begäran om upplysningar redan i detta ärende. Detta beslut bygger vidare, när det gäller bland annat kommissionens bedömning att Wanadoo hade en strategi för att lägga beslag på marknaden för tjänster som avser höghastighetsinternet, på uppgifter rörande sammanhanget som vittnar om en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter och om Wanadoos dominerande ställning, varav vissa härrörde från sökanden och andra uppgifter hade lämnats till sökanden av Wanadoo. Kommissionen har i detta beslut dessutom framhållit uppgifter som visar den prispolitik som hela France Télécomkoncernen fört för att möta konkurrensen på den aktuella marknaden och med rätta understrukit att den strategi som ett dotterbolag för inte fullständigt kan skiljas från moderbolagets mål.
- 61 Med beaktande av särskilt den betydelse som vissa av sökandens dokument och sökandens koncernstrategi således redan har haft för att slå fast att sökandens

dotterbolag gjort sig skyldigt till en överträdelse, även om dotterbolagets självständighet när det fastställde sina detaljistpriser inte behandlades, har det inte visats att motiveringen i det angripna beslutet var otillräcklig när det gällde att ange att beslutet var riktat till sökanden eller att sökanden själv omfattades av den inspektion som genomfördes i det aktuella fallet.

62 Den exakta storleken på sökandens innehav av Wanadoos aktiekapital är i detta avseende inte relevant, eftersom storleken på innehavet i det aktuella fallet i alla händelser räckte för att slå fast att sökanden vid tiden för de aktuella faktiska omständigheterna verkligen var Wanadoos moderbolag. Förstainstansrätten konstaterar för övrigt för fullständighetens skull att det följer av sökandens svar på förstainstansrättens skriftliga fråga att sökanden den 28 april 2004, således före antagandet av det angripna beslutet, direkt eller indirekt innehade 95,25 procent av aktiekapitalet i sitt dotterbolag Wanadoo.

63 Huruvida det eventuellt skulle vara omöjligt att hålla sökanden ansvarig för Wanadoos konkurrensbegränsande beteende efter det att detta väl hade slagits fast är inte heller relevant. Detta kan faktiskt framgå vid en bedömning i sak av ärendet, men innebär inte att man kan förbjuda en inspektion i moderbolagets lokaler, eftersom denna inspektion just har till syfte att fastställa vilken exakt roll de berörda företagen har haft i den aktuella överträdelsen. Enligt rättspraxis krävs nämligen inte att det görs en exakt rättslig kvalificering av de förmodade överträdelserna i beslutet om att genomföra en inspektion (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 51 nämnda målet Dow Benelux mot kommissionen, punkt 10). Det har för övrigt redan slagits fast att det angripna beslutet i det aktuella fallet var tillräckligt motiverat, eftersom kommissionen hade anledning att misstänka att vissa relevanta bevisuppgifter kunde finnas i sökandens lokaler. Det framgår inte heller av det angripna beslutet att kommissionen har ifrågasatt Wanadoos självständiga uppträdande på den marknad som berördes av inspektionen, vilket medgavs i beslutet av den 16 juli 2003.

- 64 När det för det andra gäller argumentet att den påstått otillräckliga motiveringen inte gjorde det möjligt för sökanden att bedöma om den själv ansågs vara inblandad i överträdelsen, räcker det att påpeka att – såsom tidigare har framkommit – det av såväl innehållet i det angripna beslutet som av det sammanhang i vilket det fattades tydligt framgår hur sökanden antogs vara inblandad i överträdelsen.
- 65 Av det ovan anförda följer likaledes att det angripna beslutet inte står i strid med kommissionens tidigare uppfattning, vilket annars hade fordrat en särskild motivering. Talan kan därför inte vinna bifall såvitt avser denna delgrund.

Den andra delgrunden: Huruvida det angripna beslutet saknade motivering med avseende på vissa uppgifter rörande sammanhanget

— Parternas argument

- 66 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte har motiverat sitt beslut om att genomföra den aktuella inspektionen med beaktande av beslutet av den 16 juli 2003, det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence eller beslutet av Conseil de la concurrence.
- 67 Att inspektionen var nödvändig och proportionerlig borde liksom hänvisningen till att det förelåg en risk för att uppgifter skulle hemlighållas eller förstöras ha motiverats med beaktande av åläggandena i beslutet av den 16 juli 2003.

- 68 Eftersom kommissionen bedömde att inspektionen var nödvändig trots det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence och trots att Conseil de la concurrence hade avslagit AOL:s begäran om interimistiska åtgärder, ankom det på kommissionen att förklara och motivera varför inspektionen var nödvändig, vilket *a fortiori* gäller den inspektion som beordrades hos sökanden.
- 69 Kommissionens underlåtenhet att fullgöra sin motiveringsskyldighet framgår vidare av att kommissionen, bland de uppgifter rörande sammanhanget som den framfört i sitt svaromål, har hänvisat till beslutet av den 16 juli 2003, till att det angripna beslutet är en följd av detta beslut och till det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence samt till sitt beslut att handlägga ärendet i sak.
- 70 Under alla omständigheter kan de förklaringar som lämnas i efterhand i svaromålet inte avhjälpa bristen på motivering i det angripna beslutet. Motiveringsskyldigheten innebär att det ålåg kommissionen att i det angripna beslutet precisera att den presumtion för att det förelåg en överträdelse som det redogörs för i beslutet var en följd av de utbyten som kommissionen haft med den franska konkurrensmyndigheten inom ramen för sin utredning av det klagomål som AOL ingett, och att det angripna beslutet var en följd av kommissionens tidigare beslut att utreda klagomålet i sak. Den aktuella underlåtenheten var särskilt allvarlig eftersom kommissionen enligt punkt 34 i tillkännagivandet var skyldig att underrätta sökanden om sitt beslut att handlägga ärendet i sak.
- 71 Kommissionen har först, angående beslutet av den 16 juli 2003 och de kontrollåtgärder som infördes genom detta beslut, genmält att det i det angripna beslutet nämns att kommissionen hade fått uppgifter som tydde på att de berörda erbjudandena ingick i en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter. Sådana uppgifter kan inte erhållas genom enbart en begäran om upplysningar beträffande kostnader och priser. Det framgår vidare av det angripna beslutet att kommissionen på grundval av uppgifter som den hade tillgång till misstänkte att det förelåg en ny överträdelse av artikel 82 EG trots den kontroll som inrättats genom beslutet av den 16 juli 2003, vilket medförde att det fanns en betydande risk för att de uppgifter som Wanadoo hade lämnat inom ramen för denna kontroll var bristfälliga eller felaktiga.

72 Att det vidare saknades en hänvisning till beslutet av Conseil de la concurrence och till det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence kan inte utgöra en tydlig brist i motiveringen, eftersom det uteblivna omnämmandet av dessa uppgifter inte kunde åsamka sökanden någon skada. Kommissionen är inte heller skyldig att uppge sina källor i ett beslut om att genomföra en inspektion. Kommissionen har i andra hand lagt till att Conseil de la concurrence inte avslog begäran om interimistiska åtgärder av skäl som rör den förmodade överträdelsen i sak, utan av skäl som rör villkoren för förordnande om interimistiska åtgärder. Sökanden har under alla omständigheter inte visat på vilket sätt det förhållandet att kommissionen inte hänvisade till det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence inte gjorde det möjligt för sökanden att förstå syftet med och föremålet för den beslutade inspektionen.

73 Slutligen är sökandens argument att svaromålet innehåller uppgifter som kommissionen inte redogjort för i det angripna beslutet inte relevant. Särskilt det förhållandet att sökanden inte visste att kommissionen hade beslutat att handlägga ärendet i sak var inte nödvändigt för att bolaget skulle förstå föremålet för och syftet med inspektionen samt vad som eftersöktes. I punkt 34 i tillkännagivandet förpliktas kommissionen för övrigt inte att underrätta det berörda företaget genom ett beslut.

— Förstainstansrättens bedömning

74 Det följer av bedömningen i punkterna 47–57 ovan att kommissionen genom det angripna beslutet har fullgjort sin allmänna motiveringsskyldighet enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 och rättspraxis. Det skall därför avgöras om kommissionen i det aktuella fallet för att fullgöra denna skyldighet likväl även borde ha motiverat det angripna beslutet mot bakgrund av de uppgifter som sökanden har nämnt inom ramen för denna delgrund.

- 75 Det skall i detta avseende för det första framhållas att det inte har bestritts att sökanden hade kännedom om de uppgifter rörande sammanhanget som bolaget har åberopat när det angripna beslutet delgavs bolaget och när inspektionen ägde rum. Att de inte omnämndes i det angripna beslutet kan således inte innebära en kränkning av sökandens rätt till försvar.
- 76 När det för det andra gäller åläggandena i beslutet av den 16 juli 2003 framgår det av det angripna beslutet att kommissionen trots dessa ålägganden hade tillgång till uppgifter som gav den anledning att misstänka en överträdelse av artikel 82 EG från Wanadoos sida. Kommissionen förfogade med andra ord i sin akt över uppgifter som tydde på att Wanadoo inte rättade sig efter dessa ålägganden. Inspektionen syftade vidare till att få uppgifter som visade att det förelåg uppsåt att slå ut konkurrenter. Det är svårt att föreställa sig att dessa uppgifter, även om det antas att de hade omfattats av de aktuella åläggandena, skulle ha ingetts spontant till kommissionen av antingen sökanden eller Wanadoo inom ramen för dessa ålägganden. Således påverkade inte åläggandena i beslutet av den 16 juli 2003 lämpligheten av att genomföra den inspektion som beordrades genom det angripna beslutet. Kommissionen var därför inte skyldig att särskilt motivera detta beslut med beaktande av dessa ålägganden.
- 77 Hänvisningen till att det förelåg en risk för att uppgifter skulle hemlighållas eller förstöras kan för det tredje inte visa att kommissionen har åsidosatt sin motiveringsskyldighet. Det har nämligen inte bestritts att det bland de uppgifter som kommissionen ville få fram, särskilt de som kunde avslöja en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter, förekom uppgifter som i allmänhet hemlighålls eller som riskerar att förstöras vid en utredning. Det var vidare, såsom har konstaterats ovan, likaledes rimligt av kommissionen att anse att sådana uppgifter under alla omständigheter inte skulle ha ingetts spontant till kommissionen inom ramen för åläggandena i beslutet av den 16 juli 2003.
- 78 När det för det fjärde gäller det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence och dess avslag på AOL:s begäran om interimistiska åtgärder, krävs det enligt

gemenskapsrätten i princip inte att kommissionen motiverar ett beslut om att genomföra en inspektion med beaktande av eventuella parallella nationella förfaranden. I själva verket utgör beslutet av Conseil de la concurrence stöd för den utredningsåtgärd som kommissionen beslutade om. Även om Conseil de la concurrence i det beslutet uttalade att "varken sektorn eller företagen i denna sektor har lidit någon allvarlig och omedelbar skada till följd av Wanadoos prissättning", bedömde Conseil de la concurrence icke desto mindre att "det inte kan uteslutas att vissa inslag i den av Wanadoo tillämpade prissättningen faller inom tillämpningsområdet ... för artikel 82 [EG], eftersom de påverkar en väsentlig del av Frankrike". Conseil de la concurrence motiverade således avslaget på begäran om interimistiska åtgärder med att det varken förelåg en allvarlig och omedelbar skada för sektorn eller företagen i denna sektor, eller en omedelbar skada för konsumenterna. Skälet till avslaget var med andra ord att det inte förelåg krav på skyndsamhet, och inte att det var uppenbart att det ingivna klagomålet var ogrundat. I detta beslut behandlas inte heller vilken inställning sökanden har till den överträdelse som dess dotterbolag är misstänkt för. Beslutet gör det således inte möjligt att dra slutsatsen att den inspektion som det förordnades om genom det angripna beslutet inte var relevant, varför kommissionen inte var skyldig att särskilt motivera det angripna beslutet med hänsyn till det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence eller dess beslut.

79 För det femte är inte heller det förhållandet att dessa uppgifter nämndes i det svaromål som kommissionen gav in till förstainstansrätten relevant. Innehållet i ett svaromål syftar bland annat till att upplysa förstainstansrätten om det faktiska och rättsliga sammanhanget i det mål som är föremål för förstainstansrättens prövning. Det angripna beslutet ingår i detta sammanhang och förstainstansrätten saknar, till skillnad från parterna i målet, kännedom om detta sammanhang. Att det i ett beslut som utgör föremål för en talan om ogiltigförklaring saknas uppgifter rörande sammanhanget som en part senare lämnar till förstainstansrätten när denna part redogör för bakgrunden till den anhängiggjorda tvisten, kan således inte i sig visa att skyldigheten att motivera det angripna beslutet har åsidosatts.

80 Det framgår för det sjätte av det angripna beslutet att kommissionen samrådde med den behöriga konkurrensmyndigheten innan den genomförde inspektionen. Såsom det vidare redan har konstaterats är kommissionen inte skyldig att i ett beslut om att

genomföra en inspektion ange samtliga uppgifter som den har tillgång till som rör den förmodade överträdelsen. Slutligen anges förvisso i punkt 34 i tillkännagivandet att "[o]m ett ärende överförs inom nätverket [av konkurrensmyndigheter], underlättas det berörda företaget ... om detta så snabbt som möjligt av de berörda konkurrensmyndigheterna". I punkt 5 i samma tillkännagivande anges emellertid uttryckligen att "varje medlem i nätverket [behåller] sin fulla beslutanderätt med avseende på om en utredning behövs eller ej", och i punkterna 4 och 31 i tillkännagivandet preciseras att "[f]örfrågningar och diskussioner inom nätverket sker myndigheter emellan" respektive att "[ä]rendefördelningen skapar ... inte någon individuell rätt för företag som har begått ... en överträdelse att få ärendet handlagt av en viss myndighet". Kommissionen behöll således sin rätt att genomföra den beslutade inspektionen. Oavsett innehållet i kommissionens svaromål, har det påstådda åsidosättandet av kommissionens motiveringsskyldighet med avseende på punkt 34 i tillkännagivandet inte visats.

81 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den andra delgrunden.

Den tredje delgrunden: Huruvida det var omöjligt för sökanden att förstå skälen till att kommissionen uttryckte tvivel när det gäller priset på option 5

— Parternas argument

82 Sökanden har anfört att kommissionen i det angripna beslutet har åsidosatt motiveringsskyldigheten och rätten till försvar genom att åberopa option 5 i motiveringen till detta beslut och anföra att option 5 medfört att ett pristryck uppkommit, utan att sedan nämna option 5 eller sänkningen av priset på option 5 i själva beslutsdelen. Inspektionen kan därför inte anses ha förordnats för att kontrollera en förmodad överträdelse från sökandens sida och kommissionen har underlåtit att på ett klart och korrekt sätt ange de misstankar som den hyst beträffande sökandens nya pris på option 5.

- 83 Särskilt misstanken om ett pristryck står i strid med både ordalydelsen av artikel 1 i det angripna beslutet och ordalydelsen av fjärde skälet i samma beslut. Kommissionen har misstänkt och kontrollerat förekomsten av en prissättning, nämligen priset på sökandens option 5. Denna prissättning ansågs inte utgöra en misstänkt överträdelse i artikel 1 i det angripna beslutet och uteslöts från det område som undersökningen omfattade genom fjärde skälet i samma beslut.
- 84 Det föreligger vidare en grundläggande skillnad mellan att å ena sidan beakta priset på option 5 som en bedömningsfaktor för att kontrollera att Wanadoos detaljistpriser, med hänsyn till den kostnad som priset på option 5 ger upphov till för detta bolag, inte utgör underprissättning, och att å andra sidan betrakta priset på option 5 som misstänkt i sig, vilket är fallet i det angripna beslutet.
- 85 Det följer enligt sökanden vidare av beslutet av den 16 juli 2003 att det inte kan göras gällande några misstankar om att sökanden har utövat pristryck som är grundade på en jämförelse mellan grossistpriset på option 5 och de detaljistpriser som Wanadoo tillämpat. Dessa priser har nämligen fastställts av fristående och självständiga företag som bedriver verksamhet på olika marknader. Det går inte heller att misstänka att priset på option 5 inte är lagenligt och samtidigt använda detta pris som rättslig grund för att misstänka Wanadoo för underprissättning. Huruvida priset på option 5 var tillåtet kan vidare inte bero på nivån på de detaljistpriser som Internetleverantörerna, däribland Wanadoo, tillämpade. Det angripna beslutet innehåller inte någon förklaring i detta väsentliga avseende, vilket visar att kommissionen har åsidosatt sin motiveringsskyldighet.
- 86 Kommissionen har slutligen låtit förstå att priset på option 5 var för högt, men har samtidigt uttryckt tvivel när det gäller den sänkning av priset på option 5 som ägde rum i januari 2004.

- 87 De tvivel som kommissionen har uttryckt i det angripna beslutet när det gäller sänkningen av priset på option 5 var vidare otillräckligt motiverade. Kommissionen hade före antagandet av det angripna beslutet kännedom om att sökanden inte fritt kunde ändra priset på option 5 och att denna prissänkning hade godkänts av de behöriga franska myndigheterna.
- 88 De tvivel som kommissionen uttryckte i det angripna beslutet när det gäller priset på option 5 borde således ha förklarats och motiverats särskilt. Sökanden har särskilt framhållit att de tre franska myndigheter med vilka samråd hade ägt rum under förfarandet för godkännande av det nya priset hade uteslutit att det nya priset på option 5 skulle medföra ett pristryck. Även AOL hade påtalat att priset på option 5 skulle medföra ett pristryck. Conseil de la concurrence godtog emellertid inte denna anmärkning, eftersom den *prima facie* inte var övertygande.
- 89 Kommissionen har svarat att det angripna beslutet inte avsåg priset på option 5 sett separat, utan även de nya priserna för tillgång till Internet i form av ADSL avsedd för allmänheten i Frankrike, och således de detaljistpriser som Wanadoo och/eller France Télécom fastställt. Även om förhållandet mellan dessa detaljistpriser och priset på option 5 utgör en oundgänglig del av bedömningen, kan förekomsten av underprissättning eller ett pristryck inte uteslutas endast på den grunden att priset på option 5 hade godkänts av en offentlig myndighet. Sökandens argument kan således inte godtas. Särskilt det förhållandet att ART godkände sänkningarna av priset på option 5 innebär inte att det är uteslutet att France Télécom i egenskap av koncern kan ha överträtt artikel 82 EG genom att skapa ett pristryck, med tanke på att försäljningspriserna i detaljistledet inte var reglerade.
- 90 Sökanden har blandat samman den konkurrensbegränsande prissättning som kommissionens misstankar är riktade mot, vilken tydligt anges i artikel 1 i det angripna beslutet och bestämmer det angripna beslutets tillämpningsområde, med de priser och andra faktiska omständigheter som kommissionen avsåg att kontrollera vid inspektionen. I det angripna beslutet angavs att kommissionen hade för avsikt att inom den rättsliga kategorin oskäligen priser kontrollera för det första förekomsten av en eventuell underprissättning, och för det andra förekomsten av ett

pristryck. Vid denna kontroll utgjorde grossistpriserna en oundgänglig del av bedömningen. Kommissionens misstankar rörde således inte priset på option 5 som sådant, utan den minskade skillnad mellan priset på option 5 och detaljistpriserna som följde efter en sänkning av detaljistpriserna. Det föreligger således ingen motsättning mellan skälen i det angripna beslutet och artikel 1 i detta.

- 91 I ett beslut om att genomföra en inspektion skall kommissionen vidare inte visa att en överträdelse föreligger, utan endast att det finns misstankar om en överträdelse. Sökanden har varken visat att kommissionen saknade fog för att misstänka en överträdelse eller på vilket sätt det hade varit nödvändigt att nämna de successiva godkännandena av sänkningarna av priset på option 5 på nationell nivå för att det angripna beslutet skulle vara tillräckligt motiverat.
- 92 Hänvisningen till beslutet av den 16 juli 2003 är vidare inte relevant. Kommissionen kunde med rätta anse att Wanadoo – under den process då Wanadoo integrerades med sökanden, och således under den period då de berörda erbjudandena gällde – hade förlorat sin förmåga att fastställa sina detaljistpriser på ett självständigt sätt i förhållande till sökanden.
- 93 Eftersom kommissionen slutligen har fullgjort sin skyldighet att motivera det angripna beslutet, var kommissionen inte skyldig att på ett uttömmande sätt redogöra för samtliga uppgifter som den hade kännedom om. Detta gäller särskilt beträffande det förhållandet att priset på option 5 hade godkänts på nationell nivå. Sökanden hade dessutom kännedom om dessa uppgifter, varför sökandens rätt till försvar inte påverkades av att de inte nämndes.

— Förstainstansrättens bedömning

- 94 Sökanden har i huvudsak klandrat kommissionen för att i det angripna beslutet ha funnit priset på option 5 misstänkt, utan att emellertid klart uttrycka de misstankar

som den hyste i detta avseende, eller motivera sin uppfattning med beaktande av beslutet av den 16 juli 2003 och olika nationella beslut.

95 Såsom emellertid framgår av de viktigaste delarna av det angripna beslutet, vilka har återgetts ovan i punkterna 22 och 23, angavs i detta beslut angående option 5 att den minskade skillnaden mellan Wanadoos detaljistpriser och sökandens pris på option 5 medförde ett pristryck på de av Wanadoos konkurrenter som baserade sina erbjudanden på option 5. Detta gällde trots den sänkning av priset på option 5 som ägde rum i januari 2004. I beslutet tillades att denna minskade skillnad begränsade Wanadoos konkurrenters inträde på marknaden och utgjorde ett hot mot dem som redan fanns på denna marknad. I det angripna beslutet angavs vidare att Wanadoo tillämpade priser som var lägre än bolagets kostnader. I beslutet drogs slutsatsen att denna prissättning kunde likställas med att påtvinga oskäliga försäljningspriser.

96 Det skall således slås fast att det angripna beslutet är tydligt motiverat och inte innehåller några misstankar om att sökanden har överträtt artikel 82 EG i fråga om bolagets pris på option 5. Det är vidare med rätta som sökandens pris på option 5 nämns i motiveringen till det angripna beslutet utan att emellertid utgöra en del av de uppgifter som inspektionen avser enligt artikel 1 i samma beslut. I det angripna beslutet hänvisades nämligen endast till detta pris som en referenspunkt för att dels avgöra om Wanadoos detaljistpriser eventuellt utgjorde underprissättning, då priset på option 5 måste beaktas för att beräkna Wanadoos kostnader, dels avgöra om Wanadoos alltför låga detaljistpriser medförde ett pristryck. Såsom redan har slagits fast är kommissionen för övrigt enligt rättspraxis inte skyldig att på inspektionsstadiet, som är det enda stadium som är aktuellt här, göra en exakt rättslig kvalificering av de misstänkta överträdelserna (se, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 17 oktober 1989 i de förenade målen 97/87–99/87 Dow Chemical Ibérica m.fl. mot kommissionen, REG 1989, s. 3165, punkt 45; svensk specialutgåva, volym 10, s. 165).

97 Att kommissionen i ett senare skede av förfarandet eventuellt inte är i stånd att visa att det föreligger ett pristryck är inte relevant. Denna fråga rör den bedömning i sak som görs på grundval av uppgifter som samlats in vid den aktuella inspektionen och

skall således inte undersökas vid prövningen av huruvida kommissionen har fullgjort sin motiveringsskyldighet. Kommissionen är under alla omständigheter vid sin bedömning i sak av de uppgifter som den har samlat in inte bunden av den rättsliga kvalificering som den har gjort av vissa överträdelser i ett beslut om att genomföra en inspektion. Kommissionens enda skyldighet i detta avseende är att det med hänsyn till de uppgifter som angetts i beslutet om att genomföra inspektionen framstår som tillräckligt sannolikt att de misstänkta överträdelserna föreligger för att inspektionen skall anses motiverad. Det framgår av den bedömning som gjorts i särskilt punkterna 55–63 ovan att så verkligen var fallet här.

98 Förstainstansrätten kan således inte godta sökandens argument enligt vilka kommissionen har åsidosatt sin motiveringsskyldighet genom att inte göra det möjligt för sökanden att förstå skälen till att kommissionen hade uttryckt tvivel om huruvida priset på option 5 var lagenligt. Det finns inte något i det angripna beslutet som gör att man kan dra slutsatsen att kommissionen i detta beslut hade uttryckt sådana tvivel. Av detta följer likaledes att de franska myndigheternas godkännande av priset på option 5 inte påverkar kommissionens motiveringsskyldighet.

99 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den tredje delgrunden.

Den fjärde delgrunden: Huruvida det var omöjligt för Juge des libertés att göra den prövning som ankom på denna domstol att göra innan den godkände inspektionen

— Parternas argument

100 Sökanden har gjort gällande att den behöriga nationella domstolen skall pröva huruvida det angripna beslutet är proportionerligt med beaktande av principen om skydd mot godtyckliga eller oproportionerliga ingripanden från det allmänna i en

juridisk persons privata sfär, vilket utgör en allmän gemenskapsrättslig princip. Enligt denna princip ankommer det på den behöriga nationella instansen att kontrollera att de planerade tvångsåtgärderna varken är godtyckliga eller alltför långtgående i förhållande till föremålet för undersökningen, och att det finns tillräckligt allvarliga indicier som ger anledning att misstänka att det berörda företaget har begått en överträdelse av konkurrensreglerna. Den nationella domstolen skall ha tillgång till alla nödvändiga uppgifter för att kunna göra sin prövning. Så var det emellertid inte i förevarande fall.

- 101 De uppgifter som lämnades till Juge des libertés var otillräckliga och visade inte att det fanns mycket klara misstankar eller objektiva indicier gentemot sökanden. I det angripna beslutet nämndes inte artiklarna 2 och 3 i beslutet av den 16 juli 2003 eller förfarandet vid Conseil de la concurrence. Det nämndes inte heller att sänkningen av priset på option 5 hade utgjort föremål för ett positivt yttrande från ART och därefter godkänts för att slutligen fastställas av Conseil d'État. Dessa uppgifter var emellertid relevanta och väsentliga för att Juge des libertés skulle kunna göra sin prövning. Juge des libertés skulle, om dessa uppgifter hade angetts, ha kunnat finna att den beslutade inspektionen var godtycklig och oproportionerlig, eller i vart fall ha begärt förklaringar av kommissionen i enlighet med artikel 20.8 i förordning nr 1/2003.
- 102 Det förhållandet att Juge des libertés beslut inte verkställdes saknar betydelse i detta fall, eftersom kommissionens motiveringsskyldighet och skyldighet att samarbeta lojalt med den nationella domstolen är en objektiv skyldighet som åvilar kommissionen vid tiden för antagandet av beslutet om att genomföra en inspektion. Kommissionen kan inte i efterhand frånhända sig ansvaret för att den lämnat en otillräcklig motivering och inte samarbetat lojalt med den nationella domstolen på den grunden att dess tillstånd inte fick någon praktisk tillämpning. Det tillstånd som gjordes gällande mot sökanden utgjorde vidare en avgörande faktor för sökandens uppträdande vid inspektionen.
- 103 Att sökanden inte har bestritt lagenligheten av Juge des libertés beslut vid de franska domstolarna begränsar inte räckvidden av dess argumentation i detta fall. Den otillräckliga motivering som kommissionen klandras för har i själva verket fråntagit sökanden dess möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt bestrida lagenligheten av Juge

des libertés tillstånd. Det går nämligen inte att lasta denna domstol för att ha gjort en felaktig bedömning på grundval av uppgifter som den saknat tillgång till. Sökanden har dessutom gjort gällande att bolaget gav in ett överklagande av Juge des libertés beslut som sökanden senare återkallade.

104 Kommissionen har svarat att denna delgrund är verkningslös. Om Juge des libertés beslut hade påverkat sökandens rättigheter, är det vid den behöriga nationella domstolen som den borde ha bestritt beslutet. Att sökanden hade gett in ett överklagande avseende detta beslut är utan relevans. Även om den nationella domstolen hade ansett att den saknade ett tillräckligt underlag för att kunna göra sin prövning, är detta utan betydelse för det angripna beslutets lagenlighet, eftersom prövningen härav uteslutande ankommer på gemenskapsdomstolen.

105 Det förhållandet att den nationella domstolens beslut kan ha utgjort en avgörande faktor för sökandens samarbete är inte heller av avgörande betydelse, då de inspektioner som kommissionen beslutar om är tvingande oberoende av nationella beslut och då vägran att underkasta sig en sådan inspektion kan medföra betydande böter enligt artikel 23.1 b i förordning nr 1/2003.

106 Kommissionen har lagt till att detta beslut inte har verkställts och att det som sökanden anfört inom ramen för denna delgrund följaktligen saknar relevans, eftersom sökanden accepterade att underkasta sig den inspektion som kommissionen beslutade om och inspektionen uteslutande ägde rum med stöd av gemenskapsrätten.

107 Under alla omständigheter är den nationella domstolens roll i ett fall som det förevarande inte att godkänna den inspektion som kommissionen beslutat om enligt

artikel 20 i förordning nr 1/2003, utan endast att ge den nationella myndigheten tillstånd att använda tvingande medel för den händelse att det berörda företaget vägrar att underkasta sig inspektionen.

- 108 Kommissionen har i andra hand gjort gällande att det angripna beslutet under alla omständigheter är tillräckligt motiverat för att Juge des libertés skall kunna göra sin proportionalitetsprövning.

— Förstainstansrättens bedömning

- 109 Det skall inledningsvis slås fast att även om ansökan på sina ställen är klumpigt formulerad, framgår det likväl av ansökan att sökanden inte har satt i fråga lagenligheten av Juge des libertés beslut och inte heller har gjort gällande att den domstolen saknat tillgång till uppgifter som var nödvändiga för att bedöma det angripna beslutets lagenlighet, utan att sökanden i huvudsak har klandrat kommissionen för att inte tillräckligt ha motiverat det angripna beslutet, och att detta medförde att Juge des libertés inte var i stånd att göra den prövning som ankom på den enligt artikel 20.8 i förordning nr 1/2003.

- 110 Det är visserligen riktigt att det enligt ordalydelsen av artikel 20.8 i förordning nr 1/2003 ankommer på den nationella rättsliga myndighet hos vilken en begäran om tillstånd har getts in enligt artikel 20.7 i samma förordning att kontrollera att kommissionens beslut om att genomföra en inspektion är fattat i vederbörlig ordning och att de tvångsåtgärder som planeras för att genomföra inspektionen varken är godtyckliga eller alltför långtgående i förhållande till föremålet för inspektionen, och att kommissionen för detta syfte är skyldig att ge denna myndighet vissa uppgifter. Av artikel 20.8 i förordning nr 1/2003 och av rättspraxis (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères) framgår emellertid likaledes att dessa uppgifter kan anges på andra ställen än endast i beslutet om att genomföra inspektionen och att kommissionen kan lämna dessa uppgifter till den nationella rättsliga myndigheten på andra sätt än genom detta beslut.

- 111 Den fjärde delgrund som sökanden har åberopat är således verkningslös, eftersom det eftersträvade syftet med kommissionens motiveringsskyldighet inte är att säkerställa att den nationella domstol hos vilken tillstånd begärs enligt artikel 20.7 i förordning nr 1/2003 erhåller upplysningar, utan att göra det möjligt för det företag som berörs av inspektionen att bedöma omfattningen av dess samarbetskyldighet och samtidigt se till att företagets rätt till försvar tillvaratas.
- 112 Av det ovan anförda följer att det inte har visats att kommissionen har åsidosatt sin motiveringsskyldighet, varför talan inte kan vinna bifall såvitt avser någon del av den första grunden.

Den andra grunden: Huruvida skyldigheten att samarbeta lojalt med de nationella myndigheterna har åsidosatts

Parternas argument

- 113 Sökanden har gjort gällande att kommissionen i två olika avseenden har åsidosatt sin skyldighet att samarbeta lojalt med de franska myndigheterna och att dessa åsidosättanden skall medföra att det angripna beslutet ogiltigförklaras.
- 114 Kommissionen har för det första åsidosatt sin skyldighet att samarbeta lojalt med Juge des libertés som kommissionen vände sig till för att få tillstånd till den beslutade inspektionen hos France Télécom. Denna skyldighet bygger på artikel 10 EG, såsom den har tolkats av domstolen, och skall styra och är nödvändig för tillämpningen av förordning nr 1/2003. Den skyldighet som domstolen har ålagt kommissionen, nämligen att till den nationella domstolen lämna de uppgifter som behövs för att den skall kunna göra den prövning som ankommer på denna domstol, utgör en väsentlig skyldighet inte endast med avseende på kommissionens

motiveringsskyldighet, utan även med avseende på dess skyldighet att samarbeta lojalt med den behöriga domstolen. Det förhållandet att kommissionen inte har hänvisat till bestämmelserna i artiklarna 2 och 3 i sitt beslut av den 16 juli 2003, till det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence eller till Conseil d'États beslut av den 19 januari 2004 utgör ett allvarligt åsidosättande av kommissionens skyldighet att samarbeta lojalt med Juge des libertés.

- 115 Kommissionen har för det andra åsidosatt sin skyldighet att samarbeta lojalt med Conseil de la concurrence som föreskrivs i artikel 11.1 i förordning nr 1/2003 och regleras i artiklarna 11.6 och 13.1 samt skäl 18 i samma förordning, genom att anta det angripna beslutet trots att ett ärende hade anhängiggjorts vid Conseil de la concurrence och Conseil de la concurrence hade meddelat ett beslut att avslå begäran om interimistiska åtgärder. Kommissionen har i det aktuella fallet inte samrått med Conseil de la concurrence. Det framgår vidare av bestämmelserna i förordning nr 1/2003, som det har erinrats om ovan, att om ett ärende redan har anhängiggjorts vid en nationell konkurrensmyndighet, kan kommissionen endast inleda ett förfarande efter att ha samrått med denna myndighet. Slutligen är det den konkurrensmyndighet som är bäst lämpad som skall handlägga ett klagomål. Med hänsyn till de tre kumulativa villkor som räknas upp i skäl 8 i förordning nr 1/2003, var Conseil de la concurrence bättre lämpat än kommissionen att utreda antagandena om en överträdelse.
- 116 Kommissionen har genmält att sökanden, i den mån som denna grund avser det påstått bristande samarbetet med Juge des libertés, i sak har upprepat, i en annan form, det argument som avser en otillräcklig motivering, som kommissionen redan har bemött. I den mån som denna grund avser det påstått bristande samarbetet med Conseil de la concurrence, ger den uttryck för en bristande förståelse av förordning nr 1/2003. I det system som EG-fördraget och förordning nr 1/2003 utgör föreligger parallella behörigheter att tillämpa konkurrensrätten, och förordning nr 1/2003 innehåller inget kriterium för fördelning av ärenden eller behörigheter. De nationella myndigheterna är behöriga att tillämpa artiklarna 81 EG och 82 EG så länge som kommissionen inte har inlett ett förfarande i den mening som avses i artikel 11.6 i förordning nr 1/2003, och kommissionen är behörig att när som helst ingripa mot varje överträdelse av artiklarna 81 EG och 82 EG.

- 117 Vissa omständigheter talade vidare för att kommissionen skulle handlägga ärendet.
- 118 Kommissionens beslut att genomföra en inspektion och att handlägga ärendet i sak utgjorde slutligen föremål för ett nära samråd med de franska myndigheterna i enlighet med andemeningen i artikel 11.1 i förordning nr 1/2003.

Förstainstansrättens bedömning

- 119 Förstainstansrätten framhåller för det första att i artikel 20 i förordning nr 1/2003 har, i fråga om skyldigheten att samarbeta lojalt med de nationella rättsliga myndigheterna, formerna för att fullgöra den skyldighet till lojalt samarbete som följer av artikel 10 EG, och som kommissionen är bunden av inom ramen för sina förbindelser med medlemsstaterna (domstolens dom av den 10 februari 1983 i mål 230/81, Luxemburg mot parlamentet, REG 1983, s. 255, punkt 37, svensk specialutgåva, volym 7, s. 17, och domstolens beslut av den 13 juli 1990 i mål C-2/88 Imm., Zwartveld m.fl., REG 1990, s. I-3365, punkt 17, svensk specialutgåva, volym 10, s. 489), preciserats när det gäller de förbindelser som upprättas i samband med de inspektioner som kommissionen genomför för att upptäcka överträdelser av artiklarna 81 EG och 82 EG. I artikel 20 i nämnda förordning föreskrivs formerna för hur kommissionen, de nationella konkurrensmyndigheterna och de nationella rättsliga myndigheterna skall samarbeta när kommissionen har beslutat att genomföra en inspektion med stöd av denna förordning.
- 120 I artikel 20 i förordning nr 1/2003 ges kommissionen således behörighet att genomföra inspektioner antingen efter uppvisande av ett skriftligt tillstånd i enlighet med artikel 20.3 eller med stöd av ett beslut som innebär att företagen är skyldiga att underkasta sig inspektionerna i enlighet med artikel 20.4. Om kommissionen skall genomföra en inspektion med stöd av artikel 20.3, är den skyldig att i god tid före

inspektionen underrätta konkurrensmyndigheten i den medlemsstat inom vars territorium inspektionen skall genomföras om denna. Om kommissionen skall genomföra en inspektion med stöd av artikel 20.4, är den skyldig att samråda med konkurrensmyndigheten i den medlemsstat inom vars territorium inspektionen skall genomföras innan den beslutar om inspektionen.

121 Enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003 krävs bistånd från de nationella myndigheterna för att inspektionen skall kunna genomföras, om det företag som inspektionen gäller motsätter sig denna. Om detta bistånd kräver tillstånd av en rättslig myndighet skall ett sådant tillstånd begäras enligt artikel 20.7. Enligt artikel 20.8 skall den nationella rättsliga myndigheten i så fall kontrollera att kommissionens beslut om att genomföra en inspektion är fattat i vederbörlig ordning och att de planerade tvångsåtgärderna för att genomföra inspektionen varken är godtyckliga eller alltför långtgående i förhållande till föremålet för denna inspektion, medan lagenligheten hos kommissionens beslut emellertid endast kan prövas av gemenskapsdomstolarna.

122 Av detta följer att det i artikel 20 i förordning nr 1/2003 görs en klar åtskillnad särskilt mellan å ena sidan de beslut som kommissionen fattar enligt artikel 20.4 och å andra sidan den begäran om bistånd som framställs till den nationella rättsliga myndigheten enligt artikel 20.7.

123 Medan det endast är gemenskapsdomstolarna som är behöriga att pröva lagenligheten av ett beslut som kommissionen har fattat enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, såsom det särskilt framgår av artikel 20.8 *in fine*, ankommer det däremot endast på den nationella domstol hos vilken tillstånd att vidta tvångsåtgärder begärs enligt artikel 20.7 i förordning nr 1/2003 att – eventuellt med bistånd av EG-domstolen vid en begäran om förhandsavgörande och med förbehåll för eventuella nationella rättsmedel – avgöra om de uppgifter som kommissionen har lämnat inom ramen för denna begäran om tvångsåtgärder gör det möjligt för den domstolen att

göra den prövning som åligger den enligt artikel 20.8 i förordning nr 1/2003 och, således, ta ställning till den begäran som har framställts vid denna domstol (se, för ett liknande resonemang, angående rådets förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères, punkterna 39, 67 och 68).

124 Den nationella rättsliga myndighet hos vilken en begäran har getts in enligt artikel 20.7 i förordning nr 1/2003 får, enligt artikel 20.8 och rättspraxis (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères), be kommissionen om förtydliganden, om framför allt de grunder på vilka kommissionen misstänker överträdelse av bestämmelserna i artiklarna 81 EG och 82 EG, samt hur allvarlig den misstänkta överträdelsen är och på vilket sätt det berörda företaget är inblandat. En prövning av förstainstansrätten, som antagligen skulle kunna föranleda ett konstaterande av att kommissionen inte har lämnat tillräckliga uppgifter till den aktuella nationella myndigheten, skulle innebära att förstainstansrätten gör en ny prövning av den bedömning som myndigheten redan gjort av frågan huruvida dessa uppgifter var tillräckliga. En sådan prövning kan emellertid inte tillåtas, eftersom den nationella rättsliga myndighetens bedömning endast kan bli föremål för prövning i den utsträckning som det är möjligt enligt nationella rättsmedel att få denna myndighets beslut prövade.

125 De argument som sökanden har gjort gällande till stöd för den andra grunden kan därför inte godtas, eftersom de är verkningslösa, i den del de genom att bestrida innehållet i det angripna beslutet med beaktande av den skyldighet att samarbeta lojalt som åligger kommissionen, förutsätter ett ifrågasättande från förstainstansrättens sida av den bedömning som Juge des libertés har gjort inom ramen för artikel 20.8 i förordning nr 1/2003 av frågan huruvida kommissionen lämnat tillräckliga uppgifter för att få det begärda tillståndet enligt artikel 20.7 i förordningen. Förstainstansrätten är nämligen inte behörig att pröva hur en nationell domstol hos vilken en begäran har getts in enligt denna bestämmelse fullgör den uppgift som åligger den enligt artikel 20.8.

- 126 Det skall vidare erinras om att lagenligheten av en rättsakt skall bedömas i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde den dag då rättsakten antogs (domstolens dom av den 7 februari 1979 i de förenade målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen, REG 1979, s. 321, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 4, s. 287, och förstainstansrättens dom av den 15 juli 2004 i mål T-384/02, Valenzuela Marzo mot kommissionen, REGP 2004, s. I-A-235 och s. II-1035, punkt 98). Att den nationella rättsliga myndigheten inom ramen för en begäran som kommissionen ingett enligt artikel 20.7 i förordning nr 1/2003 har använt ett beslut om att genomföra en inspektion, eller har bedömt sådana uppgifter som framgår av beslutet, påverkar således inte lagenligheten av beslutet om att genomföra inspektionen.
- 127 Inom ramen för denna grund är det således endast mot bakgrund av de uppgifter som krävs enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, såsom denna artikel har tolkats i rättspraxis, som förstainstansrätten skall bedöma om sökandens argument att kommissionen har åsidosatt sin skyldighet att samarbeta lojalt med de nationella rättsliga myndigheterna är välgrundade. Av förstainstansrättens bedömning av sökandens första grund framgår emellertid att det inte har visats att kommissionen har åsidosatt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 i något avseende. Den första delen av den argumentation som sökanden fört till stöd för bolagets andra grund kan således inte godtas.
- 128 När det för det andra gäller kommissionens skyldighet att samarbeta lojalt med de nationella konkurrensmyndigheterna såsom den framgår av de olika bestämmelser som sökanden har åberopat, skall det först framhållas att det i artikel 11.1 i förordning nr 1/2003 förvisso föreskrivs en huvudregel enligt vilken kommissionen och de nationella myndigheterna är skyldiga att ha ett nära samarbete. Denna bestämmelse innebär emellertid inte att kommissionen åläggs att avstå från att genomföra en inspektion som rör ett ärende som handläggs parallellt av en nationell konkurrensmyndighet.
- 129 Av denna bestämmelse följer inte heller att kommissionen, så snart som en nationell konkurrensmyndighet har börjat utreda vissa sakförhållanden, omedelbart är förhindrad att ta över ärendet eller att visa ett preliminärt intresse för ärendet. Tvärtom följer det av den samarbetsskyldighet som föreskrivs i denna bestämmelse

att de två myndigheterna åtminstone i inledande skeden, såsom vid utredningen av ett ärende, kan arbeta parallellt. Det framgår således av artikel 11.6 i förordning nr 1/2003, som sökanden har åberopat, att samarbetsprincipen innebär att kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna åtminstone i de inledande skedena av handläggningen av ett ärende kan arbeta parallellt. I denna bestämmelse föreskrivs nämligen att kommissionen, med förbehåll för att den enbart skall samråda med den berörda nationella myndigheten, behåller rätten att inleda ett förfarande i syfte att fatta ett beslut även om en nationell myndighet redan handlägger ärendet. Därför skall kommissionen *a fortiori* kunna genomföra en sådan inspektion som den har beslutat om i förevarande fall. Ett beslut om att genomföra en inspektion utgör nämligen endast en förberedande rättsakt till handläggningen av ett ärende i sak, och medför inte att förfarandet formellt inleds i den mening som avses i artikel 11.6 i förordning nr 1/2003, eftersom ett sådant beslut om att genomföra en inspektion inte i sig uttrycker att kommissionen har för avsikt att fatta ett beslut i sak (se, för ett liknande resonemang, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 6 februari 1973 i mål 48/72, Brasserie de Haecht, REG 1973, s. 77, punkt 16; svensk specialutgåva, volym 2, s. 67). I skäl 24 i förordning nr 1/2003 anges för övrigt att kommissionen bör ha befogenhet att genomföra de inspektioner som är nödvändiga för att avslöja överträdelser av artikel 82 EG, och i artikel 20.1 i nämnda förordning föreskrivs uttryckligen att kommissionen för fullgörandet av de uppgifter som den tilldelas genom denna förordning får genomföra alla nödvändiga inspektioner.

- 130 Det följer vidare av artikel 13.1 i förordning nr 1/2003 och av skäl 18 i samma förordning, vari införandet av denna artikel tillkännages, att det förhållandet att en konkurrensmyndighet handlägger ett ärende endast ger en annan berörd myndighet rätt att avbryta sitt förfarande eller att avvisa klagomålet. Det rör sig således endast om ett skäl för den andra myndigheten att avbryta sitt förfarande eller att avvisa det klagomål som inkommit till denna myndighet. Av detta följer inte någon skyldighet för kommissionen att avstå från att göra en utredning på den grunden att en annan myndighet redan är delaktig i handläggningen av samma ärende. Det kan inte heller anses att det genom nämnda artikel 13.1 och skäl 18 inrättas ett kriterium för tilldelning eller fördelning av ärenden eller behörigheter mellan kommissionen och den eller de nationella myndigheter som eventuellt är berörda av det aktuella ärendet. Att den rätt som föreskrivs i denna artikel inte används kan således under

alla omständigheter inte innebära att kommissionen har åsidosatt den skyldighet att samarbeta lojalt som åligger den inom ramen för sina förbindelser med konkurrensmyndigheterna i medlemsstaterna.

131 Förstainstansrätten konstaterar härefter att det, tvärtemot sökandens påstående att det inte framgår att kommissionen har samrått med Conseil de la concurrence, i skälen i det angripna beslutet nämndes att kommissionen har samrått med den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten i enlighet med artikel 20.4 i förordning nr 1/2003. Med hänsyn till den presumtion om lagenlighet som gäller för gemenskapsinstitutionernas rättsakter (domstolens dom av den 15 juni 1994 i mål C-137/92 P, kommissionen mot BASF m.fl., REG 1994, s. I-2555, punkt 48; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-201), vilken innebär att den som gör gällande att en sådan rättsakt är rättsstridig har bevisbördan för detta, och med hänsyn till att sökanden inte har lämnat någon uppgift som visar att kommissionen faktiskt inte har samrått med den franska konkurrensmyndigheten kan detta argument inte godtas.

132 Det skall slutligen slås fast att skäl 8 i förordning nr 1/2003 inte ger något stöd för påståendet att Conseil de la concurrence i detta fall var bättre lämpat än kommissionen att pröva de aktuella antagandena om överträdelse. I detta skäl redogörs nämligen endast för de principer som skall gälla vid en samtidig tillämpning av nationell konkurrensrättslagstiftning och gemenskapens konkurrensrätt. Frågan hur man skall bestämma vilken konkurrensmyndighet som är bäst lämpad att pröva ett ärende behandlas inte däri. Skäl 8 i nämnda förordning är således utan relevans i det aktuella fallet.

133 Av det ovan anförda följer att kommissionen genom att anta det angripna beslutet inte har åsidosatt någon av de bestämmelser som sökanden har åberopat och av vilka kommissionens skyldighet att samarbeta lojalt med de nationella konkurrensmyndigheterna följer. Av detta följer att inte något av de argument som sökanden har fört fram till stöd för sin andra grund kan godtas. Talan kan således inte vinna bifall på denna grund.

Den tredje grunden: Huruvida proportionalitetsprincipen har åsidosatts

Parternas argument

- 134 Sökanden har gjort gällande att det följer av rättspraxis att gemenskapsinstitutionernas rättsakter, enligt proportionalitetsprincipen, inte får gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas, varvid gäller att den åtgärd som är minst ingripande skall väljas när det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan.
- 135 Sökanden har i allmänna ordalag gjort gällande att den otillräckliga motivering som den redogjort för inom ramen för den första grunden gjort det omöjligt att pröva huruvida den aktuella inspektionen var proportionerlig. Denna inspektion var under alla omständigheter inte en lämplig och rimlig åtgärd för att kommissionen skulle kunna kontrollera sina antaganden, vilket skall föranleda att det angripna beslutet ogiltigförklaras.
- 136 Inspektionen var enligt sökanden uppenbart oproportionerlig med hänsyn till omständigheterna i det aktuella fallet. Det följer först och främst av det angripna beslutet att de tvivel som kommissionen uttryckt angående den sänkning av priset på option 5 som ägde rum i januari 2004 inte motiverade en inspektion hos sökanden i syfte att få fram uppgifter om denna prissänkning. Kommissionen har vidare fått talrika uppgifter från sökanden inom ramen för det förfarande som ledde fram till beslutet av den 16 juli 2003 utan att behöva genomföra en inspektion i bolagets lokaler. Artikel 3 i detta beslut gjorde det likaledes möjligt för kommissionen att kontrollera Wanadoos priser. Inspektionen var således inte en absolut nödvändig åtgärd för att få fram uppgifter om den påstådda tillämpningen av oskäliga försäljningspriser. Enligt sökanden innebar slutligen förfarandet vid Conseil de la concurrence och beslutet av Conseil de la concurrence att kommissionen ålades att inte genomföra en inspektion och att i förekommande fall använda mindre ingripande åtgärder.

137 Det är vidare uppenbart att inspektionen var oproportionerlig med hänsyn till att det saknades uppgifter som visade att det fanns en verklig risk för att bevis skulle förstöras eller hemlighållas. Sökanden har för övrigt tidigare samarbetat lojalt med kommissionen. Det dokument som kommissionen beslagtog och som bekräftade att kommissionens misstankar om hemlighållande var berättigade är inte av avgörande betydelse. De aktuella prisuppgifterna fanns för övrigt i dokument som ett noterat och kontrollerat bolag inte kan undanröja utan att göra sig skyldigt till grova oegentligheter i bokföringsmässigt och bolagsrättsligt hänseende.

138 Att använda ett undersökningsförfarande genom att i förebyggande syfte begära handräckning av polisen är slutligen än mer oproportionerligt, eftersom det i artikel 20.6 i förordning nr 1/2003 endast föreskrivs att medlemsstaten skall lämna de tjänstemän som kommissionen bemyndigat bistånd om ett företag motsätter sig en inspektion. Även om det enligt artikel 20.7 är tillåtet att begära bistånd i förebyggande syfte, har domstolen preciserat att sådant bistånd endast får begäras i den mån det finns skäl att befara att den som berörs kommer att motsätta sig undersökningen och att kommissionen skall lämna förklaringar i detta avseende till den nationella domstol hos vilken denna begäran har getts in. Så är inte fallet här.

139 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund. Eftersom Conseil de la concurrence hade samlat in uppskattade uppgifter och till en del bedömt dem som föga realistiska, kan kommissionen för det första inte lastas för att den inte ansåg sig kunna vara säker på att få riktiga uppgifter på annat sätt än genom att genomföra en inspektion. Beslutet av Conseil de la concurrence undanröjde vidare inte misstankarna om överträdelse och visade inte heller på vilket sätt en inspektion skulle vara oproportionerlig. Conseil de la concurrence hade vidare till skillnad från kommissionen inte tillgång till uppgifter om ett eventuellt uppsåt att slå ut konkurrenter eller tillämpa underpriser, och det är orimligt att anta att ett företag skulle lämna dessa uppgifter frivilligt.

- 140 Att kommissionen hade begärt och fått upplysningar genom en begäran om upplysningar enligt artikel 11 i förordning nr 17 under det förfarande som inleddes år 2001 innebär vidare inte någon inskränkning av de utredningsbefogenheter som kommissionen hade år 2004 enligt artikel 20 i förordning nr 1/2003.
- 141 Eftersom kommissionens misstankar slutligen inte rörde priset på sökandens option 5, fanns det ingen anledning att motivera varför inspektionen var proportionerlig såvitt avsåg detta pris.
- 142 Kommissionen har för det andra anfört att det i det tolfte skälet i det angripna beslutet redogörs i detalj för skälen till att den ansåg att det fanns en risk för att betydelsefulla uppgifter skulle förstöras.
- 143 Ett företag kan vidare samarbeta när det gäller att svara på en begäran om upplysningar utan att detta utesluter en avsikt från företagets sida att hemlighålla uppgifter som är av betydelse för kommissionens utredning. Det föreligger enligt kommissionens erfarenhet en betydande objektiv risk för att detta sker i ett fall som det nu aktuella, såsom de uppgifter som kom fram vid inspektionen visar. Att det är förenat med svårigheter att förstöra vissa bokföringshandlingar är inte heller relevant, eftersom denna typ av dokument inte var det enda som kommissionen sökte efter i det aktuella fallet.

144 Det framgår således av omständigheterna och arten av de uppgifter som kommissionen ville få fram att inspektionen var den utredningsåtgärd som gjorde det mest sannolikt att få fram uppgifter som kunde bevisa att det förelåg ett uppsåt att slå ut konkurrenter.

145 Sökandens påstående om att det inte förelåg tillräckliga skäl för att begära att Juge des libertés skulle tillåta att tvångsåtgärder vidtogs saknar för det tredje relevans för att bedöma det angripna beslutets lagenlighet.

Förstainstansrättens bedömning

146 Förstainstansrätten underkänner inledningsvis sökandens allmänna argument, enligt vilket den otillräckliga motiveringen av det angripna beslutet omöjliggör kontrollen av att detta beslut är proportionerligt. Kommissionen har nämligen, såsom det har slagits fast ovan, inte åsidosatt sin motiveringsskyldighet. Enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland gemenskapsrättens allmänna principer, krävs att gemenskapsinstitutionernas rättsakter inte går utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas, varvid gäller att den åtgärd som är minst ingripande skall väljas när det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan och att vållade olägenheter inte får vara orimliga i förhållande till de eftersträlvade målen (domstolens dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023, punkt 13, och av den 14 juli 2005 i mål C-180/00, Nederländerna mot kommissionen, REG 2005, s. I-6603, punkt 103).

147 På det område som är aktuellt i detta fall krävs för att iaktta proportionalitetsprincipen att den planerade inspektionen inte medför olägenheter som är orimliga och oacceptabla i förhållande till de mål som eftersträvas med inspektionen (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères, punkt 76). Kommissionens val mellan en inspektion som utförs med stöd av endast ett tillstånd och en inspektion som beordrats genom ett beslut beror emellertid inte på sådana omständigheter som att situationen är särskilt allvarlig, att saken är ytterst brådskande eller att absolut diskretion krävs, utan på behovet av en lämplig utredning, med hänsyn till särdragen i det enskilda fallet. Ett inspektionsbeslut strider därför inte mot proportionalitetsprincipen när det endast har till syfte att göra det möjligt för kommissionen att samla in de uppgifter som är nödvändiga för att kunna bedöma en eventuell överträdelse av fördraget (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 52 nämnda målet National Panasonic mot kommissionen, punkterna 28–30, och domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères, punkt 77).

148 Det ankommer i princip på kommissionen att bedöma om en upplysning är nödvändig för att påvisa en överträdelse av konkurrensreglerna. Även om kommissionen redan förfogar över indicier, eller till och med bevis, för att det föreligger en överträdelse, är den i sin fulla rätt att anse att det är nödvändigt att besluta om kompletterande undersökningar för att den bättre skall kunna skapa sig en bild av överträdelsen eller dess varaktighet (se, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, punkt 15, svensk specialutgåva, volym 10, s. 217, och domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Roquette Frères, punkt 78).

149 Vidare har det genom artiklarna 18 och 20 i förordning nr 1/2003, vilka rör begäran om upplysningar respektive kommissionens befogenheter vid inspektioner, införts två sinsemellan oberoende förfaranden. Det förhållandet att en undersökning redan har ägt rum enligt någon av dessa artiklar innebär på intet sätt någon inskränkning av de utredningsbefogenheter som kommissionen har enligt den andra artikeln (se angående artiklarna 11 och 14 i förordning nr 17, domstolens dom i det ovan i punkt 148 nämnda målet Orkem mot kommissionen, punkt 14).

150 Syftet med det angripna beslutet var att samla in uppgifter rörande den prissättning som Wanadoo tillämpat för att kunna bedöma om det eventuellt förelåg en överträdelse av EG-fördraget. Sökanden underkastades på denna grund den av kommissionen beslutade inspektionen, särskilt eftersom kommissionen misstänkte att vissa uppgifter som var av betydelse för att kunna bevisa den misstänkta prissättningen kunde finnas i sökandens lokaler. Enligt ordalydelsen av det angripna beslutet innehade kommissionen förvisso redan vissa uppgifter. Kommissionen var emellertid enligt rättspraxis i sin fulla rätt att försöka få fram kompletterande uppgifter för att kunna bevisa den misstänkta överträdelsen. Kommissionen ville i det aktuella fallet också få fram uppgifter rörande en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter, vilka kunde ha kommunicerats med sökanden i dess egenskap av moderbolag till det företag som misstänktes för den aktuella överträdelsen. Det är svårt att föreställa sig att kommissionen i förekommande fall hade kunnat få tillgång till dessa uppgifter på något annat sätt än genom en inspektion. Med hänsyn till att de aktuella uppgifterna vidare innefattade sådana uppgifter som kunde avslöja ett eventuellt uppsåt att slå ut konkurrenter och som kunde visa om sökanden hade haft kännedom om detta uppsåt, var det godtagbart att förordna om en inspektion genom beslut för att genomföra en lämplig utredning av ärendet. På så sätt säkerställdes inspektionens effektivitet. Slutligen rörde den inspektion som kommissionen förordnat om genom det angripna beslutet endast företagets lokaler, trots att det enligt förordning nr 1/2003 på vissa villkor är tillåtet att inspektera andra lokaler, däribland vissa av de i det aktuella företaget anställdas bostäder. Mot bakgrund av dessa omständigheter framgår det inte att kommissionen i det aktuella ärendet har agerat på ett sätt som inte står i proportion till det eftersträlvade målet och att den därför har åsidosatt proportionalitetsprincipen, eftersom den inspektion som beordrats genom beslut var lämplig med hänsyn till särdragen i det aktuella fallet.

151 De argument som sökanden har framfört påverkar inte denna slutsats.

152 Det framgår inte att den inspektion som kommissionen förordnat om var oproportionerlig med hänsyn till omständigheterna i det aktuella fallet. Eftersom kommissionen för det första inte uttryckte några tvivel om lagenligheten av priset på option 5 i det angripna beslutet och inte heller antog det angripna beslutet för att kontrollera lagenligheten av detta pris, kan det aktuella beslutet inte vara oproportionerligt i detta avseende.

153 Att kommissionen för det andra under det förfarande som gav upphov till beslutet av den 16 juli 2003 hade fått uppgifter från sökanden på andra sätt än genom en inspektion är inte heller relevant, eftersom valet att genomföra en inspektion, såsom framgår av bedömningen ovan, inte var oproportionerligt. Kommissionen kan vidare inte anses bunden av en metod för att samla in bevis som den använt med avseende på ett givet företag i ett tidigare förfarande. Åtminstone vissa av de uppgifter som kommissionen ville få fram, såsom dem som rörde en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenser, och som potentiellt sett kunde avslöja ett uppsåt att begå en överträdelse och som kunde finnas i sökandens lokaler, hade bolaget säkerligen inte frivilligt gett in till kommissionen.

154 Åläggandena i beslutet av den 16 juli 2003 hade för det tredje inte heller gjort det möjligt att samla in alla de uppgifter som kommissionen ville få fram vid inspektionen.

155 För det fjärde angavs det i beslutet av Conseil de la concurrence att vissa kostnadsuppgifter som Wanadoo lämnat i samband med det klagomål som hade inletts till Conseil de la concurrence framstod som föga tillförlitliga. I detta beslut uttalade sig Conseil de la concurrence inte om den roll som sökanden eventuellt haft i den överträdelse som dess dotterbolag var misstänkt för.

156 Av det anförda kan man således inte sluta sig till att beslutet om att genomföra en inspektion var oproportionerligt. Förstainstansrätten erinrar i detta avseende likaledes om att den strategi som fördes av sökandens koncern redan hade bedömts i det ärende som gav upphov till beslutet av den 16 juli 2003 och därvid hade ansetts utgöra en relevant omständighet i sammanhanget för att bevisa den överträdelse som dess dotterbolag Wanadoo hade begått. Förstainstansrätten erinrar vidare om att det i bedömningen i detta beslut hänvisas till ett flertal dokument som härrör från sökanden eller som lämnats till detta bolag. Sökandens argument att det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence innebar att kommissionen ålades att inte genomföra en inspektion kan följaktligen inte heller godtas.

157 Sökandens argument att det, särskilt med hänsyn till att sökanden tidigare samarbetat lojalt med kommissionen, saknades uppgifter som visade att det fanns en verklig risk för att bevis skulle förstöras eller hemlighållas är inte heller övertygande. Detta utgjorde inte det enda skälet till kommissionens beslut om att genomföra inspektionen. Det huvudsakliga skälet härtill var att kommissionen ville få fram sådana uppgifter som särskilt kunde avslöja en strategi för att slå ut och tränga undan konkurrenter. Dessa uppgifter kunde finnas hos såväl sökanden som dess dotterbolag, och utgör, såsom redan har framhållits, uppgifter som i allmänhet hemlighålls eller riskerar att förstöras vid en utredning. Det förhållandet att sökanden är ett noterat bolag som är underkastat stränga bestämmelser i fråga om bolagets bokföring och ekonomiska ställning är inte relevant. Även om det antas att kommissionen ville få fram de uppgifter om priserna för de olika tjänster som nämns i det angripna beslutet, däribland priserna för sökandens tjänster, gäller icke desto mindre enligt ordalydelsen av artikel 1 i det angripna beslutet att den också ville få fram uppgifter som kunde avslöja ett uppsåt att slå ut konkurrenter. Sådana uppgifter ingår emellertid inte bland dem som skall bevaras för ändamål som avser bolagets bokföring och ekonomiska ställning.

- 158 Det förhållandet slutligen att kommissionen i förebyggande syfte begärde bistånd av polisen påverkar inte heller det angripna beslutets proportionalitet, eftersom lagenligheten av ett beslut, såsom redan har nämnts i punkt 126 ovan, endast skall bedömas i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde den dag då denna rättsakt antogs, och det är utrett att tillståndet att få handräckning från polisen begärdes först efter det att kommissionen hade fattat det angripna beslutet.
- 159 Av det ovan anförda följer att det påstådda åsidosättandet av proportionalitetsprincipen inte har visats. Talan kan således inte vinna bifall på den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Huruvida det angripna beslutet är rättsstridigt genom att det utgör en följd av ett tidigare beslut som innebar att förordning nr 1/2003, tillkännagivandet och principen om god rättsskipning åsidosattes

- 160 Med hänsyn till att denna grund har åberopats för första gången i repliken skall förstainstansrätten först pröva huruvida talan kan upptas till sakprövning såvitt avser denna grund.

Parternas argument

- 161 Sökanden har gjort gällande att kommissionen i sitt svaromål har åberopat en ny omständighet. Vid kontakterna mellan kommissionen och tjänstemännen vid Conseil de la concurrence visade det sig således att inspektionen var nödvändig.

Dessa kontakter ledde fram till att det ansågs lämpligt att kommissionen handlade ärendet i sak. Det angripna beslutet är således en direkt följd av dessa utbyten med de franska konkurrensmyndigheterna. Utan dem hade det nämligen inte beslutats att inspektionen skulle genomföras.

162 Även om sökanden hade kännedom om förfarandet vid Conseil de la concurrence, kände bolaget inte till att inspektionen var en följd av kommissionens beslut att handlägga ärendet i sak. Detta utgör en faktisk och rättslig omständighet som framkommit först under förfarandet i den mening som avses i artikel 48.2 i rättegångsreglerna, och kan av den anledningen motivera att en ny grund åberopas under rättegången.

163 Kommissionen har genmält att denna grund skall avvisas, eftersom det inte finns någon rättslig eller faktisk omständighet som sökanden fått kännedom om genom svaromålet. Med hänsyn till att företrädare för den franska konkurrensmyndigheten var närvarande vid inspektionen och till ordalydelsen av artiklarna 20.4 och 11 i förordning nr 1/2003, är det svårt att tro att det är under rättegången som sökanden fått kännedom om de kontakter som förekommit mellan de franska konkurrensmyndigheterna och kommissionen före inspektionen. Att kommissionen genomför en inspektion innebär vidare inte att den faktiskt har för avsikt att handlägga ärendet i sak. Under alla omständigheter kan kommissionens utredning av ärendet i sak inte utgöra en ny faktisk omständighet. Kommissionen har nämligen i det aktuella fallet endast beslutat att vidta en utredningsåtgärd. Slutligen kan man ifrågasätta sökandens tolkning enligt vilken det angripna beslutet var en följd av utbyten mellan kommissionen och de franska konkurrensmyndigheterna och inspektionen aldrig hade ägt rum utan dessa utbyten, eftersom svaromålet inte innehåller något sådant påstående.

Förstainstansrättens bedömning

164 Det framgår av artikel 44.1 c jämförd med artikel 48.2 i rättegångsreglerna att ansökan genom vilken talan anhängiggjorts skall innehålla uppgifter om föremålet för talan samt en kortfattad framställning av grunderna för denna, och att nya grunder inte får åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. Det förhållandet att sökanden fick kännedom om en faktisk omständighet under förfarandet vid förstainstansrätten innebär inte att denna omständighet skall betraktas som en faktisk omständighet som framkommit först under förfarandet. Det krävs även att sökanden inte tidigare har haft möjlighet att känna till denna omständighet (förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-139/99, AICS mot parlamentet, REG 2000, s. II-2849, punkterna 59 och 62).

165 Sökanden har i förevarande mål i huvudsak gjort gällande att den omständighet som föranledde det angripna beslutet var kommissionens tidigare beslut att handlägga ärendet i sak och att sökanden fick kännedom om det sistnämnda beslutet genom kommissionens svaromål. Detta påstått tidigare beslut utgör därför enligt sökandens uppfattning en ny faktisk och rättslig omständighet som framkommit först under förfarandet och som motiverar att den aktuella grunden åberopas för första gången i repliken. Enligt denna grund är det angripna beslutet rättsstridigt, eftersom det är en följd av ett tidigare beslut av kommissionen som i sig är rättsstridigt, eftersom beslutet antogs i strid med förordning nr 1/2003, tillkännagivandet och principen om god rättsskipning.

166 Det skall i detta avseende framhållas att kommissionen i sitt svaromål förvisso uttryckligen har angett att "kommissionens beslut att genomföra en inspektion och att själv handlägga ärendet i sak har, i motsats till vad sökanden har påstått ...,

utgjort föremål för ett nära samråd med de franska myndigheterna i enlighet med andemeningen i artikel 11[.1] i förordning nr 1/2003”. Kommissionen har emellertid även i sitt svaromål påstått dels att det var vid telefonkontakter och ett möte mellan kommissionen och föredraganden vid Conseil de la concurrence som det visade sig att en inspektion var nödvändig för att samla in särskilt eventuella bevis som kunde visa att underprissättning förelåg, dels att kontakter mellan tjänstemännen vid Conseil de la concurrence och kommissionens tjänstemän ledde fram till att det, särskilt med hänsyn till beslutet av den 16 juli 2003, ansågs lämpligt att Conseil de la concurrence prövade begäran om interimistiska åtgärder och att kommissionen handlade ärendet i sak. I sitt sammanhang rör kommissionens påstående, som sökanden anser utgör en ny omständighet, snarare allmänna överväganden avseende huruvida det var lämpligt att genomföra en inspektion och att därefter följdriktigt utreda ärendet på grundval av de uppgifter som framkom vid denna inspektion. Det framgår således av det angripna beslutet i sig att kommissionen hade beslutat att pröva ärendet i sak, eftersom en utredningsåtgärd såsom den aktuella inspektionen just utgör utgångspunkten för en sådan ”handläggning i sak av ett ärende”.

- 167 Det var förvisso olämpligt av kommissionen att använda ordet ”beslut” i sitt svaromål, men enbart detta gör inte att man kan anse att svaromålet verkligen innehåller en ny faktisk och rättslig omständighet som sökanden inte hade möjlighet att känna till dessförinnan. Sökanden har emellertid inte åberopat någon annan omständighet. Även om det antas att det faktiskt fanns ett sådant beslut av kommissionen, skulle det angripna beslutet i alla händelser utgöra ett uttryck för detta beslut, eftersom en utredningsåtgärd per definition utgör en inledande men nödvändig åtgärd för en senare bedömning i sak. Det kan således inte anses att sökanden inte har haft möjlighet att känna till denna omständighet före kommissionens svaromål. Det sagda gäller än mer som sökanden med hänsyn till ordalydelsen av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 måste ha känt till att det förekommit kontakter mellan kommissionen och de franska konkurrensmyndighe-

terna före antagandet av det angripna beslutet. Detta gäller *a fortiori* vid tidpunkten då talan väcktes, eftersom det i det angripna beslutet uttryckligen anges att kommissionen hade samrått med den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten i enlighet med artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 och det av en bilaga till ansökan framgår att sökanden redan vid tiden för inspektionen hade kännedom om det förfarande som pågick vid Conseil de la concurrence.

168 Det påstådda beslut som sökanden har åberopat och som enligt sökanden framkom i kommissionens svaromål sammanfaller således i själva verket med det angripna beslutet. Av detta följer att sökanden inte har fått kännedom om någon ny faktisk eller rättslig omständighet genom svaromålet. Sökanden var för övrigt helt och hållet i stånd att i sin ansökan åberopa de åsidosättanden som den gjort gällande inom ramen för denna grund.

169 Av detta följer att denna grund skall avvisas. Det är därför inte nödvändigt att ta ställning till huruvida talan kan vinna bifall såvitt avser denna grund. Av det som har anförts ovan följer att talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

170 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande:

- 1) Talan ogillas.**
- 2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 8 mars 2007.

E. Coulon

Justitiesekreterare

H. Legal

Ordförande