

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

8. marts 2007\*

I sag T-340/04,

**France Télécom SA**, Paris (Frankrig), ved advocats C. Clarenc og J. Ruiz Calzado,

sagsøger,

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved É. Gippini Fournier og O. Beynet, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2004) 1929 af 18. maj 2004 i sag COMP/C-1/38.916, hvorved France Télécom SA samt alle de virksomheder, som denne kontrollerer direkte eller indirekte, herunder Wanadoo SA og alle de virksomheder, som Wanadoo SA kontrollerer direkte eller indirekte,

\* Processprog: fransk.

pålægges pligt til at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET  
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne I. Wiszniewska-Białecka og E. Moavero Milanesi,

justitssekretær: fuldmægtig K. Pocheć,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. juni 2006,

afsagt følgende

**Dom**

**Relevante retsfor skrifter**

- 1 Artikel 11 (der har overskriften »Samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder«), stk. 1 og 6, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1) bestemmer:

»Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder anvender Fællesskabets konkurrenceregler i nært samarbejde.

[...]

Når Kommissionen indleder en procedure med henblik på vedtagelse af en beslutning i henhold til kapitel III, mister medlemsstaternes konkurrencemyndigheder deres kompetence til at anvende traktatens artikel 81 [EF] og 82 [EF]. Er en medlemsstats konkurrencemyndighed allerede ved at behandle en sag, indleder Kommissionen først en procedure efter at have rådført sig med den nationale konkurrencemyndighed.«

- 2 Artikel 13 i forordning nr. 1/2003 (der har overskriften »Midlertidig eller endelig indstilling af proceduren«) bestemmer:

»1. Når konkurrencemyndighederne i to eller flere medlemsstater modtager en klage eller indleder en procedure på eget initiativ i henhold til artikel 81 [EF] eller 82 [EF] med hensyn til en og samme aftale, vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller praksis, udgør den omstændighed, at en myndighed behandler sagen, en tilstrækkelig grund for de øvrige myndigheder til at suspendere deres procedure eller afvise klagen. Kommissionen kan ligeledes afvise en klage med den begrundelse, at den behandles af en af medlemsstaternes konkurrencemyndigheder.

2. Når en national konkurrencemyndighed eller Kommissionen modtager en klage over en aftale, vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller praksis, der i forvejen er behandlet af en anden konkurrencemyndighed, kan den afvise klagen.«

- 3 Artikel 20 i forordning nr. 1/2003 (der har overskriften »Kommissionens kontrolundersøgelsesbeføjelser«) lyder som følger:

»1. Med henblik på at udføre de opgaver, som den er betroet i henhold til denne forordning, er Kommissionen beføjet til at foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser hos virksomheder og virksomhedssammenslutninger.

2. Repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at gennemføre en kontrolundersøgelse, har beføjelse til:

- a) at få adgang til alle virksomhedernes og virksomhedssammenslutningernes lokaler, grunde og transportmidler
- b) at kontrollere bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium
- c) at tage eller få kopi eller udskrift under enhver form af sådanne bøger eller forretningspapirer
- d) at forsegle alle forretningslokaler samt bøger eller forretningspapirer i det for kontrolundersøgelsen nødvendige tidsrum og omfang

- e) at afkræve alle virksomhedens eller virksomhedssammenslutningens repræsentanter eller medarbejdere forklaringer om kendsgerninger og dokumenter vedrørende kontrolundersøgelsens genstand og formål og registrere deres svar.

3. Repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at gennemføre en kontrolundersøgelse, udøver deres beføjelser efter fremlæggelse af en skriftlig fuldmagt, der indeholder oplysning om kontrolundersøgelsens genstand og formål og om de i artikel 23 fastsatte sanktioner, der finder anvendelse, hvis de forlangte bøger eller forretningspapirer ikke fremlægges i deres helhed, eller de svar, der afgives i henhold til nærværende artikels stk. 2, er urigtige eller forvanskede. Kommissionen underretter i god tid konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres.

4. Virksomheder og virksomhedssammenslutninger har pligt til at underkaste sig de kontrolundersøgelser, som Kommissionen har pålagt ved beslutning. Beslutningen angiver kontrolundersøgelsens genstand og formål, fastsætter tidspunktet for dens påbegyndelse og oplysninger om de i artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner samt om adgangen til at indbringe beslutningen for Domstolen. Kommissionen træffer disse beslutninger efter høring af konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres.

5. Repræsentanter for og personer, der er bemyndiget eller udpeget af konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres, skal på denne myndigheds eller Kommissionens anmodning aktivt bistå repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen. De har i denne forbindelse de beføjelser, der er omhandlet i stk. 2.

6. Når repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen, fastslår, at en virksomhed modsætter sig en undersøgelse, der er

påbudt i henhold til denne artikel, yder den pågældende medlemsstat dem den bistand, der er nødvendig for, at de kan gennemføre deres kontrolundersøgelse, og anmoder eventuelt om politiets eller en tilsvarende retshåndhævende myndigheds bistand.

7. Når den i stk. 6 omhandlede bistand i overensstemmelse med national lovgivning kræver en domstolstilladelse, skal der anmodes derom. Der kan også anmodes om en sådan tilladelse på forhånd.

8. Når der anmodes om tilladelse som omhandlet i stk. 7, kontrollerer den nationale domstol ægtheden af Kommissionens beslutning og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til undersøgelsens formål. Ved prøvelsen af indgrebenes forholdsmæssighed kan den nationale domstol anmode Kommissionen direkte eller gennem den nationale konkurrencemyndighed om detaljerede forklaringer vedrørende de forhold, der begrundet Kommissionens mistanke om, at der foreligger en overtrædelse af artikel 81 [EF] og 82 [EF], samt om grovheden af den formodede overtrædelse og karakteren af den pågældende virksomheds deltagelse. Den nationale domstol kan dog hverken sætte spørgsmålstegn ved, om kontrolundersøgelsen er nødvendig, eller kræve at få forelagt oplysninger i Kommissionens sagsakter. Det er forbeholdt EF-Domstolen at kontrollere lovligheden af Kommissionens beslutning.«

## Sagens baggrund

- <sup>4</sup> I en beslutning af 16. juli 2003 vedrørende en procedure i henhold til artikel 82 [EF] (sag COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (herefter »beslutningen af 16. juli 2003«) fastslog Kommissionen, at i perioden fra marts 2001 til oktober 2002 havde Wanadoo Interactive, på daværende tidspunkt et 99,9%-ejet datterselskab af Wanadoo SA, som på sin side var datterselskab af sagsøgeren, som ejede 70-72,2% af dette selskabs aktiekapital i den af den nævnte beslutning omfattede

periode, misbrugt sin dominerende stilling på markedet for husstandskunders adgang til højhastighedsinternet ved at praktisere underbudspriser for sine tjenester eXtense og Wanadoo ADSL, og pålagde Wanadoo Interactive en bøde på 10,35 mio. EUR.

- 5 Ved beslutningens artikel 2 og 3 pålagde Kommissionen desuden Wanadoo Interactive:
- i forbindelse med sine eXtense- og Wanadoo ADSL-tjenester at afholde sig fra enhver adfærd, der kan have samme eller tilsvarende indhold eller virkning som overtrædelsen
  
  - efter hvert regnskabsår og til og med regnskabsåret 2006 at fremsende driftsregnskabet for dets forskellige ADSL-tjenester (Asymmetric Digital Subscriber Line), som viser de regnskabsmæssige indtægter, driftsomkostningerne og omkostningerne til erhvervelse af kunder.
- 6 Efter en positiv udtalelse fra Autorité française de régulation des télécommunications (myndigheden for regulering af telekommunikation) (herefter »ART«), godkendte den franske økonomi-, finans- og industriminister den 11. december 2003 en nedsættelse af France Télécom SA's engrospriser for tilslutning og adgang IP/ADSL, der også betegnes »option 5«. Flere leverandører af internetadgang, herunder Wanadoo, besluttede at overføre nedsættelsen af engrospriserne til deres detailtilbud.

- 7 Den 12. december 2003 bebudede Wanadoo en første nedsættelse af sine detailpriser for både gamle og nye abonnenter på højhastighedsforbindelser (ubegrænset »eXtense 512k«, ubegrænset »eXtense 512k Fidélité«, ubegrænset »eXtense 1024k« og ubegrænset »eXtense 1024k Fidélité«) med virkning fra den 6. januar 2004. Prisen på ubegrænset »eXtense 128k« blev ikke ændret.
- 8 Den 9. januar 2004 fremsendte Kommissionen en skrivelse til Wanadoo, hvori den erindrede om betingelserne i artikel 2 i beslutningen af 16. juli 2003 og anmodede selskabet om at oplyse, om det siden vedtagelsen af beslutningen havde indført nedsættelser af detailpriserne for de tjenester, der var omfattet af nævnte beslutning, eller om det agtede at gøre det. Kommissionen præciserede, at såfremt svaret var bekræftende, ville den fremsende en formel begæring om nærmere oplysninger om disse prisnedsættelser. Kommissionen anmodede desuden om at blive underrettet om datoen for Wanadoos regnskabsårs slutning og tidspunktet, hvor de i henhold til artikel 3 i beslutningen af 16. juli 2003 krævede oplysninger ville blive fremsendt til den.
- 9 Den 12. januar 2004 indgav AOL, France SNC og AOL Europe Services SARL (herefter under ét »AOL«), med hjemmel i artikel 82 EF og artikel L 420-2 i den franske handelslov, en klage til det franske konkurrenceråd (herefter »konkurrencerådet«) over, at Wanadoo praktiserede underbudspriser i forbindelse med de fire nye tilbud, som var bebudet af Wanadoo den 12. december 2003. Hertil var knyttet en begæring om retssikrende foranstaltninger, der i det væsentlige drejede sig om suspension af markedsføringen af disse tilbud, fremsat i henhold til artikel L 464-1 i den franske handelslov.
- 10 Ved afgørelse nr. 263012 af 19. januar 2004 tog det franske Conseil d'État, som af selskabet T-Online France var blevet anmodet om at træffe foreløbige forholdsregler vedrørende en anmodning om suspension af den franske økonomi-, finans- og industriministers beslutning om godkendelse af option 5-prisnedsættelsen, ikke denne begæring til følge og bemærkede bl.a., at ART »efter en nærmere analyse til støtte for sin positive udtalelse om France Télécoms pristilbud havde påpeget, at der ikke var tale om konkurrencebegrænsende virkninger, som kunne være til hinder herfor«.



- 11 Den 29. januar 2004 bebudede Wanadoo indførelse fra den 3. februar 2004 af et ubegrænset »eXtense 128k Fidélité«-tilbud og fire tilbud til fast pris (eller »à la carte«), nemlig »eXtense 128k/20h«, »eXtense 128k/20h Fidélité«, »eXtense 512k/5Go« og »eXtense 512k/5Go Fidélité«.
- 12 Ved skrivelse af 30. januar 2004 besvarede Wanadoo Kommissionens skrivelse af 9. januar 2004, hvori selskabet underrettede den om lancering af nye ADSL-abonnementstilbud i januar til mere attraktive priser og om lancering af nye tilbud i februar.
- 13 Den 24. februar 2004 supplerede AOL sin klage til konkurrencerådet og tilføjede de tilbud, som Wanadoo havde lanceret den 3. februar 2004, og knyttede ligeledes til denne klage en begæring om retssikrende foranstaltninger, som navnlig drejede sig om suspension af markedsføringen af disse tilbud.
- 14 Kommissionen holdt i øvrigt møde med Wanadoos konkurrenter, der henledte dens opmærksomhed på, at efter deres mening medførte det nye lokketilbud, der var fastsat af Wanadoo for en adgang på 128 kbit/s, en prisklemme på detailmarkedet.
- 15 I begyndelsen af marts 2004 underrettede konkurrencerådet Kommissionen om den af AOL indgivne klage.
- 16 Den 15. marts 2004 fremsendte Wanadoo i henhold til artikel 3 i beslutningen af 16. juli 2003 sine driftsregnskaber for regnskabsåret 2003 til Kommissionen.

- 17 Den 22. marts 2004 fremgik det under et møde mellem Kommissionens Generaldirektorat (GD) for Konkurrence og konkurrencerådets rapportør med ansvar for sagen (herefter »rapportøren«) af en summarisk analyse baseret på den af Kommissionen anvendte beregningsmetode i dens beslutning af 16. juli 2003 og den af Wanadoo opstillede prognosebaserede økonomiske model, i givet fald korrigeret ved rapportørens skøn, at visse af Wanadoos nye priser var underbudspriser, navnlig fordi der forelå en plan, der afslørede et forsæt om udelukkelse af konkurrenter. På baggrund deraf foreslog rapportøren konkurrencerådet at vedtage retssikrende foranstaltninger med henblik på at pålægge Wanadoo at trække de pågældende tilbud tilbage.
- 18 Den 2. april 2004 mødtes tjenestemænd fra Kommissionens GD for Konkurrence med AOL.
- 19 I samme periode havde Kommissionen flere telefonkontakter med rapportøren, og den 21. april 2004 havde den et nyt møde med denne.
- 20 Den 11. maj 2004 traf konkurrencerådet afgørelse nr. 04-D-17 vedrørende AOL's klage og begæring om retssikrende foranstaltninger, hvori det ikke tog begæringen til følge, og sendte klagen til bevisoptagelse (herefter »konkurrencerådets afgørelse«).
- 21 Den 18. maj 2004 vedtog Kommissionen beslutning K(2004) 1929 i sag COMP/C-1/38.916, hvorved sagsøgeren samt alle de virksomheder, som denne kontrollerer direkte eller indirekte, herunder Wanadoo og alle de virksomheder, som Wanadoo kontrollerer direkte eller indirekte, pålægges pligt til at underkaste sig en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 (herefter »den anfægtede beslutning«).

## 22 Beslutningen fastslår i betragtning 1 og 3-13:

»Kommissionen [...] har modtaget oplysninger, som tyder på, at Wanadoo praktiserer priser for ADSL-internetadgang til den brede offentlighed i Frankrig, hvoraf nogle ikke dækker de variable omkostninger, og andre ligger under de samlede omkostninger. Ifølge de foreliggende oplysninger indgår disse priser i en plan, der viser en hensigt om udelukkelse af konkurrenter. De modtagne oplysninger tyder endvidere på, at det lille økonomiske rum mellem de pågældende detailpriser og France Télécoms engrostitilbud [option 5] genererer en prisklemme over for konkurrerende operatører, der ønsker at tilbyde adgang til højhastighedsinternet for husstandskunder på grundlag af France Télécoms option 5.

[...]

Wanadoo har bebudet en første prisnedsættelse for ADSL-internetadgang til den brede offentlighed, der gælder fra den 5. januar 2004. Denne prisnedsættelse er kommet til udtryk ved indførelsen af de ubegrænsede tilbud »eXtense«, nemlig to tilbud med 128 kbit/s, det første med en forpligtelsesperiode på 24 måneder til 24,90 EUR/måned og det andet med en forpligtelsesperiode på 12 måneder til 29,90 EUR/måned; to tilbud med 512 kbit/s, det første med en forpligtelsesperiode på 24 måneder til 29,90 EUR/måned og det andet med en forpligtelsesperiode på 12 måneder til 34,90 EUR; to tilbud med 1024 kbit/s, det første med en forpligtelsesperiode på 24 måneder til 39,90 EUR/måned og det andet med en forpligtelsesperiode på 12 måneder til 44,90 EUR.

Den 28. januar indførte Wanadoo endvidere fire tilbud »à la carte« (nemlig to tilbud med 128 kbit/s begrænset til 20 t/måned, det første med en forpligtelsesperiode på 24 måneder til 14,90 EUR/måned og det andet med en forpligtelsesperiode på 12 måneder til 19,90 EUR og to tilbud med 512 kbit/s begrænset til 5 Gbytes/måned, det første med en forpligtelsesperiode på 24 måneder til 24,90 EUR/måned og det andet med en forpligtelsesperiode på 12 måneder til 29,90 EUR). Denne kontrolundersøgelse vedrører specifikt disse ti nye tilbud.

Ifølge de oplysninger, Kommissionen er i besiddelse af, viser en prognosebaseret analyse, at mindst tre af de ovennævnte tilbud (de to »à la carte«-tilbud med 128 kbit/s og »à la carte«-tilbuddet med 512 kbit/s/24 måneder) ikke dækker de variable omkostninger. Mindst to andre tilbud med 512 kbit/s (»à la carte«-tilbuddet 12 måneder og det ubegrænsede tilbud 24 måneder) dækker ikke de samlede omkostninger.

Kommissionen har desuden modtaget oplysninger, der tyder på, at de berørte tilbud indgår i en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenterne.

Ifølge de oplysninger, som Kommissionen er i besiddelse af, er det økonomiske rum mellem Wanadoos nye detailpriser og option 5, trods prisnedsættelsen under option 5 i januar 2004, utilstrækkeligt og forhindrer konkurrerende operatører, som baserer deres tilbud på option 5, i at konkurrere med Wanadoo på rimelige betingelser.

I beslutningen [...] af 16. juli 2003 konkluderede Kommissionen, at Wanadoo havde en dominerende stilling på det franske marked for husstandskunders adgang til højhastighedsinternet. Kommissionens oplysninger tyder på, at denne konklusion stadig er gyldig i dag.

De af Wanadoo praktiserede tilbud, der ligger under omkostningerne, og det lille rum mellem disse tilbud og option 5-priserne har højst sandsynligt begrænset adgangen til markedet for konkurrenterne — franske eller etablerede i andre medlemsstater — og bragt de allerede tilstedeværende i fare. Ifølge de foreliggende oplysninger har de fleste af Wanadoos konkurrenter måttet indrette sig efter de nye tilbud, og hele ADSL-markedet i Frankrig har for nuværende en negativ margin.

Den ovenfor beskrevne form for praksis svarer til at opkræve urimelige salgspriser. Hvis dens eksistens blev påvist, ville en sådan praksis udgøre et misbrug af dominerende stilling og dermed en overtrædelse af artikel 82 [EF].

For at kunne vurdere alle de relevante faktiske omstændigheder vedrørende den formodede praksis og baggrunden for det formodede misbrug er det nødvendigt, at Kommissionen foretager en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

Ifølge Kommissionens oplysninger er det højst sandsynligt, at alle oplysningerne vedrørende den ovennævnte praksis, især det informationsmateriale, der giver mulighed for at fastslå graden af dækning af omkostningerne, og det, der vedrører strategien til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, kun er blevet meddelt nogle af France Télécoms og/eller Wanadoos medarbejdere. Den eksisterende dokumentation vedrørende den formodede praksis er højst sandsynligt begrænset til det strengt nødvendige minimum og opbevaret på steder og i en form, der gør det lettere at skjule, tilbageholde eller tilintetgøre ved en undersøgelse.

For at sikre denne kontrolundersøgelses effektivitet er det derfor væsentligt at gennemføre den uden på forhånd at underrette adressaterne for nærværende beslutning herom. Der skal således vedtages en beslutning i medfør af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hvorved virksomhederne pålægges at underkaste sig en kontrolundersøgelse.«

23 Den anfægtede beslutnings artikel 1 bestemmer:

»France Télécom [...] og Wanadoo [...]:

har pligt til at underkaste sig en kontrolundersøgelse af formodet opkrævning af urimelige salgspriser på området for adgang til højhastighedsinternet for husstandskunder i strid med artikel 82 [EF] og med forsæt om at udelukke og fortrænge konkurrenter. Kontrolundersøgelsen kan gennemføres i alle virksomhedernes lokaler [...]

France Télécom [...] og Wanadoo [...] giver repræsentanter og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at foretage kontrolundersøgelsen, og repræsentanter for den berørte medlemsstats kompetente myndighed samt repræsentanter bemyndiget eller udpeget af denne, som bistår dem, adgang til alle deres lokaler, grunde og transportmidler i normal åbningstid. Disse virksomheder fremlægger bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium, som afkrævet af disse repræsentanter og andre ledsagende personer, og giver dem mulighed for at kontrollere bøger og andre forretningspapirer på stedet samt at tage eller få kopi eller udskrift under enhver form af sådanne bøger og forretningspapirer. De leverer på stedet alle mundtlige forklaringer, der afkræves af de nævnte repræsentanter og andre ledsagende personer, om kendsgerninger og dokumenter vedrørende kontrolundersøgelsens genstand og formål og tillader [de nævnte] repræsentanter og medarbejdere at registrere sådanne forklaringer under enhver form.«

- 24 Endelig præciserer den anfægtede beslutnings artikel 2 og 3 datoen for kontrolundersøgelsens påbegyndelse, og at beslutningen er rettet til sagsøgeren og Wanadoo. In fine angiver den de omstændigheder, hvorunder Kommissionen kan pålægge enhver virksomhed, der er adressat for beslutningen, bøder og tvangsbøder i henhold til artikel 23 og 24 i forordning nr. 1/2003, og anfører, at når en adressat modsætter sig en påbudt kontrolundersøgelse, yder den berørte medlemsstat repræsentanter og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen, den bistand, der er nødvendig, for at de kan gennemføre deres kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003. Den nævner desuden adgangen til at anlægge sag til prøvelse af beslutningen ved Retten og indeholder som bilag visse uddrag af forordning nr. 1/2003.

- 25 På grundlag af beslutningen anmodede Kommissionen om de franske myndigheders bistand i henhold til artikel 20, stk. 5, i forordning nr. 1/2003. Den franske økonomi-, finans- og industriminister pålagde ved en anmodning om undersøgelse af 25. maj 2004 direktøren for direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes (den franske konkurrencestyrelse) at træffe alle de foranstaltninger, der var nødvendige for at gennemføre den undersøgelse, som Kommissionen havde fastsat i den anfægtede beslutning. Kommissionen indbragte sagen for juge des libertés et de la détention au tribunal de grande instance de Paris (Frankrig) (herefter »retssikkerhedsdommeren«) med henblik på at få tilladelse til at foretage eller lade foretage en kontrolundersøgelse hos sagsøgeren og Wanadoo og til at bistå Kommissionen. Denne anmodning var ledsaget af den anfægtede beslutning.
- 26 Ved kendelse af 28. maj 2004 meddelte retssikkerhedsdommeren den tilladelse, der var anmodet om, og som bl.a. tillod de franske undersøgere, der måtte blive udpeget, at udøve de beføjelser, de er tillagt i henhold til artikel L 450-4 og L 470-6 i den franske handelslov.
- 27 Kontrolundersøgelsen påbegyndtes den 2. juni 2004 i sagsøgerens lokaler og fandt sted den 2. og 3. juni 2004. Sagsøgeren samarbejdede i undersøgelsen, men tog forbehold over for det principielle i denne kontrolundersøgelse. Undersøgelsen hos Wanadoo varede fra den 2. til den 4. juni 2004.

### **Retsforhandlinger og parternes påstande**

- 28 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 11. august 2004 har France Télécom anlagt nærværende sag.

29 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, jf. artikel 64 i Rettens procesreglement, skriftligt stillet sagsøgeren et spørgsmål, som blev besvaret inden for den fastsatte frist.

30 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret de af Retten stillede spørgsmål under retsmødet den 8. juni 2006.

31 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

32 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

### **Retlige bemærkninger**

33 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren fremført fire anbringender om henholdsvis tilsidesættelse af begrundelsespligten, tilsidesættelse af pligten til loyalt samarbejde



med de nationale myndigheder, tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og, forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, tilsidesættelse af forordning nr. 1/2003, af Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (EUT 2004 C 101, s. 43, herefter »meddelelsen«), og af princippet om god retspleje, idet sidstnævnte anbringende blev fremført for første gang i replikken.

*Det første anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten*

- 34 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen fire gange har tilsidesat sin begrundelsespligt i medfør af artikel 253 EF, forordning nr. 1/2003 og retspraksis. For det første gav den anfægtede beslutning ikke sagsøgeren mulighed for at forstå, hvorfor selskabet var omfattet af kontrolundersøgelsen, for det andet var den anfægtede beslutning ikke begrundet med hensyn til visse baggrundselementer, for det tredje var den anfægtede beslutning ikke baseret på den tvivl, der var udtrykt i den anfægtede beslutning med hensyn til option 5-priserne, og for det fjerde gav den anfægtede beslutning ikke retssikkerhedsdommeren mulighed for at udøve den kontrol, der påhvilede ham.

Det første klagepunkt vedrørende sagsøgerens manglende mulighed for at forstå, hvorfor selskabet var adressat for den anfægtede beslutning og omfattet af kontrolundersøgelsen

— Parternes argumenter

- 35 Sagsøgeren har generelt gjort gældende, at det fremgår af artikel 253 EF, af forordning nr. 1/2003 og af retspraksis, at begrundelsespligtens omfang afhænger af karakteren af den pågældende retsakt og den sammenhæng, som den er vedtaget i.

Kommissionen bør således klart og utvetydigt beskrive genstanden og formålet med en kontrolundersøgelse, som den har besluttet at påbyde, og de formodninger, den agter at undersøge. I nærværende sag er den anfægtede beslutning imidlertid behæftet med en begrundelsesmangel, idet den ikke har givet sagsøgeren mulighed for at vurdere den nøjagtige genstand for, omfanget af og berettigelsen af den påbudte kontrolundersøgelse. Sagsøgeren kunne derfor umuligt forstå omfanget af sin samarbejdspligt, og der er ikke taget hensyn til retten til kontradiktion. Sagsøgeren har reelt ikke kunnet få præcist kendskab til Kommissionens formodninger eller rækkevidden af den deltagelse, sagsøgeren var tillagt i det påståede misbrug af dominerende stilling.

- 36 Den anfægtede beslutning tilregner Wanadoo den påståede praksis, som kontrolundersøgelsen drejer sig om, i overensstemmelse med det synspunkt, der er anlagt i beslutningen af 16. juli 2003, hvori Kommissionen har anerkendt Wanadoos selvstændighed i forhold til sagsøgeren med hensyn til prisfastsættelsespolitikken på det franske marked for tjenester vedrørende højhastighedsinternet for husstandskunder. Den anfægtede beslutning har således til formål at efterprøve den praksis, der tilregnes sagsøgerens selvstændige datterselskab, som er aktivt på et marked, hvor sagsøgeren ikke er til stede. Under disse omstændigheder skulle Kommissionen for at opfylde sin begrundelsespligt have redegjort for grundene til, at sagsøgeren var omhandlet personligt af en kontrolundersøgelse, der har til formål at efterprøve de formodninger for overtrædelse, som er omhandlet i den anfægtede beslutnings artikel 1.
- 37 Den anfægtede beslutning giver ikke sagsøgeren mulighed for at vide, om sagsøgeren personligt skal anse sig for mistænkt af Kommissionen i den påståede iværksættelse af den i den anfægtede beslutning nævnte praksis, og om sagsøgeren således mistænkes for personligt at have overtrådt artikel 82 EF, hvilket tilsidesætter det krav, der er fastsat i Domstolens dom af 22. oktober 2002, Roquette Frères (sag C-94/00, Sml. I, s. 9011), hvorefter Kommissionen skal give en beskrivelse af, hvorledes den virksomhed, som tvangsindgrebene vedrører, formodes at være delagtig i overtrædelsen.
- 38 At sagsøgeren i 2004 erhvervede Wanadoos samlede kapital, begrundes ikke Kommissionens synspunkt i den anfægtede beslutning. Sagsøgeren anfører, at de af

denne beslutning omhandlede priser er priserne på de tilbud, der lanceredes i januar 2004, hvor sagsøgeren kun besad ca. 70% af Wanadoos kapital, idet erhvervelsen af dette selskabs samlede kapital først fandt sted efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Formodningen for, at et datterselskab er under moderselskabets bestemmende indflydelse, svækkes desuden, såfremt datterselskabet selvstændigt bestemmer sin politik. I denne sag blev Wanadoos selvstændighed fastslået i beslutningen af 16. juli 2003. Kommissionen kan ikke ændre denne konstatering alene med den implicitte begrundelse, at sagsøgeren har forhøjet sin andel af Wanadoos kapital efter den i den anfægtede beslutning omhandlede prisfastsættelse.

39 Derudover er Kommissionens standpunkt selvmodsigende. Kommissionens opfattelse indtil vedtagelsen af den anfægtede beslutning og denne beslutnings artikel 1 bekræfter, at de af Wanadoo praktiserede tilbud og priser ansås for at henhøre under denne virksomheds politik og ikke under en koncernpolitik.

40 Kommissionen har for det første svaret ved at redegøre for de krav, den er pålagt ved retspraksis på området for begrundelse af kontrolundersøgelsesbeslutninger. Artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 fastsætter de væsentlige elementer, der skal fremgå af begrundelsen for en beslutning om kontrolundersøgelse, og foreskriver, at den skal angive undersøgelsens genstand og formål. Retspraksis har, for så vidt angår artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne af artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81), hvis affattelse i det væsentlige er gentaget i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, præciseret, at Kommissionen ikke har pligt til at meddele adressaten for en beslutning om undersøgelse alle de oplysninger, som den råder over vedrørende formodede overtrædelser, eller at foretage en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser, men at den klart skal angive de formodninger, som den agter at undersøge. Den anfægtede beslutning har ifølge Kommissionen overholdt disse forskrifter.

- 41 Med hensyn til sagsøgerens første klagepunkt understreger Kommissionen for det første, at sagsøgeren er moderselskab for Wanadoo-koncernen, hvori den besad 95,94% af kapitalen før vedtagelsen af den anfægtede beslutning. At sagsøgeren er en selvstændig juridisk person i forhold til Wanadoo, betyder ikke, at sagsøgeren er en selvstændig virksomhed som omhandlet i Fællesskabets konkurrenceret. Hvis en virksomhed besidder hele kapitalen i en anden virksomhed, er der en formodning for, at den første udøver kontrol med den anden, og dermed en formodning for dens delagtighed, såfremt den anden virksomhed gør sig skyldig i en overtrædelse. Kommissionen var ikke forpligtet til at redegøre for disse elementer i sin beslutning, da begrundelsespligten ikke kræver, at alle de relevante faktiske og retlige oplysninger skal specificeres. Sagsøgerens henvisning til beslutningen af 16. juli 2003 er i øvrigt ikke relevant, da sagsøgeren siden dette tidspunkt har øget sin andel af Wanadoos kapital.
- 42 Selv om forøgelsen af sagsøgerens andel af Wanadoos kapital først fik virkning i forbindelse med lanceringen af de nye tilbud i januar 2004, forventede markederne, at Wanadoo blev reintegreret i France Télécom-koncernen. Kommissionen har med rette kunnet antage, at Wanadoos integreringsproces i hvert fald allerede var på forberedelsesstadiet, da de nye tilbud blev lanceret, og at sagsøgeren på dette stadium havde interesse i en nøjere kontrol med sit datterselskabs beslutninger på området for prisfastsættelse. Det er i øvrigt sandsynligt, at moderselskabet efter en beslutning, der erklærer et datterselskabs prispolitik ulovlig, involverer sig nærmere i dettes prisfastsættelse.
- 43 For det andet skal Kommissionen for at gennemføre en kontrolundersøgelse ikke være sikker på den kontrollerede virksomheds direkte delagtighed i den formodede overtrædelse eller kunne angive hver kontrolleret virksomheds nøjagtige rolle heri. Når France Télécom er moderselskab for Wanadoo, og der nærmere er redegjort for dettes formodede overtrædelser, er grunden til, at sagsøgeren er omhandlet, åbenbar. Det er således logisk at antage, at noget af det eftersøgte materiale også kan befinde sig i sagsøgerens lokaler.

- 44 Det forhold, at intet element for så vidt angår de overtrædelser, der er fastslået i beslutningen af 16. juli 2003, har vist, at Wanadoo handlede på grundlag af sit moderselskabs instrukser, er ikke relevant, idet denne konstatering ikke kan gælde for fremtidige situationer.
- 45 For det tredje angiver den anfægtede beslutning klart, hvordan sagsøgeren formodes at være delagtig i den formodede overtrædelse. Den beskrevne prisfastsættelsespraksis svarer, hvis den blev godtgjort, til at opkræve urimelige salgspriser som omhandlet i artikel 82 EF, hvilket, såfremt det drejer sig om en virksomhedsgruppe som i den foreliggende sag, kan kvalificeres enten som underbudspriser eller som prisklemme. En nøjagtig retlig kvalificering af de formodede overtrædelser eller en angivelse af den periode, hvor disse overtrædelser er begået, kræves ikke. Spørgsmålet om tilregningen til moderselskabet af den af et datterselskab begåede overtrædelse er i øvrigt irrelevant i den foreliggende sag.
- 46 Endelig kan Kommissionen under alle omstændigheder påbyde en kontrolundersøgelse, hvis den med rette kan antage, at oplysninger af relevans for en undersøgelse befinder sig i en virksomheds lokaler, selv om det efterfølgende måtte vise sig, at den pågældende virksomhed ikke er direkte involveret i den formodede overtrædelse.

— Rettens bemærkninger

- 47 Indledningsvis skal der erindres om principperne for den begrundelsespligt, der påhviler Kommissionen, når den vedtager en beslutning om en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

- 48 Forpligtelsen til at begrunde en individuel beslutning, som generelt fremgår af artikel 253 EF, har til formål at gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at efterprøve beslutningens lovlighed og at give den berørte oplysninger, der er tilstrækkelige til, at det kan afgøres, om der er grundlag for beslutningen, eller om den muligvis er behæftet med en sådan mangel, at dens gyldighed kan anfægtes. Omfanget af begrundelsespligten afhænger af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget (Domstolens dom af 25.10.1984, sag 185/83, *Instituut Electronenmicroscopie*, Sml. s. 3623, præmis 38, og *Rettens* dom af 15.6.2005, sag T-349/03, *Corsica Ferries France mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2197, præmis 62 og 63).
- 49 For så vidt angår Kommissionens beslutninger om kontrolundersøgelse bemærkes, at artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 definerer de væsentlige oplysninger, der skal fremgå af begrundelsen for en sådan beslutning, og pålægger Kommissionen at begrunde den ved at angive undersøgelsens genstand og formål, tidspunktet for dens påbegyndelse, de i nævnte forordnings artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner og adgangen til at indbringe beslutningen for Fællesskabets retsinstanser.
- 50 Begrundelsen for en beslutning om en kontrolundersøgelse har således til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb inden for de pågældende virksomheder er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomhederne bliver bekendt med omfanget af deres samarbejdspligt, samtidig med at deres ret til kontradiktion bevares (jf. vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, *Hoechst mod Kommissionen*, Sml. s. 2859, præmis 29, og *Roquette Frères-dommen*, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 47).
- 51 Kravet om, at Kommissionen skal angive genstanden for og formålet med en kontrolundersøgelse, udgør således en grundlæggende garanti for de berørte virksomheders ret til kontradiktion, og følgelig kan omfanget af forpligtelsen til at begrunde kontrolundersøgelser ikke begrænses på grundlag af betragtninger vedrørende undersøgelsens effektivitet. Selv om Kommissionen ikke har pligt til at meddele adressaten for en sådan beslutning alle de oplysninger, den råder over vedrørende formodede overtrædelser, eller præcist at afgrænse det relevante marked

og foretage en nøjagtig retlig kvalificering af overtrædelserne eller af den periode, hvor overtrædelserne må antages at have fundet sted, påhviler det derimod Kommissionen så klart som muligt at angive de formodninger, den ønsker kontrolleret, hvad der efterspores, og hvad kontrolundersøgelsen skal vedrøre (jf. vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom af 17.10.1989, sag 85/87, Dow Benelux mod Kommissionen, Sml. s. 3137, præmis 10, dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt i præmis 50 ovenfor, præmis 41, og Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 48).

- 52 Kommissionen har i den henseende desuden pligt til i en kontrolundersøgelsesbeslutning at redegøre for den formodede overtrædelses væsentlige kendetegn ved at angive det formodede relevante marked og arten af de konkurrencebegrænsninger, der er mistanke om, en beskrivelse af, hvorledes den af undersøgelsen omhandlede virksomhed formodes at være delagtig i overtrædelserne, hvad der efterspores, og de oplysninger, som kontrolundersøgelsen skal vedrøre, samt de beføjelser, der er tillagt Fællesskabets undersøgere (jf. vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom af 26.6.1980, sag 136/79, National Panasonic mod Kommissionen, Sml. s. 2033, præmis 26, og Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 81, 83 og 99).
- 53 For at klarlægge kontrolundersøgelsens berettigelse skal Kommissionen i enkeltheder i kontrolundersøgelsesbeslutningen vise, at den råder over tungtvejende, konkrete oplysninger og indicier, der begrundet dens mistanke om, at den af undersøgelsen omfattede virksomhed har begået den formodede overtrædelse (jf. vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 55, 61 og 99).
- 54 Selv om den anfægtede beslutning i den foreliggende sag er affattet i generelle vendinger, indeholder den ikke desto mindre de væsentlige oplysninger, der kræves i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 og retspraksis.

55 Det fremgår således af den anfægtede beslutnings væsentlige elementer, som er gengivet i præmis 22-24 ovenfor, at beslutningen angiver kontrolundersøgelsens genstand og formål ved at vise de væsentlige kendetegn ved den overtrædelse, der er mistanke om, og redegøre for det formodede relevante marked — adgang til højhastighedsinternettet for husstandskunder i Frankrig — arten af de konkurrencebegrænsninger, der er mistanke om — en prisfastsættelse, der er i strid med artikel 82 EF, ved at angive betydningen af sagsøgerens option 5-priser ved fastlæggelsen af disse overtrædelsers eksistens — forklaringer med hensyn til, hvordan Wanadoo formodes at være delagtig i overtrædelsen, og den rolle, som sagsøgeren har kunnet spille — sagsøgeren kunne være informeret herom eller kunne være i besiddelse af visse elementer, som gør det muligt at bevise den formodede overtrædelse — hvad der efterspores, og hvad undersøgelsen skulle dreje sig om — oplysninger vedrørende denne praksis, navnlig elementer, der gør det muligt at godtgøre graden af dækning af Wanadoos omkostninger, og som vedrører en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, som kun er meddelt nogle af sagsøgerens eller Wanadoos medarbejdere, og som skal efterspores både i Wanadoos og sagsøgerens lokaler, bøger og andre forretningspapirer og eventuelt mundtligt — de beføjelser, der er tillagt Fællesskabets undersøgere, tidspunktet for undersøgelsens påbegyndelse — den 2. juni 2004 — de i artikel 23 og 24 i forordning nr. 1/2003 fastsatte sanktioner samt adgangen til at indbringe beslutningen for Retten. Det var i øvrigt almindeligt kendt i Frankrig på daværende tidspunkt, at sagsøgeren var Wanadoos moderselskab.

56 Med hensyn til kontrolundersøgelsens berettigelse viser den anfægtede beslutning i enkeltheder, at Kommissionen i sine sagsakter rådede over tungtvejende, konkrete oplysninger og indicier, der kunne begrunde dens mistanke om Wanadoos — sagsøgerens datterselskab — overtrædelse af konkurrencereglerne, og gav den grundlag for at nære mistanke om, at visse oplysninger, bl.a. dem, der vedrørte en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, kunne være blevet meddelt nogle af sagsøgerens medarbejdere.

57 Den anfægtede beslutning findes således at være tilstrækkeligt begrundet i forhold til kravene i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 og retspraksis. I lyset af den sammenhæng, hvor, den blev vedtaget, kan de elementer, der er nævnt af sagsøgeren i forbindelse med dette klagepunkt, ikke afkræfte denne konklusion.



- 58 Det er for det første korrekt, at den anfægtede beslutning specifikt lader kontrolundersøgelsen vedrøre de ti Wanadoo-tilbud, der er nævnt deri. Som det imidlertid fremgår af præmis 55 ovenfor, redegøres der ligeledes for grunden til, at sagsøgeren er adressat for den anfægtede beslutning og grunden til sagsøgerens personlige delagtighed i den påbudte kontrolundersøgelse, nemlig i det væsentlige det forhold, at Kommissionen nærrede mistanke om, at visse beviser kunne befinde sig i sagsøgerens lokaler, eller at sagsøgeren kunne være informeret om datterselskabets strategi. I betragtning af den sammenhæng, hvori den anfægtede beslutning blev vedtaget, hvilket sagsøgeren selv anerkender som et relevant element for at fastslå omfanget af den begrundelsespligt, der påhvilede Kommissionen, var denne præcisering tilstrækkelig til at opfylde begrundelsespligten med hensyn til angivelsen af den pågældende kontrolundersøgelses genstand og formål.
- 59 For det første er det ubestridt, at France Télécom på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var Wanadoos moderselskab, og at det ikke kunne være uvidende om, at dets datterselskab ved beslutning af 16. juli 2003 var blevet dømt for at have overtrådt artikel 82 EF. Kommissionen kunne således med rette formode, at visse beviser kunne være skjult i sagsøgerens lokaler.
- 60 For det andet viser beslutningen af 16. juli 2003, at sagsøgeren allerede i denne sag havde været genstand for begæringer om oplysninger. Denne beslutning er endvidere, bl.a. med henblik på analysen af Wanadoos strategi for at blive førende på markedet for tjenester for adgang til højhastighedsinternet, baseret på baggrundselementer, hvoraf nogle kommer fra sagsøgeren, og andre er blevet forelagt af Wanadoo, og som vidner om en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter samt om Wanadoos dominerende stilling. Kommissionen påpeger endvidere elementer, der illustrerer France Télécom-koncernens samlede politik over for konkurrencen på det berørte marked, og understreger med rette, at den af et datterselskab forfulgte strategi ikke fuldstændigt kan adskilles fra moderselskabets mål.
- 61 Navnlig på baggrund af den rolle, der allerede er spillet af visse af sagsøgerens dokumenter og den af sagsøgeren forfulgte koncernstrategi med henblik på at fastslå

en overtrædelse fra datterselskabets side, selv om sidstnævntes uafhængighed med hensyn til fastsættelsen af sine detailpriser ikke blev drøftet, er den anfægtede beslutnings manglende begrundelse med hensyn til betegnelsen af sagsøgeren som adressat for den anfægtede beslutning og med hensyn til sagsøgerens personlige delagtighed i den i den foreliggende sag foretagne kontrolundersøgelse ikke godtgjort.

62 Det nøjagtige niveau for sagsøgerens andel af Wanadoos kapital er ikke relevant i denne henseende, da dette i den konkrete sag under alle omstændigheder er tilstrækkeligt til at fastslå, at sagsøgeren på tidspunktet for de pågældende faktiske omstændigheder var Wanadoos moderselskab. Retten fastslår desuden, at det fremgår af sagsøgerens svar på Rettens skriftlige spørgsmål, at den 28. april 2004, dvs. før vedtagelsen af den anfægtede beslutning, besad sagsøgeren direkte eller indirekte 95,25% af datterselskabet Wanadoos kapital.

63 At det eventuelt ikke er muligt at tilregne sagsøgeren Wanadoos konkurrencebe- grænsende adfærd, hvis den måtte blive godtgjort, er heller ikke relevant. Dette kan faktisk følge af en saglig analyse af en sag, men gør det ikke muligt at forbyde en kontrolundersøgelse i moderselskabets lokaler, idet denne kontrolundersøgelse netop har til formål at fastlægge de berørte virksomheders nøjagtige rolle i den pågældende overtrædelse. Retspraksis kræver således ikke, at der foretages en nøjagtig retlig kvalificering af de formodede overtrædelser i beslutningen om en kontrolundersøgelse (jf. vedrørende forordning nr. 17 dommen i sagen Dow Benelux mod Kommissionen, nævnt i præmis 51 ovenfor, præmis 10). Hertil kommer, at det allerede er fastslået, at i den foreliggende sag var den anfægtede beslutning begrundet på tilstrækkelig måde ved, at Kommissionen med rette kunne formode, at visse relevante beviselementer kunne befinde sig i sagsøgerens lokaler. Endvidere fremgår det ikke af den anfægtede beslutning, at Kommissionen har betvivlet Wanadoos uafhængige adfærd på det af undersøgelsen omfattede marked, hvilket blev anerkendt i beslutningen af 16. juli 2003.

- 64 For det andet er det med hensyn til argumentet om, at den påståede utilstrækkelige begrundelse ikke har givet sagsøgeren mulighed for at vurdere, om sagsøgeren måtte betragte sig som personligt involveret i overtrædelsen, tilstrækkeligt at påpege, at som det er anført ovenfor, angiver både den anfægtede beslutnings indhold og den sammenhæng, hvori den er vedtaget, klart, hvordan sagsøgeren formodes at være delagtig i overtrædelsen.
- 65 Det fremgår ligeledes af det ovenstående, at den anfægtede beslutning ikke er behæftet med nogen selvmodsigelse i forhold til Kommissionens tidligere standpunkt, hvilket ville have krævet en særlig begrundelse. Dette klagepunkt kan derfor ikke tages til følge.

Det andet klagepunkt — vedrørende den anfægtede beslutnings manglende begrundelse med hensyn til visse baggrundselementer

— Parternes argumenter

- 66 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke har begrundet sin beslutning om at foretage den pågældende kontrolundersøgelse i lyset af beslutningen af 16. juli 2003, sagen for konkurrencerådet og konkurrencerådets afgørelse.
- 67 For det første skulle undersøgelsens nødvendighed og forholdsmæssighed samt henvisningen til risikoen for at skjule eller tilintetgøre oplysninger have været begrundet med henvisning til eksistensen af påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003.

- 68 Når Kommissionen for det andet fandt undersøgelsen nødvendig trods den verserende sag for konkurrencerådet og den omstændighed, at dette ikke tog AOL's begæring om retssikrende foranstaltninger til følge, var det op til Kommissionen at forklare og begrunde det, så meget mere med hensyn til den påbudte kontrolundersøgelse hos sagsøgeren.
- 69 Kommissionens manglende opfyldelse af sin begrundelsespligt er desuden påvist ved, at Kommissionen, blandt de baggrundselementer, der var fremført i dens svarskrift, henviste til beslutningen af 16. juli 2003, til, at den anfægtede beslutning var opfølgningen af denne, til den verserende sag for konkurrencerådet og dens beslutning om en saglig behandling af sagen.
- 70 De forklaringer, der er givet efterfølgende i svarskriftet, kan under ingen omstændigheder afhjælpe den manglende begrundelse, som den anfægtede beslutning er behæftet med. Begrundelsespligten pålagde Kommissionen at præcisere, at den i beslutningen anførte formodning om overtrædelse skyldtes dens udveksling af oplysninger med den franske konkurrencemyndighed i forbindelse med dennes undersøgelse af AOL's klage, og at den anfægtede beslutning fulgte af dens forudgående beslutning om at behandle denne klages realitet. Den manglende opfyldelse af begrundelsespligten i den foreliggende sag er så meget alvorligere, som Kommissionen i henhold til punkt 34 i meddelelsen skulle have underrettet sagsøgeren om sin beslutning om at behandle sagens realitet.
- 71 Kommissionen har heroverfor svaret vedrørende beslutningen af 16. juli 2003 og de ved denne pålagte kontrolforanstaltninger, at den anfægtede beslutning nævner, at Kommissionen har modtaget oplysninger, der tyder på, at de berørte tilbud indgår i en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter. Opnåelsen af sådanne elementer kan ikke ske blot ved en anmodning om oplysninger om omkostninger og priser. Det fremgår desuden af den anfægtede beslutning, at Kommissionen på grundlag af oplysninger nærede mistanke om en ny overtrædelse af artikel 82 EF, trods den kontrol, der var indført ved beslutningen af 16. juli 2003, hvilket indebærer, at der var stor risiko for, at de oplysninger, der var meddelt af Wanadoo i forbindelse med denne kontrol, havde været mangelfulde eller unøjagtige.

72 Den manglende henvisning til konkurrencerådets afgørelse og den verserende sag for dette kan dernæst ikke udgøre en kvalificeret begrundelsesmangel, idet det ikke har kunnet skade sagsøgeren, at disse oplysninger ikke er nævnt. Kommissionen har heller ikke pligt til i en beslutning om en kontrolundersøgelse at angive sine kilder. Kommissionen tilføjer subsidiært, at når konkurrencerådet ikke har taget begæringen om retssikrende foranstaltninger til følge, skydes dette ikke den formodede overtrædelses realitet, men grunde i tilknytning til betingelserne for anordning af foreløbige forholdsregler. Under alle omstændigheder har sagsøgeren ikke påvist, hvordan det forhold, at Kommissionen ikke har henvist til den verserende sag for konkurrencerådet, ikke havde givet sagsøgeren mulighed for at forstå den påbudte kontrolundersøgelses genstand og formål.

73 Endelig er argumentet om angivelse i svarskriftet af informationsmateriale, som ikke var nærmere beskrevet i den anfægtede beslutning, ikke relevant. Den omstændighed, at sagsøgeren ikke var bekendt med, at Kommissionen havde besluttet at behandle sagens realitet, var navnlig ikke nødvendig for at forstå kontrolundersøgelsens genstand og formål eller omfanget af det eftersporede. Punkt 34 i meddelelsen forpligter i øvrigt ikke Kommissionen til at orientere den berørte virksomhed i form af en beslutning.

#### — Rettens bemærkninger

74 Det fremgår af analysen i præmis 47-57 ovenfor, at den anfægtede beslutning opfylder den generelle begrundelsespligt, der er pålagt Kommissionen ved artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 og ved retspraksis. Det skal derfor fastslås, om Kommissionen i den foreliggende sag ikke desto mindre, for at opfylde denne forpligtelse, ligeledes skulle begrunde den anfægtede beslutning i lyset af de af sagsøgeren nævnte elementer i dette klagepunkt.

- 75 Det skal for det første bemærkes, at det er ubestridt, at de forskellige af sagsøgeren påberåbte baggrundselementer var kendt af det sagsøgende selskab, da det fik meddelelse om den anfægtede beslutning, og da kontrolundersøgelsen fandt sted. At de ikke er nævnt i den anfægtede beslutning, kan således ikke have skadet sagsøgerens kontradiktionsret.
- 76 For det andet bemærkes vedrørende påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003, at det fremgår af den anfægtede beslutning, at trods disse var Kommissionen i besiddelse af oplysninger, der dannede grundlag for dens mistanke om Wanadoos overtrædelse af artikel 82 EF. Med andre ord var Kommissionen i sine sagsakter i besiddelse af oplysninger, der tydede på, at Wanadoo ikke rettede sig efter disse påbud. Endvidere var formålet med kontrolundersøgelsen desuden at opnå oplysninger, der kunne afsløre et forsæt om udelukkelse af konkurrenter, og som man vanskeligt kan forestille sig — selv hvis det antages, at de var omfattet af de pågældende påbud — spontant ville blive meddelt Kommissionen enten af sagsøgeren eller Wanadoo inden for rammerne af disse påbud. Påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003 var således uden virkning på det hensigtsmæssige i at gennemføre den ved den anfægtede beslutning påbudte kontrolundersøgelse. Kommissionen skulle derfor ikke begrunde den specifikt i forhold til disse påbud.
- 77 For det tredje bemærkes med hensyn til henvisningen til risikoen for, at oplysninger ville blive skjult eller tilintetgjort, at denne ikke kan påvise, at Kommissionen ikke har overholdt sin begrundelsespligt. Det er nemlig ubestridt, at blandt de eftersporede elementer, navnlig de, der kunne afsløre en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, findes der elementer, som generelt skjules eller er udsat for en risiko for tilintetgørelse, hvis der foretages en undersøgelse. Som fastslået ovenfor, var det desuden rimeligt for Kommissionen at antage, at sådanne elementer under ingen omstændigheder ville være blevet meddelt den spontant inden for rammerne af påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003.
- 78 For det fjerde bemærkes med hensyn til den verserende sag for konkurrencerådet og den omstændighed, at det ikke tog AOL's begæring om rettsikrende foranstaltninger

til følge, at fællesskabsretten principielt ikke kræver, at Kommissionen begrundet en beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse i forhold til eventuelle parallelle nationale procedurer. Endvidere støtter konkurrencerådets afgørelse i realiteten den af Kommissionen påbudte undersøgelsesforanstaltning. I den nævnte afgørelse påpeger konkurrencerådet ganske vist, at »hverken sektoren eller de virksomheder, den består af, synes at have lidt et alvorligt og umiddelbart tab som følge af Wanadoos prispraksis«, men finder ikke desto mindre, at »det kan ikke udelukkes, at en vis prispraksis iværksat af Wanadoo er omfattet af anvendelsesområdet [...] for artikel 82 [EF], for så vidt som denne praksis påvirker en væsentlig del af det nationale område«. Det forhold, at de begærede retssikrende foranstaltninger ikke blev taget til følge, begrundes således med, at der ikke foreligger et manglende alvorligt og umiddelbart tab for sektoren eller sektorens virksomheder eller et umiddelbart tab for forbrugerne, med andre ord med manglende uopsættelighed og ikke med, at den klage, der var forelagt det, var åbenbart grundløs. Denne afgørelse tager i øvrigt ikke stilling til, hvilket standspunkt sagsøgeren havde eller ikke havde indtaget i forhold til den overtrædelse, som selskabets datterselskab er mistænkt for. Den gør det derfor ikke muligt at konkludere, at den ved den anfægtede beslutning påbudte kontrolundersøgelse ikke var relevant, og derfor var Kommissionen ikke forpligtet til at give en specifik begrundelse for den anfægtede beslutning i forhold til den verserende sag for konkurrencerådet eller konkurrencerådets afgørelse.

79 For det femte bemærkes, at det forhold, at disse elementer er nævnt i det svarskrift, Kommissionen har indgivet til Retten, heller ikke er relevant. Indholdet af et svarskrift har navnlig til formål at oplyse Retten om den faktiske og retlige baggrund for den sag, der er indbragt for den, inden for hvis rammer den omtvistede beslutning indgår, og som Retten i modsætning til parterne i tvisten ikke har kendskab til. Manglende baggrundselementer i en beslutning, der er genstand for et annullationssøgsmål, som efterfølgende indbringes for Retten i forbindelse med en parts beskrivelse af de omstændigheder, hvorunder tvisten, som er indbragt for den, er forløbet, kan derfor ikke som sådan godtgøre en manglende overholdelse af pligten til at begrunde den omtvistede beslutning.

80 For det sjette bemærkes, at det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen havde hørt den kompetente konkurrencemyndighed, inden den gennemførte kontrolundersøgelsen. Endvidere har Kommissionen, som det allerede

er fastslået, ikke pligt til i en kontrolundersøgelsesbeslutning at angive alle de oplysninger, som den råder over vedrørende den formodede overtrædelse. Endelig bemærkes, at punkt 34 i meddelelsen ganske vist angiver, at »[h]vis en sag tilbageføres inden for netværket [af konkurrencemyndigheder], informeres de berørte virksomheder [...] herom hurtigst muligt«. Punkt 5 i samme meddelelse anfører udtrykkeligt, at »hvert medlem af netværket har frie hænder til at træffe beslutning om at foretage undersøgelse af en sag«, og punkt 4 og 31 præciserer henholdsvis, at »konsultationer og informationsudvekslinger inden for netværket er en sag mellem de offentlige retshåndhævende myndigheder«, og at »tildeling af sager giver ikke virksomheder, der er delagtige i overtrædelsen [...], en individuel ret til at få sagen behandlet af en bestemt myndighed«. Kommissionen havde således bevaret sin ret til at foretage den påbudte kontrolundersøgelse, og uanset indholdet af Kommissionens svarskrift er den af sagsøgeren påståede manglende overholdelse af begrundelsespligten i henhold til punkt 34 i meddelelsen ikke godtgjort.

81 Det følger heraf, at det andet klagepunkt ikke kan tages til følge.

Det tredje klagepunkt vedrørende sagsøgerens manglende mulighed for at forstå den tvivl, Kommissionen har givet udtryk for med hensyn til option 5-priserne

— Parternes argumenter

82 Sagsøgeren hævder, at den anfægtede beslutning tilsidesætter begrundelsespligten og kontradiktionsretten ved i sine betragtninger at rette opmærksomheden mod option 5 og tilregne den en prisklemmeeffekt, uden at opmærksomheden er rettet mod option 5 eller prisnedsættelsen for denne option i konklusionen. Kontrolundersøgelsen kan således ikke anses for at være påbudt for at efterprøve en formodning for overtrædelse mod sagsøgeren, og Kommissionen har undladt entydigt og forskriftsmæssigt at præcisere den mistanke, der var rettet mod de nye option 5-priser.



- 83 Navnlig for så vidt angår mistanken om prisklemmen er den i modstrid med både ordlyden af den anfægtede beslutnings artikel 1 og med fjerde betragtning til denne. Kommissionen havde mistanke om og efterprøvede, om der forelå en prisfastsættelse — sagsøgerens option 5-priser — som der ikke i den anfægtede beslutnings artikel 1 næres mistanke til, og som er udelukket fra undersøgelsesområdet ved beslutningens fjerde betragtning.
- 84 Der er desuden en grundlæggende forskel mellem på den ene side at tage hensyn til option 5-priserne som analyseelement for med hensyn til disse prisers omkostninger at efterprøve, at der ikke er tale om underbud i Wanadoos detailtilbudspris, og på den anden side at rette mistanken mod disse priser i sig selv, hvilket den anfægtede beslutning gør.
- 85 Det fremgår desuden af beslutningen af 16. juli 2003, at der ikke kan næres mistanke om prisklemme mod sagsøgeren på grund af engrosprisen for dets option 5 i forhold til de af Wanadoo praktiserede detailpriser, idet der er tale om selvstændige og uafhængige virksomheders priser, virksomheder, der er aktive på forskellige markeder. Man kan heller ikke på samme tid nære mistanke med hensyn til lovligheden af option 5-priserne og anvende dem som retsgrundlag for en mistanke om, at Wanadoo praktiserer underbudspriser. Endvidere kan lovligheden af option 5 ikke gøres afhængig af niveauet for de detailpriser, der praktiseres af leverandørerne af internetadgang, herunder Wanadoos priser. Beslutningen indeholder derfor ingen forklaring på dette væsentlige punkt og udviser således en manglende overholdelse af begrundelsespligten.
- 86 Endelig lader Kommissionen forstå, at option 5-priserne er for høje, men udtrykker på samme tid tvivl vedrørende den nedsættelse af disse priser, der fandt sted i januar 2004.

- 87 Den af Kommissionen udtrykte tvivl i den anfægtede beslutning med hensyn til nedsættelsen af option 5-priserne er desuden utilstrækkeligt begrundet. Kommissionen havde, før den vedtog den anfægtede beslutning, været bekendt med, at sagsøgeren ikke frit kunne ændre priserne, og at denne prisnedsættelse var blevet godkendt af de kompetente franske myndigheder.
- 88 Den tvivl, der er kommet til udtryk i den anfægtede beslutning vedrørende option 5-priserne, skulle således have været forklaret og begrundet specifikt. Sagsøgeren har især påpeget, at de tre konsulterede franske myndigheder under processen til vedtagelse af de nye priser havde udelukket en prisklemmeeffekt for disse prisers vedkommende. AOL havde ligeledes påtalt, at option 5-priserne skabte en prisklemmeeffekt, men konkurrencerådet anvendte ikke dette klagepunkt som *prima facie*-bevis.
- 89 Kommissionen har for det første svaret, at den anfægtede beslutning ikke omhandler option 5-priserne isoleret, men omhandler de nye priser for internetadgang ved ADSL for den brede offentlighed i Frankrig og dermed de af Wanadoo og/eller France Télécom fastsatte detailpriser. Hvis forholdet mellem disse priser og option 5-priserne udgør et absolut nødvendigt analyseaspekt, kan underbud eller prisklemmeeffekten ikke udelukkes allerede på grund af, at option 5-priserne er godkendt af en offentlig myndighed. Sagsøgerens argumenter bør derfor forkastes. At ART har godkendt option 5-prisnedsættelserne, udelukker navnlig ikke, at France Télécom som koncern kan overtræde artikel 82 EF ved en prisklemmeeffekt, for så vidt som detailsalgsprisen ikke er reguleret.
- 90 Sagsøgeren sammenblander den konkurrencebegrænsende praksis, som Kommissionens mistanke er rettet imod, og som er klart anført i den anfægtede beslutnings artikel 1, og som definerer anvendelsesområdet for den anfægtede beslutning, med priserne og de øvrige faktiske omstændigheder, som Kommissionen agter at efterprøve ved kontrolundersøgelsen. Inden for den retlige kategori urimelige priser angiver den anfægtede beslutning, at Kommissionen for det første ville undersøge, om der var tale om en eventuel underbudspris, og for det andet, om der var tale om

en prisklemme, en undersøgelse, i hvilken engrospriserne var et absolut nødvendigt analyseaspekt. Kommissionens mistanke vedrørte således ikke option 5-priserne som sådan, men begrænsningen af det økonomiske rum mellem option 5 og detailpriserne gennem en nedsættelse af detailpriserne. Der er således ingen selvmodsigelse mellem betragtningerne til den anfægtede beslutning og dens artikel 1.

- 91 I forbindelse med en kontrolundersøgellesbeslutning er der desuden ikke behov for at påvise, at der foreligger en overtrædelse, men kun en mistanke om overtrædelse. Sagsøgeren har imidlertid ikke påvist, at Kommissionen ikke med rimelighed kunne formode, at der forelå en overtrædelse, eller hvorledes omtalen af de successive godkendelser af option 5-priserne på nationalt plan var nødvendig for, at den anfægtede beslutning var begrundet i tilstrækkeligt omfang.
- 92 Henvisningen til beslutningen af 16. juli 2003 er ikke relevant. Kommissionen har med rette kunnet mene, at i løbet af Wanadoos integrering i France Télécom og dermed i gyldighedsperioden for de berørte tilbud kunne Wanadoo have mistet beføjelsen til selvstændigt at fastsætte sine detailpriser i forhold til sagsøgeren.
- 93 Når kravene om begrundelse af den anfægtede beslutning er opfyldt, har Kommissionen ikke pligt til udtømmende at redegøre for alle de oplysninger, som den har kendskab til, bl.a. ikke for eksistensen af nationale godkendelser af option 5-priserne. Sagsøgeren havde endvidere haft kendskab til disse oplysninger, og en manglende omtale af dem har ikke kunnet påvirke kontradiktionsretten.

— Rettens bemærkninger

- 94 Sagsøgeren kritiserer i det væsentlige Kommissionen for i den anfægtede beslutning at have anset option 5-priserne for mistænkelige uden imidlertid klart at gøre rede

for den mistanke, den nærede med hensyn til dem, eller begrunde sit standpunkt i forhold til sin beslutning af 16. juli 2003 og forskellige nationale afgørelser.

95 Som det fremgår af den anfægtede beslutnings væsentlige elementer, som er gengivet i præmis 22 og 23 ovenfor, anfører beslutningen vedrørende option 5 dog, at det lille økonomiske rum mellem Wanadoos detailpriser og sagsøgerens option 5-priser skaber en prisklemme for Wanadoos konkurrenter, der baserer deres tilbud på option 5, og dette til trods for den i januar 2004 foretagne nedsættelse af option 5-priserne. Det tilføjes, at dette lille rum havde begrænset adgangen til markedet for Wanadoos konkurrenter og bragt de allerede tilstedeværende i fare. Den anfægtede beslutning angiver i øvrigt, at Wanadoo praktiserede tilbud under sine omkostninger. Den konkluderer, at denne prispraksis svarer til at opkræve en urimelig salgspris.

96 Det må således fastslås, at den anfægtede beslutning er klart begrundet, og at den ikke formulerer nogen mistanke om overtrædelse af artikel 82 EF over for sagsøgeren for så vidt angår dennes option 5-priser. Endvidere er det med rette, at sagsøgerens option 5-priser er nævnt i begrundelsen for den anfægtede beslutning uden dog at figurere blandt de elementer, som kontrolundersøgelsen vedrører i henhold til dens artikel 1. Den anfægtede beslutning begrænser sig således til at henvise til disse som referencepunkt, der tjener til dels at fastslå, at Wanadoos detailpriser eventuelt har karakter af underbud, idet option 5-priserne skal tages i betragtning ved beregningen af Wanadoos omkostninger, dels til, at der foreligger en eventuel prisklemme som følge af Wanadoos for lave detailpriser. Som det allerede er fastslået, anerkender retspraksis i øvrigt, at i kontrolundersøgelsesfasen, som den foreliggende sag alene drejer sig om, er Kommissionen ikke forpligtet til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af de formodede overtrædelser (jf. vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom af 17.10.1989, forenede sager 97/87-99/87, Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3165, præmis 45).

97 Den omstændighed, at Kommissionen eventuelt ikke i en senere fase af proceduren er i stand til at godtgøre eksistensen af en prisklemme, er ikke relevant. Dels henhører dette spørgsmål under en analyse af realiteten, som gennemføres på

grundlag af oplysninger, der er indsamlet under den pågældende kontrolundersøgelse, og skal derfor ikke undersøges inden for rammerne af kontrollen med Kommissionens overholdelse af den begrundelsespligt, som påhviler den. På den anden side er Kommissionen under ingen omstændigheder, ved sin realitetsanalyse af de indsamlede elementer, forpligtet af den retlige kvalificering, som den måtte have foretaget af visse overtrædelser i en beslutning om kontrolundersøgelse, idet dens eneste forpligtelse i denne henseende er, at sandsynligheden for, at de formodede overtrædelser har eksisteret, forekommer tilstrækkelig på baggrund af de elementer, der er angivet i beslutningen om kontrolundersøgelsen for at begrunde anvendelsen af kontrolundersøgelsen. Det fremgår imidlertid af den analyse, der navnlig er foretaget i præmis 55-63 ovenfor, at dette er tilfældet i den foreliggende sag.

98 Sagsøgerens argumenter om, at Kommissionen har tilsidesat sin begrundelsespligt ved at hindre sagsøgeren i at forstå, hvorfor Kommissionen udtrykte tvivl med hensyn til lovligheden af option 5-priserne, er derfor ubegrundede, idet intet i den anfægtede beslutning gør det muligt at konkludere, at Kommissionen har udtrykt en sådan tvivl heri. Det følger heraf ligeledes, at de franske myndigheders godkendelse af option 5-priserne er uden indflydelse på Kommissionens begrundelsespligt.

99 På baggrund af det ovenstående må det tredje klagepunkt forkastes.

Det fjerde klagepunkt vedrørende retssikkerhedsdommerens manglende mulighed for at udøve den kontrol, som påhvilede ham, inden han tillod kontrolundersøgelsen

— Parternes argumenter

100 Sagsøgeren har gjort gældende, at den kompetente nationale ret skal udøve kontrol med den anfægtede beslutnings proportionalitet i forhold til princippet om beskyttelse mod offentlige myndigheders vilkårlige eller uforholdsmæssige indgriben

i en juridisk persons private sfære, hvilket er et generelt fællesskabsretligt princip. I medfør heraf tilkommer det den kompetente nationale myndighed undersøge, om de påtænkte tvangsindgreb er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til formålet med undersøgelsen, og om der findes tilstrækkeligt tungtvejende indicier, der kan danne grundlag for mistanke om, at den pågældende virksomhed har gjort sig skyldig i en overtrædelse af konkurrencereglerne. Den nationale ret bør råde over alle de nødvendige oplysninger til, at den kan udføre denne kontrol. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

- 101 Dels er de leverede oplysninger utilstrækkelige og henviser hverken til en særlig nøjagtig mistanke eller til, at der er objektive indicier mod sagsøgeren. Dels nævner den anfægtede beslutning hverken artikel 2 og 3 i beslutningen af 16. juli 2003 eller sagen for konkurrencerådet, og heller ikke, at ART udtalte sig positivt om nedsættelsen af option 5-priserne, der blev godkendt og dernæst stadfæstet af Conseil d'État. Der er imidlertid tale om elementer, der er relevante og væsentlige for at give retssikkerhedsdommeren mulighed for at udøve sin kontrol, og som, hvis de var blevet meddelt ham, havde kunnet få ham til at anse den påbudte kontrolundersøgelse for vilkårlig og uforholdsmæssig eller under alle omstændigheder til at anmode Kommissionen om en forklaring i henhold til artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003.
- 102 Den omstændighed, at retssikkerhedsdommerens beslutning ikke er blevet gennemført, er uden betydning i den foreliggende sag, da Kommissionens begrundelsespligt og pligt til loyalt samarbejde med den nationale ret er en objektiv forpligtelse, der påhviler Kommissionen på tidspunktet for vedtagelsen af kontrolundersøgelsesbeslutningen. Kommissionen kan ikke efterfølgende frigøre sig for den manglende begrundelse og det manglende loyale samarbejde med den nationale ret med den begrundelse, at dens tilladelse ikke er blevet gennemført i praksis. Endvidere var den tilladelse, der blev truffet over for sagsøgeren, en afgørende faktor for dennes adfærd i forbindelse med kontrolundersøgelsen.
- 103 Det forhold, at sagsøgeren ikke har bestridt lovligheden af retssikkerhedsdommerens kendelse ved de franske domstole, kan ikke påvirke rækkevidden af dennes argumentation i den foreliggende sag. Den manglende begrundelse, der foreholdes Kommissionen, har frataget sagsøgeren beføjelsen til effektivt at anfægte lovligheden

af retssikkerhedsdommerens tilladelse. Man kan nemlig ikke kritisere ham for at have anlagt en fejlagtig vurdering på grundlag af oplysninger, som han ikke var i besiddelse af. Sagsøgeren anfører desuden at have iværksat appel til prøvelse af retssikkerhedsdommerens kendelse, som sagsøgeren efterfølgende har trukket tilbage.

- 104 Kommissionen har for det første heroverfor svaret, at dette klagepunkt er uden betydning. Hvis retssikkerhedsdommerens kendelse havde påvirket sagsøgerens rettigheder, skulle sagsøgeren have anfægtet den ved den kompetente nationale ret. At sagsøgeren har iværksat en appel til prøvelse af kendelsen, er ikke relevant. Selv om den nationale ret havde anset sig for utilstrækkeligt oplyst til at kunne udøve sin kontrol, kunne dette ikke have indflydelse på den anfægtede beslutnings lovlighed, hvis kontrol udelukkende påhviler Fællesskabets retsinstanser.
- 105 At den nationale rets kendelse har kunnet være en afgørende faktor for sagsøgerens samarbejde, er heller ikke af afgørende betydning, idet de af Kommissionen besluttede kontrolundersøgelser er bindende, uanset at en national kendelse og afvisning af at underkaste sig denne kan udløse betydelige bøder i henhold til artikel 23, stk. 1, litra b), i forordning nr. 1/2003.
- 106 Kommissionen har tilføjet, at kendelsen ikke er blevet gennemført, og at sagsøgerens redegørelse for dette led af anbringendet er irrelevant, da sagsøgeren har accepteret at underkaste sig beslutningen om kontrolundersøgelse, og undersøgelsen er foretaget udelukkende i fællesskabsretligt regi.
- 107 Den nationale rets rolle i en sag som den foreliggende er under alle omstændigheder ikke at tillade en kontrolundersøgelse, der er påbudt i medfør af artikel 20 i

forordning nr. 1/2003, men kun at tillade den nationale myndighed at iværksætte tvangsforanstaltninger, såfremt den omhandlede virksomhed afviser at underkaste sig kontrolundersøgelsen.

- 108 Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at den anfægtede beslutning under alle omstændigheder er tilstrækkeligt begrundet til, at retssikkerhedsdommeren kan udøve sin proportionalitetskontrol.

— Rettens bemærkninger

- 109 Indledningsvis må det fastslås, at selv om stævningen stedvis er uheldigt formuleret, fremgår det ikke desto mindre, at sagsøgeren ikke anfægter lovligheden af retssikkerhedsdommerens kendelse eller hævder, at denne ikke har rådet over de nødvendige oplysninger til at vurdere den anfægtede beslutnings lovlighed, men i det væsentlige kritiserer Kommissionen for at have begrundet den anfægtede beslutning utilstrækkeligt, således at retssikkerhedsdommeren ikke har kunnet udøve den kontrol, der påhviler ham i medfør af artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003.
- 110 I henhold til artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003 tilkommer det ganske vist den nationale domstol, der har fået sagen forelagt inden for rammerne af forordningens artikel 20, stk. 7, at kontrollere ægtheden af Kommissionens beslutning om kontrolundersøgelse og sikre, at de påtænkte tvangsindgreb med henblik på gennemførelsen af undersøgelsen ikke er hverken vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til undersøgelsens formål, og at Kommissionen er forpligtet til at give den visse oplysninger, men det fremgår ligeledes af artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003 og af retspraksis (jf. vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor), at disse oplysninger kan forefindes andetsteds end i selve beslutningen om kontrolundersøgelse eller kan fremsendes af Kommissionen på anden måde end ved den omhandlede beslutning.



- 111 Sagsøgerens fjerde klagepunkt er således irrelevant, for så vidt som det formål, der forfølges med den begrundelsespligt, der er pålagt Kommissionen, ikke er at sikre oplysninger for den nationale domstol, hvis tilladelse der anmodes om inden for rammerne af artikel 20, stk. 7, i forordning nr. 1/2003, men at sætte den af kontrolundersøgelsen omfattede virksomhed i stand til at forstå omfanget af sin samarbejdspligt under bevarelse af kontradiktionsretten.
- 112 På baggrund af ovenstående må det fastslås, at Kommissionens påståede manglende overholdelse af sin begrundelsespligt ikke er godtgjort, og at det første anbringende herefter må forkastes i sin helhed.

*Det andet anbringende om tilsidesættelse af pligten til loyalt samarbejde med de nationale myndigheder*

#### Parternes argumenter

- 113 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen på to punkter har tilsidesat sin forpligtelse til at samarbejde loyalt med de franske myndigheder, og at disse tilsidesættelser bør medføre annullation af den anfægtede beslutning.
- 114 Kommissionen har for det første tilsidesat sin pligt til loyalt samarbejde med retssikkerhedsdommeren, som havde fået sagen forelagt for at tillade den påbudte kontrolundersøgelse hos France Télécom, en forpligtelse, hvis grundlag er artikel 10 EF som fortolket af Domstolen, og som bør regulere og være nødvendig for gennemførelsen af forordning nr. 1/2003. Det af Domstolen påbudte krav, hvorefter Kommissionen skal give den nationale ret de oplysninger, der giver den mulighed for at foretage den kontrol, der påhviler den, udgør en væsentlig forpligtelse ikke alene med hensyn til begrundelseskravene, men også med hensyn til kravet om loyalt

samarbejde med den kompetente ret. At Kommissionen ikke har henvist til bestemmelserne i artikel 2 og 3 i beslutningen af 16. juli 2003, til den verserende sag for konkurrencerådet og Conseil d'États afgørelse af 19. januar 2004, udgør en alvorlig tilsidesættelse af dens pligt til loyalt samarbejde med retssikkerhedsdommeren.

- 115 For det andet anfører sagsøgeren, at Kommissionen har tilsidesat sin pligt til loyalt samarbejde med konkurrencerådet som fastlagt i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og nærmere angivet i artikel 11, stk. 6 og artikel 13, stk. 1, samt i betragtning 18 til samme forordning, ved at vedtage den anfægtede beslutning på et tidspunkt, hvor konkurrencerådet havde fået sagen forelagt og havde truffet afgørelse om ikke at tage de begærede retssikrende foranstaltninger til følge. I den foreliggende sag har Kommissionen ikke hørt konkurrencerådet. Endvidere fremgår det af de ovenfor nævnte bestemmelser i forordning nr. 1/2003, at hvis en national konkurrencemyndighed allerede har fået en sag forelagt, kan Kommissionen først indlede proceduren efter at have hørt denne myndighed. Endelig er det den konkurrencemyndighed, der har den rette forudsætning for at handle, som bør behandle klagen, og med hensyn til de tre opregnede kumulative betingelser i betragtning 8 til forordning nr. 1/2003 har konkurrencerådet bedre forudsætninger end Kommissionen for at undersøge den formodede overtrædelse.
- 116 Kommissionen har heroverfor for det første anført, at for så vidt som dette anbringende vedrører den påståede mangel på samarbejde med retssikkerhedsdommeren, gentager det i realiteten i en anden form argumentet om den påståede mangel på begrundelse, som Kommissionen allerede har besvaret. For så vidt som dette anbringende vedrører den påståede mangel på samarbejde med konkurrencerådet, er det udtryk for en urigtig fortolkning af forordning nr. 1/2003. I EF-traktatens og forordning nr. 1/2003's system er udøvelsen af beføjelserne parallelle, og forordning nr. 1/2003 indeholder intet kriterium om fordeling af sagerne eller beføjelserne. De nationale myndigheder er kompetente til at anvende artikel 81 EF og 82 EF, så længe Kommissionen ikke har indledt en procedure som omhandlet i artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, og Kommissionens kompetence til at gribe ind til enhver tid over for en tilsidesættelse af artikel 81 EF og 82 EF er opretholdt.

- 117 Dernæst taler visse elementer til fordel for, at Kommissionen skal behandle sagen.
- 118 Endelig har Kommissionens beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse og behandle sagens realitet været genstand for et tæt samråd med de franske myndigheder, hvilket er i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003's ånd.

### Rettens bemærkninger

- 119 Med hensyn til pligten til loyalt samarbejde med de nationale domstole bemærkes, at de nærmere regler for gennemførelsen af forpligtelsen til loyalt samarbejde ifølge artikel 10 EF, som Kommissionen har pligt til inden for rammerne af sine forbindelser med medlemsstaterne (Domstolens dom af 10.2.1983, sag 230/81, Luxembourg mod Parlamentet, Sml. s. 255, præmis 37, og Domstolens kendelse af 13.7.1990, sag C-2/88 IMM, Zwartveld m.fl., Sml. I, s. 3365, præmis 17), for så vidt det drejer sig om de relationer, der etableres i forbindelse med kontrolundersøgelser, som Kommissionen foretager for at afdække overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF, er præciseret ved artikel 20 i forordning nr. 1/2003, som fastsætter de nærmere regler, hvorefter Kommissionen, de nationale konkurrencemyndigheder og de nationale retsinstanser skal samarbejde, når Kommissionen har besluttet at foretage en kontrolundersøgelse inden for rammerne af denne forordning.
- 120 Artikel 20 i forordning nr. 1/2003 bemyndiger således Kommissionen til at foretage kontrolundersøgelser enten efter fremlæggelse af en skriftlig fuldmagt i henhold til artiklens stk. 3, eller på grundlag af en beslutning, der forpligter virksomhederne til at underkaste sig kontrolundersøgelsen i henhold til samme artikels stk. 4. Hvis Kommissionen gennemfører en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 3,

har den ifølge dette stykke pligt til i god tid at underrette konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres. Hvis Kommissionen gennemfører en kontrolundersøgelse i medfør af stk. 4, har den pligt til at høre konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres, før den vedtager beslutningen om kontrolundersøgelse.

- 121 Ifølge artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 er bistand fra de nationale myndigheder nødvendig for gennemførelsen af kontrolundersøgelsen, når den af undersøgelsen omfattede virksomhed modsætter sig den, og når bistanden kræver en domstolstilladelse, skal der anmodes herom i henhold til stk. 7. I medfør af stk. 8 kontrollerer den nationale domstol ægtheden af Kommissionens beslutning om kontrolundersøgelse og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb med henblik på gennemførelsen af undersøgelsen ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til undersøgelsens formål. Det er imidlertid forbeholdt Fællesskabets retsinstanser at kontrollere lovligheden af Kommissionens beslutning.

- 122 Det følger heraf, at artikel 20 i forordning nr. 1/2003 etablerer en klar sondring mellem på den ene side beslutninger truffet af Kommissionen på grundlag af denne artikels stk. 4 og på den anden side den anmodning om bistand, der forelægges den nationale domstol i henhold til samme artikels stk. 7.

- 123 Mens Fællesskabets retsinstanser har enekompetence til at kontrollere lovligheden af en beslutning vedtaget af Kommissionen i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, således som det bl.a. fremgår navnlig af artiklens stk. 8 in fine, er det derimod kun den nationale domstol, hvis tilladelse til at anvende tvangsindgreb der skal anmodes om i medfør af artikel 20, stk. 7, i forordning nr. 1/2003 — eventuelt bistået af Domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse, og med forbehold for eventuelle nationale retsmidler — som det

tilkommer at fastslå, om de oplysninger, Kommissionen har fremsendt i forbindelse med denne anmodning, giver den mulighed for at udøve den kontrol, som er tillagt den ved artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003, og dermed sætter den i stand til at træffe faktisk afgørelse om den anmodning, den har fået forelagt (jf. i denne retning vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 39, 67 og 68).

- 124 Den nationale domstol, som har fået sagen forelagt inden for rammerne af artikel 20, stk. 7, i forordning nr. 1/2003, har i medfør af artiklens stk. 8 og retspraksis (jf. vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor) beføjelse til at anmode Kommissionen om detaljerede forklaringer vedrørende bl.a. de forhold, der begrunder Kommissionens mistanke om, at der foreligger en overtrædelse af artikel 81 EF og 82 EF, samt om grovheden af den formodede overtrædelse og karakteren af den berørte virksomheds deltagelse. En kontrol fra Rettens side, som eventuelt kunne resultere i, at det fastslås, at de oplysninger, som Kommissionen havde fremsendt til den nationale domstol, var utilstrækkelige, ville indebære, at Retten skulle revurdere den af denne myndighed allerede foretagne vurdering af, at oplysningerne er tilstrækkelige. En sådan kontrol kan imidlertid ikke tillades, idet den nationale domstols vurdering alene er underkastet den kontrol, der følger af de interne retsmidler, som måtte være til rådighed til prøvelse af beslutninger fra denne myndighed.
- 125 Sagsøgerens argumenter til støtte for det andet anbringende skal derfor forkastes i deres helhed som virkningsløse, for så vidt som de ved at bestride indholdet af den anfægtede beslutning med hensyn til forpligtelsen til loyalt samarbejde, der er pålagt Kommissionen, indebærer, at Retten rejser tvivl med hensyn til den vurdering, retssikkerhedsdommeren har foretaget inden for rammerne af artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003 af, at de oplysninger, som Kommissionen havde forelagt for at opnå den tilladelse, der var ansøgt om i henhold til forordningens artikel 20, stk. 7, var tilstrækkelige. Retten er nemlig ikke kompetent til at kontrollere, hvordan den nationale domstol, der har fået sagen forelagt inden for rammerne af denne bestemmelse, løser den opgave, den er pålagt ved artikel 20, stk. 8.

- 126 Det bemærkes i øvrigt, at lovligheden af en retsakt skal bedømmes efter de retlige og faktiske oplysninger, der forelå på det tidspunkt, hvor retsakten blev udstedt (Domstolens dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321, præmis 7, og Rettens dom af 15.7.2004, sag T-384/02, Valenzuela Marzo mod Kommissionen, Sml.Pers. I-A, s. 235, og II, s. 1035, præmis 98). Den anvendelse, der måtte være gjort af en beslutning om en kontrolundersøgelse, og den vurdering af oplysningerne i beslutningen, som måtte være foretaget af den nationale retsinstans i forbindelse med en anmodning fra Kommissionen i medfør af artikel 20, stk. 7, i forordning nr. 1/2003, er derfor uden betydning for lovligheden af beslutningen om kontrolundersøgelse.
- 127 I forbindelse med dette anbringende er det derfor udelukkende i lyset af de oplysninger, der kræves ved artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, således som fortolket i retspraksis, at det skal vurderes, om sagsøgerens argumenter vedrørende Kommissionens tilsidesættelse af sin pligt til loyalt samarbejde er begrundede. Det fremgår imidlertid af analysen af det første anbringende, at der ikke er godtgjort nogen tilsidesættelse af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 fra Kommissionens side. Første led af sagsøgerens argument til støtte for det andet anbringende skal derfor forkastes.
- 128 For det andet bemærkes for så vidt angår pligten til loyalt samarbejde med de nationale konkurrencemyndigheder, således som den fremgår af de forskellige bestemmelser, som sagsøgeren har gjort gældende, for det første, at artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 ganske vist indeholder en generel regel om, at Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder har pligt til et nært samarbejde, men ikke pålægger Kommissionen at afholde sig fra at foretage en kontrolundersøgelse vedrørende en sag, som en national konkurrencemyndighed måtte behandle parallelt hermed.
- 129 Det kan heller ikke udledes af denne bestemmelse, at når en national konkurrencemyndighed har påbegyndt en undersøgelse af konkrete forhold, er Kommissionen umiddelbart forhindret i at behandle sagen eller at interessere sig for den i de indledende faser. Det fremgår tværtimod af kravet om samarbejde, der er

indeholdt i denne bestemmelse, at de to myndigheder i det mindste på de indledende stadier — som f.eks. forundersøgelser — kan arbejde parallelt. Det fremgår således af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, som sagsøgeren har påberåbt sig, at princippet om samarbejde indebærer, at Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder i hvert fald på de indledende stadier af de sager, som de har fået forelagt, kan arbejde parallelt. Bestemmelsen foreskriver nemlig, med forbehold for en høring af den berørte nationale myndighed, at Kommissionen bevarer muligheden for at indlede en procedure med henblik på vedtagelse af en beslutning, selv om en national myndighed allerede behandler sagen. Kommissionen må derfor så meget desto mere kunne foretage en kontrolundersøgelse som den påbudte i den foreliggende sag. En beslutning om en kontrolundersøgelse er nemlig kun en forberedende retsakt i forhold til behandlingen af en sag i realiteten, som ikke medfører en formel indledning af proceduren som omhandlet i artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, idet en sådan kontrolundersøgellesbeslutning ikke i sig selv er udtryk for Kommissionens vilje til at vedtage en beslutning om sagens realitet (jf. i denne retning vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom af 6.2.1973, sag 48/72, Brasserie de Haecht, Sml. s. 77, præmis 16). Betragtning 24 til forordning nr. 1/2003 anfører i øvrigt, at Kommissionen bør have beføjelse til at foretage de kontrolundersøgelser, der er nødvendige for at afsløre overtrædelser af artikel 82 EF, og artikel 20, stk. 1, i samme forordning bestemmer udtrykkeligt, at med henblik på at udføre de opgaver, som den er betroet i henhold til denne forordning, er Kommissionen beføjet til at foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser.

<sup>130</sup> For det andet fremgår det af artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og af betragtning 18 til samme forordning, som bebuder denne artikel, at det forhold, at en konkurrencemyndighed behandler en sag, blot medfører en mulighed for, at en anden berørt myndighed kan suspendere proceduren eller afvise klagen. Der er således blot tale om en grund til, at en anden myndighed suspenderer sin egen procedure eller afviser den klage, der er indgivet til den. Heraf følger ikke en forpligtelse for Kommissionen til at afholde sig fra at foretage en undersøgelse, fordi en anden myndighed allerede er involveret i behandlingen af den samme sag. Disse bestemmelser kan heller ikke anses for at fastsætte et kriterium om tildeling eller fordeling af sager eller kompetencer mellem Kommissionen og den eller de nationale myndigheder, der eventuelt er berørt af den pågældende sag. Den manglende anvendelse af den mulighed, der er omhandlet i denne artikel, kan

således ikke på nogen måde udgøre en tilsidesættelse fra Kommissionens side af pligten til loyalt samarbejde, som er pålagt den i forholdet til medlemsstaternes konkurrencemyndigheder.

- 131 For det tredje skal det med hensyn til sagsøgerens påstand om, at Kommissionen ikke synes at have hørt konkurrencerådet, fastslås, at den anfægtede beslutning i sine betragtninger nævner, at den kompetente myndighed i den berørte medlemsstat var blevet hørt i overensstemmelse med artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. I betragtning af den lovlighedsformodning, som gælder for fællesskabsinstitutionernes retsakter (Domstolens dom af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 48), som indebærer, at det tilkommer den, som gør gældende, at en sådan retsakt er ugyldig, at føre bevis herfor, og i betragtning af, at sagsøgeren ikke er fremkommet med oplysninger, som påviser, at den franske konkurrencemyndighed faktisk ikke er blevet hørt, kan dette argument ikke tages til følge.
- 132 For det fjerde må det fastslås, at det ikke på grundlag af betragtning 8 til forordning nr. 1/2003 kan hævdes, at konkurrencerådet i den foreliggende sag har bedre forudsætninger end Kommissionen for at undersøge de pågældende formodninger. Denne betragtning begrænser sig nemlig til at redegøre for de principper, der bør gælde med hensyn til konkurrerende anvendelse af national ret og Fællesskabets konkurrenceret, men behandler ikke spørgsmålet om identificering af en konkurrencemyndighed, som kunne have bedre forudsætninger end den anden for at undersøge en sag. Den er således ikke relevant for den foreliggende sag.
- 133 På baggrund af ovenstående findes Kommissionen ikke, ved at vedtage den anfægtede beslutning, at have tilsidesat nogen af de af sagsøgeren påberåbte bestemmelser, hvoraf dens pligt til loyalt samarbejde med de nationale konkurrencemyndigheder fremgår. Heraf følger, at ingen af de argumenter, sagsøgeren har fremført til støtte for sit andet anbringende, kan tiltrædes, og at dette anbringende derfor må forkastes som urgrundet.



*Det tredje anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet*

## Parternes argumenter

- 134 Sagsøgeren har gjort gældende, at ifølge retspraksis må fællesskabsinstitutionernes retsakter i henhold til proportionalitetsprincippet ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt og passende for at nå det tilstræbte formål, hvorved det forudsættes, at når det er muligt at vælge mellem flere passende foranstaltninger, skal den mindst indgribende foranstaltning vælges.
- 135 Sagsøgeren har generelt gjort gældende, at den manglende begrundelse, der er påberåbt i forbindelse med det første anbringende, gør det umuligt at kontrollere proportionaliteten. Under alle omstændigheder er den pågældende kontrolundersøgelse ikke en passende og rimelig foranstaltning, der giver Kommissionen mulighed for at efterprøve sine formodninger, hvilket må medføre annullation af den anfægtede beslutning.
- 136 For det første er den åbenbart uforholdsmæssig i forhold til den foreliggende sags kontekst. Det fremgår således af den anfægtede beslutning, at den tvivl, Kommissionen gav udtryk for vedrørende nedsættelsen af option 5-priserne i januar 2004, ikke begrundede en kontrolundersøgelse over for sagsøgeren med henblik på at opnå oplysninger om denne prisnedsættelse. Dernæst har Kommissionen fået talrige oplysninger fra sagsøgeren i forbindelse med den procedure, der resulterede i beslutningen af 16. juli 2003, uden at den måtte undersøge selskabets lokaler. Artikel 3 i denne beslutning har ligeledes gjort det muligt at efterprøve Wanadoos priser. Kontrolundersøgelsen var derfor ikke en absolut nødvendig foranstaltning med henblik på at få oplysninger om den påståede praksis med urimelige salgspriser. Endelig har sagen for konkurrencerådet og konkurrencerådets afgørelse gjort det nødvendigt, at Kommissionen ikke foretog en kontrolundersøgelse, men i givet fald anvendte mindre indgribende foranstaltninger.

- 137 For det andet var kontrolundersøgelsen ifølge sagsøgeren klart uforholdsmæssig i forhold til, at der ikke forelå oplysninger, der bevidnede, at der var en reel risiko for, at beviser ville blive tilintetgjort eller skjult. Sagsøgeren havde i øvrigt tidligere samarbejdet loyalt med Kommissionen. Det dokument, som Kommissionen havde beslaglagt, og som skulle bekræfte relevansen af dens mistanke om, at oplysninger ville blive skjult, har ikke afgørende betydning. Oplysningerne om priserne fandtes desuden i dokumenter, som et børsnoteret og kontrolleret selskab ikke kunne lade forsvinde uden at gøre sig skyldig i alvorlige regnskabsmæssige og selskabsmæssige uregelmæssigheder.
- 138 For det tredje er anvendelsen af en efterprøvelsesprocedure med forhåndsanmodning om bistand fra de offentlige myndigheder endnu mere uforholdsmæssig, for så vidt som artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 kun omhandler bistand fra medlemsstaterne til de af Kommissionen bemyndigede repræsentanter, såfremt en virksomhed modsætter sig en kontrolundersøgelse. Selv om artikel 20, stk. 7, tillader, at der anmodes om bistand på forhånd, har Domstolen præciseret, at der kun kan anmodes om bistand, for så vidt som der foreligger grunde til at frygte modstand mod undersøgelsen, og at Kommissionen skal redegøre for dette punkt over for den nationale domstol, der har fået sagen forelagt. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.
- 139 Kommissionen har gjort gældende, at dette anbringende er ubegrundet. For det første kan Kommissionen, da konkurrencerådet har modtaget prognosebaserede oplysninger og delvis fundet dem lidet realistiske, ikke kritiseres for at have ment, at den ikke kunne være sikker på at få nøjagtige oplysninger på anden måde end ved at foretage en kontrolundersøgelse. Konkurrencerådets afgørelse fjerner heller ikke mistanken om overtrædelse eller angiver, på hvilken måde en kontrolundersøgelse er uforholdsmæssig. Endvidere har konkurrencerådet i modsætning til Kommissionen ikke været i besiddelse af oplysninger vedrørende en eventuel udelukkelses- eller underbudshensigt, og det er en illusion at hævde, at en virksomhed meddeler dem frivilligt.

140 At have anmodet om eller fået oplysninger på grundlag af en begæring om oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 under en procedure, der blev indledt i 2001, kan i øvrigt ikke begrænse Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i henhold til artikel 20 i forordning nr. 1/2003 i 2004.

141 Da Kommissionens mistanke ikke vedrører sagsøgerens option 5-priser, skal det endelig ikke begrundes, at kontrolundersøgelsen er forholdsmæssig med hensyn til dem.

142 For det andet understreger Kommissionen, at betragtning 12 til den anfægtede beslutning præciserer grundene til, at den fandt, at der forelå en risiko for tilintetgørelse af nyttige oplysninger.

143 Endvidere kan en virksomhed samarbejde, når det drejer sig om at besvare en begæring om oplysninger, uden at dette udelukker dens hensigt om at skjule oplysninger, der er nyttige for Kommissionens undersøgelse. De objektive risici herved er efter Kommissionens erfaring betydelige i et tilfælde som i den foreliggende sag, sådan som det illustreres af de oplysninger, der er opdaget ved kontrolundersøgelsen. At visse regnskabsdokumenter vanskeligt kan tilintetgøres, er ikke relevant, da denne type dokumenter ikke var den eneste, der blev eftersporet i den foreliggende sag.

- 144 Det fremgår således ifølge Kommissionen af omstændighederne og karakteren af de fremskaffede oplysninger, at kontrolundersøgelsen var det undersøgelsesmiddel, som med størst sandsynlighed kunne tilvejebringe oplysninger, der kunne bevise en udelukkelseshensigt.
- 145 For det tredje er den påståede mangel på tilstrækkelig begrundelse for at anmode retssikkerhedsdommeren om mulighed for at iværksætte tvangsindgreb uden relevans ved vurderingen af lovligheden af den anfægtede beslutning.

## Rettens bemærkninger

- 146 Indledningsvis bemærkes, at sagsøgerens generelle argument om, at den omstændighed, at den anfægtede beslutning er behæftet med en begrundelsesmangel, umuliggør kontrollen af den anfægtede beslutnings proportionalitet, må forkastes. Det er ovenfor fastslået, at Kommissionen ikke har tilsidesat sin begrundelsespligt. Med hensyn til proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, indebærer det, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må overskride grænserne for, hvad der er egnet og nødvendigt med henblik på at virkeliggøre det forfulgte mål, således at der, når der kan vælges mellem flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst indgribende foranstaltning, ligesom de forvoldte ulemper ikke må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (Domstolens dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 13, og af 14.7.2005, sag C-180/00, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 6603, præmis 103).

- 147 På det i den foreliggende sag berørte område indebærer overholdelsen af proportionalitetsprincippet, at den påtænkte kontrolundersøgelse ikke medfører ulemper, der er uforholdsmæssige og uacceptable i forhold til de mål, der forfølges med den pågældende kontrolundersøgelse (jf. vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 76). Det valg, som Kommissionen skal foretage mellem en kontrolundersøgelse på grundlag af en simpel bemyndigelse og en kontrolundersøgelse på grundlag af en beslutning, afhænger imidlertid ikke af forhold såsom situationens særligt alvorlige karakter, dens stærkt hastende karakter eller et ubetinget fortrolighedshensyn, men af behovet for at indhente de oplysninger, der er nødvendige i forhold til den konkrete sags nærmere omstændigheder. Når formålet med en beslutning om en kontrolundersøgelse udelukkende er at sætte Kommissionen i stand til at indhente oplysninger, der er nødvendige for at tage stilling til en eventuel overtrædelse af traktaten, er en sådan beslutning således ikke i strid med proportionalitetsprincippet (jf. vedrørende forordning nr. 17 dommen i sagen National Panasonic mod Kommissionen, nævnt i præmis 52 ovenfor, præmis 28-30, og Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 77).
- 148 Det tilkommer principielt Kommissionen at vurdere, om en oplysning er nødvendig for at påvise en overtrædelse af konkurrencereglerne, og selv om Kommissionen i forvejen er i besiddelse af visse indicier eller endog beviser for, at der foreligger en overtrædelse, kan den således med fuld ret skønne, at det er nødvendigt at beslutte yderligere kontrolundersøgelser for bedre at kunne afgrænse overtrædelsen og fastslå dens varighed (jf. vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom af 18.10.1989, sag 374/87, Orkem mod Kommissionen, Sml. s. 3283, præmis 15, og Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 78).
- 149 Artikel 18 og 20 i forordning nr. 1/2003 om henholdsvis begæring om oplysninger og Kommissionens kontrolundersøgelserbeføjelser indfører to indbyrdes uafhængige procedurer. Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i henhold til en af disse artikler indskrænkes ingenlunde af, at der i forvejen måtte være gennemført en kontrolundersøgelse i henhold til den anden artikel (jf. vedrørende artikel 11 og 14 i forordning nr. 17 dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, nævnt i præmis 148 ovenfor, præmis 14).

150 Med hensyn til den foreliggende sag bemærkes, at den anfægtede beslutning for det første har til formål at indsamle oplysninger om den prispraksis, der er iværksat af Wanadoo, for at der kan tages stilling til en eventuel overtrædelse af EF-traktaten, og i den forbindelse kan sagsøgeren underkastes den påbudte kontrolundersøgelse, navnlig da Kommissionen har mistanke om, at visse relevante elementer for godtgørelsen af denne praksis kan befinde sig i sagsøgerens lokaler. I henhold til den anfægtede beslutning var Kommissionen ganske vist allerede i besiddelse af visse informationer. Den kunne imidlertid i henhold til retspraksis søge at indhente yderligere oplysninger for at godtgøre, at den formodede overtrædelse faktisk forelå. De søgte elementer omfattede i den foreliggende sag desuden oplysninger om en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, som kunne være blevet meddelt sagsøgeren, der er moderselskab til den virksomhed, der var mistænkt for den pågældende overtrædelse, og som man vanskeligt kan forestille sig i givet fald kunne være kommet i Kommissionens besiddelse på anden måde end ved en kontrolundersøgelse. For det andet var det i betragtning af, at de søgte informationer omfattede elementer, der kunne afsløre et eventuelt forsæt til at fortrænge konkurrenter og fastslå, om sagsøgeren havde kunnet være informeret herom, med henblik på at indhente passende oplysninger om sagen, acceptabelt at påbyde en kontrolundersøgelse ved en beslutning for at sikre dens effektivitet. For det tredje blev den ved den anfægtede beslutning påbudte kontrolundersøgelse begrænset til virksomhedens lokaler, mens forordning nr. 1/2003 nu under visse betingelser tillader, at der foretages kontrolundersøgelse i andre lokaler, herunder i visse af den berørte virksomheds medarbejderes private hjem. På baggrund af disse forhold findes Kommissionen ikke i den foreliggende sag at have handlet uforholdsmæssigt i forhold til det tilstræbte mål og dermed at have tilsidesat proportionalitetsprincippet, og anvendelsen af den på grundlag af en beslutning påbudte kontrolundersøgelse er passende i forhold til den foreliggende sags nærmere omstændigheder.

151 De af sagsøgeren fremførte argumenter afkræfter ikke denne konklusion.

152 For det første bemærkes, at den påbudte kontrolundersøgelse ikke findes at være uforholdsmæssig i forhold til sin sammenhæng. Da Kommissionen ikke har udtrykt tvivl om lovligheden af option 5-priserne i den anfægtede beslutning, og den anfægtede beslutning ikke er vedtaget for at efterprøve disses lovlighed, kan den anfægtede beslutning ikke være uforholdsmæssig på dette punkt.

153 For det andet er heller ikke det forhold, at Kommissionen under proceduren, der gav anledning til beslutningen af 16. juli 2003, opnåede oplysninger fra sagsøgeren ved andre foranstaltninger end ved en kontrolundersøgelse, relevant, eftersom valget om at anvende en kontrolundersøgelse, som det fremgår af ovenstående, ikke var uforholdsmæssigt. Desuden kan Kommissionen ikke anses for at være bundet af en metode til indsamling af beviser, som den vedtog over for en given virksomhed i en tidligere procedure. Endvidere ville i hvert fald nogle af de eftersporede oplysninger, såsom oplysningerne vedrørende en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, som potentielt afslører en hensigt om at begå en overtrædelse, og som kunne befinde sig i sagsøgerens lokaler, ganske givet ikke frivilligt være blevet meddelt Kommissionen.

154 For det tredje gav påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003 heller ikke mulighed for at indsamle alle de informationer, som Kommissionen eftersporede under kontrolundersøgelsen.

155 For det fjerde anføres det i konkurrencerådets afgørelse, at visse omkostningsoplysninger, som Wanadoo havde meddelt i forbindelse med den klage, som rådet havde fået forelagt, forekom lidet pålidelige, ligesom den ikke udtaler sig om sagsøgerens eventuelle delagtighed i den overtrædelse, som dets datterselskab er mistænkt for.

156 Det kan således ikke udledes heraf, at beslutningen om at anvende en kontrolundersøgelse var uforholdsmæssig. I denne forbindelse erindrer Retten desuden om, at allerede i den sag, der gav anledning til beslutningen af 16. juli 2003, var sagsøgerens koncernstrategi blevet analyseret og anvendt som et baggrundselement, der var relevant med henblik på at godtgøre den af datterselskabet Wanadoo begåede overtrædelse, og at denne beslutning i sin analyse henviser til flere dokumenter, der stammer fra sagsøgeren eller er forelagt denne. Sagsøgerens argument om, at den verserende sag for konkurrencerådet havde gjort det nødvendigt, at Kommissionen ikke anvendte en kontrolundersøgelse, må således ligeledes forkastes.

157 Endvidere bemærkes, at argumentet om manglende oplysninger, der bevidner eksistensen af en reel risiko for, at beviser er tilintetgjort eller skjult, navnlig fordi sagsøgeren tidligere havde samarbejdet loyalt med Kommissionen, ikke er af afgørende betydning. Dels er dette ikke den eneste grund, der har givet anledning til Kommissionens beslutning om at foretage kontrolundersøgelsen, idet den væsentlige grund var eftersporingen af oplysninger, som navnlig kunne afsløre en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, og som kunne være i såvel sagsøgerens som dets datterselskabs besiddelse, og som — som allerede understreget — generelt holdes skjult eller er udsat for en risiko for tilintetgørelse, hvis der foretages en undersøgelse. Dels er det forhold, at sagsøgeren er et børsnoteret selskab, der er underlagt strenge regnskabsmæssige og finansielle regler, ikke relevant. Selv om det antages, at oplysninger vedrørende priserne for de forskellige tjenester, der er nævnt i den anfægtede beslutning, herunder sagsøgerens, er blevet eftersporet, står det dog fast, at ifølge artikel 1 i den anfægtede beslutning blev også oplysninger, som kunne afsløre en hensigt om udelukkelse af konkurrenter, eftersporet. Sådanne oplysninger er imidlertid ikke blandt dem, der skal bevares til regnskabsmæssige og finansielle formål.



- 158 For det tredje bemærkes, at det forhold, at der på forhånd blev anmodet om bistand fra de offentlige myndigheder, ligeledes er uden betydning med hensyn til den anfægtede beslutnings proportionalitet, da, som nævnt i præmis 126 ovenfor, lovligheden af en beslutning kun kan vurderes på grundlag af de retlige og faktiske oplysninger, som forelå på det tidspunkt, hvor denne retsakt blev vedtaget, og det er ubestridt, at der først blev anmodet om tilladelse til at få bistand fra de offentlige myndigheder efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning.
- 159 Det fremgår af ovenstående, at den påståede tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ikke er godtgjort, og at det tredje anbringende herefter må forkastes.

*Det fjerde anbringende om ulovligheden af den anfægtede beslutning, for så vidt som den er vedtaget på grundlag af en forudgående beslutning, som tilsidesætter forordning nr. 1/2003, meddelelsen og princippet om god forvaltningsskik*

- 160 I betragtning af, at dette anbringende er fremført for første gang i replikken, skal det først undersøges, om det kan realitetsbehandles.

#### Parternes argumenter

- 161 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i sit svarskrift er fremkommet med en ny omstændighed. Ved kontakterne mellem Kommissionen og konkurrencerådets embedsmænd havde en kontrolundersøgelse vist sig nødvendig. Disse

kontakter førte til, at det fandtes hensigtsmæssigt, at Kommissionen realitetsbehandlede sagen. Den anfægtede beslutning hidrører således direkte fra disse informationsudvekslinger med de franske konkurrencemyndigheder. Hvis de ikke havde været der, ville kontrolundersøgelsen ikke være blevet påbudt.

162 Selv om sagsøgeren havde kendskab til den verserende sag for konkurrencerådet, var sagsøgeren uvidende om, at kontrolundersøgelsen blev vedtaget på grundlag af Kommissionens beslutning om at behandle sagens realitet. Dette udgør en retlig og faktisk omstændighed, som er kommet frem under retsforhandlingerne som omhandlet i artikel 48, stk. 2, i procesreglementet, og kan dermed begrunde forelæggelsen af et nyt anbringende under sagens behandling.

163 Kommissionen har heroverfor anført, at dette anbringende ikke kan realitetsbehandles, da ingen retlig eller faktisk omstændighed er fremkommet over for sagsøgeren i svarskriftet. På grund af tilstedeværelsen af repræsentanter for den franske konkurrencemyndighed under kontrolundersøgelsen og ordlyden af artikel 20, stk. 4, og artikel 11 i forordning nr. 1/2003 vil det for det første være vanskeligt at tro, at det er under sagens behandling, at sagsøgeren har fået kendskab til, at der har været kontakter mellem konkurrencemyndighederne og Kommissionen forud for kontrolundersøgelsen. Dernæst betyder tilrettelæggelsen af en kontrolundersøgelse ikke, at Kommissionen faktisk har vilje til at behandle sagens realitet. Under alle omstændigheder kan den omstændighed, at Kommissionen foretager en undersøgelse med hensyn til sagens realitet, ikke udgøre en ny omstændighed. Kommissionen har i den foreliggende sag kun besluttet at indlede en undersøgelse. Endelig kan sagsøgerens fortolkning, hvorefter den anfægtede beslutning blev vedtaget på grundlag af udvekslingen af informationer mellem Kommissionen og de franske konkurrencemyndigheder, og kontrolundersøgelsen ikke ville være blevet foretaget, såfremt denne udveksling ikke havde fundet sted, anfægtes, eftersom svarskriftet ikke indeholdt en sådan påstand.

## Rettens bemærkninger

- 164 Det fremgår af bestemmelserne i artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement, sammenholdt med artikel 48, stk. 2, at den stævning, der indleveres til Retten, skal indeholde søgsmålets genstand og en kort fremstilling af de påberåbte søgsmålsgrunde, og at nye anbringender ikke må fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige og faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne. At en sagsøger får kendskab til en faktisk omstændighed under retsforhandlingerne for Retten, er ikke ensbetydende med, at denne omstændighed udgør en faktisk omstændighed, som er kommet frem under retsforhandlingerne. Det er et yderligere krav, at sagsøgeren ikke har været i stand til at få kendskab til denne omstændighed tidligere (jf. Rettens dom af 6.7.2000, sag T-139/99, AICS mod Parlamentet, Sml. II, s. 2849, præmis 59 og 62).
- 165 I den foreliggende sag har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at den omstændighed, der har udløst den anfægtede beslutning, var en forudgående kommissionsbeslutning om at behandle sagens realitet, og at selskabet blev bekendt med denne beslutning i Kommissionens svarskrift. Denne påståede forudgående beslutning udgør således en ny faktisk og retligt omstændighed, der er kommet frem under sagsbehandlingen, og som kan begrunde fremsættelsen af dette anbringende for første gang i replikfasen, et anbringende, hvorefter den anfægtede beslutning er ulovlig, da den er vedtaget på grundlag af en forudgående kommissionsbeslutning, som selv er ulovlig, eftersom den er vedtaget i strid med forordning nr. 1/2003, meddelelsen og princippet om god forvaltningsskik.
- 166 Det bemærkes, at Kommissionen ganske vist udtrykkeligt angiver i sit svarskrift, at »Kommissionens beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse og selv behandle sagens realitet har i modsætning til, hvad sagsøgeren hævder [...] været genstand for

et tæt samråd med de franske myndigheder i artikel 11, stk. [1], i forordning nr. 1/2003's ånd«. Kommissionen har imidlertid ligeledes anført i sit svarskrift, at det var under telefoniske kontakter og et møde mellem Kommissionen og konkurrencerådets rapportør, at det viste sig, at en kontrolundersøgelse ville være nødvendig for navnlig at indsamle eventuelle beviser, der kunne gøre det muligt at godtgøre underbud, og at kontakten mellem konkurrencerådets og Kommissionens tjenestemænd medførte, at det blev fundet hensigtsmæssigt, at konkurrencerådet udtalte sig om de retssikrende foranstaltninger, og at Kommissionen behandlede sagens realitet, navnlig under hensyn til beslutningen af 16. juli 2003. I forhold til sammenhængen henhører Kommissionens udtalelse, som sagsøgeren opfatter, som om der er fremkommet en ny faktisk omstændighed, snarere under generelle betragtninger om det hensigtsmæssige i at foretage en kontrolundersøgelse og dernæst logisk nok foretage sin undersøgelse på grundlag af de oplysninger, der måtte blive indsamlet ved kontrolundersøgelsen. Den anfægtede beslutning afslører således i sig selv den beslutning, som Kommissionen havde truffet om at se nærmere på sagens indhold, idet en undersøgelsesforanstaltning som den pågældende kontrolundersøgelse netop udgjorde udgangspunktet for en sådan »behandling af en sags realitet«.

- 167 Udtrykket »beslutning«, der anvendes i svarskriftet, er ganske vist uheldigt, men det gør det ikke i sig selv muligt at antage, at der reelt er fremkommet en ny faktisk og retlig omstændighed, som sagsøgeren ikke kunne have fået kendskab til tidligere. Sagsøgeren fremfører ingen andre oplysninger. Selv om det antages, at der faktisk har været tale om en sådan beslutning fra Kommissionens side, var den anfægtede beslutning under alle omstændigheder en fortsættelse af denne, idet en undersøgelsesforanstaltning pr. definition er en indledende, men nødvendig, fase i forhold til en undersøgelse af realiteten. Sagsøgeren kan derfor ikke antages ikke at have været i stand til på forhånd at have haft kendskab hertil forud for Kommissionens svarskrift, så meget mere som selskabet under hensyn til ordlyden af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 ikke kunne være uvidende om, at der

havde været kontakter mellem Kommissionen og de franske konkurrencemyndigheder forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Dette gælder så meget mere på tidspunktet for sagsanlægget, idet den anfægtede beslutning udtrykkeligt angiver, at Kommissionen havde hørt den kompetente myndighed i den berørte medlemsstat i overensstemmelse med artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 og et bilag til stævningen, der godtgør, at sagsøgeren allerede på tidspunktet for kontrolundersøgelsen havde haft kendskab til den verserende sag for konkurrencerådet.

- 168 Den af sagsøgeren påberåbte påståede beslutning, som ifølge selskabet fremkom i Kommissionens svarskrift, forveksles således i realiteten med den anfægtede beslutning. Heraf følger, at ingen ny retlig og faktisk omstændighed er fremkommet over for sagsøgeren i svarskriftet. Sagsøgeren var i øvrigt fuldt ud i stand til at påberåbe sig de overtrædelser, der er fremført i dette anbringende, i stævningen.
- 169 Det fremgår af disse omstændigheder, at dette anbringende må afvises, og at det ikke er nødvendigt at udtale sig om, hvorvidt det er begrundet. Af alt det ovenstående følger, at Kommissionen bør frifindes i det hele.

### **Sagens omkostninger**

- 170 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling)

**1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**

**2) France Télécom SA betaler sagens omkostninger.**

Legal                      Wiszniewska-Białecka    Moavero Milanesi

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. marts 2007.

E. Coulon  
Justitssekretær

H. Legal  
Afdelingsformand