

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)

de 8 de marzo de 2007^{*}

En el asunto T-340/04,

France Télécom SA, con domicilio social en París, representada por M^e C. Clarenc
y el Sr. J. Ruiz Calzado, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. É. Gippini
Fournier y la Sra. O. Beynet, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto la anulación de la Decisión C(2004) 1929 de la Comisión, de 18 de mayo de 2004, en el asunto COMP/C-1/38.916, por la que se ordena a France Télécom SA y a todas las empresas que controla directa o indirectamente, incluida Wanadoo SA y todas las empresas directa o indirectamente controladas por

^{*} Lengua de procedimiento: francés.

Wanadoo SA, que se sometan a una inspección con arreglo al artículo 20, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. H. Legal, Presidente, y la Sra. I. Wiszniewska-Białecka y el Sr. E. Moavero Milanesi, Jueces;
Secretaria: Sra. K. Pocheć, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 8 de junio de 2006;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

- ¹ El artículo 11 (titulado «Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros»), apartados 1 y 6, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1), dispone:

«La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración.

[...]

La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 [CE] y 82 [CE]. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.»

- 2 A tenor del artículo 13 (titulado «Suspensión o fin del procedimiento») del Reglamento nº 1/2003:

«1. Cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado un procedimiento de oficio contra el mismo acuerdo, la misma decisión de asociación o la misma práctica en virtud del artículo 81 [CE] o del artículo 82 [CE], el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia. La Comisión podrá igualmente desestimar una denuncia si ya la estuviera tramitando una autoridad de competencia de un Estado miembro.

2. Las autoridades de competencia de un Estado miembro o la Comisión podrán desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica que ya hayan sido tratados por otra autoridad de competencia.»

- 3 En virtud del artículo 20 (titulado «Poderes de la Comisión en materia de inspección») del Reglamento nº 1/2003:

«1. Para la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento, la Comisión podrá proceder a cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas.

2. Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección estarán facultados para:

- a) acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas;
- b) examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material;
- c) hacer u obtener copias o extractos en cualquier formato de dichos libros o de la documentación;
- d) colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección;

- e) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

3. Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección ejercerán sus poderes previa presentación de un mandamiento escrito que indique el objeto y la finalidad de la inspección, así como la sanción prevista en el artículo 23 para el supuesto en que los libros u otros documentos profesionales requeridos se presenten de manera incompleta y en caso de que las respuestas a las preguntas formuladas en aplicación del apartado 2 del presente artículo sean inexactas o desvirtuadas. La Comisión advertirá de la misión de inspección a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se haya de llevar a cabo la misma con suficiente antelación.

4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección.

5. Los agentes de la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección, así como las demás personas que aquélla haya autorizado o designado, deberán prestar activamente asistencia a los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión cuando así lo pidan la citada autoridad o la Comisión. A tal fin, gozarán de los poderes definidos en el apartado 2.

6. Cuando los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión constaten que una empresa se opone a una inspección ordenada con arreglo al

presente artículo, el Estado miembro interesado les prestará la asistencia necesaria, requiriendo si es preciso la acción de la policía o de una fuerza pública equivalente, para permitirles realizar su misión de inspección.

7. Cuando, de acuerdo con la normativa nacional, la asistencia prevista en el apartado 6 requiera un mandamiento judicial se formulará la correspondiente solicitud, pudiendo solicitarse también con carácter preventivo.

8. Cuando se solicite el mandamiento contemplado en el apartado 7, el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y de que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. Cuando verifique la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas, el juez nacional podrá pedir a la Comisión, directamente o a través de la autoridad de la competencia del Estado miembro, explicaciones detalladas referentes en particular a los motivos que tenga la Comisión para sospechar que se han infringido los artículos 81 [CE] y 82 [CE], así como sobre la gravedad de la presunta infracción y la naturaleza de la participación de la empresa de que se trate. Sin embargo, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión.»

Antecedentes de hecho

- 4 En una Decisión de 16 de julio de 2003 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 [CE] (asunto COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (en lo sucesivo, «Decisión de 16 de julio de 2003»), la Comisión declaró que entre marzo de 2001 y octubre de 2002 Wanadoo Interactive, entonces filial al 99,9 % de Wanadoo SA, a su vez filial de la demandante, que poseía entre el 70 y el 72,2 % de su capital durante el

período al que se refiere esta Decisión, había abusado de su posición dominante en el mercado de los servicios de acceso a Internet de alta velocidad para clientes residenciales al practicar precios predatorios para sus servicios eXtense y Wanadoo ADSL e impuso a Wanadoo Interactive una multa de 10,35 millones de euros.

5 En los artículos 2 y 3 de esta Decisión, la Comisión también ordenó a Wanadoo Interactive:

— abstenerse, en el marco de sus servicios eXtense y Wanadoo ADSL, de cualquier comportamiento que pudiera tener un objeto o un efecto idéntico o similar al de la infracción;

— transmitir a la Comisión, al finalizar cada ejercicio, y hasta el ejercicio 2006 incluido, la cuenta de resultados de sus diferentes servicios ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, Línea de Abonado Digital Asimétrica), que refleje los ingresos contables, los costes de explotación y los costes de captación de la clientela.

6 El 11 de diciembre de 2003, tras un dictamen favorable de la Autorité française de régulation des télécommunications (en lo sucesivo, «ART»), el ministro de l'Économie, des Finances et de l'Industrie francés aprobó una reducción de las tarifas al por mayor de France Télécom para el acceso y encaminamiento IP/ADSL, también denominadas «opción 5». Varios proveedores de acceso a Internet, entre ellos Wanadoo, decidieron repercutir esta reducción de tarifas en sus ofertas al por menor.

- 7 El 12 de diciembre de 2003, Wanadoo anunció una primera reducción de sus tarifas al por menor, aplicable tanto a los antiguos como a los nuevos abonados de su tarifa plana de alta velocidad (ofertas «eXtense 512k» ilimitada, «eXtense 512k Fidélité» ilimitada, «eXtense 1024k» ilimitada, y «eXtense 1024k Fidélité» ilimitada) a partir del 6 de enero de 2004. La tarifa de la oferta «eXtense 128k» ilimitada no varió.
- 8 El 9 de enero de 2004, la Comisión dirigió una carta a Wanadoo, recordándole lo dispuesto por el artículo 2 de la Decisión de 16 de julio de 2003 y pidiéndole que le comunicara si, tras la adopción de esta Decisión, había introducido reducciones en los precios al por menor de los servicios a los que afectaba esta Decisión, o si tenía previsto hacerlo. La Comisión precisaba que, en caso de respuesta afirmativa, enviaría a Wanadoo una solicitud formal de información sobre los detalles de esas reducciones de precios. Además, la Comisión solicitaba información sobre la fecha de cierre del ejercicio económico de Wanadoo y preguntaba cuándo le transmitiría la información exigida en el artículo 3 de la Decisión de 16 de julio de 2003.
- 9 El 12 de enero de 2004, AOL France SNC y AOL Europe Services SARL (en lo sucesivo, consideradas conjuntamente, «AOL») presentaron ante el Consejo de defensa de la competencia francés (en lo sucesivo, «Consejo de defensa de la competencia») una denuncia contra Wanadoo por práctica de precios predatorios en las cuatro nuevas ofertas anunciadas por esta última el 12 de diciembre de 2003, sobre la base de los artículos 82 CE y L 420-2 del code de commerce francés (Código de comercio). Acompañaba a esta denuncia una solicitud de medidas cautelares que pretendía, en particular, que se suspendiera la comercialización de estas ofertas, presentada con arreglo al artículo L 464-1 del Código de comercio.
- 10 Mediante la Decisión n° 263012, de 19 de enero de 2004, el Consejo de Estado francés (en lo sucesivo, «Consejo de Estado»), al que la sociedad T-Online France había solicitado medidas provisionales para que se suspendiera la Decisión del ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie français por la que se aprobó la reducción de tarifas de la opción 5, denegó dicha medida, señalando, en particular, que la ART había «hecho constar, para apoyar su dictamen favorable a la reducción tarifaria de France Télécom, tras un análisis pormenorizado, la ausencia de efectos contrarios a la competencia que pudieran suponer un obstáculo a la misma».

- 11 El 29 de enero de 2004, Wanadoo anunció la introducción, a partir del 3 de febrero de 2004, de la oferta de tarifa plana ilimitada «eXtense 128k Fidélité» y de cuatro ofertas de tarifa plana con consumo limitado (o incluso, «a la carta»), a saber, «eXtense 128k/20h», «eXtense 128k/20h Fidélité», «eXtense 512k/5Go» y «eXtense 512k/5Go Fidélité».
- 12 Wanadoo respondió a la carta de la Comisión de 9 de enero de 2004 mediante una carta de 30 de enero de 2004, informándola del lanzamiento de nuevas ofertas de abono ADSL en el mes de enero, con tarifas más atractivas, y del próximo lanzamiento de nuevas ofertas en el mes de febrero.
- 13 El 24 de febrero de 2004, AOL complementó su denuncia ante el Consejo de defensa de la competencia, adjuntando las ofertas lanzadas por Wanadoo el 3 de febrero de 2004 y acompañándola de otra solicitud de medidas cautelares para que se suspendiera su comercialización.
- 14 Por otra parte, la Comisión se reunió con competidores de Wanadoo, quienes la avisaron de que, según ellos, el nuevo precio reclamo fijado por Wanadoo para el acceso a 128 kbit/s producía un estrechamiento de márgenes en el mercado al por menor.
- 15 A principios del mes de marzo de 2004, el Consejo de defensa de la competencia informó a la Comisión de la denuncia presentada por AOL.
- 16 El 15 de marzo de 2004, en cumplimiento del artículo 3 de la Decisión de 16 de julio de 2003, Wanadoo envió a la Comisión su cuenta de resultados del ejercicio económico 2003.

- 17 El 22 de marzo de 2004, en una reunión entre los servicios de la Dirección General (DG) «Competencia» de la Comisión y el rapporteur (ponente) encargado del asunto en el Consejo de defensa de la competencia (en lo sucesivo, «rapporteur»), se dedujo de un somero análisis, basado en el método de cálculo empleado por la Comisión en su Decisión de 16 de julio de 2003 y en el modelo de previsiones económicas elaborado por Wanadoo, corregido, en su caso, por las estimaciones del rapporteur, que algunas de las nuevas tarifas de Wanadoo eran predatorias, concretamente que existía una estrategia que revelaba su intención de expulsar a los competidores. A la vista de esos elementos, el rapporteur propuso al Consejo de defensa de la competencia que adoptara medidas cautelares para obligar a Wanadoo a retirar las ofertas controvertidas.
- 18 El 2 de abril de 2004, funcionarios de la DG «Competencia» se reunieron con AOL.
- 19 Durante ese mismo período, la Comisión tuvo varias conversaciones telefónicas con el rapporteur y, el 21 de abril de 2004, se reunió con él por segunda vez.
- 20 El 11 de mayo de 2004, el Consejo de defensa de la competencia dictó su resolución n° 04-D-17, relativa a la denuncia y a la solicitud de medidas cautelares presentadas por AOL, en la que desestimó dicha solicitud y ordenó el traslado de la denuncia para su instrucción (en lo sucesivo, «resolución del Consejo de defensa de la competencia»).
- 21 El 18 de mayo de 2004, la Comisión adoptó la Decisión C(2004) 1929, en el asunto COMP/C-1/38.916, por la que se ordena a France Télécom y a todas las empresas que controla directa o indirectamente, incluida Wanadoo SA y todas las empresas directa o indirectamente controladas por Wanadoo SA, que se sometan a una inspección con arreglo al artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

22 Esta Decisión establece, en sus considerandos primero y tercero a decimotercero que:

«La Comisión [...] ha recibido información que indica que algunas de las tarifas que Wanadoo aplica para el acceso a Internet mediante ADSL destinado al gran público en Francia no cubren los costes variables y otras están por debajo de los costes totales. Según la información disponible, estas tarifas forman parte de una estrategia que revela una intención de expulsar a los competidores. Además, la información recibida indica que el reducido margen económico entre las tarifas al por menor y las ofertas al por mayor [...] (opción 5) de France Télécom genera un estrechamiento de márgenes en detrimento de los operadores de la competencia que desean ofrecer acceso a Internet a alta velocidad a los clientes residenciales sobre la base de la opción 5 de France Télécom.

[...]

Wanadoo anunció una primera reducción de sus tarifas de acceso a Internet mediante ADSL destinado al gran público, aplicable a partir del 5 de enero de 2004. Esta reducción se llevó a cabo mediante la introducción de las ofertas «eXtense» ilimitadas, a saber, dos ofertas a 128 kbit/s, la primera con un compromiso de permanencia de 24 meses a 24,90 EUR/mes y la segunda con un compromiso de permanencia de 12 meses a 29,90 EUR/mes; dos ofertas a 512 kbit/s, la primera con un compromiso de permanencia de 24 meses a 29,90 EUR/mes y la segunda con un compromiso de permanencia de 12 meses a 34,90 EUR; dos ofertas a 1024 kbit/s, la primera con un compromiso de permanencia de 24 meses a 39,90 EUR/mes y la segunda con un compromiso de permanencia de 12 meses a 44,90 EUR).

El 28 de enero de 2004, Wanadoo introdujo otras cuatro ofertas denominadas «a la carta» (a saber, dos ofertas a 128 kbit/s, limitadas a 20 h/mes, la primera con un compromiso de permanencia de 24 meses a 14,90 EUR/mes y la segunda con un compromiso de permanencia de 12 meses a 19,90 EUR y dos ofertas a 512 kbit/s, limitadas a 5 Gigaoctets/mes, la primera con un compromiso de permanencia de 24 meses a 24,90 EUR/mes y la segunda con un compromiso de permanencia de 12 meses a 29,90 EUR). La presente inspección versa específicamente sobre estas diez nuevas ofertas.

Según la información que obra en poder de la Comisión, un análisis basado en datos provisionales muestra que al menos tres de las ofertas anteriormente mencionadas (las dos ofertas “a la carta” a 128 kbit/s y la oferta “a la carta” a 512 kbit/s/24 meses) no cubren sus respectivos costes variables. Al menos otras dos ofertas a 512 kbit/s (la oferta “a la carta” de 12 meses y la oferta ilimitada de 24 meses) no cubren sus respectivos costes totales.

La Comisión también ha recibido informaciones que indican que dichas ofertas forman parte de una estrategia para limitar y expulsar a los competidores.

Más aún, según la información de que dispone la Comisión, a pesar de la reducción de las tarifas de la opción 5 que tuvo lugar en enero de 2004, el margen económico entre las nuevas tarifas al por menor aplicadas por Wanadoo y la opción 5 es insuficiente e impide que los operadores competidores que basan su oferta en la opción 5 puedan competir con Wanadoo en condiciones equitativas.

La Comisión concluyó, en su Decisión [...] de 16 de julio de 2003, que Wanadoo ocupaba una posición dominante en el mercado francés de acceso a Internet de alta velocidad para clientes residenciales. La información de la que la Comisión dispone indica que esta conclusión continúa siendo válida en la actualidad.

Las ofertas por debajo de los costes, hechas por Wanadoo, y el reducido margen entre estas ofertas y las tarifas de la opción 5 muy probablemente han restringido la entrada de competidores en el mercado –franceses o establecidos en otros Estados miembros– y han puesto en peligro a los ya presentes. Según la información disponible, la mayor parte de los competidores de Wanadoo tuvo que alinear sus ofertas a las nuevas ofertas de Wanadoo y actualmente todo el mercado de ADSL en Francia se encuentra en márgenes negativos.

Prácticas como las anteriormente descritas equivalen a imponer precios de venta no equitativos. Si se demostrara su existencia, constituirían un abuso de posición dominante y, por tanto, una infracción del artículo 82 [CE].

Para poder apreciar todos los hechos pertinentes relativos a las supuestas prácticas y el contexto del supuesto abuso, la Comisión debe realizar inspecciones conforme al artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003.

Según la información de que dispone la Comisión, es muy probable que todos los datos relativos a las prácticas anteriormente descritas, en particular los que permitirían determinar el grado de cobertura de los costes y los referentes a la estrategia de limitación y de expulsión de los competidores, sólo se hayan comunicado a algunos miembros del personal de France Télécom y/o de Wanadoo. Muy probablemente, la documentación existente sobre las supuestas prácticas está limitada al mínimo estricto y se halla en lugares y adopta formas que favorecen su ocultación, su retención o su destrucción en caso de inspección.

Por tanto, para garantizar la eficacia de la presente inspección, es esencial efectuarla sin avisar de antemano a las empresas destinatarias de la presente Decisión. Procede, por tanto, adoptar una decisión con arreglo al artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003, por la que se ordena a las empresas que se sometan a una inspección.»

23 El artículo 1 de la Decisión impugnada dispone:

«France Télécom [...] y Wanadoo [...]:

deberán someterse a una inspección en relación con la supuesta imposición de precios de venta no equitativos en el ámbito del acceso a Internet de alta velocidad para la clientela residencial, contraria al artículo 82 CE, con la intención de limitar y expulsar a sus competidores. La inspección podrá ser efectuada en cualquier local de las empresas [...]

France Télécom [...] y Wanadoo [...] permitirán a los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a la inspección y a los agentes de la autoridad competente del Estado miembro interesado, así como a los agentes que les asistan autorizados o designados por ésta, el acceso a todos sus locales, terrenos y medios de transporte durante el horario ordinario de oficina. Dichas empresas presentarán los libros y cualquier otra documentación profesional que soliciten estos agentes y demás personas, cualquiera que sea su soporte, y les permitirán examinar *in situ* esos libros y demás documentación profesional, así como hacer copias u obtener extractos, en cualquier formato. Darán inmediatamente, *in situ*, cualquier explicación verbal que soliciten dichos agentes y las demás personas sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y permitirán que cualquier representante o miembro de su personal dé dichas explicaciones. Permitirán que [dichos] agentes y demás personas acreditadas guarden constancia de sus explicaciones, en cualquier formato.»

- 24 Finalmente, la Decisión impugnada precisa, en sus artículos 2 y 3, respectivamente, la fecha de inicio de la inspección y el hecho de que la demandante y Wanadoo son sus destinatarias. Al final, establece los supuestos en los que la Comisión puede imponer multas y multas coercitivas a cualquier empresa destinataria de la misma, con arreglo a los artículos 23 y 24 del Reglamento nº 1/2003, y señala que, cuando una empresa destinataria se oponga a la inspección ordenada, el Estado miembro interesado prestará a los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión la asistencia necesaria para permitirles realizar su misión de inspección, de acuerdo con el artículo 20, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003. Además, menciona la posibilidad de interponer un recurso contra la misma ante el Tribunal de Primera Instancia e incluye, en anexo, algunos extractos del Reglamento nº 1/2003.

- 25 Sobre la base de esta Decisión, la Comisión solicitó la asistencia de las autoridades francesas, en virtud del artículo 20, apartado 5, del Reglamento n° 1/2003. El ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie francés, mediante una petición de investigación de 25 de mayo de 2004, ordenó al directeur de la direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes que adoptara todas las medidas necesarias para realizar la investigación definida por la Comisión en la Decisión impugnada. A este efecto, dicho director se dirigió al juge des libertés et de la détention (juez de libertades y detenciones) del tribunal de grande instance de Nanterre (en lo sucesivo, «juez de libertades») con objeto de obtener autorización para realizar u ordenar realizar una inspección en la demandante y Wanadoo y para prestar asistencia a la Comisión. Esta solicitud iba acompañada de la Decisión impugnada.
- 26 Mediante auto de 28 de mayo de 2004, el juez de libertades concedió la autorización solicitada, que permitía, en particular, a los investigadores franceses que fueran designados, ejercer las facultades que les atribuyen los artículos L 450-4 y L 470-6 del Código de comercio.
- 27 La inspección comenzó el 2 de junio de 2004 en los locales de la demandante y se desarrolló durante los días 2 y 3 de junio de 2004. La demandante prestó su colaboración, aunque formulando reservas sobre la pertinencia de esta inspección. La inspección en Wanadoo tuvo lugar del 2 al 4 de junio de 2004.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 28 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 11 de agosto de 2004, la demandante interpuso el presente recurso.

29 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) decidió iniciar la fase oral y, en el marco de las medidas de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 64 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, formuló por escrito una pregunta a la demandante, a la que ésta respondió dentro del plazo.

30 Los informes orales de las partes, así como sus respuestas a las preguntas orales formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, fueron oídos en la vista celebrada el 8 de junio de 2006.

31 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

32 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

33 La demandante formula cuatro motivos en apoyo de su recurso, basados, respectivamente, en el incumplimiento de la obligación de motivación, en el

incumplimiento del deber de cooperación leal con las instituciones nacionales, en la violación del principio de proporcionalidad y en la infracción, anterior a la adopción de la Decisión impugnada, del Reglamento nº 1/2003, de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO 2004, C 101, p. 43; en lo sucesivo, «Comunicación»), y del principio de buena administración de la justicia, aduciendo este último motivo por primera vez en la réplica.

Sobre el primer motivo, basado en el incumplimiento de la obligación de motivación

- 34 La demandante señala que la Comisión incumplió en cuatro ocasiones la obligación de motivación a que está sujeta en virtud del artículo 253 CE, del Reglamento nº 1/2003 y de la jurisprudencia. En primer lugar, la Decisión impugnada no le permitía comprender por qué era objeto de la inspección, en segundo lugar, la Decisión impugnada no estaba motivada en relación con algunos elementos del contexto, en tercer lugar, la Decisión impugnada no fundamentaba las dudas expresadas en ella sobre las tarifas de la opción 5 y, en cuarto lugar, la Decisión impugnada no permitió al juez de libertades ejercer el control que le correspondía.

Sobre la primera imputación, basada en la imposibilidad de la demandante de comprender por qué era destinataria de la Decisión impugnada y objeto de la inspección

— Alegaciones de las partes

- 35 De forma general, la demandante alega que del artículo 253 CE, del Reglamento nº 1/2003 y de la jurisprudencia, se deriva que el alcance del deber de motivar depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya

adoptado. Así, la Comisión debe describir clara y precisamente el objeto y la finalidad de la inspección que ha decidido ordenar, así como las presunciones que pretende comprobar. Pues bien, en el caso de autos, la Decisión impugnada adolece de falta de motivación, pues no permitió a la demandante apreciar el objeto exacto, el alcance y el carácter justificado de la inspección ordenada. De este modo, a la demandante le resultó imposible comprender el alcance de su deber de colaboración y no se garantizó su derecho de defensa. En efecto, no pudo conocer con exactitud las presunciones de la Comisión ni el alcance de la implicación que se le atribuía en el supuesto abuso de posición dominante.

36 La Decisión impugnada imputa a Wanadoo las supuestas prácticas sobre las que versa la inspección, según el enfoque adoptado por la Decisión de 16 de julio de 2003, en la que la Comisión reconocía la autonomía de Wanadoo con respecto a la demandante en su política de fijación de precios en el mercado francés de servicios de acceso a Internet de alta velocidad para clientes residenciales. Por tanto, la Decisión impugnada tenía por objeto la verificación de las prácticas imputadas a una filial autónoma de la demandante, que operaba en un mercado en el que ella no estaba presente. En estas circunstancias, la Comisión, para cumplir su deber de motivación, debería haber expuesto los motivos por los que la demandante, personalmente, era objeto de una inspección que pretendía verificar las presunciones de infracción a las que se refiere el artículo 1 de la Decisión impugnada.

37 La Decisión impugnada no permitía a la demandante saber si la Comisión presumía su implicación personal en las supuestas prácticas descritas en la Decisión impugnada y consiguientemente, si era sospechosa de haber infringido personalmente el artículo 82 CE, lo que incumplía la exigencia impuesta por la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Rec. p. I-9011), de que la Comisión diera explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la infracción.

38 El hecho de que la demandante adquiriera en 2004 la totalidad del capital de Wanadoo no justifica el enfoque adoptado por la Comisión en la Decisión

impugnada. La demandante señala que los precios a los que se refiere esta Decisión son los de las ofertas lanzadas en enero de 2004, cuando sólo poseía el 70 % del capital de Wanadoo, pues la adquisición de la totalidad del capital de esta última sólo se produjo tras la adopción de la Decisión impugnada. Además, la presunción de que una filial está bajo la influencia determinante de su sociedad matriz pierde su eficacia en los supuestos en los que dicha filial establece de modo autónomo su política. En el caso de autos, la Decisión de 16 de julio de 2003 reconoció la autonomía de Wanadoo. La Comisión no podía revocar esta conclusión por el simple motivo implícito de que, con posterioridad a la fijación de los precios sobre los que versa la Decisión impugnada, se hubiera producido un incremento de la participación de la demandante en el capital de Wanadoo.

39 Además, según la demandante, la postura de la Comisión es contradictoria. En efecto, tanto la actitud de la Comisión hasta la adopción de la Decisión impugnada como el artículo 1 de la misma confirman que consideraba que las ofertas y los precios aplicados por Wanadoo formaban parte de la política de esta empresa, y no de la política del grupo.

40 En primer lugar, la Comisión responde recordando los requisitos que impone la jurisprudencia en materia de motivación de las decisiones de inspección. El artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 define los elementos esenciales que deben figurar en la motivación de una decisión que ordena una inspección, estableciendo que señalará el objeto y la finalidad de la misma. Por otra parte, por lo que respecta al artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), cuya formulación reproduce, en sustancia, el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003, la jurisprudencia ha precisado que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de verificación toda la información de que disponga con respecto a presuntas infracciones ni a proceder a una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, sino que debe indicar con claridad las presunciones que desea comprobar. La Decisión impugnada respeta estas prescripciones.

- 41 En cuanto a la primera alegación formulada por la demandante, en primer lugar, la Comisión señala que la demandante es la sociedad matriz del grupo Wanadoo, de cuyo capital poseía el 95,94 % antes de la adopción de la Decisión impugnada. El hecho de que la demandante tuviera personalidad jurídica distinta de Wanadoo no significa que fuera una sociedad distinta en el sentido del Derecho comunitario de la competencia. Cuando una sociedad posee la totalidad del capital de otra sociedad, se presume que la primera controla a la segunda y, en consecuencia, en caso de que la segunda cometa una infracción, se presume la implicación de la primera. No era necesario que la Comisión expusiera estos elementos en su Decisión, pues el deber de motivación no exige que se especifiquen todos los elementos pertinentes de hecho y de Derecho. Por otra parte, las referencias de la demandante a la Decisión de 16 de julio de 2003 no son pertinentes, pues después de esa fecha la demandante aumentó su participación en el capital de Wanadoo.
- 42 Además, aunque el aumento de la participación de la demandante en el capital de Wanadoo aún no se había producido cuando se lanzaron las nuevas ofertas en enero de 2004, los mercados ya esperaban la reintegración de Wanadoo en el grupo France Télécom. La Comisión pudo suponer legítimamente que el proceso de integración de Wanadoo ya estaba por lo menos en fase de preparación cuando se lanzaron las nuevas ofertas y que, en esa fase, la demandante tenía interés en controlar más de cerca las decisiones de su filial en materia de tarificación. Además, es verosímil que, tras una decisión que declara ilegal la política de precios de una filial, su sociedad matriz se implique más estrechamente en la fijación de los precios de ésta.
- 43 En segundo lugar, para realizar una inspección no es necesario que la Comisión tenga certeza de la implicación directa de la empresa inspeccionada en la infracción objeto de sospecha, ni que pueda señalar el papel exacto desempeñado en la misma por cada empresa inspeccionada. Dado que la demandante es la sociedad matriz de Wanadoo y que las infracciones de las que esta última es sospechosa se exponen claramente, es evidente el motivo por el que la demandante es objeto de inspección. Por lo tanto, era lógico pensar que también en los locales de la demandante podrían encontrarse algunos de los elementos buscados.

44 El hecho de que, respecto de las infracciones constatadas en la Decisión de 16 de julio de 2003, ningún elemento revelara que Wanadoo hubiera actuado siguiendo instrucciones de su sociedad matriz, carece de pertinencia, pues esa conclusión no era aplicable a situaciones futuras.

45 En tercer lugar, la Decisión impugnada señalaba claramente cómo se presumía que la demandante estaba implicada en la infracción objeto de sospecha. Las prácticas tarifarias descritas, si se demostraban, equivalían a imponer precios de venta no equitativos en el sentido del artículo 82 CE, lo cual, en el caso de un grupo de sociedades como éste, podría calificarse bien de práctica de precios predatorios, bien de estrechamiento de márgenes. No se exigía una calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones, ni la determinación del período en que fueron cometidas. Por otra parte, la cuestión de la imputación de la infracción cometida por una filial a su sociedad matriz carece de pertinencia en el caso de autos.

46 Finalmente, y en todo caso, la Comisión puede ordenar una inspección siempre que pueda suponer legítimamente que algún elemento pertinente para su investigación se encuentra en los locales de una empresa, aunque después resulte que esa empresa no está directamente implicada en la infracción objeto de sospecha.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

47 Con carácter preliminar, es preciso recordar los principios que regulan el deber de motivación a que está sujeta la Comisión cuando adopta una decisión que ordena una inspección en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003.

- 48 El deber de motivar una decisión individual, que se deriva de modo general del artículo 253 CE, tiene la finalidad de permitir al juez comunitario ejercer su control sobre la legalidad de ésta y de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión está bien fundada o si eventualmente adolece de algún vicio que permita impugnar su validez, precisándose que el alcance de esta obligación depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1984, *Instituut Electronenmicroscopie*, 185/83, Rec. p. 3623, apartado 38, y del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005, *Corsica Ferries France/Comisión*, T-349/03, Rec. p. II-2197, apartados 62 y 63).
- 49 Por lo que respecta a las decisiones de la Comisión por las que se ordena una inspección, el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 establece los elementos esenciales que deben figurar en dicha decisión, obligando a la Comisión a indicar el objeto y la finalidad de la inspección ordenada, la fecha en que dará comienzo, las sanciones previstas por los artículos 23 y 24 de dicho Reglamento y el derecho a recurrir contra esa decisión ante el juez comunitario.
- 50 Así, la motivación de las decisiones que ordenan una inspección tiene por objeto no sólo poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa (véanse, en relación con el Reglamento n° 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión*, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 29, y *Roquette Frères*, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 47).
- 51 La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido por consideraciones de eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a

delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible las presunciones que desea comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento nº 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. p. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 50 *supra*, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 48).

52 Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento nº 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. p. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*, apartados 81, 83 y 99).

53 Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento nº 17, la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*, apartados 55, 61 y 99).

54 En el caso de autos, si bien la Decisión impugnada está redactada en términos generales, contiene sin embargo los elementos esenciales exigidos por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 y por la jurisprudencia.

55 Así, de los términos esenciales de la Decisión impugnada, reproducidos anteriormente en los apartados 22 a 24, se desprende que ésta indica el objeto y la finalidad de la inspección, poniendo de manifiesto las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, designando el supuesto mercado relevante —el acceso a Internet de alta velocidad para la clientela residencial en Francia—, la naturaleza de las restricciones de la competencia objeto de sospecha —prácticas tarifarias contrarias al artículo 82 CE, señalando la importancia de las tarifas de la opción 5 de la demandante en la determinación de la existencia de dichas infracciones—, explicaciones sobre la manera en que se supone que Wanadoo está implicada en la infracción y el papel que la demandante pudo haber desempeñado —pudo haber sido informada de la misma o estar en posesión de algunos elementos que permitieran demostrar la infracción objeto de sospecha—, qué era lo que se buscaba y los elementos sobre los que debía versar la inspección —información relativa a estas prácticas, en particular datos que permitieran determinar el grado de cobertura de los costes de Wanadoo y elementos propios de una estrategia de limitación y expulsión de los competidores, que probablemente sólo se comunicaron a algunos miembros del personal de la demandante o de Wanadoo y que podían buscarse en los locales, libros y otros documentos empresariales de Wanadoo y, en su caso, verbalmente—, las facultades conferidas a los investigadores comunitarios, la fecha de su inicio —el 2 de junio de 2004—, las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24 del Reglamento n° 1/2003 y el derecho a recurrir contra la misma ante el Tribunal de Primera Instancia. Por otra parte, en aquel momento era notorio en Francia que la demandante era la sociedad matriz de Wanadoo.

56 En cuanto al carácter justificado de la inspección, la Decisión impugnada pone de manifiesto de forma detallada que la Comisión disponía en su expediente de elementos e indicios importantes que le permitían sospechar que Wanadoo, filial de la demandante, había infringido las normas sobre competencia y podía sospechar que algunos elementos, en particular los propios de una estrategia de limitación y de expulsión de los competidores, podían haber sido comunicados a algunos miembros del personal de la demandante.

57 Por tanto, la Decisión impugnada resulta suficientemente motivada considerando las exigencias de motivación del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 y de la jurisprudencia. Además, atendiendo al contexto en que fue adoptada, los argumentos mencionados por la demandante en el marco de la presente imputación no pueden enervar esta conclusión.

- 58 En primer lugar, es cierto que la Decisión impugnada hace versar la inspección específicamente sobre las diez ofertas de Wanadoo mencionadas en ella. Siendo esto así, del apartado 55 *supra* se desprende que también se expone el motivo de la designación de la demandante como destinataria de la Decisión impugnada y el de su implicación personal en la inspección ordenada, a saber, en esencia, el hecho de que la Comisión sospechaba que algunos elementos de prueba podrían encontrarse en sus locales o que podría haber sido informada de la estrategia de su filial. Habida cuenta del contexto en que se adoptó la Decisión impugnada, al que la demandante también considera elemento pertinente para determinar el alcance de la obligación de motivación a que está sujeta la Comisión, esta precisión bastaba para cumplir la obligación de motivación en lo referente a la indicación del objeto y la finalidad de la inspección controvertida.
- 59 Por una parte, ha quedado acreditado que, en el momento de producirse los hechos, la demandante era la sociedad matriz de Wanadoo y no podía ignorar que la Decisión de 16 de julio de 2003 había condenado a su filial por haber infringido el artículo 82 CE. Por tanto, la Comisión podía sospechar legítimamente que algunos elementos de prueba podrían estar ocultos en los locales de la demandante.
- 60 Por otra parte, la Decisión de 16 de julio de 2003 prueba que ya se habían remitido a la demandante solicitudes de información en este asunto. Además, dicha Decisión basa su análisis de la estrategia de apropiación del mercado de los servicios de acceso a Internet de alta velocidad por parte de Wanadoo, en elementos del contexto que revelan una estrategia de limitación y expulsión de los competidores así como la posición dominante de Wanadoo, algunos de los cuales procedían de la demandante y otros fueron aportados por Wanadoo. La Comisión también expone en dicha Decisión algunos elementos que ilustran la política global del grupo France Télécom frente a la competencia en el mercado relevante y señala acertadamente que la estrategia perseguida por una filial no puede dissociarse totalmente de los objetivos de su sociedad matriz.
- 61 Así pues, considerando, en particular, el papel que algunos documentos de la demandante y su estrategia de grupo desempeñaron en la demostración de que su

filial cometió una infracción, aun cuando no se dude de la independencia de esta filial en la fijación de sus precios al por menor, no queda acreditada la falta de motivación de la Decisión impugnada en cuanto a la designación de la demandante como destinataria de la misma y en cuanto a su implicación personal en la inspección realizada en el caso de autos.

62 El porcentaje exacto de participación de la demandante en el capital de Wanadoo carece de pertinencia a este respecto, pues en cualquier caso es suficiente para demostrar que en el caso de autos la demandante era ciertamente la sociedad matriz de Wanadoo en el momento de producirse los hechos controvertidos. A mayor abundamiento, el Tribunal de Primera Instancia concluye, a partir de la respuesta que la demandante dio a la pregunta escrita formulada por él, que, a 28 de abril de 2004, es decir, antes de la adopción de la Decisión impugnada, la demandante poseía, directa o indirectamente, el 95,25 % del capital de su filial Wanadoo.

63 Tampoco es pertinente el hecho de que posteriormente la Comisión no pueda imputar a la demandante el comportamiento contrario a la competencia de Wanadoo, una vez que quede probado. En efecto, esta imposibilidad puede deducirse de un análisis del fondo de un asunto, pero no puede impedir una inspección en los locales de la sociedad matriz, pues dicha inspección tiene precisamente por objeto determinar el papel exacto desempeñado por las empresas afectadas en la infracción de que se trate. En efecto, la jurisprudencia no exige que la decisión que ordena una inspección realice una calificación jurídica rigurosa de las supuestas infracciones (véase, en relación con el Reglamento nº 17, la sentencia Dow Benelux/Comisión, citada en el apartado 51 *supra*, apartado 10). Además, ya se ha acreditado que en el caso de autos la Decisión impugnada estaba justificada de modo suficiente en Derecho por el hecho de que la Comisión podía sospechar legítimamente que algunos elementos de prueba pertinentes podrían encontrarse en los locales de la demandante. Por otra parte, de la Decisión impugnada no se deduce que la Comisión cuestionara la autonomía de comportamiento de Wanadoo en el mercado relevante para la inspección, reconocida en la Decisión de 16 de julio de 2003.

64 En segundo lugar, en cuanto al argumento de que la insuficiencia de motivación alegada impidió a la demandante apreciar si debía considerarse personalmente implicada en la infracción, basta señalar que, tal como anteriormente se ha visto, tanto el contenido de la Decisión impugnada como el contexto en el que se adoptó señalan claramente cómo se presume que la demandante está implicada en la infracción.

65 De las consideraciones anteriores también se desprende que la Decisión impugnada no incurre en contradicción alguna con la postura anterior de la Comisión, que exigía una motivación particular. Por tanto, no cabe acoger esta imputación.

Sobre la segunda imputación, basada en la falta de motivación de la Decisión impugnada en relación con algunos elementos del contexto

— Alegaciones de las partes

66 La demandante alega que la Comisión no motivó su decisión de proceder a la inspección controvertida en relación con la Decisión de 16 de julio de 2003, con el procedimiento ante el Consejo de defensa de la competencia y con la resolución del Consejo de defensa de la competencia.

67 Por una parte, la necesidad y la proporcionalidad de la inspección, al igual que la referencia al peligro de ocultación o de destrucción de pruebas, deberían haberse justificado en relación con las órdenes conminatorias contenidas en la Decisión de 16 de julio de 2003.

- 68 Por otra parte, puesto que la Comisión consideraba necesaria la inspección, a pesar del procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia y de que éste había denegado la solicitud de medidas cautelares presentada por AOL, le incumbía explicarla y justificarla, *a fortiori* tratándose de la inspección de los locales de la demandante.
- 69 El incumplimiento por parte de la Comisión de su deber de motivación también se manifiesta, según la demandante, en el hecho de que entre los elementos del contexto presentados en su contestación a la demanda hizo referencia a la Decisión de 16 de julio de 2003, al hecho de que la Decisión impugnada era la continuación de ésta, al procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia y a su decisión de tramitar el fondo del asunto.
- 70 En ningún caso las explicaciones dadas *a posteriori*, en la contestación a la demanda, pueden subsanar la falta de motivación que vicia la Decisión impugnada. La demandante afirma que el deber de motivación obligaba a la Comisión a precisar en dicha Decisión que la presunción de infracción contenida en la misma procedía de sus intercambios de correspondencia con la autoridad francesa de competencia en el marco de su instrucción de la denuncia presentada por AOL y que la Decisión impugnada procedía de su decisión previa de tramitar el fondo del asunto de esta denuncia. El incumplimiento en el caso de autos es tanto más grave cuanto que, según el punto 34 de la Comunicación, la Comisión debió informar a la demandante de su decisión de tramitar el fondo del asunto.
- 71 En relación con la Decisión de 16 de julio de 2003 y con las medidas de control que ésta impone, la Comisión replica, en primer lugar, que en la Decisión impugnada reconoce haber recibido información que indica que las ofertas de las que se trata forman parte de una estrategia para limitar y expulsar a los competidores. La obtención de dicha información no puede hacerse mediante una simple solicitud de información sobre los costes y los precios. Además, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión sospechaba, sobre la base de cierta información, de la existencia de una nueva infracción del artículo 82 CE, a pesar del control establecido por la Decisión de 16 de julio de 2003, lo que implicaba grandes probabilidades de que los datos comunicados por Wanadoo en cumplimiento de las medidas de control fueran incompletos o inexactos.

72 En segundo lugar, la ausencia de toda referencia a la Decisión del Consejo de defensa de la competencia y al procedimiento pendiente ante este último no puede considerarse un defecto de motivación, pues no pudo perjudicar a la demandante. La Comisión tampoco está obligada a revelar sus fuentes en una decisión que ordena una inspección. Con carácter subsidiario, la Comisión añade que el Consejo de defensa de la competencia denegó las medidas cautelares solicitadas por motivos relacionados no con el fondo de la supuesta infracción, sino con los requisitos de concesión de medidas provisionales. En cualquier caso, la demandante no demuestra por qué el hecho de que la Comisión no hiciera referencia al procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia le impidió comprender el objeto y la finalidad de la inspección ordenada.

73 Finalmente, la Comisión sostiene que el argumento relativo a la presencia, en la contestación a la demanda, de datos que no figuraban en la Decisión impugnada, carece de pertinencia. En particular, no era necesario saber que la Comisión había decidido tramitar el fondo del asunto para entender el objeto y la finalidad de la inspección o el alcance de lo que se buscaba. Tampoco el punto 34 de la Comunicación obliga a la Comisión a informar mediante decisión a la empresa afectada.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

74 Del análisis efectuado en los apartados 47 a 57 *supra* se deduce que la Decisión impugnada cumple la obligación general de motivación a que la Comisión está sujeta conforme al artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 y a la jurisprudencia. De este modo, debe determinarse si, no obstante, para cumplir dicha obligación en el caso de autos, la Comisión también debía motivar la Decisión impugnada en relación con los elementos alegados por la demandante en la presente imputación.

- 75 A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que no se discute que la demandante ya conocía los diferentes elementos del contexto invocados por ella cuando le fue notificada la Decisión impugnada y tuvo lugar la inspección. Por tanto, el hecho de que no se mencionaran en la Decisión impugnada no puede producir la vulneración del derecho de defensa de la demandante.
- 76 En segundo lugar, de la Decisión impugnada se desprende que, a pesar de las órdenes conminatorias impuestas por la Decisión de 16 de julio de 2003, la Comisión disponía de información que le permitía sospechar de la existencia de una infracción del artículo 82 CE por parte de Wanadoo. En otros términos, en el expediente de la Comisión figuraban datos que indicaban que Wanadoo incumplía dichas órdenes conminatorias. Además, la inspección también pretendía obtener datos que revelasen la intención de expulsar a sus competidores, y, aun suponiendo que dichos datos estuvieran cubiertos por las órdenes conminatorias, es difícil imaginar que, bien la demandante o bien Wanadoo, en cumplimiento de las mismas, los hubieran comunicado espontáneamente a la Comisión. Por tanto, la existencia de las órdenes conminatorias en la Decisión de 16 de julio de 2003 carece de efectos sobre la oportunidad de realizar la inspección ordenada por la Decisión impugnada. Por tanto, la Comisión no necesitaba motivarla específicamente en relación con ellas.
- 77 En tercer lugar, la referencia al peligro de ocultación o de destrucción de datos no sirve para demostrar que la Comisión incumple su obligación de motivación. En efecto, no se discute que, entre los elementos buscados, en particular entre los que pueden revelar una estrategia de expulsión y de limitación de sus competidores, figuran elementos que generalmente se ocultan o cuya existencia peligraba en caso de investigación. Además, tal como se ha acreditado anteriormente, también era razonable que la Comisión considerara que dichos elementos en ningún caso le hubieran sido espontáneamente comunicados en cumplimiento de las órdenes conminatorias contenidas en la Decisión de 16 de julio de 2003.
- 78 En cuarto lugar, por lo que respecta al procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia y su denegación de las medidas cautelares solicitadas por

AOL, en principio, el Derecho comunitario no exige a la Comisión que justifique su decisión de realizar una inspección en relación con los procedimientos nacionales paralelos que, en su caso, pudieran existir. Además, la resolución del Consejo de defensa de la competencia en realidad apoya la medida de investigación ordenada por la Comisión. En efecto, en dicha resolución, el Consejo de defensa de la competencia, si bien señala que «parece que el sector y las empresas que lo componen no han sufrido un perjuicio grave e inmediato a raíz de las prácticas tarifarias de Wanadoo», considera sin embargo que «no puede descartarse que algunas prácticas tarifarias aplicadas por Wanadoo entren en el ámbito de aplicación [...] del artículo 82 [CE], dado que afectan a una parte sustancial del territorio nacional». De este modo, el Consejo de defensa de la competencia justificó la denegación de las medidas cautelares, solicitadas, por la ausencia de perjuicio grave e inmediato al sector o a las empresas del sector y por la ausencia de perjuicio inmediato a los consumidores, dicho de otro modo, por la falta de urgencia y no porque la denuncia presentada ante él careciera manifiestamente de fundamento. Por otra parte, la citada resolución no se pronuncia sobre la postura adoptada o no por la demandante en relación con la infracción de la que su filial era sospechosa. Por tanto, no permite concluir que la inspección ordenada por la Decisión impugnada no era pertinente y, en consecuencia, la Comisión no estaba obligada a motivar específicamente la Decisión impugnada en relación con el procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia o con la resolución del Consejo de defensa de la competencia.

79 En quinto lugar, tampoco es pertinente el hecho de que estos elementos se mencionan en el escrito de contestación a la demanda presentado por la Comisión al Tribunal de Primera Instancia. El contenido de la contestación a la demanda tiene por objeto, en particular, instruir al Tribunal de Primera Instancia sobre el contexto fáctico y jurídico del asunto que se somete a su jurisdicción, en el que se inscribe la Decisión impugnada y que el Tribunal de Primera Instancia desconoce, a diferencia de las partes en el litigio. Por tanto, en una decisión que es objeto de recurso de anulación la ausencia de elementos de contexto, que después son aportados por una de las partes al Tribunal de Primera Instancia, en el marco de la exposición de las circunstancias en las que se desarrolló el litigio del que éste conoce, no puede, en sí misma, demostrar un incumplimiento de la obligación de motivar la decisión impugnada.

80 En sexto lugar, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión consultó con la debida autoridad de competencia antes de realizar la inspección. Además, tal como ya se señaló, la Comisión no está obligada a incluir, en una decisión que

ordena una inspección, toda la información de que dispone acerca de la supuesta infracción. Finalmente, es cierto que el punto 34 de la Comunicación señala que, «[e]n caso de que un asunto sea remitido de una autoridad a otra dentro de la Red [de Autoridades de Competencia], las empresas interesadas [...] serán informad[a]s a la mayor brevedad». Sin embargo, el punto 5 de esta misma Comunicación dice expresamente que «cada miembro de la Red es totalmente libre para decidir si es o no oportuno investigar un asunto» y sus puntos 4 y 31 precisan, respectivamente, que «[l]as consultas e intercambios en la Red incumben a las autoridades públicas» y que «el reparto de asuntos no otorga derechos individuales a las empresas implicadas [...] por una infracción para que un asunto sea tramitado por una autoridad particular». Por tanto, la Comisión mantenía su competencia para realizar la inspección ordenada y, cualquiera que fuera el contenido del escrito de contestación a la demanda presentado por la Comisión, no queda demostrado el incumplimiento del deber de motivación invocado por la demandante en relación con el punto 34 de la Comunicación.

81 De ello se deduce que no puede acogerse la segunda imputación.

Sobre la tercera imputación, basada en la imposibilidad de la demandante de comprender las dudas expresadas por la Comisión sobre las tarifas de la opción 5

— Alegaciones de las partes

82 La demandante señala que la Decisión impugnada incumple el deber de motivación y vulnera su derecho de defensa al referirse en su exposición de motivos a la opción 5, atribuyéndole un estrechamiento de márgenes, y no hacer referencia en la parte dispositiva a la opción 5 o a la reducción de precios de esta opción. Por tanto, en su opinión, no puede considerarse que la inspección se ordenó para verificar una presunción de infracción frente a la demandante y la Comisión no expuso de manera clara y correcta las sospechas que albergaba sobre las nuevas tarifas de su opción 5.

- 83 En particular, la sospecha relativa al estrechamiento de márgenes contradice el tenor tanto del artículo 1 de la Decisión impugnada como de su cuarto considerando. La Comisión tuvo sospechas y verificó la existencia de una práctica tarifaria, las tarifas de la opción 5 de la demandante, a la que el artículo 1 de la Decisión impugnada no considera sospechosa y que su cuarto considerando excluye del ámbito de la verificación.
- 84 Además, existe una diferencia fundamental entre, por una parte, considerar las tarifas de la opción 5 como elemento de análisis para verificar, a la vista de sus respectivos costes, que no hay depredación en las ofertas al por menor de Wanadoo y, por otra parte, considerar estas tarifas sospechosas en sí mismas, que es lo que hace la Decisión impugnada.
- 85 Además, según la demandante, de la Decisión de 16 de julio de 2003 se desprende que la demandante no podía ser sospechosa en modo alguno de estrechamiento de márgenes por el precio al por mayor de su opción 5 en relación con los precios al por menor aplicados por Wanadoo, pues dichos precios correspondían a empresas distintas y autónomas, que operaban en mercados diferentes. Tampoco puede cuestionarse la legalidad de las tarifas de la opción 5 y a la vez considerarlas base legal para sospechar que Wanadoo aplicaba precios predatorios. Asimismo, la legalidad de la opción 5 no puede depender del nivel de los precios al por menor aplicados por los proveedores de acceso a Internet, incluidos los de Wanadoo. Siendo esto así, la Decisión no contiene ninguna explicación sobre este aspecto esencial, poniendo de manifiesto con ello un incumplimiento de la obligación de motivación.
- 86 Finalmente, la Comisión da a entender que las tarifas de la opción 5 son demasiado elevadas, pero al mismo tiempo pone en duda la reducción de las mismas que tuvo lugar en enero de 2004.

- 87 Por otra parte, las dudas sobre la reducción de las tarifas de la opción 5, expresadas por la Comisión en la Decisión impugnada, no están suficientemente motivadas. La Comisión sabía, antes de adoptar la Decisión impugnada, que la demandante no tenía libertad para modificar las tarifas y que su reducción había sido aprobada por las autoridades francesas competentes.
- 88 Por tanto, las dudas sobre las tarifas de la opción 5, formuladas en la Decisión impugnada, deberían haber sido específicamente explicadas y justificadas. La demandante señala, en particular, que las tres autoridades francesas consultadas en el proceso de aprobación de las nuevas tarifas descartaron que se pudiera producir un estrechamiento de márgenes de esas tarifas. También AOL denunció las tarifas de la opción 5 por producir estrechamiento de márgenes, pero el Consejo de defensa de la competencia no lo consideró probado *prima facie*.
- 89 La Comisión replica, en primer lugar, que la Decisión impugnada no versa sobre las tarifas de la opción 5 de modo aislado, sino sobre las nuevas tarifas de acceso a Internet mediante ADSL destinado al gran público en Francia y, por tanto, sobre las tarifas al por menor fijadas por Wanadoo y/o France Télécom. Aunque la relación de estos precios con las tarifas de la opción 5 constituye un elemento imprescindible de análisis, no puede descartarse la existencia de depredación o de estrechamiento de márgenes por el mero hecho de que las tarifas de la opción 5 fueron aprobadas por una autoridad pública. Por tanto, los argumentos de la demandante deben desestimarse. En particular, la aprobación de las reducciones tarifarias de la opción 5 por parte de la ART no excluye que France Télécom, como grupo, pueda haber infringido el artículo 82 CE al producir estrechamiento de márgenes, pues el precio de venta al por menor no está regulado.
- 90 La demandante confunde las prácticas contrarias a la competencia, contra las que Comisión dirige sus sospechas, claramente formuladas en el artículo 1 de la Decisión impugnada y que delimitan el ámbito de aplicación de la misma, con las tarifas y otros elementos de hecho que la Comisión pretendía verificar en la inspección. Dentro de la categoría jurídica de precios no equitativos, la Decisión impugnada indica que la Comisión pretendía comprobar, en primer lugar, si existía depredación y, en segundo lugar, si existía estrechamiento de márgenes, comprobación para la

cual las tarifas al por mayor constituyen un elemento de análisis imprescindible. Por tanto, las sospechas de la Comisión no se dirigen contra las tarifas de la opción 5 como tales, sino contra la reducción del margen económico entre la opción 5 y las tarifas al por menor, derivado de una reducción de estas últimas. Por tanto, no existe contradicción entre los considerandos de la Decisión impugnada y su artículo 1.

- 91 Además, para adoptar una decisión de inspección no es necesario demostrar la existencia de una infracción, sino tan solo sospechas de la misma. Pues bien, la demandante no demuestra que la Comisión no podía sospechar razonablemente de la existencia de una infracción, ni por qué era necesario que hiciera referencia a las sucesivas aprobaciones en el ámbito nacional de las tarifas de la opción 5 para que la Decisión impugnada estuviera motivada de modo suficiente en Derecho.
- 92 Además, la referencia a la Decisión de 16 de julio de 2003 carece de pertinencia. La Comisión pudo considerar legítimamente que, durante el proceso de integración de Wanadoo en la demandante y, por tanto, durante el período de validez de las ofertas afectadas, Wanadoo perdió la facultad de fijar sus tarifas al por menor de modo independiente de la demandante.
- 93 Finalmente, dado que se cumplen las exigencias de motivación de la Decisión impugnada, la Comisión no está obligada a exponer exhaustivamente toda la información que conoce, en particular la existencia de aprobaciones nacionales para las tarifas de la opción 5. Además, la demandante ya conocía esta información y el hecho de que no se mencionara no pudo afectar a su derecho de defensa.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 94 En esencia, la demandante reprocha a la Comisión que considerara sospechosas las tarifas de la opción 5 en la Decisión impugnada, sin explicar claramente las

sospechas que albergaba sobre ellas ni justificar su postura en relación con su Decisión de 16 de julio de 2003 y con varias resoluciones nacionales.

95 Ahora bien, tal como resulta de los términos esenciales de la Decisión impugnada, reproducidos en los apartados 22 y 23 *supra*, ésta enuncia, en relación con la opción 5, que el reducido margen económico entre las tarifas al por menor de Wanadoo y las de la opción 5 de la demandante genera un estrechamiento de márgenes para los competidores de Wanadoo que basan su oferta en la opción 5, y ello a pesar de la reducción de tarifas de la opción 5 que tuvo lugar en enero de 2004. La Decisión añade que este reducido margen restringió la entrada en el mercado de competidores de Wanadoo y puso en peligro a los ya presentes. Por otra parte, la Decisión impugnada señala que Wanadoo hacía ofertas por debajo de sus costes. Concluye que estas prácticas equivalen a imponer precios de venta no equitativos.

96 Por tanto, debe declararse que la Decisión impugnada está claramente motivada y no formula contra la demandante ninguna sospecha de infracción del artículo 82 CE en relación con las tarifas de su opción 5. Además, las tarifas de la opción 5 de la demandante aparecen debidamente mencionadas en la exposición de motivos de la Decisión impugnada y, sin embargo, no figuran entre los elementos sobre los que versa la inspección según su artículo 1. En efecto, la Decisión impugnada se limita a referirse a ellas como punto de referencia que sirve para determinar, por una parte, el posible carácter predatorio de los precios al por menor de Wanadoo, pues las tarifas de la opción 5 deben tenerse en cuenta para calcular los costes soportados por Wanadoo y, por otra parte, la posible existencia de un estrechamiento de márgenes producido por los precios al por menor demasiado bajos de Wanadoo. Tal como ya se ha expuesto, la jurisprudencia admite que en la fase de inspección, única relevante en el caso de autos, la Comisión no está obligada a efectuar una calificación jurídica rigurosa de las supuestas infracciones (véase, en relación con el Reglamento nº 17, la sentencia de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, 97/87 a 99/87, Rec. p. 3165, apartado 45).

97 Carece de pertinencia el hecho de que, en una fase posterior del procedimiento, la Comisión no pueda demostrar la existencia de estrechamiento de márgenes. Por una parte, esta cuestión pertenece al análisis de fondo efectuado sobre la base de los

elementos obtenidos en la inspección controvertida y, por tanto, no procede examinarla en el marco del control del cumplimiento, por parte de la Comisión, del deber de motivación a que está sujeta. Por otra parte, la Comisión, en su análisis de fondo de los elementos obtenidos, en ningún caso está vinculada por la calificación jurídica que hubiera podido atribuir a determinadas infracciones en una decisión que ordena una inspección, pues su única obligación al respecto es que la probabilidad de que las presuntas infracciones se hayan producido, a la vista de la información que figura en la decisión que ordena la inspección, parezca suficiente para justificar que se recurra a la misma. Pues bien, el análisis realizado en los apartados 55 a 63 *supra* demuestra que esto es así en el caso de autos.

- 98 Los argumentos de la demandante de que la Comisión incumplió su deber de motivación al impedirle comprender por qué expresaba dudas sobre la legalidad de las tarifas de la opción 5 carecen de fundamento, pues nada en la Decisión impugnada permite concluir que la Comisión expresó tales dudas. De ello también se deduce que la aprobación de las tarifas de la opción 5 por parte de las autoridades francesas carece de incidencia sobre la obligación de motivación de la Comisión.

- 99 A la vista de cuanto antecede, debe desestimarse la tercera imputación.

Sobre la cuarta imputación, basada en la imposibilidad de que el juez de libertades ejerciera el control que le correspondía antes de autorizar la inspección

— Alegaciones de las partes

- 100 La demandante alega que el juez nacional competente debe ejercer el control de proporcionalidad de la Decisión impugnada a la luz del principio de protección contra las intervenciones arbitrarias de los poderes públicos en la esfera privada de

cualquier persona jurídica, principio general del Derecho comunitario. En virtud de este principio, corresponde al órgano nacional competente examinar si las medidas coercitivas contempladas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de la verificación y si existen indicios suficientemente importantes para sospechar que la empresa de que se trata ha cometido una infracción de las normas de competencia. El juez nacional debe disponer de todos los elementos necesarios para poder ejercer dicho control. Esto no sucede en el caso de autos.

101 Por una parte, los elementos presentados eran insuficientes y no revelaban ni sospechas muy precisas ni la existencia objetiva de indicios contra la demandante. Por otra parte, la Decisión impugnada no hace referencia alguna ni a los artículos 2 y 3 de la Decisión de 16 de julio de 2003, ni al procedimiento ante el Consejo de defensa de la competencia, ni al hecho de que la reducción tarifaria de la opción 5 recibió el dictamen favorable de la ART, fue aprobada y después ratificada por el Consejo de Estado. Pues bien, todos ellos son elementos pertinentes y esenciales para permitir al juez de libertades ejercer su control, los cuales, si se le hubieran comunicado, habrían podido llevarle a considerar arbitraria y desproporcionada la inspección ordenada o, en cualquier caso, a que solicitara explicaciones a la Comisión, de acuerdo con el artículo 20, apartado 8, del Reglamento nº 1/2003.

102 El hecho de que no se aplicase la resolución del juez de libertades carece de incidencia en el caso de autos, pues la obligación de motivación y de cooperación leal de la Comisión con el juez nacional es una obligación objetiva que recaía sobre la Comisión en el momento en que adoptó la decisión de inspección. La Comisión no puede quedar exenta *a posteriori* del cumplimiento de su obligación de motivación y de cooperación leal con el juez nacional por el hecho de que la autorización de este último no haya tenido aplicación práctica. Además, la autorización opuesta a la demandante fue un factor determinante de su actuación durante la inspección.

103 Por otra parte, el hecho de que la demandante no impugnara la legalidad del auto del juez de libertades ante los órganos jurisdiccionales franceses no puede mermar el alcance de sus argumentos en el caso de autos. La falta de motivación reprochada a la Comisión privó a la demandante de la facultad de impugnar eficazmente la

legalidad de la autorización del juez de libertades. En efecto, no puede reprocharse a este último haber realizado una apreciación incorrecta sobre la base de informaciones de las que no disponía. Además, la demandante reconoce haber interpuesto un recurso de casación contra el auto del juez de libertades y haberlo retirado a continuación.

104 La Comisión responde, en primer lugar, que la presente imputación es inoperante. Si el auto del juez de libertades vulneraba los derechos de la demandante, ésta debería haberlo impugnado ante el juez nacional competente. La interposición de un recurso de casación por parte de la demandante carece de pertinencia. Además, el hecho de que el juez nacional se considere suficientemente instruido para ejercer su control, no puede tener incidencia sobre la legalidad de la Decisión impugnada, cuyo control corresponde exclusivamente al juez comunitario.

105 El hecho de que el auto del juez nacional fuera un factor decisivo para que la demandante cooperara tampoco es concluyente, pues las inspecciones ordenadas por la Comisión son obligatorias, independientemente de cualquier auto nacional, y la negativa a someterse a ellas está castigada con multas sustanciales, de acuerdo con el artículo 23, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 1/2003.

106 La Comisión añade que este auto no se aplicó y que, en consecuencia, los argumentos de la demandante sobre esta parte carecen de pertinencia, pues la demandante acató la decisión de inspección y ésta se desarrolló exclusivamente bajo el imperio de la Ley comunitaria.

107 En todo caso, el papel del juez nacional en un caso como el presente no es autorizar la inspección ordenada conforme al artículo 20 del Reglamento n° 1/2003, sino sólo

autorizar a la autoridad nacional a aplicar medidas coercitivas en caso de que la empresa objeto de inspección se niegue a someterse a la misma.

- 108 La Comisión alega con carácter subsidiario que la Decisión impugnada en todo caso está suficientemente motivada para permitir al juez de libertades ejercer su control de proporcionalidad.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 109 Con carácter preliminar debe observarse que, si bien la formulación de algunas partes de la demanda es desafortunada, no se desprende de ella, sin embargo, que la demandante cuestione la legalidad del auto del juez de libertades, ni que sostenga que este último no dispuso de los elementos necesarios para apreciar la legalidad de la Decisión impugnada, sino que reprocha, en esencia, a la Comisión, no haber motivado suficientemente la Decisión impugnada, de modo que el juez de libertades no pudo ejercer el control que le correspondía en virtud del artículo 20, apartado 8, del Reglamento n° 1/2003.
- 110 Pues si bien es cierto que según el artículo 20, apartado 8, del Reglamento n° 1/2003, corresponde al juez nacional que actúa en el marco del artículo 20, apartado 7, de este mismo Reglamento, verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas contempladas para realizar la inspección no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la misma y que, para ello, la Comisión está obligada a transmitirle determinada información, también se deduce del artículo 20, apartado 8, del Reglamento n° 1/2003 y de la jurisprudencia (véase, en relación con el Reglamento n° 17, la sentencia *Roquette Frères*, citada en el apartado 37 *supra*) que esta información puede figurar en sitios distintos de la propia decisión que ordena la inspección o que la Comisión puede transmitírsela por medios distintos de dicha decisión.

- 111 Por tanto, la cuarta imputación formulada por la demandante es inoperante, pues el objetivo de la obligación de motivación a la que la Comisión está sujeta no es garantizar que el juez nacional cuya autorización se solicita en el marco del artículo 20, apartado 7, del Reglamento n° 1/2003, esté suficientemente instruido, sino permitir que la empresa objeto de inspección comprenda el alcance de su deber de colaboración, preservando su derecho de defensa.
- 112 A la vista de las consideraciones anteriores, procede declarar que no queda demostrado el incumplimiento de la obligación de motivación imputado a la Comisión y que, por tanto, el primer motivo debe desestimarse en su totalidad.

Sobre el segundo motivo, basado en el incumplimiento del deber de cooperación leal con las instituciones nacionales

Alegaciones de las partes

- 113 La demandante alega que la Comisión incumplió en dos ocasiones su obligación de cooperar lealmente con las instituciones francesas y que estos incumplimientos deben acarrear la anulación de la Decisión impugnada.
- 114 En primer lugar, según la demandante, la Comisión incumplió su deber de cooperar lealmente con el juez de libertades al que solicitó la autorización para realizar la inspección ordenada en France Télécom, deber que se encuentra fundamentado en el artículo 10 CE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, y que debe regir y es necesario para la aplicación del Reglamento n° 1/2003. La exigencia impuesta por el Tribunal de Justicia a la Comisión de que aporte elementos al juez nacional que le permitan ejercer el control que le corresponde, constituye una

obligación esencial no sólo en relación con las exigencias de motivación, sino también con la de cooperación leal con el juez competente. El hecho de que la Comisión no haga referencia a lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de su Decisión de 16 de julio de 2003, al procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia y a la Decisión del Consejo de Estado de 19 de enero de 2004, constituye un incumplimiento grave de su deber de cooperación leal con el juez de libertades.

115 En segundo lugar, sostiene la demandante, la Comisión incumplió su deber de cooperación leal con el Consejo de defensa de la competencia, impuesto por el artículo 11, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 y precisado en el artículo 11, apartado 6, en el artículo 13, apartado 1, así como en el decimoctavo considerando de este mismo Reglamento, al adoptar la Decisión impugnada mientras el Consejo de defensa de la competencia conocía del asunto y había dictado una resolución denegando las medidas cautelares solicitadas. En el caso de autos, la Comisión no consultó con el Consejo de defensa de la competencia. Además, de las disposiciones del Reglamento nº 1/2003 anteriormente mencionadas se deduce que cuando una autoridad nacional de competencia ya está conociendo de un asunto, la Comisión sólo puede incoar un procedimiento tras haber consultado con dicha autoridad. Finalmente, es la autoridad de competencia mejor situada para actuar la que debe tramitar la reclamación y, a la vista de las tres condiciones cumulativas enumeradas en el octavo considerando del Reglamento nº 1/2003, el Consejo de defensa de la competencia está mejor situado que la Comisión para examinar las presunciones de infracción.

116 La Comisión replica, en primer lugar, que el argumento sobre la supuesta falta de cooperación con el juez de libertades recoge, con otra forma, la imputación sobre la falta de motivación, a la que ya ha dado respuesta. El argumento sobre la supuesta falta de cooperación con el Consejo de defensa de la competencia interpreta de modo incorrecto el Reglamento nº 1/2003. En el sistema del Tratado CE y del Reglamento nº 1/2003, las competencias de aplicación son paralelas y el Reglamento nº 1/2003 no contiene ningún criterio de reparto de asuntos o de competencias. Las autoridades nacionales siguen siendo competentes para aplicar los artículos 81 CE y 82 CE mientras la Comisión no haya incoado el procedimiento en el sentido del artículo 11, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003, y la Comisión conserva su competencia para intervenir en cualquier momento contra cualquier infracción de los artículos 81 CE y 82 CE.

- 117 En segundo lugar, algunos elementos abogan por que la Comisión tramite el asunto.
- 118 Finalmente, la decisión de la Comisión de realizar una inspección y de tramitar el fondo del asunto fue objeto de estrecha concertación con las autoridades francesas, según el espíritu del artículo 11, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 119 En primer lugar, por lo que respecta al deber de cooperación leal con las autoridades judiciales nacionales, el Tribunal de Primera Instancia señala que las modalidades de cumplimiento del deber de cooperación leal, que emana del artículo 10 CE y que obliga a la Comisión en el marco de sus relaciones con los Estados miembros (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 1983, Luxemburgo/Parlamento, 230/81, Rec. p. 255, apartado 37, y auto del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1990, Zwartveld y otros, C-2/88 IMM, Rec. p. I-3365, apartado 17), tratándose de las relaciones que se establecen en el marco de las inspecciones realizadas por la Comisión con el fin de detectar infracciones de los artículos 81 CE y 82 CE, han sido precisadas por el artículo 20 del Reglamento nº 1/2003, que enuncia las modalidades de cooperación entre la Comisión, las autoridades nacionales de la competencia y las autoridades judiciales nacionales cuando la Comisión decide realizar una inspección en el marco de este Reglamento.
- 120 Así, el artículo 20 del Reglamento nº 1/2003 faculta a la Comisión para realizar inspecciones, bien previa presentación de un mandato escrito, de acuerdo con el apartado 3 de este artículo, bien sobre la base de una decisión que obliga a las empresas a someterse a dicha inspección, de acuerdo con el apartado 4 de este mismo artículo. Cuando la Comisión realiza una inspección en virtud del artículo 20, apartado 3, deberá, según este apartado, advertir con suficiente antelación a la

autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se haya de llevar a cabo. En el supuesto de que la Comisión realice una inspección en virtud del apartado 4, éste le impone la obligación de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección antes de adoptar la decisión por la que ordena dicha inspección.

¹²¹ Según el artículo 20, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003, cuando la empresa objeto de inspección se opone a la misma es necesaria la asistencia de las autoridades nacionales para llevarla a cabo y, si esa asistencia requiere un mandamiento judicial, éste deberá solicitarse, con arreglo al apartado 7. En virtud del apartado 8, corresponde al juez nacional verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión por la que se ordena la inspección y que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección, aunque el control de legalidad de la decisión de la Comisión queda reservado al juez comunitario.

¹²² De ello se deduce que el artículo 20 del Reglamento nº 1/2003 establece una distinción clara entre, por una parte, las decisiones adoptadas por la Comisión sobre la base del apartado 4 de este artículo y, por otra parte, la solicitud de asistencia presentada al juez nacional en virtud del apartado 7 del mismo artículo.

¹²³ Mientras que el juez comunitario es el único competente para controlar la legalidad de una decisión adoptada por la Comisión con arreglo al artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003, tal como se deduce, en particular, de la parte final del apartado 8 de este mismo artículo, por el contrario, corresponde únicamente al juez nacional al que, en virtud del artículo 20, apartado 7, del Reglamento nº 1/2003, se solicita la autorización para recurrir a medidas coercitivas, asistido, en su caso, por el Tribunal de Justicia en el marco de una cuestión prejudicial y sin perjuicio de los

posibles recursos nacionales, determinar si las informaciones transmitidas por la Comisión en el marco de esta solicitud le permiten ejercer el control que le atribuye el artículo 20, apartado 8, del Reglamento n° 1/2003 y pronunciarse adecuadamente sobre la solicitud que se le ha presentado [véase, en este sentido, en relación con el Reglamento n° 17, la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*, apartados 39, 67 y 68].

124 El juez nacional que actúa en el marco del artículo 20, apartado 7, del Reglamento n° 1/2003 tiene, en virtud del apartado 8 de este artículo y de la jurisprudencia, (véase, en relación con el Reglamento n° 17, la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*), la facultad de solicitar precisiones a la Comisión, en particular sobre los motivos que la llevan a sospechar de la existencia de una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE, sobre la gravedad de la infracción objeto de sospecha y sobre la naturaleza de la implicación de la empresa de que se trate. Un control del Tribunal de Primera Instancia que, hipotéticamente, pudiera dar lugar a que se declarase la insuficiencia de la información transmitida por la Comisión a dicho juez, supondría que el Tribunal de Primera Instancia revisara la apreciación, ya realizada por este juez, del carácter suficiente de dicha información. Pues bien, este control no puede admitirse, ya que la apreciación realizada por el juez nacional sólo está sujeta al control ejercido mediante los recursos internos disponibles contra las resoluciones de dicho juez.

125 Por ello, los argumentos formulados por la demandante en apoyo de su segundo motivo deben desestimarse en su conjunto por inoperantes, pues, al cuestionar el contenido de la Decisión impugnada en cuanto al deber de cooperación leal a que está sujeta la Comisión, requieren que el Tribunal de Primera Instancia revise la apreciación efectuada por el juez de libertades, en el marco del artículo 20, apartado 8, del Reglamento n° 1/2003, del carácter suficiente de las informaciones presentadas por la Comisión para obtener el mandamiento solicitado con arreglo al artículo 20, apartado 7, del Reglamento. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia no es competente para controlar el modo en el que el juez nacional que actúa en el marco de esta disposición cumple con la tarea que le atribuye el apartado 8 del artículo 20.

126 Por otra parte, hay que recordar que la legalidad de un acto comunitario debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el acto (sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión, 15/76 y 16/76, Rec. p. 321, apartado 7, y del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 2004, Valenzuela Marzo/Comisión, T-384/02, RecFP pp. I-A-235 y II-1035, apartado 98). Por lo tanto, la utilización que se hace de una decisión que ordena una inspección o la apreciación que realiza el juez nacional de los elementos contenidos en la misma, en el marco de una solicitud presentada por la Comisión en virtud del artículo 20, apartado 7, del Reglamento nº 1/2003, carece de incidencia sobre la legalidad de la decisión que ordena la inspección.

127 Por lo tanto, en el contexto del presente motivo, sólo a la vista de los elementos exigidos por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, debe apreciarse si son fundados los argumentos con los que la demandante denuncia que la Comisión incumplió su deber de cooperación leal con las autoridades judiciales nacionales. Pues bien, del análisis del primer motivo se desprende que no se ha demostrado que la Comisión incumpliera el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003. Por tanto, debe desestimarse la primera parte del argumento desarrollado por la demandante para apoyar su segundo motivo.

128 En segundo lugar, por lo que respecta al deber de cooperar lealmente con las autoridades nacionales de competencia, tal como resulta de las distintas disposiciones invocadas por la demandante, debe destacarse primeramente que, aunque es cierto que el artículo 11, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 establece una norma general según la cual la Comisión y las autoridades nacionales de competencia están obligadas a colaborar estrechamente, sin embargo no obliga a la Comisión a abstenerse de realizar una inspección en relación con un asunto en el que también está actuando una autoridad nacional de competencia.

129 Tampoco puede deducirse de esta disposición que cuando una autoridad nacional de competencia haya comenzado a investigar hechos concretos, la Comisión tenga inmediatamente prohibido actuar en el asunto o interesarse de forma preliminar. Al contrario, de la exigencia de colaboración establecida en esta disposición se deduce

que estas dos autoridades, al menos en fases preliminares como la de investigación, pueden trabajar en paralelo. Así, del artículo 11, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003, invocado por la demandante, se deduce que el principio de colaboración implica que la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, al menos en las fases preliminares de los asuntos en los que intervienen, pueden trabajar en paralelo. En efecto, esta disposición establece, sin perjuicio de una simple consulta con la autoridad nacional de que se trate, que la Comisión conserva la posibilidad de incoar un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión, aunque una autoridad nacional ya esté actuando en el asunto. Por tanto, la Comisión *a fortiori* debe poder realizar una inspección como la ordenada en el caso de autos. En efecto, una decisión que ordena una inspección sólo constituye un acto preparatorio para tramitar el fondo de un asunto, que no conlleva la incoación formal del procedimiento en el sentido del artículo 11, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003, pues dicha decisión no manifiesta, en sí misma, la voluntad de la Comisión de adoptar una decisión sobre el fondo del asunto (véase, en este sentido, en relación con el Reglamento nº 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Rec. p. 77, apartado 16). Por otra parte, el vigésimo cuarto considerando del Reglamento nº 1/2003 anuncia que la Comisión debe tener la facultad de proceder a cuantas inspecciones sean necesarias para detectar las infracciones del artículo 82 CE, y el artículo 20, apartado 1, del mismo Reglamento establece expresamente que, para la realización de las tareas que le asigna el presente Reglamento, la Comisión podrá proceder a cuantas inspecciones sean necesarias.

130 En segundo lugar, del artículo 13, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 y de su decimotercero considerando, que anticipa el contenido de dicho artículo, se desprende que el hecho de que una autoridad de competencia esté instruyendo un asunto constituye una simple facultad para que otra autoridad de competencia que esté actuando suspenda su procedimiento o desestime la denuncia. Por tanto, se trata de un simple motivo que permite a una autoridad suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia presentada ante ella. Del hecho de que una autoridad ya esté interviniendo en la instrucción de un asunto no se deriva para la Comisión la obligación de abstenerse de investigar sobre el mismo asunto. Tampoco puede considerarse que estas disposiciones establezcan un criterio de atribución o de reparto de asuntos o competencias entre la Comisión y la autoridad nacional o las autoridades nacionales a las que pudiera competir el asunto de que se trate. Por tanto, la falta de ejercicio de la simple facultad prevista en este artículo en ningún

caso puede constituir un incumplimiento por parte de la Comisión del deber de cooperación leal a que está sujeta en sus relaciones con las autoridades de competencia de los Estados miembros.

¹³¹ En tercer lugar, en cuanto a la afirmación de la demandante de que no se deduce que la Comisión consultara con el Consejo de defensa de la competencia, el Tribunal de Primera Instancia observa en cambio que en los considerandos de la Decisión impugnada se menciona que se consultó a la autoridad competente del Estado miembro interesado, de conformidad con el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003. Pues bien, teniendo en cuenta la presunción de legalidad que se atribuye a los actos de las instituciones comunitarias (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros, C-137/92 P, Rec. p. I-2555, apartado 48), que implica que quien alega la ilegalidad de esta clase de acto debe probarla, y considerando que la demandante no aporta ningún elemento que demuestre que realmente la autoridad francesa de la competencia no fue consultada, no puede estimarse este argumento.

¹³² En cuarto lugar, debe declararse que el octavo considerando del Reglamento nº 1/2003 no permite sostener que en el caso de autos el Consejo de defensa de la competencia esté mejor situado que la Comisión para examinar las presunciones de que se trata. En efecto, este considerando se limita a exponer los principios que deben regir la aplicación concurrente de las legislaciones nacionales y de la normativa comunitaria en materia de Derecho de la competencia, sin abordar la cuestión de cómo determinar qué autoridad de competencia está mejor situada que otra para examinar un asunto. Por tanto, no es pertinente para el caso de autos.

¹³³ A la vista de cuanto antecede, la Comisión, al adoptar la Decisión impugnada, no vulneró ninguna de las disposiciones invocadas por la demandante, de las que se derive su deber de cooperación leal con las autoridades nacionales de competencia. Así pues, no puede acogerse ninguno de los argumentos formulados por la demandante para apoyar su segundo motivo y, por tanto, éste debe desestimarse por infundado.

Sobre el tercer motivo, basado en la violación del principio de proporcionalidad

Alegaciones de las partes

- 134 La demandante alega que, según la jurisprudencia, en virtud del principio de proporcionalidad, los actos de las instituciones comunitarias no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro del objetivo perseguido, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de elegir entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa.
- 135 Con carácter general, la demandante alega que la falta de motivación alegada en el marco del primer motivo hace imposible el control de proporcionalidad. La inspección controvertida en ningún caso es un medio adecuado y razonable para permitir a la Comisión verificar sus sospechas, lo que debería acarrear la anulación de la Decisión impugnada.
- 136 En primer lugar, la Decisión impugnada es manifiestamente desproporcionada en relación con el contexto del caso de autos. Primeramente, de la Decisión impugnada resulta que las dudas expresadas por la Comisión respecto a la reducción de las tarifas de la opción 5, llevada a cabo en enero de 2004, no justifican que se inspeccione a la demandante con el propósito de obtener datos sobre dicha reducción tarifaria. Además, la demandante facilitó a la Comisión abundante información en el procedimiento que dio lugar a la Decisión de 16 de julio de 2003, sin que ésta tuviera que inspeccionar sus locales. El artículo 3 de esta Decisión también le permitía verificar los precios de Wanadoo. Por tanto, la inspección no era una medida absolutamente necesaria para obtener datos sobre la supuesta aplicación de precios de venta no equitativos. Finalmente, el procedimiento ante el Consejo de defensa de la competencia y la resolución de éste prohibían a la Comisión realizar una inspección y la obligaban a recurrir, en su caso, a medidas menos onerosas.

137 En segundo lugar, la inspección es manifiestamente desproporcionada a la vista de la falta de elementos que acrediten la existencia de un peligro real de destrucción o de ocultación de pruebas. Además, en el pasado la demandante había cooperado lealmente con la Comisión. El documento del que la Comisión se incautó, que confirmaba la pertinencia de sus sospechas sobre la ocultación de pruebas, no era concluyente. Además, la información sobre precios figuraba en documentos que una sociedad cotizada y controlada no podía ocultar sin incurrir en graves irregularidades contables y societarias.

138 En tercer lugar, el recurso a un procedimiento de verificación solicitando la asistencia de la fuerza pública con carácter preventivo es tanto más desproporcionado, cuanto que, el artículo 20, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003, sólo prevé la asistencia de los Estados miembros a los agentes acreditados por la Comisión en el supuesto de que la empresa se oponga a la inspección. Aunque el apartado 7 de este artículo permite que se solicite la asistencia con carácter preventivo, el Tribunal de Justicia ha precisado que esto sólo puede hacerse en la medida en que existan razones para temer una oposición a la verificación y que la Comisión debe dar explicaciones sobre este aspecto al órgano jurisdiccional nacional que debe autorizarla. Esto no fue así en el caso de autos.

139 La Comisión alega que este motivo es infundado. En primer lugar, puesto que el Consejo de defensa de la competencia había estimado poco realistas, en parte, los datos sobre previsiones obtenidos, no puede reprocharse a la Comisión que considerara que no podía estar segura de obtener datos exactos por medios distintos de una inspección. La resolución del Consejo de defensa de la competencia tampoco enerva las sospechas de infracción ni indica por qué la inspección es desproporcionada. Además, el Consejo de defensa de la competencia, a diferencia de la Comisión, no disponía de elementos sobre la posible intención de expulsar a los competidores o de depredación y era ingenuo pretender que una empresa se los comunicaría voluntariamente.

¹⁴⁰ Por otra parte, el hecho de haber solicitado u obtenido información mediante una solicitud de información conforme al artículo 11 del Reglamento nº 17, en un procedimiento incoado en 2001, no puede mermar las facultades de investigación que en 2004 tiene la Comisión en virtud del artículo 20 del Reglamento nº 1/2003.

¹⁴¹ Finalmente, dado que las sospechas de la Comisión no versan sobre las tarifas de la opción 5 de la demandante, no procede justificar el carácter proporcionado de la inspección con respecto a ellas.

¹⁴² En segundo lugar, la Comisión señala que el duodécimo considerando de la Decisión impugnada precisa las razones por las que considera que existía el riesgo de que se destruyeran elementos útiles.

¹⁴³ Por otra parte, expone que una empresa puede cooperar respondiendo a las solicitudes de información, sin que ello excluya su intención de ocultar elementos útiles para la investigación de la Comisión. Según la experiencia de la Comisión, en un caso como el de autos el riesgo objetivo de ello era considerable, a juzgar por los elementos descubiertos en la inspección. Carece de pertinencia el hecho de que difícilmente pudieran destruirse determinados documentos contables, pues en el caso de autos no sólo se buscaba este tipo de documentos.

144 Así, de las circunstancias y de la naturaleza de los elementos buscados se deduce que la inspección era el medio de investigación que ofrecía mayores probabilidades de obtener elementos que pudieran demostrar la intención de expulsar a los competidores.

145 En tercer lugar, la supuesta falta de motivos suficientes para solicitar al juez de libertades la autorización para aplicar medidas coercitivas, carece de pertinencia para apreciar la legalidad de la Decisión impugnada.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

146 Con carácter preliminar, debe rechazarse el argumento general formulado por la demandante de que la falta de motivación de la Decisión impugnada hizo imposible el control de proporcionalidad de la misma. En efecto, tal como se ha declarado anteriormente, la Comisión no incumplió su deber de motivación. El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de elegir entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deberán ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 13, y de 14 de julio de 2005, Países Bajos/ Comisión, C-180/00, Rec. p. I-6603, apartado 103).

147 En la materia sobre la que versa el caso de autos, el respeto del principio de proporcionalidad implica que la inspección prevista no ocasione inconvenientes desmesurados e intolerables con relación a los objetivos perseguidos por la misma (véase, en relación con el Reglamento n° 17, la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 76). Sin embargo, la opción que debe realizar la Comisión entre la inspección mediante simple mandato y la inspección ordenada por vía de decisión no depende de circunstancias como la gravedad especial de la situación, la extrema urgencia o la necesidad de una discreción absoluta, sino de las necesidades de una investigación adecuada, habida cuenta de las particularidades del caso. Por lo tanto, cuando una decisión de inspección tiene únicamente por objeto permitir que la Comisión reúna los elementos necesarios para apreciar la posible existencia de una violación del Tratado, tal decisión no vulnera el principio de proporcionalidad (véanse, en relación con el Reglamento n° 17, las sentencias National Panasonic/Comisión, citada en el apartado 52 *supra*, apartados 28 a 30, y Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 77).

148 Corresponde, en principio, a la Comisión apreciar si una información es necesaria para poder descubrir una infracción de las normas sobre competencia y, aunque disponga ya de indicios o incluso de elementos probatorios de la existencia de una infracción, la Comisión puede legítimamente considerar necesario ordenar inspecciones adicionales que le permitan delimitar mejor la infracción o su duración (véanse, en relación con el Reglamento n° 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283, apartado 15, y Roquette Frères, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 78).

149 Por otra parte, los artículos 18 y 20 del Reglamento n° 1/2003, relativos, respectivamente, a las solicitudes de información y a las facultades de la Comisión en materia de inspección, establecen dos procedimientos, cada uno de ellos dotado de autonomía, y el hecho de que ya haya tenido lugar una verificación con arreglo a uno de ellos no puede menoscabar en modo alguno las facultades de investigación de que la Comisión dispone con arreglo al otro artículo (véase, en relación con los artículos 11 y 14 del Reglamento n° 17, la sentencia Orkem/Comisión, citada en el apartado 148 *supra*, apartado 14).

150 En el caso de autos, en primer lugar, la Decisión impugnada tiene por objeto obtener información sobre las prácticas tarifarias de Wanadoo, con el fin de apreciar la posible existencia de una violación del Tratado CE y, para ello, somete a la demandante a la inspección ordenada, en particular, porque la Comisión sospecha que algunos elementos pertinentes para demostrar estas prácticas podrían encontrarse en sus locales. Es cierto que, según la Decisión impugnada, la Comisión ya disponía de ciertas informaciones. No obstante, según la jurisprudencia, estaba legitimada para tratar de obtener datos adicionales que demostraran la existencia de la infracción objeto de sospecha. Además, entre los elementos buscados en el caso de autos también se incluían datos sobre una estrategia de limitación y de expulsión de los competidores, que podrían haberse comunicado a la demandante, sociedad matriz de la empresa sospechosa de haber cometido la infracción controvertida, y cuya obtención por parte de la Comisión por un medio distinto de una inspección era difícil de concebir. En segundo lugar, considerando que la información buscada comprendía elementos que demostrarán la posible intención de expulsar a los competidores y que determinarán si la misma fue comunicada a la demandante era aceptable, para una adecuada investigación del asunto, ordenar una inspección a través de una decisión, para así garantizar su eficacia. En tercer lugar, la inspección ordenada por la Decisión impugnada se limitaba a los locales de la empresa, mientras que el Reglamento n° 1/2003 ya permitía, en determinados supuestos, inspeccionar otros locales, incluido el domicilio de algunos miembros del personal de la empresa en cuestión. A la vista de estos elementos, parece que en el presente caso la Comisión no actuó de manera desproporcionada en relación con la finalidad perseguida, observando de este modo el principio de proporcionalidad, pues el recurso a la inspección ordenada mediante decisión era adecuado, considerando las particularidades del caso de autos.

151 Los argumentos presentados por la demandante no desvirtúan esta conclusión.

152 En primer lugar, la inspección ordenada no parece desproporcionada en relación con su contexto. Primeramente, dado que la Comisión no expresó en la Decisión impugnada ninguna duda sobre la legalidad de las tarifas de la opción 5 y dado que la Decisión impugnada no se adoptó para verificar la legalidad de las mismas, la Decisión impugnada no puede ser desproporcionada en este aspecto.

153 En segundo lugar, la obtención, por parte de la Comisión, de información de la demandante por medios distintos de una inspección en el procedimiento que dio lugar a la Decisión de 16 de julio de 2003, tampoco es pertinente, puesto que la elección de la inspección no fue desproporcionada, tal como resulta del anterior análisis. Además, la Comisión no puede considerarse vinculada por el método de obtención de pruebas empleado frente a una empresa determinada en un procedimiento anterior. Además, con toda seguridad no se habrían comunicado voluntariamente a la Comisión al menos algunos de los elementos buscados, tales como los propios de una estrategia de limitación y de expulsión de los competidores, potencialmente reveladores de la intención de cometer una infracción y que podrían encontrarse en los locales de la demandante.

154 En tercer lugar, las órdenes conminatorias contenidas en la Decisión de 16 de julio de 2003 tampoco permitían obtener todos los datos buscados por la Comisión en la inspección.

- 155 En cuarto lugar, la resolución del Consejo de defensa de la competencia señala que algunos de los componentes de los costes, comunicados por Wanadoo en el marco de la denuncia de la que estaba conociendo, le parecían poco fiables y no se pronuncia sobre el papel que la demandante pudo desempeñar en la infracción de la que su filial es sospechosa.
- 156 Por tanto, no puede deducirse de ello que la decisión de recurrir a una inspección fuera desproporcionada. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia también recuerda que la estrategia de grupo de la demandante ya fue analizada en el asunto que dio lugar a la Decisión de 16 de julio de 2003 y fue considerada un elemento del contexto pertinente para demostrar la infracción cometida por su filial Wanadoo, y que esta Decisión se refiere, en su análisis, a varios documentos expedidos por la demandante o presentados a esta última. Por tanto, debe desestimarse el argumento de la demandante de que el procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia impedía a la Comisión recurrir a una inspección.
- 157 En segundo lugar, no es concluyente el argumento basado en la falta de elementos que acrediten la existencia de peligro real de destrucción o de ocultación de pruebas, en particular derivado del hecho de que la demandante, en el pasado, había cooperado lealmente con la Comisión. Por una parte, no se trata de la única razón que motivó la decisión de la Comisión de realizar la inspección, pues la razón esencial era la búsqueda de elementos que revelaran una estrategia de limitación y de expulsión de los competidores, que podían estar en posesión tanto de la demandante como de su filial y que, tal como ya fue señalado, generalmente se ocultan o están expuestos a peligro de destrucción en caso de inspección. Por otra parte, carece de pertinencia el hecho de que la demandante sea una sociedad cotizada y sujeta a normas contables y financieras estrictas. El hecho de que supuestamente se buscaran los elementos relativos a los precios de los diferentes servicios mencionados en la Decisión impugnada, incluidos los de la demandante, no obsta para que también se buscaran elementos reveladores de una estrategia de expulsión de los competidores, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Decisión impugnada. Pues bien, tales elementos no están entre los que deben conservarse con fines contables y financieros.

- 158 En tercer lugar, el hecho de que se solicitara la participación de la fuerza pública con carácter preventivo tampoco tiene efectos sobre la proporcionalidad de la Decisión impugnada, por lo menos porque, tal como ya se señaló en el apartado 126 *supra*, la legalidad de un acto comunitario sólo debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó y está acreditado que la autorización para recurrir a la fuerza pública fue solicitada con posterioridad a la adopción de la Decisión impugnada.
- 159 De las consideraciones anteriores se desprende que la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad no queda probada y que, por tanto, se debe desestimar el tercer motivo.

Sobre el cuarto motivo, basado en la ilegalidad de la Decisión impugnada por cuanto procede de una decisión anterior que infringía el Reglamento n° 1/2003, la Comunicación y el principio de buena administración de la justicia

- 160 Dado que este motivo fue alegado por primera vez en la réplica, en primer lugar debe examinarse su admisibilidad.

Alegaciones de las partes

- 161 La demandante alega que en la contestación a la demanda de la Comisión aparece un elemento nuevo. Así, en el transcurso de los contactos entre la Comisión y los funcionarios del Consejo de defensa de la competencia se puso de manifiesto la

necesidad de la inspección. Estos contactos llevaron a considerar oportuno que la Comisión tramitase el fondo del asunto. Por tanto, la Decisión impugnada procedió directamente de estos intercambios de correspondencia con las autoridades francesas de competencia. En efecto, si éstos no se hubieran producido, la inspección no se habría ordenado.

162 La demandante, aunque conocía la existencia de un procedimiento ante el Consejo de defensa de la competencia, ignoraba que la inspección procedía de la decisión de la Comisión de tramitar el fondo del asunto. Ello constituía un elemento de Derecho y de hecho aparecido durante el procedimiento, en el sentido del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento que, como tal, podía justificar la invocación de un motivo nuevo en el curso del proceso.

163 La Comisión replica que este motivo es inadmisibles, pues la contestación a la demanda no revela a la demandante ningún elemento de Derecho o de hecho. En primer lugar, dada, por una parte, la presencia durante la inspección de representantes de la autoridad francesa de competencia y, por otra parte, el tenor del artículo 20, apartado 4, y del artículo 11, del Reglamento nº 1/2003, resulta difícil creer que fue en el curso del proceso cuando la demandante tuvo conocimiento de la existencia de contactos entre las autoridades francesas de competencia y la Comisión con anterioridad a la inspección. Además, la organización de una inspección no significa que la Comisión tenga realmente la voluntad de tramitar el fondo del asunto. En ningún caso la existencia de una investigación de la Comisión sobre el fondo del asunto puede constituir un hecho nuevo. En efecto, en el caso de autos, la Comisión sólo decidió adoptar una medida de investigación. Finalmente, puesto que la contestación a la demanda no lo afirma, es discutible la interpretación de la demandante de que la Decisión impugnada procede de los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades francesas de la competencia, sin los cuales la inspección nunca se habría producido.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

¹⁶⁴ Del artículo 44, apartado 1, letra c), en relación con el artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento se desprende que el escrito de interposición del recurso debe indicar la cuestión objeto del litigio y contener una exposición sumaria de los motivos invocados y que se prohíbe invocar motivos nuevos en el curso del proceso, a menos que se funden en elementos de Derecho y de hecho que hayan aparecido durante el procedimiento. Pues bien, el hecho de que la demandante haya tenido conocimiento de un dato fáctico durante el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia no significa que este dato constituya un elemento de hecho que haya aparecido durante el procedimiento. Es necesario, además, que la demandante no haya podido conocer dicho dato con anterioridad (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2000, AICS/Parlamento, T-139/99, Rec. p. II-2849, apartados 59 y 62).

¹⁶⁵ En el caso de autos, la demandante alega, en sustancia, que el elemento que desencadenó la Decisión impugnada fue la decisión previa de la Comisión de tramitar el fondo del asunto y que la existencia de esta última le fue revelada en la contestación a la demanda de la Comisión. Así, esta supuesta decisión previa constituye un elemento de hecho y de Derecho nuevo, aparecido durante el procedimiento, que justifica la invocación de este motivo por primera vez en la fase de réplica, basado en que la Decisión impugnada es ilegal por proceder de una decisión previa de la Comisión que a su vez es ilegal, pues se adoptó infringiendo el Reglamento n° 1/2003, la Comunicación y el principio de buena administración de la justicia.

¹⁶⁶ A este respecto, debe destacarse que es cierto que la Comisión señala expresamente en su contestación a la demanda que «la decisión de la Comisión de realizar una inspección y de tramitar ella misma el fondo del asunto fue, al contrario de lo que

sostiene la demandante [...], objeto de una estrecha concertación con las autoridades francesas, según el espíritu del artículo 11, apartado [1], del Reglamento nº 1/2003». Sin embargo, la Comisión también afirma, igualmente en su contestación a la demanda, que durante los contactos telefónicos y durante una reunión entre la Comisión y el rapporteur del Consejo de defensa de la competencia se puso de manifiesto la necesidad de realizar una inspección para obtener, en particular, posibles pruebas que permitieran demostrar la depredación, y que los contactos entre los funcionarios del Consejo de defensa de la competencia y los de la Comisión llevaron a considerar oportuno que el Consejo de defensa de la competencia se pronunciara sobre las medidas cautelares y la Comisión tramitara el fondo del asunto, teniendo en cuenta, en particular, la Decisión de 16 de julio de 2003. Pues bien, la afirmación de la Comisión en la que la demandante considera que aparece un hecho nuevo, interpretada en su contexto, constituye más bien una consideración general sobre la oportunidad de realizar una inspección y a continuación, lógicamente, de investigar sobre la base de los elementos obtenidos en la misma. Así, la Decisión impugnada revela en sí misma la decisión tomada por la Comisión de entrar en el fondo del asunto, siendo precisamente una medida de investigación como la inspección controvertida el punto de partida para dicha «tramitación del fondo del asunto».

- 167 El término «decisión», empleado en la contestación a la demanda, es ciertamente desafortunado, pero por sí mismo no permite considerar que designe la revelación de un elemento de hecho y de Derecho nuevo que la demandante no pudo conocer antes. Ahora bien, la demandante no presenta ningún otro elemento. Además, aun suponiendo que hubiera existido efectivamente tal decisión de la Comisión, la Decisión impugnada sería en todo caso la plasmación de la misma, pues una medida de investigación es, por definición, una etapa preliminar, pero necesaria, para un análisis de fondo. Por tanto, no puede considerarse que la demandante no pudo tener conocimiento de ella con anterioridad a la contestación a la demanda de la Comisión, más aún cuando, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003, no podía ignorar la existencia de contactos, anteriores a la adopción de la Decisión impugnada, entre la Comisión y las

autoridades francesas de competencia. Esto es válido *a fortiori* para el momento de interposición del recurso, pues la Decisión impugnada señala expresamente que la Comisión consultó a la autoridad competente del Estado miembro interesado, de conformidad con el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, y un anexo de la demanda demuestra que en el momento de la inspección la demandante ya había tenido conocimiento del procedimiento pendiente ante el Consejo de defensa de la competencia.

168 Por tanto, la supuesta decisión invocada por la demandante, cuya existencia, según ella, reveló la Comisión en el escrito de contestación a la demanda, se confunde en realidad con la Decisión impugnada. De ello se deduce que la contestación a la demanda no le reveló ningún elemento de hecho o de Derecho nuevo. Además, la demandante pudo perfectamente invocar en su demanda los incumplimientos alegados en el presente motivo.

169 De estas consideraciones se deduce que el presente motivo debe ser desestimado por inadmisibile, sin que sea necesario pronunciarse sobre su fundamentación y, habida cuenta de todo lo antedicho, procede desestimar el recurso en su totalidad.

Costas

170 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la parte demandante, procede condenarla en costas, según ha solicitado la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.**
- 2) Condenar en costas a la demandante.**

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 8 de marzo de 2007.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

H. Legal