

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

8 maart 2007*

In zaak T-339/04,

France Télécom SA, voorheen Wanadoo SA, gevestigd te Parijs (Frankrijk),
vertegenwoordigd door H. Calvet en M.-C. Rameau, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door É. Gippini
Fournier en O. Beynet als gemachtigden,

verweerster,

betreffende de nietigverklaring van beschikking C (2004) 1929 van de Commissie van 18 mei 2004 in zaak COMP/C-1/38.916, waarbij France Télécom SA alsmede alle ondernemingen waarover zij rechtstreeks of indirect zeggenschap heeft, met inbegrip van Wanadoo SA en alle ondernemingen waarover Wanadoo SA

* Procestaal: Frans.

rechtstreeks of indirect zeggenschap heeft, wordt gelast zich overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1) aan een inspectie te onderwerpen,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, I. Wiszniewska-Białecka en E. Moavero Milanesi, rechters,

griffier: K. Pocheć, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 8 juni 2006,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

- ¹ Leden 1 en 6 van artikel 11 (getiteld „Samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten”) van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1) luiden:

„De Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten passen de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toe.

[...]

Wanneer de Commissie een procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III moet leiden, ontnemt dit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG]. Indien een mededingingsautoriteit van een lidstaat een zaak reeds in behandeling heeft genomen, begint de Commissie alleen een procedure na overleg met deze autoriteit.”

- 2 Artikel 20 (getiteld „Bevoegdheid van de Commissie tot inspectie”) van verordening nr. 1/2003 bepaalt:

„1. Ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken kan de Commissie bij ondernemingen en ondernemersverenigingen alle noodzakelijke inspecties verrichten.

2. De door de Commissie tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen beschikken over de volgende bevoegdheden:

- a) het betreden van alle lokalen, terreinen en vervoermiddelen van ondernemingen en ondernemersverenigingen;

- b) het controleren van de boeken en alle andere bescheiden in verband met het bedrijf, ongeacht de aard van de drager van die bescheiden;
- c) het maken of verkrijgen van afschriften of uittreksels, in welke vorm ook, van die boeken en bescheiden;
- d) het verzegelen van lokalen en boeken of andere bescheiden van het bedrijf voor de duur van, en voor zover nodig voor, de inspectie;
- e) het verzoeken van vertegenwoordigers of personeelsleden van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie, en het optekenen van hun antwoorden.

3. De door de Commissie tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen oefenen hun bevoegdheden uit op vertoon van een schriftelijke machtiging waarin het voorwerp en het doel van de inspectie worden vermeld en waarin wordt gewezen op de sanctie, bedoeld in artikel 23, ingeval de gevraagde boeken of andere bescheiden in verband met het bedrijf niet volledig worden getoond of de antwoorden op de overeenkomstig lid 2 gestelde vragen onjuist of misleidend zijn. De Commissie stelt de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie zal worden verricht, geruime tijd vóór de inspectie hiervan in kennis.

4. Wanneer de Commissie bij beschikking een inspectie gelast, zijn de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen verplicht zich aan die inspectie te onderwerpen. In de beschikking wordt vermeld wat het voorwerp en het doel van de

inspectie zijn en op welke datum de inspectie een aanvang neemt, en wordt gewezen op de sancties bedoeld in de artikelen 23 en 24, alsook op het recht om bij het Hof van Justitie beroep tegen de beschikking in te stellen. De Commissie geeft de beschikking na de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie zal worden verricht, te hebben gehoord.

5. De functionarissen van de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie zal worden verricht alsook de door die autoriteit gemachtigde of aangewezen functionarissen, verlenen, wanneer deze autoriteit of de Commissie hierom verzoekt, de door de Commissie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen actief bijstand. Zij beschikken te dien einde over de in lid 2 omschreven bevoegdheden.

6. Wanneer de door de Commissie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen vaststellen dat een onderneming zich tegen een op grond van dit artikel gelaste inspectie verzet, verleent de betrokken lidstaat hun de nodige bijstand om hen in staat te stellen hun inspectie te verrichten, zo nodig door een beroep te doen op de politie of een gelijkwaardige wetshandhavingsautoriteit.

7. Indien het nationale recht voorschrijft dat voor de in lid 6 bedoelde bijstand de toestemming van een rechterlijke instantie vereist is, moet die toestemming worden gevraagd. Een dergelijke toestemming kan tevens bij wijze van voorzorgsmaatregel worden gevraagd.

8. Wanneer wordt verzocht om toestemming als bedoeld in lid 7, toetst de nationale rechterlijke instantie de beschikking van de Commissie op haar authenticiteit en gaat zij na of de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn noch buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie. Bij de toetsing van de proportionaliteit van de dwangmaatregelen mag de nationale rechterlijke instantie de Commissie rechtstreeks of via de mededingingsautoriteit van de lidstaat om nadere uitleg verzoeken, met name over de redenen die de Commissie heeft om aan te nemen dat inbreuk is gepleegd op de artikelen 81 [EG] en 82 [EG], en over de ernst van de vermeende inbreuk en de aard van de betrokkenheid van de betreffende

onderneming. De nationale rechterlijke instantie mag evenwel niet de noodzakelijkheid van de inspectie in twijfel trekken, noch gegevens uit het Commissiedossier verlangen. Uitsluitend het Hof van Justitie kan de beschikking van de Commissie op haar legitimiteit toetsen.”

- 3 Lid 2 van artikel 22 (getiteld „Onderzoeken door de mededingingsautoriteiten van de lidstaten”) van verordening nr. 1/2003 bepaalt:

„De mededingingsautoriteiten van de lidstaten verrichten op verzoek van de Commissie de inspecties die deze overeenkomstig artikel 20, lid 1, noodzakelijk acht of die zij overeenkomstig artikel 20, lid 4, bij beschikking heeft gelast. De functionarissen van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten die met het verrichten van een inspectie zijn belast, alsook de door die autoriteiten gemachtigde of aangewezen functionarissen, oefenen hun bevoegdheden uit overeenkomstig hun nationale wetgeving.

De door de Commissie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen kunnen, op verzoek van de Commissie of van de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie moet worden verricht, de functionarissen van deze autoriteit bijstand verlenen.”

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

- 4 In een beschikking van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 82 [EG] (zaak COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (hierna: „beschikking van 16 juli 2003”) heeft de Commissie vastgesteld dat Wanadoo Interactive, toentertijd een 99,9 % dochteronderneming van Wanadoo SA, waarvan het kapitaal op zijn beurt in

de in deze beschikking aan de orde zijnde periode voor 70 à 72,2 % in handen was van France Télécom SA, tussen maart 2001 en oktober 2002 misbruik had gemaakt van haar machtspositie op de markt voor snelle-internettoegangsdiensten ten behoeve van particuliere gebruikers door voor haar diensten eXtense en Wanadoo ADSL afbraakprijzen toe te passen, en heeft zij Wanadoo Interactive een geldboete van 10,35 miljoen EUR opgelegd.

5 In de artikelen 2 en 3 van deze beschikking heeft de Commissie Wanadoo Interactive verder gelast:

— zich in het kader van haar diensten eXtense en Wanadoo ADSL te onthouden van elke gedraging die mogelijk hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg als de inbreuk heeft;

— de Commissie aan het einde van elk boekjaar, en zulks tot en met boekjaar 2006, de exploitatierekening van haar verschillende ADSL-diensten (Asymmetric Digital Subscriber Line, asymmetrische digitale abonneelijn) over te leggen, waaruit de boekhoudkundige inkomsten, de exploitatiekosten en de kosten voor het werven van afnemers kunnen worden afgelezen.

6 Na een positief advies van de Autorité française de régulation des télécommunications (Franse regelgevende instantie inzake telecommunicatie) heeft de Franse minister van Economie, Financiën en Industrie op 11 december 2003 een daling goedgekeurd van de groothandelstarieven van France Télécom voor IP/ADSL-toegang en -routing, die ook wel als „optie 5” worden aangeduid. Tal van leveranciers van internettoegang, waaronder Wanadoo, hebben besloten deze daling van de groothandelstarieven te laten doorwerken in hun aanbiedingen voor eindgebruikers.

- 7 Op 12 december 2003 heeft Wanadoo een eerste daling aangekondigd van haar kleinhandelstarieven voor snelle-internettoegangspakketten (aanbiedingen „eXtense 512k”-onbeperkt, „eXtense 512k Fidélité”-onbeperkt, „eXtense 1024k”-onbeperkt en „eXtense 1024k Fidélité”-onbeperkt); de nieuwe prijzen zouden vanaf 6 januari 2004 zowel voor bestaande als voor nieuwe abonnees gelden. Het tarief voor de aanbieding „eXtense 128k”-onbeperkt bleef ongewijzigd.
- 8 Op 9 januari 2004 heeft de Commissie Wanadoo een brief gestuurd, waarin zij herinnerde aan artikel 2 van de beschikking van 16 juli 2003 en Wanadoo verzocht haar te laten weten of zij sinds de vaststelling van deze beschikking haar kleinhandelsprijzen voor de onder deze beschikking vallende diensten had verlaagd dan wel van plan was om dat te doen. De Commissie preciseerde dat zij bij een bevestigend antwoord Wanadoo formeel zou verzoeken deze prijsverlagingen in bijzonderheden toe te lichten. De Commissie wenste verder te vernemen wanneer het boekjaar van Wanadoo afliep en wanneer haar de door artikel 3 van de beschikking van 16 juli 2003 verlangde inlichtingen zouden worden toegestuurd. De Commissie heeft haar verzoek op 26 januari 2004 via e-mail herhaald.
- 9 Op 12 januari 2004 hebben AOL France SNC en AOL Europe Services SARL (hierna tezamen: „AOL”) op grond van de artikelen 82 EG en L 420-2 van de code de commerce français (Frans Wetboek van koophandel) bij de Franse Conseil de la concurrence (hierna: „Raad voor de mededinging”) een klacht ingediend omdat Wanadoo in het kader van vier nieuwe aanbiedingen die zij op 12 december 2003 had bekendgemaakt afbraakprijzen toepaste. Naast deze klacht diende AOL krachtens artikel L 464-1 van het Franse Wetboek van koophandel een verzoek om bewarende maatregelen in, dat met name strekte tot opschorting van het in de handel brengen van deze aanbiedingen.
- 10 Op 29 januari 2004 heeft Wanadoo aangekondigd dat zij vanaf 3 februari 2004 een aanbieding „eXtense 128k Fidélité”-onbeperkt en vier forfaitaire aanbiedingen (zogenoemde „gepersonaliseerde” aanbiedingen), te weten „eXtense 128k/20h”, „eXtense 128k/20h Fidélité”, „eXtense 512k/5Go” en „eXtense 512k/5Go Fidélité”, zou lanceren.

- 11 Bij brief van 30 januari 2004 heeft Wanadoo op de brief van de Commissie van 9 januari 2004 geantwoord dat zij na de verlaging van de groothandelstarieven van France Télécom nieuwe aanbiedingen had gedaan die vanaf 1 januari dan wel vanaf 1 februari 2004 golden. Voorts heeft Wanadoo de Commissie bij brief van 15 maart 2004 de rekening van het boekjaar 2003 (afgesloten op 31 december 2003) overgelegd, die nog niet door de algemene vergadering van aandeelhouders was goedgekeurd.
- 12 Op 24 februari 2004 heeft AOL haar bij de Raad voor de mededinging ingediende klacht uitgebreid tot de door Wanadoo op 3 februari 2004 gedane aanbiedingen, waarbij zij een nieuw verzoek om bewarende maatregelen indiende dat met name strekte tot opschorting van het in de handel brengen van de bedoelde aanbiedingen.
- 13 Op 11 mei 2004 heeft de Raad voor de mededinging beslissing nr. 04-D-17 inzake de klacht en het verzoek om bewarende maatregelen van AOL gegeven, waarbij hij dit verzoek heeft afgewezen en de klacht voor onderzoek heeft doorverwezen (hierna: „beslissing van de Raad voor de mededinging”).
- 14 Op 18 mei 2004 heeft de Commissie beschikking C (2004) 1929 in zaak COMP/C-1/38.916 gegeven, waarbij zij France Télécom en alle ondernemingen waarover zij rechtstreeks of indirect zeggenschap heeft, met inbegrip van Wanadoo en alle ondernemingen waarover Wanadoo rechtstreeks of indirect zeggenschap heeft, gelastte zich overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 aan een inspectie te onderwerpen (hierna: „bestreden beschikking”).
- 15 In de overwegingen 1 en 5 tot en met 13 van deze beschikking heet het dat

„[d]e Commissie [...] informatie heeft ontvangen waaruit blijkt dat Wanadoo tarieven voor ADSL-internettoegang voor het grote publiek in Frankrijk hanteert

waarvan sommige de variabele kosten niet dekken en andere onder de totale kosten liggen. Volgens de beschikbare informatie maken deze tarieven deel uit van een strategie die erop gericht is concurrenten uit te schakelen. Verder wijst de ontvangen informatie uit dat concurrerende exploitanten die particuliere gebruikers snelle-internettoegang willen aanbieden op basis van de groothandelsprijzen [...] (optie 5) van France Télécom door de smalle economische marge tussen deze optie 5 en de betrokken kleinhandelsprijzen in een prijsklem terechtkomen.

[...]

Volgens de informatie waarover de Commissie beschikt toont een analyse op basis van ramingen aan dat bij ten minste drie [van de tien in de punten 7 en 10 hiervóór genoemde aanbiedingen die in de bestreden beschikking aan de orde zijn] (de twee ‚gepersonaliseerde‘ aanbiedingen van 128 kbit/s en de ‚gepersonaliseerde‘-aanbieding van 512 kbit/s/24 maanden) de variabele kosten niet zijn gedekt. Bij ten minste twee andere aanbiedingen van 512 kbit/s (‚gepersonaliseerde‘ aanbieding voor 12 maanden en de onbeperkte aanbieding voor 24 maanden) zijn de totale kosten niet gedekt.

De Commissie heeft verder informatie ontvangen waaruit blijkt dat de betrokken aanbiedingen een onderdeel vormen van een strategie die erop gericht is concurrenten te isoleren en te verdrijven.

Voorts is volgens de informatie waarover de Commissie beschikt de economische marge tussen de nieuwe kleinhandelstarieven van Wanadoo en optie 5, hoewel de tarieven voor optie 5 in januari 2004 zijn verlaagd, te klein, waardoor concurrerende exploitanten die hun aanbieding op optie 5 baseren niet onder billijke voorwaarden met Wanadoo kunnen concurreren.

In haar beschikking [...] van 16 juli 2003 heeft de Commissie vastgesteld dat Wanadoo een machtspositie innam op de Franse markt voor snelle-internettoegang voor particuliere gebruikers. Blijkens de informatie waarover de Commissie beschikt geldt deze vaststelling nog steeds.

De door Wanadoo gelanceerde aanbiedingen onder de kostprijs en de smalle marge tussen deze aanbiedingen en de tarieven van optie 5 hebben de markttoegang voor — Franse dan wel in andere lidstaten gevestigde — concurrenten zeer waarschijnlijk beperkt en de reeds aanwezige concurrenten in gevaar gebracht. Volgens de beschikbare informatie heeft het merendeel van de concurrenten van Wanadoo zijn prijzen aan de nieuwe aanbiedingen moeten aanpassen en werkt thans de gehele ADSL-markt in Frankrijk met negatieve marges.

Het toepassen van het soort praktijken als hierboven beschreven staat gelijk met het opleggen van onbillijke verkoopprijzen. Werd het bestaan ervan aangetoond, dan zouden dergelijke praktijken misbruik van machtspositie en dus een schending van artikel 82 [EG] vormen.

Om alle relevante feiten betreffende de vermoedelijke praktijken en de context van het vermoedelijke misbruik te kunnen beoordelen, moet de Commissie krachtens artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 inspecties verrichten.

Volgens de informatie waarover de Commissie beschikt, zijn alle gegevens inzake de genoemde praktijken, in het bijzonder de gegevens op grond waarvan de mate van kostendekking kan worden vastgesteld en die betreffende de strategie om concurrenten te isoleren en te verdrijven, hoogstwaarschijnlijk aan slechts enkele personeelsleden van France Télécom en/of van Wanadoo medegedeeld. Over de vermoedelijke praktijken bestaat zeer waarschijnlijk slechts een strikt minimum aan documenten die worden bewaard op zodanige plaatsen en in een zodanige vorm dat zij bij een onderzoek gemakkelijk kunnen worden verborgen, achtergehouden of vernietigd.

Teneinde de doeltreffendheid van de onderhavige inspectie te waarborgen, is het dus van fundamenteel belang dat zij wordt verricht zonder dat de ondernemingen tot wie deze beschikking is gericht daarvan vooraf in kennis worden gesteld. Krachtens artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 dient dus een beschikking te worden vastgesteld waarbij de ondernemingen wordt gelast zich aan een inspectie te onderwerpen.”

16 Artikel 1 van de bestreden beschikking bepaalt:

„France Télécom [...] en Wanadoo [...]:

zijn gehouden zich aan een inspectie te onderwerpen inzake onbillijke verkoopprijzen die zij in strijd met artikel 82 [EG] op het gebied van snelle-internettoegang voor particuliere gebruikers zouden hebben opgelegd met de bedoeling om concurrenten te isoleren en te verdrijven. De inspectie kan worden verricht in alle lokalen van de ondernemingen [...]

France Télécom [...] en Wanadoo [...] staan toe dat de door de Commissie tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen alsmede de functionarissen van de bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat en de door haar tot het hun verlenen van bijstand gemachtigde of aangewezen functionarissen tijdens de normale kantooruren al hun lokalen, terreinen en vervoermiddelen betreden. Deze ondernemingen leggen de boeken en de andere bescheiden in verband met het bedrijf, ongeacht de aard van de drager daarvan, waarom deze functionarissen en andere personen verzoeken, over en bieden hun de mogelijkheid om deze boeken en andere bescheiden in verband met het bedrijf ter plekke te controleren, alsmede om afschriften of uittreksels daarvan, in welke vorm ook, te maken of te verkrijgen. Op verzoek van deze functionarissen en andere personen verstrekken zij ter plekke onmiddellijk mondeling toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie en stellen zij alle vertegenwoordigers of personeelsleden in staat deze toelichting te geven. Zij staan [deze] functionarissen en andere personen toe dergelijke toelichtingen in welke vorm ook op te tekenen.”

- 17 Ten slotte wordt in artikel 2 van de bestreden beschikking de datum opgegeven waarop de inspectie een aanvang neemt. In fine wordt vermeld onder welke omstandigheden de Commissie overeenkomstig de artikelen 23 en 24 van verordening nr. 1/2003 aan elke onderneming waartoe de betrokken beschikking is gericht geldboeten en dwangsommen kan opleggen, en wordt erop gewezen dat, wanneer een onderneming waartoe de beschikking is gericht zich tegen de gelaste inspectie verzet, de betrokken lidstaat de door de Commissie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen krachtens artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 de nodige bijstand verleent om hen in staat te stellen hun inspectie te verrichten. Voorts wordt melding gemaakt van de mogelijkheid om tegen de beschikking beroep in te stellen bij het Gerecht, en wordt in bijlage bij de beschikking een aantal uittreksels uit verordening nr. 1/2003 gevoegd.
- 18 Op grond van deze beschikking heeft de Commissie overeenkomstig artikel 20, lid 5, van verordening nr. 1/2003 de Franse autoriteiten om bijstand verzocht. De Franse minister van Economie, Financiën en Industrie heeft bij een verzoek om een onderzoek van 25 mei 2004 de directeur van de nationale dienst voor onderzoek op het gebied van mededinging, consumptie en fraudebestrijding gelast om alle maatregelen te treffen die nodig zijn om het verrichten van de door de Commissie in de bestreden beschikking omschreven inspectie mogelijk te maken. Daartoe heeft de bedoelde directeur zich tot de „juge des libertés et de la détention” bij het Tribunal de grande instance te Nanterre (hierna: „rechter van de vrijheden”) gewend teneinde toestemming te krijgen om bij France Télécom en Wanadoo een inspectie te verrichten dan wel te doen verrichten en om de Commissie bij te staan. Bij zijn verzoekschrift was een afschrift van de bestreden beschikking gevoegd.
- 19 Bij beslissing van 27 mei 2004 heeft de rechter van de vrijheden de gevraagde toestemming gegeven, zodat de Franse inspecteurs die zouden worden aangewezen met name de bevoegdheden konden uitoefenen waarover zij uit hoofde van de artikelen L 450-4 en L 470-6 van het Franse Wetboek van koophandel beschikken.
- 20 De bestreden beschikking is aan Wanadoo betekend op 2 juni 2004, onmiddellijk vóór de aanvang van de inspectie, die op 4 juni 2004 in de loop van de dag is afgerond.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 21 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 10 augustus 2004, heeft Wanadoo het onderhavige beroep ingesteld.
- 22 Op 1 september 2004 is Wanadoo gefuseerd met haar moedermaatschappij, France Télécom, die in verzoeksters rechten is getreden.
- 23 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.
- 24 Partijen zijn in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord ter openbare terechtzitting van 8 juni 2006.
- 25 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 26 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

- 27 Ter onderbouwing van haar beroep voert verzoekster vijf middelen aan: schending van artikel 10 EG en van verordening nr. 1/2003, schending door de Commissie van haar verplichting om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, ontoereikende motivering, schending van het evenredigheidsbeginsel en kennelijke beoordelingsfout.

Eerste middel: schending van artikel 10 EG en van verordening nr. 1/2003

Eerste onderdeel: schending van de verplichting tot loyale samenwerking met de nationale rechter

— Argumenten van partijen

- 28 Verzoekster betoogt dat artikel 10 EG volgens de rechtspraak verlangt dat de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten, in het bijzonder de nationale rechterlijke instanties, over en weer loyaal samenwerken. Verordening nr. 1/2003 moet in het licht van dit artikel worden gelezen.

- 29 Krachtens deze verplichting tot loyale samenwerking dient de Commissie volgens verzoekster ervoor te zorgen dat de nationale instantie die ermee is belast te onderzoeken of de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn noch buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie, over alle gegevens beschikt die zij nodig heeft om haar toezicht te kunnen uitoefenen. Volgens het arrest van het Hof van 22 oktober 2002, *Roquette Frères* (C-94/00, Jurispr. blz. I-9011), dient de Commissie de bevoegde nationale rechter bijgevolg te informeren over de voornaamste kenmerken van de vermoedelijke inbreuk.
- 30 In casu heeft de Commissie deze verplichting tot loyale samenwerking in verschillende opzichten geschonden, wat tot de nietigheid van de bestreden beschikking zou moeten leiden.
- 31 Ten eerste heeft de Commissie de rechter van de vrijheden niet in kennis gesteld van de beslissing van de Raad voor de mededinging van 11 mei 2004, de procedure die bij deze Raad aanhangig was en de in de beschikking van 16 juli 2003 vervatte bevelen. Om deze reden heeft de Commissie de nationale rechterlijke instantie niet loyaal geïnformeerd over de aard en de zwaarte van de vermoedelijke inbreuk.
- 32 Ten tweede wordt in de bestreden beschikking de analyse van de Raad voor de mededinging verzwegen, die betwijfelt of er sprake is van de gestelde inbreuk en daarmee ingaat tegen de stellingen van de Commissie. In het bijzonder berust volgens verzoekster de afwijzing van het verzoek om bewarende maatregelen niet op het ontbreken van spoedeisendheid, maar wel hierop dat de betrokken tariefpraktijken verzoeksters concurrenten niet in gevaar hadden gebracht.
- 33 Ten derde heeft de Commissie gerefereerd aan verzoeksters intentie om stukken achter te houden, terwijl niets dat liet vermoeden, en heeft zij verder nagelaten de rechter van de vrijheden te melden dat zij geen inspectie noch de bijstand van de nationale autoriteiten nodig heeft gehad om de gegevens te vergaren op grond waarvan zij de beschikking van 16 juli 2003 heeft kunnen vaststellen.

- 34 Had de rechter van de vrijheden over deze gegevens beschikt, dan zou hij volgens verzoekster de niet-willekeurige of niet-buitensporige aard van de gevraagde dwangmaatregelen anders hebben beoordeeld. Verder heeft hij de Commissie niet om extra inlichtingen verzocht, omdat hij vertrouwde op haar loyaleiteit.
- 35 Ten slotte stelt verzoekster dat zij zich enkel aan de inspectie heeft onderworpen omdat haar de beschikking van de rechter van de vrijheden was betekend. In ieder geval mag de wettigheid van de bestreden beschikking enkel worden beoordeeld met inachtneming van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop de beschikking is vastgesteld.
- 36 De Commissie antwoordt in de eerste plaats dat verzoeksters betoog niet kan worden aanvaard.
- 37 Om te beginnen is het feit dat de beslissing van de Raad voor de mededinging niet wordt vermeld irrelevant, daar verzoekster heeft aanvaard zich aan de — als zodanig verbindende — inspectiebeschikking te onderwerpen zonder dat de Commissie om bijstand van de nationale autoriteiten in de zin van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 heeft moeten verzoeken. De beschikking van de rechter van de vrijheden zou dus geen uitwerking hebben gehad. Verder had verzoekster de laatstbedoelde beschikking moeten aanvechten, wanneer zij van mening was dat de rechter van de vrijheden ontoereikend was geïnformeerd om zijn beslissing te nemen.
- 38 Gesteld al dat de rechter van de vrijheden ontoereikend was ingelicht om de evenredigheid van de voorgenomen dwangmaatregelen te controleren, dan is zulks voorts zonder invloed op de wettigheid van de bestreden beschikking. Hij had dan immers de gevraagde dwangmaatregelen enkel kunnen weigeren.

- 39 In de tweede plaats kan een particulier zich niet autonoom beroepen op de uit artikel 10 EG voortvloeiende plicht tot loyale samenwerking om een handeling nietig te doen verklaren, tenzij de gestelde schending van dit artikel ook schending van een andere bepaling van gemeenschapsrecht meebrengt. In dat verband kan niet worden volstaan met een algemene verwijzing naar verordening nr. 1/2003.
- 40 In de derde plaats betoogt de Commissie dat zij de rechter van de vrijheden hoe dan ook alle gegevens heeft verstrekt die hij nodig heeft om te controleren of de gevraagde dwangmaatregelen niet willekeurig zijn noch buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie. Zij benadrukt dat de nationale rechter niet bevoegd is om na te gaan of de bevolen inspectiemaatregel noodzakelijk of terecht is en evenmin om de werkverdeling binnen het Europese mededingingsnetwerk dan wel de potentiële weerslag van de tariefpraktijken van de betrokken onderneming op de relevante markt te toetsen.
- 41 Bijgevolg was volgens de Commissie noch de procedure voor de Raad voor de mededinging noch de beslissing van deze Raad noodzakelijk of nuttig om de rechter van de vrijheden in staat te stellen zijn toezicht uit te oefenen. Verzoeksters betoog is derhalve in strijd met artikel 20, lid 8, van verordening nr. 1/2003. De beschikking van 16 juli 2003 wordt daarentegen wél in de bestreden beschikking genoemd en de nationale rechter had de Commissie om bijkomende inlichtingen moeten verzoeken, wanneer hij dat nodig achtte.
- 42 Subsidiair stelt de Commissie verder dat de beslissing van de Raad voor de mededinging steun biedt voor de conclusie dat er voldoende redenen waren om een inspectie te verrichten en dat de afwijzing van het verzoek om bewarende maatregelen niet terzake doet, omdat deze afwijzing geen verband houdt met de grond van de zaak maar wél met het ontbreken van spoedeisendheid.
- 43 Volgens de Commissie bevat de bestreden beschikking dus alle toelichtingen die voor de nationale rechter nodig of nuttig zijn om het toezicht uit te oefenen waarmee hij was belast: uit de bestreden beschikking blijkt tot in bijzonderheden dat

de Commissie in haar dossier over ernstige aanwijzingen beschikte op grond waarvan inbreuken op de mededingingsregels konden worden vermoed en overeenkomstig de rechtspraak wordt erin aangegeven wat de voornaamste kenmerken van de vermoedelijke inbreuk waren, wat werd onderzocht en op welke elementen de verificatie betrekking zou hebben.

- 44 In de vierde plaats is het argument inzake het ontbreken van een oogmerk tot achterhouding irrelevant.
- 45 De Commissie stelt vast dat verzoekster met dit eerste onderdeel tot een resultaat probeert te komen dat gelijkstaat met de nietigverklaring van de beslissing van de rechter van de vrijheden, zodat het moet worden afgewezen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 46 Om te beginnen blijkt, anders dan de Commissie stelt, uit verzoeksters betoog duidelijk dat zij geen schending van artikel 10 EG — en dus van het beginsel van loyale samenwerking — op zich stelt, maar schending van dit artikel in samenhang met schending van verordening nr. 1/2003.
- 47 Dienaangaande merkt het Gerecht op dat de wijze waarop uitvoering moet worden gegeven aan de uit artikel 10 EG voortvloeiende verplichting tot loyale samenwerking waartoe de Commissie in het kader van haar betrekkingen met de lidstaten is gehouden (arrest Hof van 10 februari 1983, Luxemburg/Parlement, 230/81, Jurispr. blz. 255, punt 37, en beschikking Hof van 13 juli 1990, Zwartveld e.a., C-2/88 IMM, Jurispr. blz. I-3365, punt 17), voor de betrekkingen die ontstaan naar aanleiding van inspecties die de Commissie verricht ter opsporing van inbreuken op de artikelen 81 EG en 82 EG, nader is omschreven in artikel 20 van verordening nr. 1/2003, waarin

de voorwaarden zijn neergelegd waaronder de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties moeten samenwerken wanneer de Commissie heeft besloten in het kader van deze verordening een inspectie te verrichten.

48 Zo is de Commissie op grond van artikel 20 van verordening nr. 1/2003 bevoegd om inspecties te verrichten op vertoon van een schriftelijke machtiging conform lid 3 van dit artikel, dan wel uit hoofde van een beschikking waarbij de ondernemingen worden verplicht zich aan de inspectie te onderwerpen conform lid 4 van dit artikel. Gaat de Commissie over tot het verrichten van een inspectie krachtens artikel 20, lid 3, dan dient zij volgens dit lid de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie zal worden verricht, hiervan geruime tijd vóór de inspectie in kennis te stellen. Verricht de Commissie een inspectie krachtens lid 4, dan dient zij alvorens de inspectiebeschikking te geven de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie zal plaatsvinden, te horen.

49 Volgens artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 dienen de nationale autoriteiten bijstand te verlenen opdat de inspectie kan worden verricht, wanneer de onderneming waarbij de inspectie moet plaatsvinden zich daartegen verzet, en moet, wanneer voor deze bijstand de toestemming van een rechterlijke instantie vereist is, deze overeenkomstig lid 7 worden gevraagd. Krachtens lid 8 dient de nationale rechterlijke instantie de beschikking waarbij de Commissie de inspectie gelast dan te toetsen op haar authenticiteit en na te gaan of de met het oog op de uitvoering van de inspectie voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn noch buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie. De toetsing van de wettigheid van de beschikking van de Commissie blijft evenwel een zaak van de gemeenschapsrechter.

50 Hieruit volgt dat in artikel 20 van verordening nr. 1/2003 een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen met name de beschikkingen die door de Commissie op grond van lid 4 van dit artikel worden vastgesteld en het verzoek om bijstand dat krachtens lid 7 van dit artikel tot de nationale rechterlijke instantie wordt gericht.

- 51 Terwijl de gemeenschapsrechter als enige bevoegd is om de wettigheid te toetsen van een door de Commissie op grond van artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde beschikking, zoals met name blijkt uit lid 8 in fine van dit artikel, staat het daarentegen bij uitsluiting aan de nationale rechter wiens toestemming wordt gevraagd om dwangmaatregelen te nemen krachtens artikel 20, lid 7, van verordening nr. 1/2003, eventueel bijgestaan door het Hof van Justitie in het kader van een prejudiciële verwijzing en onder voorbehoud van eventuele nationale rechtsmiddelen, uit te maken of de door de Commissie in het kader van dit verzoek verstrekte inlichtingen hem in staat stellen om het toezicht uit te oefenen waarmee hij overeenkomstig artikel 20, lid 8, van verordening nr. 1/2003 is belast, zodat hij naar behoren uitspraak kan doen over het bij hem ingediende verzoek [zie in die zin met betrekking tot verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), arrest Roquette Frères, punt 29 supra, punten 39, 67 en 68].
- 52 De in het kader van artikel 20, lid 7, van verordening nr. 1/2003 aangezochte nationale rechter kan krachtens lid 8 van dit artikel en de rechtspraak (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arrest Roquette Frères, punt 29 supra) de Commissie om nadere uitleg verzoeken, met name over de redenen die de Commissie heeft om aan te nemen dat inbreuk is gepleegd op de artikelen 81 EG en 82 EG, over de ernst van de vermoedelijke inbreuk en over de aard van de betrokkenheid van de desbetreffende onderneming. Een toetsing waarbij het Gerecht tot de vaststelling zou kunnen komen dat de Commissie deze instantie onvoldoende inlichtingen heeft verstrekt, zou impliceren dat het Gerecht de reeds door deze instantie verrichte beoordeling van de vraag of deze inlichtingen toereikend zijn, nog eens overdoet. Deze toetsing kan evenwel niet worden toegestaan, daar de door de nationale rechterlijke instantie verrichte beoordeling slechts is onderworpen aan het toezicht waarin de nationale rechtsmiddelen voorzien die tegen de beslissingen van deze instantie zouden kunnen worden aangewend.
- 53 Bijgevolg moeten verzoeksters argumenten tot staving van haar eerste middel in hun geheel als niet ter zake dienend worden afgewezen, omdat zij, voor zover daarmee de inhoud van de bestreden beschikking wordt betwist, impliceren dat het Gerecht de beoordeling die de rechter van de vrijheden in het kader van artikel 20, lid 8, van

verordening nr. 1/2003 heeft verricht van de vraag of de Commissie hem met het oog op het verkrijgen van de uit hoofde van artikel 20, lid 7, van de verordening gevraagde toestemming toereikende inlichtingen heeft verstrekt, opnieuw ter discussie stelt. Het Gerecht is namelijk niet bevoegd om te onderzoeken hoe de in het kader van deze bepaling aangezochte nationale rechter de taak vervult die hem bij artikel 20, lid 8, is opgedragen.

- 54 Verder zij eraan herinnerd dat de wettigheid van een besluit moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop dat besluit is genomen (arresten Hof van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie, 15/76 en 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7, en Gerecht van 15 juli 2004, Valenzuela Marzo/Commissie, T-384/02, JurAmbt. blz. I-A-235 en II-1035, punt 98). Bijgevolg heeft het gebruik dat wordt gemaakt van een beschikking waarbij een inspectie wordt gelast of de beoordeling van de daarin vervatte gegevens door de nationale rechter in het kader van een door de Commissie krachtens artikel 20, lid 7, van verordening nr. 1/2003 ingediend verzoek, geen weerslag op de wettigheid van de beschikking waarbij de inspectie wordt gelast.
- 55 In het kader van het onderhavige middel dient dus louter in het licht van de in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 — zoals uitgelegd door de rechtspraak — verlangde gegevens te worden beoordeeld of verzoeksters betoog dat de Commissie haar verplichting tot loyale samenwerking niet is nagekomen, gegrond is.
- 56 In dit verband definieert artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 de voornaamste aspecten die de Commissie moet vermelden in een beschikking waarbij zij een inspectie gelast, te weten het voorwerp en het doel van de betrokken inspectie, de datum waarop de inspectie een aanvang neemt, de sancties waarin de artikelen 23 en 24 van deze verordening voorzien en het recht om tegen een dergelijke beschikking beroep in te stellen bij de gemeenschapsrechter.

- 57 De motivering van beschikkingen waarbij een inspectie wordt gelast heeft niet alleen tot doel het voor de betrokken ondernemingen duidelijk te maken dat de voorgenomen maatregel gerechtvaardigd is, maar ook hun inzicht te geven in de omvang van hun verplichting tot medewerking en tegelijk hun rechten van verdediging veilig te stellen (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten Hof van 21 september 1989, Hoechst/Commissie, 46/87 en 227/88, Jurispr. blz. I-2859, punt 29, en Roquette Frères, punt 29 supra, punt 47).
- 58 Het vereiste dat de Commissie voorwerp en doel van de inspectie moet opgeven vormt namelijk een fundamentele waarborg van de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen, zodat de omvang van de verplichting om inspectiebeschikkingen met redenen te omkleden, niet mag worden beperkt om redenen verband houdend met de doeltreffendheid van het onderzoek. Dienaangaande is de Commissie weliswaar niet gehouden om degene tot wie een dergelijke beschikking is gericht, in kennis te stellen van alle inlichtingen waarop zij het vermoeden van het bestaan van inbreuken baseert, noch om een nauwkeurige afbakening van de betrokken markt of een precieze juridische kwalificatie van deze inbreuken te geven dan wel het tijdvak te vermelden waarin die inbreuken zich zouden hebben voorgedaan, maar wel om de vermoedens die zij voornemens is te verifiëren zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven, te weten wat onderzocht wordt en op welke elementen de inspectie betrekking zal hebben (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten Hof van 17 oktober 1989, Dow Benelux/Commissie, 85/87, Jurispr. blz. 3137, punt 10; Hoechst/Commissie, punt 57 supra, punt 41, en Roquette Frères, punt 29 supra, punt 48).
- 59 Daartoe dient de Commissie in een inspectiebeschikking verder een beschrijving te geven van de voornaamste kenmerken van de vermoedelijke inbreuk, waarbij zij de veronderstelde betrokken markt en de aard van de vermoedelijke mededingingsbeperkingen omschrijft, uiteen te zetten hoe de onderneming waarbij de inspectie is gelast, wordt vermoed bij de inbreuk betrokken te zijn, een omschrijving te geven van hetgeen wordt onderzocht en van de elementen waarop de verificatie betrekking zal hebben, alsmede van de aan de communautaire onderzoekers toegekende bevoegdheden (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten Hof van 26 juni 1980, National Panasonic/Commissie, 136/79, Jurispr. blz. 2033, punt 26, en Roquette Frères, punt 29 supra, punten 81, 83 en 99).

- 60 Om aan te tonen dat de inspectie gerechtvaardigd is, dient de Commissie in de inspectiebeschikking uitvoerig uiteen te zetten dat zij beschikt over serieuze materiële elementen en aanwijzingen die voor haar aanleiding zijn om de betrokken onderneming van een dergelijke inbreuk te verdenken (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arrest Roquette Frères, punt 29 supra, punten 55, 61 en 99).
- 61 In casu moet worden vastgesteld dat de bestreden beschikking, die in de punten 15 tot en met 17 hierboven is weergegeven, weliswaar in algemene bewoordingen is gesteld, maar toch de in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 en de rechtspraak geëiste wezenlijke bestanddelen bevat. In de bestreden beschikking worden doel en voorwerp van de inspectie genoemd, waarbij de voornaamste kenmerken van de vermoedelijke inbreuk worden vermeld en de veronderstelde betrokken markt wordt omschreven — die van snelle-internettoegang voor particuliere gebruikers in Frankrijk —, wordt de aard omschreven van de mededingingsbeperkingen waarvan verzoekster wordt verdacht — tariefpraktijken die in strijd zouden zijn met artikel 82 EG —, wordt een uiteenzetting gegeven van de wijze waarop verzoekster wordt vermoed bij de inbreuk betrokken te zijn — zij zou de aanstichtster ervan zijn —, wordt een omschrijving gegeven van hetgeen werd onderzocht en van de elementen waarop de inspectie betrekking zou hebben — gegevens over deze praktijken, in het bijzonder gegevens op grond waarvan kon worden vastgesteld in hoeverre verzoeksters kosten waren gedekt, die verband hielden met een strategie om concurrenten te isoleren en te verdrijven, en die mogelijk slechts aan enkele personeelsleden van France Télécom en/of van verzoekster waren medegedeeld; deze gegevens moesten worden gezocht in elk lokaal van de onderneming, in haar boeken en andere bescheiden in verband met het bedrijf en eventueel worden achterhaald via gesprekken met het personeel —, worden de aan de communautaire onderzoekers toegekende bevoegdheden omschreven, worden de datum waarop zij een aanvang neemt — 2 juni 2004 — en de sancties waarin de artikelen 23 en 24 van verordening nr. 1/2003 voorzien vermeld en wordt gewag gemaakt van de mogelijkheid om tegen de beschikking beroep in te stellen bij het Gerecht.
- 62 Ten aanzien van de vraag of de inspectie gerechtvaardigd is, wordt in de bestreden beschikking uitvoerig uiteengezet dat de Commissie beschikte over serieuze materiële elementen en aanwijzingen op grond waarvan zij kon vermoeden dat verzoekster de mededingingsregels schond. Zo zegt de Commissie met name inlichtingen te hebben ontvangen waaruit blijkt dat verzoekster tarieven voor ADSL-internettoegang voor het grote publiek in Frankrijk zou hanteren waarvan sommige

de variabele kosten niet zouden dekken en andere onder de totale kosten zouden liggen, die deel zouden uitmaken van een strategie om concurrenten uit te schakelen en die mogelijk een inbreuk op artikel 82 EG vormen. Verder wordt erin aangegeven dat een analyse op basis van ramingen wel degelijk heeft aangetoond dat bij een aantal van verzoeksters aanbiedingen, die in de bestreden beschikking worden genoemd, de — variabele dan wel totale — kosten daarvan niet werden gedekt.

63 Anders dan verzoekster stelt, kan noch op basis van de bij de Raad voor de mededinging aanhangige procedure, noch op grond van de beslissing van de Raad voor de mededinging of de in de beschikking van 16 juli 2003 vervatte bevelen worden vastgesteld dat de inspectie waartoe in casu is besloten ongerechtvaardigd was.

64 Hoewel de Raad voor de mededinging, zoals verzoekster heeft benadrukt, in zijn beslissing van 11 mei 2004 verklaart dat „noch de sector noch de ondernemingen waaruit deze bestaat ernstige en onmiddellijke schade lijken te hebben geleden door de tariefpraktijken van Wanadoo”, stelt hij niettemin vast dat „niet kan worden uitgesloten dat een aantal van de door Wanadoo toegepaste tariefpraktijken binnen de werkingssfeer [...] van artikel 82 [EG] valt, daar zij een wezenlijk gedeelte van het nationale grondgebied bestrijken”. Hij heeft in deze beslissing verder opgemerkt dat verzoekster een machtspositie op de betrokken markt innam; dat sommige door verzoekster verrichte inkomstenramingen „weinig waarschijnlijk” leken; dat verzoeksters verkoopprijzen voor de aanbiedingen „eXtense 128k/20h Fidélité” en „eXtense 512k/5Go Fidélité” blijkbaar onder haar variabele kosten lagen, wat volgens deze beslissing een sterk vermoeden vormde dat verzoekster afbraakprijzen in de zin van de communautaire rechtspraak toepaste, en dat voor de aanbiedingen „eXtense 128k/20h”, „eXtense 512k/5Go Fidélité” en „eXtense 512k Fidélité” in een aantal gevallen de totale kosten niet waren gedekt.

65 Dat het gaat om een beslissing houdende afwijzing van de gevraagde bewarende maatregelen is irrelevant, daar de Raad voor de mededinging deze afwijzing aldus rechtvaardigt dat de sector dan wel de ondernemingen van de sector geen ernstige en onmiddellijke schade lijdt c.q. lijden en dat de consument evenmin onmiddellijke schade lijdt, met andere woorden dat de gevraagde maatregelen niet spoedeisend zijn, en niet aldus dat de bij hem ingediende klacht kennelijk ongegrond was.

- 66 Verder blijkt uit de bestreden beschikking dat de Commissie informatie had ontvangen die erop wees dat verzoekster waarschijnlijk geen gevolg gaf aan de in de beschikking van 16 juli 2003 vervatte bevelen. Voorts toont verzoekster niet aan dat de serieuze elementen en aanwijzingen waarvan de Commissie in de bestreden beschikking melding maakt, het gelasten van de inspectie niet konden rechtvaardigen. Bewezen is dus niet dat de inspectie ongerechtvaardigd was.
- 67 Ten slotte staat vast dat verzoekster op de hoogte was van de procedure die liep bij de Raad voor de mededinging, van de beslissing van de Raad voor de mededinging en van de in de beschikking van 16 juli 2003 vervatte bevelen. Bijgevolg heeft de niet-vermelding van deze gegevens in de bestreden beschikking niet ertoe kunnen leiden dat de rechten van de verdediging zijn geschonden of dat verzoekster geen inzicht kon krijgen in de omvang van haar verplichting tot samenwerking met de Commissie tijdens de inspectie.
- 68 Gelet op het voorgaande, moet worden vastgesteld dat de Commissie de haar bij artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 opgelegde verplichtingen in acht heeft genomen, zodat het eerste onderdeel van het eerste middel niet kan slagen.

Tweede onderdeel: schending van de in verordening nr. 1/2003 neergelegde bevoegdheidsverdeling en verplichting tot loyale samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten

— Argumenten van partijen

- 69 Verzoekster betoogt dat de Commissie inbreuk heeft gemaakt op de bij verordening nr. 1/2003 en de uitvoeringsbepalingen daarvan ingevoerde bevoegdheidsverdeling en haar verplichting tot loyale samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten uit hoofde van artikel 11, lid 1, van verordening nr. 1/2003 en artikel 10 EG niet is nagekomen.

- 70 Volgens verzoekster wordt in verordening nr. 1/2003 een decentralisatie van het communautaire mededingingsrecht doorgevoerd op basis van, enerzijds, het subsidiariteitsbeginsel waarin deze verordening voorziet, en, anderzijds, het beginsel van samenwerking tussen de autoriteiten die zijn belast met de toepassing van het communautaire mededingingsrecht. Daartoe is bij verordening nr. 1/2003 een Europees mededingingsnetwerk en een stelsel van bevoegdheden en van samenwerking tussen de leden van dit netwerk ingevoerd. Dit samenwerkingsbeginsel wordt met name genoemd in artikel 11, lid 1, van verordening nr. 1/2003, in de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (PB 2004, C 101, blz. 43; hierna: „mededeling”) en in de gemeenschappelijke verklaring van de Raad en de Commissie van 10 december 2002 betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten (verklaring opgenomen in het proces-verbaal van de vergadering van de Raad betreffende de vaststelling van verordening nr. 1/2003, document nr. 15435/02 ADD 1; hierna: „gemeenschappelijke verklaring”).
- 71 Op basis van deze twee beginselen heeft de Commissie volgens verzoekster in de mededeling de regels vastgesteld voor de verdeling van de zaken tussen de leden van het netwerk. Deze regels zijn door de bestreden beschikking geschonden. Ten eerste is volgens de mededeling de Raad voor de mededinging de geschikte autoriteit om de betrokken zaak te behandelen en is de Commissie daarvoor niet geschikter. De inspectie kan derhalve niet ertoe leiden dat de zaak de Raad voor de mededinging uit handen wordt genomen en naar de Commissie wordt doorverwezen; de bevolen inspectie is bijgevolg onwettig. Ten tweede is het rechtstreekse optreden van de Commissie ongerechtvaardigd, daar de Raad voor de mededinging inspectiebevoegdheden bezit en de Commissie hem had kunnen verzoeken daarvan gebruik te maken. Ten derde had de Commissie, zelfs indien de bestreden beschikking wettig moet worden geacht, artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1/2003 moeten toepassen, wat betekent dat zij de Raad voor de mededinging bij de inspectiemaatregelen had moeten betrekken en hem alle taken had moeten delegeren waarvoor dat mogelijk was.
- 72 De Commissie antwoordt primair dat het onderhavige onderdeel, voor zover het is ontleend aan schending van de bevoegdheidsverdeling die uit verordening nr. 1/2003 zou voortvloeien, niet-ontvankelijk is, nu daarin niet wordt gepreciseerd wat de grond voor nietigverklaring is. Zo wordt geen enkele specifieke bepaling van de verordening ingeroepen. In werkelijkheid worden bij het EG-Verdrag en

verordening nr. 1/2003 parallelle bevoegdheden voor de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG ingevoerd. De gemeenschappelijke verklaring en de mededeling bevatten slechts aanwijzingen inzake de wijze waarop de netwerkautoriteiten hun actie kunnen coördineren en stellen de bevoegdheid van de Commissie veilig om te allen tijde tegen elke inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG op te treden.

- 73 Wat het subsidiariteitsbeginsel betreft, stelt de Commissie om te beginnen dat in verordening nr. 1/2003 enkel wordt aangegeven dat die niet verder gaat dan nodig is voor een doeltreffende toepassing van de verdragsregels, zonder dat daarbij evenwel afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de Commissie tot het verrichten van onderzoeken. Daar de Commissie bevoegd is om het EG-Verdrag rechtstreeks toe te passen op individuele gevallen, kan het subsidiariteitsbeginsel verder niet aldus worden uitgelegd dat het haar deze bevoegdheid ontnemt. Ten slotte wordt dit beginsel ten onrechte ingeroepen, omdat het optreden van de Commissie beperkt is gebleven tot de fase van voorafgaand onderzoek, voordat de Commissie heeft beslist of al dan niet een procedure moest worden ingeleid.
- 74 Voorts heeft de mededeling geen bindende rechtsgevolgen en interpreteert verzoekster de criteria voor de toewijzing van de zaken bovendien verkeerd. De Commissie kan namelijk te allen tijde een zaak aan zich trekken. Ten overvloede stelt de Commissie nog dat een aantal aspecten in de onderhavige zaak ervoor pleitte dat haar diensten deze ten gronde zouden behandelen en dat over haar besluit om een inspectie te verrichten en om zelf de zaak ten gronde te behandelen overleg is gevoerd met de Franse autoriteiten. Hoe dan ook hangt de wettigheid van de bestreden beschikking niet af van de vraag of daarover vooraf besprekingen hebben plaatsgevonden en nauw overleg is gepleegd met de nationale mededingingsautoriteiten, daar de enige verplichting van de Commissie in dit verband die van artikel 20, lid 4, laatste volzin, van verordening nr. 1/2003 is, waarvan verzoekster geen schending stelt.
- 75 Ten slotte heeft artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1/2003 geen weerslag op de wettigheid van de bestreden beschikking. De verordening houdt voor de Commissie immers geen verplichting in om bepaalde taken aan de nationale autoriteiten te delegeren.

76 De Commissie trekt uit het voorgaande de conclusie dat zij geenszins is tekortgeschoten in haar verplichting tot samenwerking met de Franse mededingingsautoriteiten.

— Beoordeling door het Gerecht

77 Om te beginnen moet het argument van de Commissie worden afgewezen dat het onderhavige onderdeel niet-ontvankelijk is omdat het is ontleend aan schending van de uit verordening nr. 1/2003 voortvloeiende bevoegdheidsverdeling. Dat op dit punt geen specifieke bepaling van de verordening wordt genoemd, leidt niet ertoe dat dit gedeelte van verzoeksters betoog niet-ontvankelijk is, voor zover verzoekster in wezen aanvoert dat een uit verordening nr. 1/2003 voortvloeiend stelsel van bevoegdheidsverdeling wordt geschonden en de kwestie van het daadwerkelijk bestaan van dit stelsel een van de grondslagen van haar betoog vormt.

78 Nagegaan moet dus worden of de Commissie met de bestreden beschikking voorbij is gegaan aan de bevoegdheidsverdeling dan wel aan de verplichting tot loyale samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten, die zouden voortvloeien uit het subsidiariteitsbeginsel, artikel 11, lid 1, van verordening nr. 1/2003, de mededeling, de gemeenschappelijke verklaring en artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1/2003.

79 Wat ten eerste de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten betreft, zij opgemerkt dat verordening nr. 1/2003 een einde maakt aan het vroegere gecentraliseerde stelsel en conform het subsidiariteitsbeginsel in een ruimere medewerking van de nationale mededingingsautoriteiten voorziet, met het oog waarop deze de bevoegdheid krijgen om het communautaire mededingingsrecht toe te passen. De opzet van de verordening berust evenwel op de nauwe samenwerking die tussen de Commissie en de in een netwerk georganiseerde mededingingsautoriteiten van de lidstaten moet groeien, en

zal verlopen volgens door de Commissie vast te stellen concrete voorwaarden. Voorts doet deze verordening niet af aan de algemene bevoegdheid die de Commissie volgens de rechtspraak bezit (arrest Hof van 14 december 2000, *Masterfoods*, C-344/98, *Jurispr. blz.* I-11369, punten 46 en 48). Krachtens verordening nr. 1/2003 beschikt de Commissie namelijk over een zeer ruime onderzoeksbevoegdheid en kan zij hoe dan ook beslissen een inbreukprocedure in te leiden, wat betekent dat de zaak de mededingingsautoriteiten van de lidstaten uit handen wordt genomen. Zij blijft dus een beslissende rol vervullen bij het opspuren van inbreuken.

- 80 Verzoekster interpreteert de bij verordening nr. 1/2003 ingevoerde samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bijgevolg verkeerd. Geen enkele bepaling van de verordening voert een regel voor de verdeling van de bevoegdheden in als die waarop verzoekster zich beroept, krachtens welke de Commissie niet tot een inspectie zou mogen overgaan, wanneer de zaak reeds bij een nationale mededingingsautoriteit aanhangig is. Artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 bepaalt integendeel dat de Commissie, ook wanneer een nationale autoriteit de zaak reeds in behandeling heeft genomen, de mogelijkheid behoudt om een procedure te beginnen die tot het geven van een beschikking moet leiden, mits zij daarover eenvoudig overleg pleegt met de betrokken nationale autoriteit.
- 81 Bijgevolg moet de Commissie a fortiori een inspectie kunnen verrichten als die welke in casu is gelast. Een beschikking waarbij een inspectie wordt gelast vormt immers slechts een voorbereidende handeling voor de behandeling ten gronde van een zaak, die geen formele inleiding van de procedure in de zin van artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 impliceert, daar uit een dergelijke inspectiebeschikking op zich niet de wil van de Commissie blijkt om een beschikking over de grond van de zaak te geven (zie in die zin met betrekking tot verordening nr. 17 arrest Hof van 6 februari 1973, *Brasserie de Haecht*, 48/72, *Jurispr. blz.* 77, punt 16). In overweging 24 van verordening nr. 1/2003 heet het overigens dat de Commissie de bevoegdheid moet hebben om de inspecties te verrichten die noodzakelijk zijn om inbreuken op artikel 82 EG op het spoor te komen, en artikel 20, lid 1, van deze verordening bepaalt uitdrukkelijk dat de Commissie ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken alle noodzakelijke inspecties kan verrichten.

82 Verordening nr. 1/2003 voert bijgevolg geen stelsel van bevoegdheidsverdeling in als dat waarop verzoekster zich beroept. Het argument inzake schending van dit stelsel kan dus niet slagen.

83 Wat ten tweede de mededeling betreft, die volgens verzoekster eveneens de verdeling van de bevoegdheden tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten regelt en in casu is geschonden, zij erop gewezen dat in punt 4 daarvan wordt gepreciseerd dat raadplegingen en uitwisselingen binnen het netwerk een zaak tussen de openbare handhavingsinstanties zijn en dat zij volgens punt 31 geen individueel recht scheidt voor de betrokken ondernemingen dat de zaak door een welbepaalde autoriteit zal worden behandeld. Verzoekster kan dus niet op goede gronden stellen dat volgens deze mededeling alleen de Raad voor de mededinging de betrokken zaak kon behandelen.

84 Verder zij vastgesteld dat verzoeksters betoog conflicteert met de bewoordingen van de mededeling. In punt 8 daarvan, waaraan verzoekster refereert, worden daadwerkelijk de voorwaarden genoemd waaronder een autoriteit geschikt kan worden geacht om een zaak te behandelen. Het gebruik van het werkwoord „kunnen” toont echter aan dat het louter een mogelijkheid tot taakverdeling betreft, die voor de Commissie geen verplichting inhoudt om een zaak niet te behandelen of een zaak niet te onderzoeken wanneer aan de voorwaarden van punt 8 is voldaan. Verder behoudt volgens punt 5 van de mededeling elk lid van het netwerk ten volle de discretionaire bevoegdheid om te beslissen een zaak al dan niet te onderzoeken, en heet het in punt 55, conform het bepaalde in artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003, dat de Commissie hoe dan ook een door een nationale autoriteit behandelde zaak kan overnemen. Zij moet dus ook een inspectie kunnen verrichten. Bijgevolg is verzoeksters betoog inzake de mededeling ongegrond.

85 Wat ten derde de gemeenschappelijke verklaring betreft, heet het in punt 3 daarvan dat zij van politieke aard is en geen wettelijke rechten noch wettelijke verplichtingen scheidt. Verzoekster kan zich dus niet beroepen op dat document om nietigverklaring van een bezwarende gemeenschapshandeling te verkrijgen. In elk geval bepaalt

punt 22 ervan dat de Commissie een zaak aan zich kan trekken, zelfs indien een nationale mededingingsautoriteit deze al behandelt, mits zij deze autoriteit alsmede de andere leden van het netwerk uitlegt waarom er voor haar aanleiding is om artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 toe te passen. Er is evenwel reeds op gewezen dat de bestreden beschikking geen toepassing van artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 meebrengt en dat de Commissie in casu dus moet worden geacht een inspectie te mogen verrichten.

86 Wat ten vierde de verplichting uit hoofde van artikel 11, lid 1, van verordening nr. 1/2003 en artikel 10 EG betreft om loyaal samen te werken met de nationale mededingingsautoriteiten, volstaat de vaststelling dat de bepaling van verordening nr. 1/2003 een algemeen voorschrift formuleert dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten nauw moeten samenwerken, maar de Commissie niet verplicht een inspectie achterwege te laten betreffende een zaak die parallel bij een nationale mededingingsautoriteit aanhangig is gemaakt. Uit de hierboven onderzochte bepalingen, in het bijzonder uit artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003, blijkt integendeel dat het samenwerkingsbeginsel impliceert dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, althans in de beginstadia van de zaken die bij hen aanhangig zijn gemaakt, parallel kunnen werken. Verder betwist verzoekster niet dat de Commissie daadwerkelijk contact heeft opgenomen met de betrokken nationale autoriteit alvorens de bestreden beschikking vast te stellen. Van artikel 10 EG stelt verzoekster enkel schending zonder deze bewering anders te staven dan met een verwijzing naar artikel 11, lid 1, van verordening nr. 1/2003. De gestelde schending van deze artikelen is bijgevolg niet bewezen.

87 Wat ten vijfde het argument betreft dat is ontleend aan artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1/2003, zij vastgesteld dat dit niet kan slagen. Deze bepaling voorziet immers enkel in de mogelijkheid voor de Commissie om een gedeelte van haar taken aan de nationale mededingingsautoriteiten te delegeren, zonder dat haar in dit verband een verplichting wordt opgelegd.

88 Wat ten slotte het argument inzake het in artikel 5, tweede alinea, EG neergelegde subsidiariteitsbeginsel betreft, zij eraan herinnerd dat de Gemeenschap volgens de bewoordingen hiervan op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid

vallen slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.

- 89 In casu wordt met de referentie aan het subsidiariteitsbeginsel in verordening nr. 1/2003 enkel aangegeven dat deze verordening in overeenstemming met dit beginsel is vastgesteld. Voorts bepaalt het aan het Verdrag gehechte Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel in punt 3 dat het subsidiariteitsbeginsel de bij het Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden zoals uitgelegd door het Hof, onverlet laat (arrest Hof van 12 juli 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, C-154/04 en C-155/04, Jurispr. blz. I-6451, punt 102). Dit beginsel doet dus niet af aan de bij het EG-Verdrag aan de Commissie verleende bevoegdheden, waaronder de toepassing van de mededingingsregels, in het bijzonder het recht om inspecties te verrichten teneinde te kunnen beoordelen of de vermoede inbreuken al dan niet werkelijk hebben plaatsgevonden. Voorts is de handeling van de Commissie, zoals reeds gezegd, in elk geval een preliminaire handeling, die geen formele inleiding van de procedure in de zin van artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 impliceert. De vaststelling van de bestreden beschikking heeft dus niet ertoe geleid dat de zaak de Raad voor de mededinging uit handen is genomen. Bijgevolg is niet bewezen dat het subsidiariteitsbeginsel is geschonden.
- 90 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie een regel inzake bevoegdheidsverdeling had geschonden op grond waarvan het haar verboden zou zijn geweest de betrokken inspectie te verrichten, haar verplichting tot loyale samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten zoals met name ingevoerd bij verordening nr. 1/2003 niet was nagekomen dan wel het evenredigheidsbeginsel had geschonden. Bijgevolg is het tweede onderdeel van het eerste middel ongegrond.
- 91 Het eerste middel dient derhalve in zijn geheel te worden afgewezen.

Tweede middel: schending door de Commissie van haar verplichting om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken

Argumenten van partijen

92 Verzoekster betoogt dat volgens de rechtspraak de Commissie in de gevallen waarin zij beoordelingsbevoegdheid heeft, de door de communautaire rechtsorde geboden waarborgen in acht dient te nemen, waaronder met name de verplichting om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken. In de onderhavige zaak is de Commissie deze verplichting niet nagekomen, omdat zij, alvorens te beslissen de inspectie te zullen verrichten, volstrekt geen rekening ermee heeft gehouden dat de Raad voor de mededinging reeds kennis had genomen van de aanbiedingen die verzoekster in januari en februari 2004 had gelanceerd en had vastgesteld dat de door verzoekster toegepaste tarieven hoogstwaarschijnlijk niet als afbraakprijzen konden worden gekwalificeerd. Hoewel het goed mogelijk is dat de Commissie de structuur en de ontwikkeling van de Franse markt voor snelle-internettoegangsdiensten anders beoordeelt dan de Raad voor de mededinging, had zij volgens verzoekster de informatie waarover zij beschikte toch moeten afwegen tegen die vervat in de beslissing van de Raad voor de mededinging. Het bestaan van de beslissing van de Raad voor de mededinging wordt echter niet eens vermeld. Deze schending gaat gepaard met een kennelijke beoordelingsfout en wordt nog verergerd door de contacten van de Commissie met de rapporteur van de Raad voor de mededinging en met AOL. Een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek had erin moeten bestaan uiteen te zetten waarom de inspectie niettegenstaande de beslissing van de Raad voor de mededinging noodzakelijk bleef.

93 De Commissie antwoordt dat dit middel moet worden afgewezen. Zij heeft alle relevante gegevens van het geval, met name de beslissing van de Raad voor de mededinging en haar eigen beschikking van 16 juli 2003, zorgvuldig en onpartijdig onderzocht. Zij heeft zich geen definitieve mening over het bestaan van een inbreuk gevormd, maar enkel vermoedens gehad op grond van informatie die zij met name van verschillende van verzoeksters concurrenten had ontvangen. Verder bevat de beslissing van de Raad voor de mededinging op zich voldoende aanwijzingen dat er waarschijnlijk sprake is van een inbreuk. Naast deze beslissing en de ontmoetingen

met de rapporteur van de Raad voor de mededinging heeft de Commissie ten slotte ook meerdere ontmoetingen gehad met de ambtenaar van de Raad voor de mededinging die verantwoordelijk is voor de contacten met de Commissie.

Beoordeling door het Gerecht

- 94 Tot de waarborgen die de communautaire rechtsorde in administratieve procedures biedt behoort onder meer het beginsel van behoorlijk bestuur, dat voor de bevoegde instelling de verplichting meebrengt om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken (arrest Gerecht van 30 september 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, T-191/98, T-212/98–T-214/98, *Jurispr.* blz. II-3275, punt 404).
- 95 In casu verwijt verzoekster de Commissie in wezen dat zij deze verplichting niet is nagekomen, omdat zij geen rekening heeft gehouden met de beslissing van de Raad voor de mededinging en de inhoud van deze beslissing niet heeft afgewogen tegen de informatie waarover zij beschikte. De Commissie heeft deze schending haars inziens nog verergerd door haar contacten met de rapporteur van de Raad voor de mededinging die met de zaak was belast en met AOL, verzoeksters concurrent.
- 96 Dit betoog kan niet worden aanvaard.
- 97 Om te beginnen volstaat het feit dat de beslissing van de Raad voor de mededinging in de bestreden beschikking niet wordt genoemd, niet voor de conclusie dat deze door de Commissie niet in de beschouwing is betrokken. De contacten die hebben plaatsgevonden tussen de Commissie en de rapporteur van de Raad voor de mededinging, ongeacht de rol die bedoelde rapporteur heeft in het proces van

uitwerking of vaststelling van de beslissing van de Raad voor de mededinging, lijken er integendeel eerder op te wijzen dat de Commissie wel degelijk wist dat deze beslissing er was, dan wel althans dat deze beslissing weldra zou worden gegeven, alsmede dat bij de Raad voor de mededinging een procedure liep toen zij de bestreden beschikking heeft vastgesteld.

- 98 Verder pleitten tal van in de punten 64 en 65 hierboven genoemde gegevens waarop de Raad voor de mededinging in zijn beslissing heeft gewezen voor het geven van een inspectiebeschikking, ongeacht de wijze waarop deze gegevens zouden worden beoordeeld in een onderzoek van de zaak ten gronde. De conclusie kan dus niet luiden dat de Commissie werkelijk geen kennis had van deze beslissing noch dat de Commissie diende te verklaren waarom de inspectie niettegenstaande deze beslissing van de Raad voor de mededinging noodzakelijk bleef.
- 99 Bijgevolg kan niet worden geoordeeld dat de Commissie heeft nagelaten alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken dan wel bij het onderzoek van deze gegevens een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. De contacten van de Commissie met de rapporteur van de Raad voor de mededinging en AOL kunnen aan deze beoordeling niet afdoen, daar niet is vastgesteld dat de Commissie haar verplichting om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, op een of andere wijze niet is nagekomen.
- 100 Gelet op het voorgaande, moet het tweede middel worden afgewezen.

Derde middel: schending van de motiveringsplicht

Argumenten van partijen

- 101 Verzoekster betoogt dat de Commissie krachtens artikel 253 EG gehouden is haar beschikkingen met redenen te omkleden. Volgens vaste rechtspraak moet zij haar

redenering daarin duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en het Hof de wettigheid van de betrokken maatregel kan toetsen.

102 De bestreden beschikking is volgens verzoekster echter ontoereikend gemotiveerd. Er wordt niet in uiteengezet op grond van welke redenering kan worden voorbijgegaan aan een nationale procedure die dezelfde feiten betreft, afstand kan worden genomen van de vaststellingen van de Raad voor de mededinging dan wel een inspectie noodzakelijk en evenredig kan worden geacht. Verder wordt in de bestreden beschikking geen rechtvaardiging gegeven voor de conclusie dat de vastgestelde inspectiemaatregel door de beslissing van de Raad voor de mededinging niet overbodig en onevenredig werd; deze beslissing wordt er niet in vermeld en wordt op wezenlijke feiten tegengesproken. Verzoekster kan dus onmogelijk opmaken wat de rechtvaardigingsgronden zijn voor een dermate zware maatregel als de betrokken inspectie. De Commissie is bijgevolg haar motiveringsplicht niet nagekomen, zodat de bestreden beschikking nietig moet worden verklaard.

103 De Commissie brengt daartegen in dat artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 bepaalt op welke punten een inspectiebeschikking moet worden gemotiveerd; er moet namelijk in worden vermeld wat het voorwerp en het doel van de inspectie zijn. De verstrekte motivering voldoet verder aan de motiveringsvereisten die zijn vastgesteld in de rechtspraak inzake artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17, dat op dezelfde wijze is geformuleerd als artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003. Inzonderheid was de Commissie niet gehouden de inbreuk te kwalificeren noch haar beschikking te rechtvaardigen in het licht van het geheel van feiten dat uit een beslissing van een nationale autoriteit inzake bewarende maatregelen kan voortvloeien. Evenzo maakt de feitelijke beoordeling van de gegevens waarover de Commissie beschikt geen deel uit van de gronden waarvan zij de adressaat van een inspectiebeschikking in kennis moet stellen. Dat de beslissing van de Raad voor de mededinging niet wordt genoemd is niet van invloed, daar dit verzoekster niet verhindert de bestreden beschikking te begrijpen en verweer te voeren, noch het Gerecht belet zijn toezicht uit te oefenen.

104 Ten slotte is de Commissie niet gehouden haar beoordeling van de wenselijkheid om een onderzoek te verrichten of de wijze waarop zij in een concrete zaak de taken tussen haarzelf en de nationale autoriteiten verdeelt, specifiek te rechtvaardigen.

Beoordeling door het Gerecht

- 105 De verplichting tot motivering van een individuele beschikking, die op algemene wijze voortvloeit uit artikel 253 EG, heeft tot doel de gemeenschapsrechter in staat te stellen de wettigheid van de beschikking te toetsen en de belanghebbende voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid kan worden betwist, met dien verstande dat de omvang van deze plicht afhankelijk is van de aard van de betrokken handeling en van de omstandigheden waaronder deze is vastgesteld (arresten Hof van 25 oktober 1984, Instituut Electronenmicroscopie, 185/83, Jurispr. blz. 3623, punt 38, en Gerecht van 15 juni 2005, Corsica Ferries France/Commissie, T-349/03, Jurispr. blz. II-2197, punten 62 en 63).
- 106 Wat de inspectiebeschikkingen van de Commissie betreft, zij eraan herinnerd dat in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 wordt bepaald welke wezenlijke elementen in de motivering van een dergelijke beschikking moeten worden opgenomen. In punt 68 hierboven is evenwel reeds vastgesteld dat schending van deze bepaling niet was bewezen, omdat de Commissie met name niet is gehouden haar beslissing om over te gaan tot de gelaste inspectie, te rechtvaardigen in het licht van de door verzoekster verstrekte gegevens.
- 107 Bijgevolg moet het middel betreffende ontoereikende motivering worden afgewezen.

Vierde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel

Argumenten van partijen

- 108 Verzoekster betoogt dat de inspectiemaatregelen waartoe de Commissie besluit volgens de rechtspraak in verhouding moeten staan tot en noodzakelijk moeten zijn

voor het nagestreefde doel. Gesteld dat het doel van de Commissie erin bestond om na te gaan of de tien in januari en februari 2004 door Wanadoo gelanceerde aanbiedingen een bij artikel 82 EG verboden toepassing van afbraakprijzen vormden, dan was het aanwenden door de Commissie van de haar bij artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 verleende inspectiebevoegdheden buitensporig. Een groot aantal gegevens over de opbrengsten en de kosten van de betrokken aanbiedingen is volgens haar reeds door de Raad voor de mededinging ingewonnen en voor geen enkel gegeven bestond gevaar voor vernietiging of achterhouding. Voorts had deze informatie met minder ingrijpende maatregelen dan een inspectie kunnen worden verkregen.

- 109 Verder is in een procedure op tegenspraak reeds aangetoond dat Wanadoo haar verliezen zeer waarschijnlijk niet kon terugverdienen, zodat er hoogstwaarschijnlijk geen sprake was van toepassing van afbraakprijzen noch van het daardoor uitschakelen van concurrenten. In die omstandigheden was het niet zeker dat de verweten feiten in het licht van artikel 82 EG konden worden gekwalificeerd en was de inspectie, ook al had zij resultaat opgeleverd, niet noodzakelijk voor dan wel evenredig aan de doelstelling ervan, namelijk het bestaan van een inbreuk vast te stellen.
- 110 Verzoekster stelt verder dat de Commissie niet aangeeft waarom de controle van de door Wanadoo verstrekte cijfers niet met minder ingrijpende maatregelen dan een inspectie kon gebeuren, zoals technische vaststellingen van een deskundige. Wat betreft het opsporen van informatie over een eventuele bedoeling om concurrenten uit te schakelen, heeft de Commissie geen enkele aanwijzing verstrekt op grond waarvan komt vast te staan dat zij informatie heeft ontvangen waaruit blijkt dat de betrokken aanbiedingen deel uitmaakten van een strategie om concurrenten te isoleren of te verdrijven. Verzoekster trekt daaruit de conclusie dat de bestreden beschikking nietig moet worden verklaard wegens schending van het evenredigheidsbeginsel.
- 111 De Commissie antwoordt dat volgens het evenredigheidsbeginsel handelingen van gemeenschapsinstellingen niet buiten de grenzen mogen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel. Of een inspectiebeschikking evenredig is, hangt af van de zwaarte van de vermoede inbreuk, van de mogelijkheid om via de inspectie betrouwbare inlichtingen over het

bestaan van deze inbreuk te verkrijgen en van een vergelijking van de doeltreffendheid die van een dergelijke inspectie kan worden verwacht met die van andere onderzoeksmaatregelen. Gelet op de gegevens van het geval, in het bijzonder het feit dat de Raad voor de mededinging heeft geoordeeld dat de door hem verkregen informatie althans gedeeltelijk onrealistisch was, is dit beginsel in acht genomen.

- 112 Verder volgt uit de rechtspraak dat de keuze van de Commissie voor een bij beschikking gelaste inspectie dan wel voor een andere minder ingrijpende onderzoeksmaatregel enkel afhangt van de vereisten van een doeltreffend onderzoek in het licht van de specifieke kenmerken van het geval, maar niet het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden verlangt.
- 113 De Commissie voegt daaraan toe dat verzoekster niet op goede gronden kan stellen dat de Commissie geen inspectie kan verrichten wanneer zij reeds een beschikking betreffende dezelfde onderneming heeft gegeven zonder dat zij daarbij een dergelijke onderzoeksmaatregel heeft gelast, maar enkel een inspectie in de lokalen van de onderneming heeft bevolen.
- 114 Ten slotte betoogt de Commissie dat zij zich pas na een grondig onderzoek een mening kan vormen over het al dan niet bestaan van een inbreuk en dat verzoeksters argumenten inzake de inhoud van de vermoede inbreuk in elk geval in strijd zijn met de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht.
- 115 Zo heeft de bestreden beschikking enkel tot doel de Commissie in staat te stellen de gegevens te verzamelen die zij nodig heeft om te kunnen beoordelen of het Verdrag al dan niet is geschonden. Daarom staat deze niet buiten verhouding tot het nagestreefde doel, in het bijzonder omdat de aard van de vermoede inbreuk, die een intentioneel element omvat, doet vermoeden dat de gegevens aan de hand waarvan een zware inbreuk kan worden bewezen stelselmatig op geheime plekken worden bewaard en het gevaar voor vernietiging en achterhouding aanmerkelijk is.

- 116 De Commissie verbindt aan het voorgaande de conclusie dat het middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel ongegrond is.

Beoordeling door het Gerecht

- 117 Volgens het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, mogen handelingen van gemeenschapsinstellingen niet buiten de grenzen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel, met dien verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel (arresten Hof van 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 13, en 14 juli 2005, Nederland/Commissie, C-180/00, Jurispr. blz. I-6603, punt 103).
- 118 Op het gebied waarop het onderhavige geval betrekking heeft, veronderstelt de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel dat de beoogde maatregelen geen nadelen met zich brengen die onevenredig en onduldbaar zijn in verhouding tot hetgeen met de betrokken inspectie wordt nagestreefd (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arrest Roquette Frères, punt 29 supra, punt 76). De keuze die de Commissie moet maken tussen de inspectie die op gewone opdracht wordt verricht en de inspectie die bij beschikking wordt gelast, hangt evenwel niet af van omstandigheden als de bijzondere ernst van de situatie, de extreme spoedeisendheid of de noodzaak van absolute geheimhouding, maar van de vereisten van een doeltreffend onderzoek, zulks in het licht van de bijzondere omstandigheden van elk geval. Wanneer een inspectiebeschikking er enkel op is gericht de Commissie in staat te stellen de nodige gegevens te verzamelen om een mogelijke schending van het Verdrag op te sporen, maakt een dergelijke beschikking bijgevolg geen inbreuk op het evenredigheidsbeginsel (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten National Panasonic/Commissie, punt 59 supra, punten 28-30, en Roquette Frères, punt 29 supra, punt 77).

- 119 Het staat in beginsel aan de Commissie om te beoordelen of een inlichting noodzakelijk is om een inbreuk op de mededingingsregels te kunnen opsporen, en ook wanneer zij reeds over aanwijzingen of zelfs bewijzen voor het bestaan van een inbreuk beschikt, kan de Commissie het zeer wel noodzakelijk achten aanvullende verificaties te gelasten om zich een nauwkeuriger idee te vormen van de inbreuk of de duur daarvan (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 374/87, Jurispr. blz. I-3283, punt 15, en Roquette Frères, punt 29 supra, punt 78).
- 120 In casu beoogt de Commissie ten eerste met de bestreden beschikking informatie in te winnen over de tariefpraktijken die verzoekster zou toepassen, teneinde een mogelijke schending van het Verdrag op te sporen. In de bestreden beschikking staat weliswaar te lezen dat de Commissie reeds een aantal gegevens over deze tariefpraktijken in haar bezit heeft, maar krachtens de rechtspraak mocht zij proberen aanvullende inlichtingen in te winnen, met name inlichtingen betreffende een strategie om concurrenten te isoleren en te verdrijven, waarvan moeilijk valt in te zien dat de Commissie ze in voorkomend geval anders dan via een inspectie had kunnen verkrijgen. Ten tweede omvatte de verlangde informatie gegevens die wezen op een mogelijke bedoeling om concurrenten uit te schakelen, zodat het met het oog op een adequaat onderzoek van de zaak aanvaardbaar was dat de inspectie bij beschikking werd gelast om de doeltreffendheid ervan te waarborgen. Ten derde had de bij de bestreden beschikking gelaste inspectie enkel betrekking op de lokalen van de onderneming, terwijl verordening nr. 1/2003 thans onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid biedt om andere lokalen te inspecteren, met inbegrip van de woning van een aantal personeelsleden van de betrokken onderneming. Uit deze elementen blijkt niet dat de Commissie in de onderhavige zaak niet in verhouding tot het nagestreefde doel heeft gehandeld en daardoor het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden, daar de keuze voor een inspectie die bij beschikking wordt gelast passend was in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval.
- 121 Verzoeksters argumenten kunnen deze conclusie niet weerleggen. Ten eerste wordt verzoeksters standpunt dat het niet zeker is dat de vermoede praktijken hebben plaatsgevonden, zoals hiervóór reeds vastgesteld, niet door de beslissing van de Raad voor de mededinging bevestigd, zodat de door de Commissie in de bestreden beschikking aangevoerde hypothese dat verzoekster mogelijk met artikel 82 EG

strijdige tarieven hanteert, niet kan worden uitgesloten. Dat de Commissie daarna ten gronde mogelijk niet in staat is om aan de hand van de gegevens die zij in het kader van de betrokken inspectie zou hebben verzameld te bewijzen dat er sprake is van afbraakprijzen, is niet van invloed, omdat hieraan niet de conclusie kan worden verbonden dat de gelaste inspectie ongeschikt is. In de bestreden beschikking wordt immers ook in meer algemene bewoordingen erop gewezen dat de Commissie vermoedt dat verzoekster met artikel 82 EG strijdige tariefpraktijken toepast, wat als zodanig volstaat om de inspectie te rechtvaardigen.

122 Ten tweede volstaat het feit dat de Commissie reeds een aantal gegevens in haar bezit had die erop wezen dat verzoekster met artikel 82 EG strijdige praktijken toepaste dan wel dat dergelijke gegevens reeds door de Raad voor de mededinging waren verzameld en dus aan de Commissie konden worden overgelegd, zoals blijkt uit de aangehaalde rechtspraak, niet voor de conclusie dat de bestreden beschikking buitensporig is. Volgens de rechtspraak heeft de Commissie namelijk ook dan het recht om aanvullende gegevens op te sporen, wanneer zij reeds over aanwijzingen voor het bestaan van een inbreuk beschikt.

123 Ten derde kan verzoekster niet op goede gronden stellen dat de Commissie geen enkele aanwijzing heeft gegeven ten bewijze dat zij informatie heeft ontvangen waaruit blijkt dat de betrokken aanbiedingen deel uitmaakten van een strategie om concurrenten uit te schakelen. In de bestreden beschikking wordt uitdrukkelijk gezegd dat deze hypothese berust op informatie die de Commissie heeft ontvangen en verder dient de Commissie in een beschikking als die welke in casu wordt bestreden de elementen en de aanwijzingen waarop deze beschikking is gebaseerd, niet te preciseren (zie in die zin met betrekking tot verordening nr. 17 arrest Roquette Frères, punt 29 supra, punt 62).

124 Uit het voorgaande volgt dat het vierde middel moet worden afgewezen.

Vijfde middel: kennelijke beoordelingsfout

Argumenten van partijen

- 125 Verzoekster betoogt dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt doordat zij in de bestreden beschikking verklaart dat de gehele ADSL-markt in Frankrijk op dat ogenblik met negatieve marges werkte, terwijl uit de beslissing van de Raad voor de mededinging van 11 mei 2004, waarvan de Commissie niet onwetend kon zijn, kon worden opgemaakt dat heel wat leveranciers van internettoegang winst maakten en dat een exploitant had bevestigd met positieve marges te werken. De Commissie heeft dus betreffende een wezenlijk punt onjuiste feiten uiteengezet, waardoor zij is voorbijgegaan aan de reden voor het verbod van afbraakprijzen, te weten de uitschakeling van concurrenten. Aan de bestreden beschikking ligt dus een kennelijke beoordelingsfout ten grondslag, zodat zij nietig moet worden verklaard.
- 126 De Commissie antwoordt dat zij in het bezit was van informatie die steun bood voor de verklaring dat de volledige ADSL-markt in Frankrijk met negatieve marges werkte en dat het hoe dan ook volstond dat zij tot de conclusie was gekomen dat de gegevens in haar bezit ernstige aanwijzingen vormden voor een mogelijke inbreuk, zodat zij in het onderhavige geval mocht aannemen dat een aantal van de nieuwe aanbiedingen onder de kostprijs daarvan in de handel werd gebracht.
- 127 Nu dit het geval is, kan dit middel volgens de Commissie niet slagen, omdat deze verklaring, zelfs indien zij verkeerd was, niet tot de onwettigheid van de bestreden beschikking kan leiden. De omstandigheid dat de gehele sector winstgevend is, maakt namelijk geen deel uit van de relevante criteria om te bewijzen dat een onderneming met een machtspositie afbraakprijzen toepast. Om te beginnen kan volgens de rechtspraak uit het hanteren van tarieven onder de gemiddelde variabele kosten worden afgeleid dat een tariefpraktijk gericht is op de uitschakeling van concurrenten. Verder kan er volgens verzoekster van afbraakprijzen enkel sprake zijn, wanneer alle concurrerende exploitanten verlies lijden en gezamenlijk met

uitschakeling worden bedreigd. Evenwel valt niet uit te sluiten dat artikel 82 EG ook van toepassing is op een tariefpraktijk waarmee slechts op een gedeelte van de concurrenten wordt gemikt, wat door de beslissing van de Raad voor de mededinging wordt bevestigd. Ten slotte is de zin uit de beslissing van de Raad voor de mededinging waaraan verzoekster refereert, in feite maar op een gedeelte van de betrokken aanbiedingen en tarieven van toepassing en kon de Commissie, nu de gegevens in haar bezit elkaar tegenspraken, hoe dan ook de geloofwaardigheid van de verschillende getuigenissen waarover zij beschikte, beoordelen. Het gaat in elk geval over kwesties die de inhoud van de inbreuk betreffen en enkel in het licht van een grondig onderzoek kunnen worden opgelost.

Beoordeling door het Gerecht

128 Verzoekster voert aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, maar verwijst tot staving van deze stelling enkel naar een beoordeling die zou voortvloeien uit de beslissing van de Raad voor de mededinging. Deze beslissing betreft evenwel niet meer dan een verzoek om bewarende maatregelen en het valt dus niet uit te sluiten dat de Raad voor de mededinging na een analyse ten gronde van de gegevens in het dossier tot een andere vaststelling komt. Voorts kan de Commissie niet worden geacht te zijn gebonden door een feitelijke beoordeling die een nationale mededingingsautoriteit zou hebben verricht op basis van bepaalde gegevens, daar de Commissie mogelijk over verschillende gegevens beschikt die juist tot een andere conclusie nopen dan die van deze autoriteit. Uit de bestreden beschikking blijkt verder dat de Commissie in het bezit was van gegevens die als grondslag dienen voor de verklaring die in casu door verzoekster wordt betwist.

129 Daar handelingen van de gemeenschapsinstellingen worden vermoed wettig te zijn (arrest Hof van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a., C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punt 48), wat impliceert dat degene die zich beroept op de onwettigheid van een dergelijke handeling, daarvan het bewijs moet leveren, en verzoekster haar bewering niet met andere concrete bewijzen staaft dan de verwijzing naar een beslissing waarvan hiervóór is vastgesteld dat zij niet concludent was, is de gestelde kennelijke beoordelingsfout niet bewezen.

130 Het vijfde middel moet derhalve worden afgewezen.

131 Gelet op een en ander, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

132 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 maart 2007.

De griffier

De president van de Vierde kamer

E. Coulon

H. Legal