

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

8. marts 2007^{*}

I sag T-339/04,

France Télécom SA, tidligere Wanadoo SA, Paris (Frankrig), ved advokats H. Calvet og M.-C. Rameau,

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. Wyszniowska-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 20 i forordning nr. 1/2003 (der har overskriften »Kommissionens kontrolundersøgelser«) 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.«

- 3 Artikel 22 (der har overskriften »De nationale konkurrencemyndigheders undersøgelser«), stk. 2, i forordning nr. 1/2003 bestemmer:

»På Kommissionens begæring foretager medlemsstaternes konkurrencemyndigheder de kontrolundersøgelser, som Kommissionen finder nødvendige i henhold til artikel 20, stk. 1, eller som den har påbudt ved en beslutning i henhold til artikel 20, stk. 4. De repræsentanter for medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, som har fået til opgave at gennemføre kontrolundersøgelserne, og personer, der er bemyndiget eller udpeget af disse myndigheder, udøver deres beføjelser i overensstemmelse med deres nationale lovgivning.

Repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen, kan på Kommissionens anmodning eller efter anmodning fra konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres, bistå den pågældende konkurrencemyndigheds repræsentanter.«

Sagens baggrund

- 4 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 France Télécom SA, 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 på 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, til Kommissionen.

6 Efter en positiv udtalelse fra Autorité française de régulation des télécommunications (myndigheden for regulering af telekommunikation) godkendte den franske økonomi-, finans- og industriminister den 11. december 2003 en nedsættelse af France Télécoms 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. Kommissionen gentog sin anmodning i en e-mail af 26. januar 2004.
- 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 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«.

- 11 Ved skrivelse af 30. januar 2004 besvarede Wanadoo Kommissionens skrivelse af 9. januar 2004, hvori selskabet meddelte, at det som følge af nedsættelsen af France Télécoms engrospriser havde bebudet nye tilbud, der trådte i kraft den 1. januar eller den 1. februar 2004. Ved skrivelse af 15. marts 2004 fremsendte Wanadoo regnskaberne for regnskabsåret 2003 (afsluttet den 31.12.2003), som endnu ikke var godkendt på aktionærernes generalforsamling.
- 12 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.
- 13 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«).
- 14 Den 18. maj 2004 vedtog Kommissionen beslutning K(2004) 1929 i sag COMP/C-1/38.916, hvorved France Télécom 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«).
- 15 Beslutningen fastslår i betragtning 1 og 5-13:

»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 engrostitbud [...] (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.

[...]

Ifølge de oplysninger, Kommissionen er i besiddelse af, viser en prognosebaseret analyse, at mindst tre [af de ti anfægtede tilbud, der er omfattet af beslutningen, nævnt i præmis 7 og 10 ovenfor] (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, som 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 henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hvorved virksomhederne pålægges at underkaste sig en kontrolundersøgelse.«

16 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 husstands-kunder 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 ufortøvet 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.«

- 17 Endelig præciserer den anfægtede beslutnings artikel 2 datoen for kontrolundersøgelsens påbegyndelse. 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.
- 18 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 ved tribunal de grande instance de Nanterre (Frankrig) (herefter »retssikkerhedsdommeren«) med henblik på at få tilladelse til at foretage eller lade foretage en kontrolundersøgelse hos France Télécom og Wanadoo og til at bistå Kommissionen. Denne anmodning var ledsaget af den anfægtede beslutning.
- 19 Ved kendelse af 27. 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.
- 20 Den anfægtede beslutning blev meddelt Wanadoo den 2. juni 2004, umiddelbart før indledningen af kontrolundersøgelsen, som afsluttedes den 4. juni 2004.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 21 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 10. august 2004 har Wanadoo anlagt nærværende sag.
- 22 Den 1. september 2004 fusionerede Wanadoo med sit moderselskab, France Télécom, som indtrådte i sagsøgerens rettigheder.
- 23 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 24 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra Retten i retsmødet den 8. juni 2006.
- 25 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede beslutning annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 26 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- ²⁷ Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren fremsat fem anbringender om henholdsvis tilsidesættelse af artikel 10 EF og forordning nr. 1/2003, om tilsidesættelse af Kommissionens pligt til at foretage en grundig og upartisk undersøgelse af alle relevante oplysninger i den konkrete sag, om utilstrækkelig begrundelse, tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og et åbenbart urigtigt skøn.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 10 EF og forordning nr. 1/2003

Første led vedrørende tilsidesættelse af pligten til loyalt samarbejde med de nationale domstole

— Parternes argumenter

- ²⁸ Sagsøgeren har gjort gældende, at ifølge retspraksis pålægger artikel 10 EF Fællesskabets institutioner gensidige forpligtelser til loyalt samarbejde med medlemsstaterne, navnlig de nationale retslige myndigheder. Forordning nr. 1/2003 skal fortolkes i lyset heraf.

- 29 I henhold til denne pligt til loyalt samarbejde skal Kommissionen drage omsorg for, at den nationale myndighed, der har ansvar for at undersøge, hvorvidt de påtænkte tvangsindgreb er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til formålet med kontrolundersøgelsen, råder over alle de oplysninger, der giver den mulighed for at gennemføre sin kontrol. Ifølge Domstolens dom af 22. oktober 2002, Roquette Frères (sag C-94/00, Sml. I, s. 9011), bør Kommissionen således underrette den kompetente nationale retslige myndighed om den formodede overtrædelses væsentlige kendetegn.
- 30 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen tilsidesat denne pligt til loyalt samarbejde i flere henseender, hvilket bør medføre, at den anfægtede beslutning erklæres ugyldig.
- 31 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at Kommissionen over for retssikkerhedsdommeren har fortiet konkurrencerådets afgørelse af 11. maj 2004, den verserende sag for samme konkurrenceråd og påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003. Dermed har Kommissionen ikke loyalt underrettet den nationale domstol om den formodede overtrædelses karakter og grovhed.
- 32 For det andet skjuler den anfægtede beslutning den analyse, som konkurrencerådet har foretaget, og som med en bemærkning om, at den formodede overtrædelses eksistens var tvivlsom, var ugunstig for Kommissionens antagelser. Den omstændighed, at begæringen om retssikrende foranstaltninger ikke blev taget til følge, var navnlig ikke begrundet med manglende uopsættelighed, men med, at den pågældende prisfastsættelse ikke havde bragt sagsøgerens konkurrenter i fare.
- 33 For det tredje har Kommissionen på den ene side henvist til, at sagsøgeren havde til hensigt at skjule dokumenter, selv om der ikke var noget, der tydede på det, og på den anden side undladt at meddele retssikkerhedsdommeren, at den ikke havde haft behov for at foretage en kontrolundersøgelse eller anmode de nationale myndigheder om bistand til at indsamle de oplysninger, der dannede grundlag for vedtagelsen af beslutningen af 16. juli 2003.

- 34 Hvis retssikkerhedsdommeren havde rådet over disse oplysninger, ville han have anlagt en anden vurdering af, hvorvidt de begærede tvangsindgreb var villkårlige eller uforholdsmæssige. Han anmodede desuden ikke Kommissionen om supplerende oplysninger, da han nærede tillid til dens loyalitet.
- 35 Endelig gør sagsøgeren gældende kun at have underkastet sig kontrolundersøgelsen, fordi selskabet var blevet underrettet om retssikkerhedsdommerens kendelse. Under alle omstændigheder bør lovligheden af den anfægtede beslutning kun vurderes på grundlag af de faktiske og retlige oplysninger, der foreligger på tidspunktet for dens vedtagelse.
- 36 Kommissionen har heroverfor for det første gjort gældende, at sagsøgerens argumentation er irrelevant.
- 37 På den ene side er den omstændighed, at Kommissionen har undladt at omtale konkurrencerådets afgørelse, ikke relevant, idet sagsøgeren havde accepteret at underkaste sig beslutningen om kontrolundersøgelse, der er bindende i sig selv, uden at Kommissionen havde behov for at anmode om de nationale myndigheders bistand i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003. Retssikkerhedsdommerens kendelse har således ikke haft nogen virkning. Endvidere er det denne kendelse, som sagsøgeren skulle have anfægtet, hvis selskabet mente, at retssikkerhedsdommeren var utilstrækkeligt informeret til at træffe sin beslutning.
- 38 Hvis det på den anden side antages, at retssikkerhedsdommeren var utilstrækkeligt oplyst til at kunne kontrollere de påtænkte tvangsindgrebs forholdsmæssighed, ville det være uden indflydelse på den anfægtede beslutnings lovlighed. Han ville i så fald nemlig kun kunne afvise de begærede tvangsindgreb.

- 39 For det andet kan pligten til loyalt samarbejde ifølge artikel 10 EF ikke påberåbes selvstændigt af en borger med henblik på at opnå annullation af en retsakt, medmindre den påståede overtrædelse af denne artikel indebærer overtrædelse af en anden fællesskabsretlig regel. En generel henvisning til forordning nr. 1/2003 er i denne henseende utilstrækkelig.
- 40 For det tredje har Kommissionen gjort gældende, at den under alle omstændigheder har givet retssikkerhedsdommeren alle de oplysninger, der er nødvendige for hans kontrol af, at de begærede tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til formålet med kontrolundersøgelsen. Kommissionen har understreget, at den nationale ret ikke er kompetent til at kontrollere, om den påbudte kontrolforanstaltning er nødvendig eller begrundet, arbejdsdelingen inden for det europæiske konkurrencenetværk eller de potentielle virkninger af den pågældende virksomheds prisfastsættelse på det omhandlede marked.
- 41 Hverken sagen for konkurrencerådet eller dets afgørelse ville derfor have været nødvendige eller nyttige for retssikkerhedsdommeren for at gøre det muligt for ham at udøve sin kontrol. Sagsøgerens argumentation er således i strid med artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003. Beslutningen af 16. juli 2003 er for sit vedkommende omtalt i den anfægtede beslutning, og det ville have påhvilet den nationale ret, hvis den havde fundet det nødvendigt, at anmode Kommissionen om yderligere oplysninger.
- 42 Subsidiært har Kommissionen tilføjet, at konkurrencerådets afgørelse støtter den konklusion, at der var tilstrækkelige grunde til at foretage en kontrolundersøgelse, og at den omstændighed, at begæringen om retssikrende foranstaltninger ikke blev taget til følge, ikke er relevant, da den ikke er forbundet med sagens realitet, men med manglende uopsættelighed.
- 43 Den anfægtede beslutning indeholder således alle de forklaringer, der er nødvendige og nyttige for at give den nationale ret mulighed for at foretage den kontrol, der påhvilede den. Den viser på udførlig måde, at Kommissionen i sine sagsakter rådede

over seriøse indicier, der dannede grundlag for mistanken om overtrædelse af konkurrencereglerne, og informerede den om de væsentlige kendetegn ved den formodede overtrædelse, hvad der eftersporedes, og hvad kontrolundersøgelsen skulle vedrøre, hvilket er i overensstemmelse med retspraksis.

- 44 For det fjerde er argumentet om, at der ikke forelå en hensigt om at skjule dokumentation, ikke relevant.
- 45 Kommissionen konkluderer, at sagsøgeren ved dette første led søger at opnå et resultat svarende til annullation af retssikkerhedsdommerens kendelse, og at det derfor må forkastes.

— Rettens bemærkninger

- 46 Indledningsvis skal det understreges, at i modsætning til, hvad Kommissionen hævder, fremgår det klart af sagsøgerens argumentation, at selskabet ikke påberåber sig en tilsidesættelse af artikel 10 EF og dermed ikke selvstændigt påberåber sig en tilsidesættelse af princippet om loyalt samarbejde, men at det gør en tilsidesættelse af denne artikel gældende i forbindelse med en tilsidesættelse af forordning nr. 1/2003.
- 47 I denne henseende 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 som 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.

48 Artikel 20 i forordning nr. 1/2003 bemyndiger således Kommissionen til at foretage kontrolundersøgelser enten efter fremlæggelse af en skriftlig fuldmagt i henhold til denne artikels 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 henhold til stk. 4, har den pligt til at høre konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres, før den vedtager beslutningen om kontrolundersøgelse.

49 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.

50 Det følger heraf, at artikel 20 i forordning nr. 1/2003 etablerer en klar sondring mellem 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.

51 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 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 af 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 Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81), Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 29 ovenfor, præmis 39, 67 og 68).

52 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 29 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.

53 Sagsøgerens argumenter til støtte for det første anbringende skal derfor forkastes i deres helhed som virkningsløse, for så vidt som de ved at bestride indholdet af den anfægtede beslutning 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, punkt 8.

54 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 kontrolundersøgelsen.

55 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.

56 Artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 definerer de væsentlige oplysninger, der skal fremgå af en beslutning om kontrolundersøgelse, idet Kommissionen pålægges at angive den påbudte kontrolundersøgelses genstand og formål, tidspunktet for dens påbegyndelse, oplysninger om de i forordningens artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner samt om adgangen til at indbringe beslutningen for Fællesskabets retsinstanser.

57 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 29 ovenfor, præmis 47).

58 Kravet om, at Kommissionen angiver 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 kontrolundersøgelsesbeslutninger 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, hvori 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 57 ovenfor, præmis 41, og Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 29 ovenfor, præmis 48).

59 Kommissionen har i den henseende ligeledes 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 29 ovenfor, præmis 81, 83 og 99).

- 60 For at godtgøre 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 29 ovenfor, præmis 55, 61 og 99).
- 61 Med hensyn til den foreliggende sag bemærkes, at selv om den anfægtede beslutning — gengivet i præmis 15-17 ovenfor — 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. Den 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, som sagsøgeren mistænkes for — en prisfastsættelse, der er i strid med artikel 82 EF — forklaringer med hensyn til, hvordan sagsøgeren formodes at være delagtig i overtrædelsen — selskabet er årsag til den — hvad der efterspores, og hvad kontrolundersøgelsen skulle dreje sig om — oplysninger vedrørende denne praksis, navnlig elementer, der gør det muligt at godtgøre graden af dækning af sagsøgerens omkostninger, og som vedrører en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, som eventuelt kun er meddelt nogle medarbejdere hos France Télécom og/eller sagsøgeren, og som skal efterspores i alle virksomhedens lokaler, i dens 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.
- 62 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 sagsøgerens overtrædelse af konkurrencereglerne. Kommissionen nævner således bl.a. at have modtaget oplysninger, der tydede på, at sagsøgeren praktiserede priser for internetadgang via ADSL til den brede offentlighed i Frankrig, hvoraf nogle ikke dækkede de variable omkostninger, og andre lå under de samlede omkostninger,

hvilket indgik i en plan, der afslører en hensigt om at udelukke konkurrenter, og som kunne udgøre en overtrædelse af artikel 82 EF. Endvidere angiver den, at en prognosebaseret analyse rent faktisk havde vist, at visse af sagsøgerens tilbud, der er identificeret i den anfægtede beslutning, ikke dækkede omkostningerne, hverken de variable eller de samlede.

63 I modsætning til, hvad sagsøgeren hævder, giver hverken den verserende sag for konkurrencerådet, konkurrencerådets afgørelse eller påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003 holdepunkter for at antage, at den i den foreliggende sag besluttede kontrolundersøgelse ikke er berettiget.

64 Selv om konkurrencerådet i sin afgørelse af 11. maj 2004 anfører, at »hverken sektoren eller de virksomheder, den består af, synes at have lidt et alvorligt og umiddelbart tab som følge af Wanadoos prispraksis« — således som sagsøgeren har understreget — finder rådet 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 eventuelt påvirker en væsentlig del af det nationale område«. Konkurrencerådet har desuden i sin afgørelse påpeget, at sagsøgeren indtog en dominerende stilling på det relevante marked, at visse af sagsøgerens indkomsthypoteser forekom »lidet sandsynlige«, at det for tilbuddene »eXtense 128k/20h Fidélité« og »eXtense 512k/5Go Fidélité« så ud til, at sagsøgeren havde solgt til en pris under sine variable omkostninger, hvilket ifølge nævnte afgørelse udgjorde en stærk formodning for underbud ifølge Fællesskabets retspraksis, og at under bestemte forudsætninger tilbuddene »eXtense 128k/20h«, »eXtense 512k/5Go Fidélité« og »eXtense 512k Fidélité« ikke kunne dække deres samlede omkostninger.

65 Den omstændighed, at det drejer sig om en afgørelse om ikke at tage de begærede retssikrende foranstaltninger til følge, er irrelevant, idet konkurrencerådet begrundet denne afgørelse med, at der ikke foreligger et alvorligt og umiddelbart tab for sektoren og sektorens virksomheder eller et umiddelbart tab for forbrugeren, med andre ord med manglende uopsættelighed og ikke med, at den klage, der var forelagt det, var åbenbart grundløs.

- 66 Det fremgår i øvrigt af den anfægtede beslutning, at trods påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003 havde Kommissionen modtaget oplysninger, der tydede på, at sagsøgeren sandsynligvis ikke ville rette sig efter dem. Endvidere har sagsøgeren ikke påvist, at de tungtvejende oplysninger og indicier, som Kommissionen redegør for i den anfægtede beslutning, ikke kunne begrunde en anvendelse af kontrolundersøgelsen. At denne var uberettiget, er således ikke godtgjort.
- 67 Endelig er det ubestridt, at sagsøgeren havde kendskab til den verserende sag for konkurrencerådet, konkurrencerådets afgørelse og påbuddene i beslutningen af 16. juli 2003. Det forhold, at disse oplysninger ikke er nævnt i den anfægtede beslutning, har derfor ikke kunnet krænke retten til kontradiktion eller forhindre sagsøgeren i at blive bekendt med omfanget af sin samarbejdsplicht med Kommissionen i forbindelse med kontrolundersøgelsen.
- 68 På baggrund af ovenstående må det fastslås, at de forpligtelser, der pålægges Kommissionen ved artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, er blevet opfyldt, og at det første anbringendes første led således må forkastes.

Første anbringendes andet led vedrørende tilsidesættelse af kompetencefordelingen og forpligtelsen til at samarbejde loyalt med de nationale konkurrencemyndigheder i henhold til forordning nr. 1/2003

— Parternes argumenter

- 69 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat den i forordning nr. 1/2003 og gennemførelsesbestemmelserne hertil fastsatte kompetencefordeling og sin pligt til loyalt samarbejde med de nationale konkurrencemyndigheder i henhold til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og artikel 10 EF.

70 Forordning nr. 1/2003 har ifølge sagsøgeren decentraliseret Fællesskabets konkurrenceret på grundlag af dels subsidiaritetsprincippet som omhandlet i forordning nr. 1/2003, dels princippet om samarbejde mellem de myndigheder, der har til opgave at gennemføre Fællesskabets konkurrenceret. Forordning nr. 1/2003 har således etableret et europæisk konkurrencenetværk og et kompetence- og samarbejdssystem mellem medlemmerne af dette netværk. Dette samarbejdsprincip er igen nævnt i bl.a. artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, i Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (EUT 2004 C 101, s. 43, herefter »meddelelsen«) og i Rådets og Kommissionens fælles erklæring af 10. december 2002 om netværket af konkurrencemyndigheder (erklæring optaget i mødeprotokollen til rådsmødet om vedtagelse af forordning nr. 1/2003, dokument nr. 15435/02 ADD 1, herefter den »fælles erklæring«).

71 På grundlag af disse to principper har Kommissionen ifølge sagsøgeren i meddelelsen defineret reglerne for fordeling af sagerne mellem medlemmerne af netværket. Disse regler er blevet tilsidesat ved den anfægtede beslutning. For det første er konkurrencerådet i henhold til meddelelsen den myndighed, der har den rette forudsætning for at behandle den pågældende sag, og Kommissionen har ikke bedre forudsætninger end konkurrencerådet. Kontrolundersøgelsen kunne således ikke resultere i, at konkurrencerådet mistede sin kompetence, og sagen endnu en gang henvistes til Kommissionen, og den påbudte kontrolundersøgelse var følgelig ikke lovlig. For det andet er Kommissionens direkte indgriben uberettiget, når konkurrencerådet har kontrolundersøgelsesbeføjelser, og Kommissionen kunne have anmodet det om at gøre brug heraf. For det tredje burde Kommissionen, også selv om den anfægtede beslutning måtte anses for lovlig, have anvendt artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og følgelig knytte konkurrencerådet til undersøgelsesforanstaltningerne og uddelegere alle de opgaver til konkurrencerådet, som kunne uddelegeres.

72 Kommissionen har heroverfor principalt gjort gældende, at dette led, for så vidt som det vedrører tilsidesættelse af den fordeling af kompetencer, som fremgår af forordning nr. 1/2003, ikke kan realitetsbehandles, idet leddet ikke nøjagtigt angiver annullationsanbringendet. Ingen konkret bestemmelse i forordningen er således påberåbt. I realiteten etablerer EF-traktaten og forordning nr. 1/2003 parallelle kompetencer med hensyn til anvendelsen af artikel 81 EF og 82 EF. Den fælles

erklæring og meddelelsen indeholder kun angivelser af den måde, hvorpå netværkets myndigheder kan koordinere deres aktion, og bevarer Kommissionens kompetence til at gribe ind når som helst mod enhver tilsidesættelse af artikel 81 EF og 82 EF.

- 73 Med hensyn til subsidiaritetsprincippet begrænser forordning nr. 1/2003 sig for det første til at angive, at anvendelsen af princippet ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at muliggøre en effektiv anvendelse af traktatens regler uden dog at påvirke Kommissionens beføjelser til at gennemføre undersøgelser. Når Kommissionen dernæst har kompetence til at anvende EF-traktaten direkte i individuelle sager, kan subsidiaritetsprincippet ikke fortolkes således, at den fratages denne kompetence. Endelig kan dette princip ikke påberåbes, da Kommissionens indgriben er begrænset til en forudgående undersøgelsesfase — inden Kommissionen har truffet beslutning om en eventuel indledning af en procedure.
- 74 Meddelelsen er i øvrigt uden bindende retsvirkninger, og desuden er sagsøgerens fortolkning af kriterierne for henvisning af sager fejlagtig. Kommissionen kan således frit til enhver tid rejse en sag. Kommissionen har tilføjet, at hertil kommer, at visse elementer i den foreliggende sag talte for, at sagens realitet blev behandlet af Kommissionens tjenestegrene, og at dens beslutning om at gennemføre en kontrolundersøgelse og selv behandle sagens realitet har været genstand for en samrådsprocedure med de franske myndigheder. Lovligheden af den anfægtede beslutning afhænger under alle omstændigheder ikke af, om den har været genstand for forudgående drøftelser og tæt samråd med de nationale konkurrencemyndigheder, idet Kommissionens eneste forpligtelse i den henseende er den, der er fastsat i sidste punktum i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hvis tilsidesættelse sagsøgeren ikke har gjort gældende.
- 75 Endelig er artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 uden betydning for lovligheden af den anfægtede beslutning. Forordningen forpligter nemlig ikke Kommissionen til at uddelegere visse opgaver til de nationale myndigheder.

- 76 Kommissionen konkluderer heraf, at den ikke har tilsidesat nogen forpligtelse til at samarbejde med de franske konkurrencemyndigheder.

— Rettens bemærkninger

- 77 Indledningsvis bemærkes, at Kommissionens argument om, at dette led ikke kan realitetsbehandles, for så vidt som det vedrører tilsidesættelse af kompetencefordelingen, således som den fremgår af forordning nr. 1/2003, må forkastes. Manglende identificering af en konkret bestemmelse i forordningen på dette punkt kan ikke bevirke, at denne del af sagsøgerens argumentation ikke kan realitetsbehandles, for så vidt som sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, at det er en ordning med fordeling af kompetencerne, som følger af forordning nr. 1/2003, som er tilsidesat, og spørgsmålet om denne ordnings faktiske eksistens er et af grundlagene for sagsøgerens argumentation.
- 78 Det skal således undersøges, om Kommissionen med den anfægtede beslutning har tilsidesat kompetencefordelingen eller den forpligtelse til at samarbejde loyalt med de nationale konkurrencemyndigheder, som følger af subsidiaritetsprincippet, af artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, af meddelelsen, af den fælles erklæring og af artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.
- 79 For det første bemærkes hvad angår kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder, at forordning nr. 1/2003 bringer den tidligere centraliserede ordning til ophør og i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet i højere grad inddrager de nationale konkurrencemyndigheder og bemyndiger dem til med henblik herpå at gennemføre fællesskabsrettens konkurrencebestemmelser. Forordningens opbygning er imidlertid baseret på det snævre samarbejde, der skal udvikles mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, og som er organiseret i netværk, hvorved Kommissionen har til opgave at tage stilling til de konkrete bestemmelser vedrørende dette

samarbejde. Den nævnte forordning sætter desuden ikke spørgsmålstejn ved den generelle kompetence, der er tillagt Kommissionen ved retspraksis (Domstolens dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods, Sml. I, s. 11369, præmis 46 og 48). Kommissionen er således i henhold til forordning nr. 1/2003 tillagt vide undersøgelsesbeføjelser, og den er under alle omstændigheder beføjet til at træffe beslutning om indledningen af en procedure vedrørende en overtrædelse, hvilket medfører, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder mister deres kompetence. Kommissionen bevarer således en fremherskende rolle i forbindelse med undersøgelsen af overtrædelser.

80 Sagsøgeren har følgelig fortolket det ved forordning nr. 1/2003 mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder indførte samarbejde fejlagtigt. Ingen bestemmelse i forordningen fastsætter en regel om fordeling af kompetencen som påberåbt af sagsøgeren, og hvorefter Kommissionen ikke er bemyndiget til at foretage en kontrolundersøgelse, når en medlemsstats konkurrencemyndighed allerede har fået forelagt den samme sag. Derimod fastsætter artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, blot med forbehold af 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.

81 Kommissionen må derfor så meget desto mere kunne foretage en kontrolundersøgelse som den påbudte i den foreliggende sag. En beslutning om 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 kontrolundersøgelsesbeslutning 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 forordningen 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.

- 82 Det følger heraf, at forordning nr. 1/2003 ikke indeholder bestemmelser om en ordning med fordeling af kompetencen, sådan som sagsøgeren har påberåbt sig. Argumentet om dens tilsidesættelse kan således ikke tiltrædes.
- 83 For det andet bemærkes med hensyn til meddelelsen, som ifølge sagsøgeren ligeledes fordeler kompetencen mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder, og som i den foreliggende sag er blevet overtrådt, at dens punkt 4 præciserer, at konsultationer og informationsudvekslinger inden for netværket er en sag mellem de offentlige retshåndhævende myndigheder, og at ifølge dens punkt 31 giver den ikke de involverede virksomheder en individuel ret til at få sagen behandlet af en bestemt myndighed. Følgelig kan sagsøgeren ikke med føje hævde, at i henhold til denne meddelelse kan kun konkurrencerådet behandle den pågældende sag.
- 84 På den anden side må det fastslås, at sagsøgerens argumentation er i strid med meddelelsens ordlyd. Meddelelsens punkt 8, som sagsøgeren henviser til, indeholder faktisk betingelserne for, at en myndighed kan anses for at have de rette forudsætninger for at behandle en sag. Anvendelsen af verbet »kunne« viser imidlertid, at der kun er tale om en mulighed for fordeling af opgaverne, som ikke kan anses for at indebære en forpligtelse for Kommissionen til ikke at behandle en sag eller ikke at foretage en undersøgelse vedrørende en sag, når de i punkt 8 anførte betingelser er opfyldt. I henhold til meddelelsens punkt 5 har hvert medlem af netværket desuden frie hænder til at træffe beslutning om at foretage undersøgelse af en sag, og punkt 55 bestemmer i overensstemmelse med artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen under alle omstændigheder kan genoptage en sag, der er behandlet af en national myndighed. Den må således ligeledes kunne foretage en kontrolundersøgelse. Sagsøgerens argumentation om meddelelsen er således ubegrundet.
- 85 For det tredje bemærkes med hensyn til den fælles erklæring, at dens punkt 3 anfører, at erklæringen er af politisk karakter og ikke skaber hverken lovfæstede rettigheder eller forpligtelser. Sagsøgeren kan således ikke med føje påberåbe sig et sådant dokument med henblik på annullation af en bebyrdende fællesskabsretsakt.

Under alle omstændigheder bestemmer erklæringens punkt 22, at Kommissionen kan prøve lovligheden af en sag, selv om en national konkurrencemyndighed allerede behandler den, på betingelse af, at den forklarer konkurrencemyndigheden samt de øvrige medlemmer af netværket grundene til, at den bringer artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 i anvendelse. Det er imidlertid tidligere blevet påpeget, at den anfægtede beslutning ikke indebærer anvendelse af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, og at Kommissionen derfor i den foreliggende sag bør anses for bemyndiget til at foretage en kontrolundersøgelse.

- 86 For det fjerde er det med hensyn til forpligtelsen til at samarbejde loyalt med de nationale konkurrencemyndigheder i henhold til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og artikel 10 EF tilstrækkeligt at bemærke, at bestemmelsen i forordning nr. 1/2003 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. Det fremgår derimod af de ovenfor analyserede bestemmelser og navnlig af artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, at samarbejdsprincippet 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. Sagsøgeren har i øvrigt ikke bestridt, at Kommissionen faktisk har haft kontakt med den berørte nationale myndighed, før den vedtog den anfægtede beslutning. Med hensyn til artikel 10 EF har sagsøgeren blot påberåbt sig en tilsidesættelse af den nævnte bestemmelse uden at støtte dette anbringende på anden måde end ved en henvisning til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003. Heraf følger, at den påståede tilsidesættelse af disse artikler ikke er godtgjort.
- 87 For det femte bemærkes med hensyn til argumentet om artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, at det er irrelevant. Denne bestemmelse hjemler nemlig blot mulighed for, at Kommissionen kan uddelegere en del af sine opgaver til de nationale konkurrencemyndigheder, men pålægger den ikke nogen forpligtelse i denne henseende.
- 88 Endelig bemærkes for det sjette vedrørende argumentet om subsidiaritetsprincippet, der er indeholdt i artikel 5, andet afsnit, EF, at i henhold til dette princip handler Fællesskabet på de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, kun

hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan.

89 I den foreliggende sag begrænser henvisningen til subsidiaritetsprincippet i forordning nr. 1/2003 sig til at angive, at vedtagelsen af forordning nr. 1/2003 er i overensstemmelse med dette princip. Protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet (subsidiaritetsprincippet) og proportionalitetsprincippet, der er knyttet som bilag til traktaten, præciserer desuden i stk. 3, at nærhedsprincippet ikke anfægter de beføjelser, der er tillagt Fællesskabet i traktaten, således som fortolket af Domstolen (Domstolens dom af 12.7.2005, forenede sager C-154/04 og C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 102). Dette princip rejser således ikke tvivl med hensyn til de beføjelser, der er tillagt Kommissionen i EF-traktaten, herunder anvendelsen af konkurrencereglerne og navnlig retten til at foretage kontrolundersøgelser med henblik på at vurdere, om formodede overtrædelser faktisk foreligger. Herudover er Kommissionens handling i den foreliggende sag som tidligere nævnt under alle omstændigheder en indledende handling, som ikke bevirker en formel indledning af proceduren som omhandlet i artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003. Vedtagelsen af den anfægtede beslutning har således ikke medført, at konkurrencerådet mister sin kompetence. Det er derfor ikke godtgjort, at subsidiaritetsprincippet er tilsidesat.

90 Det fremgår af det ovenstående, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har tilsidesat en regel om fordeling af kompetencen, som ville have været til hinder for, at den foretog den pågældende kontrolundersøgelse, at den har tilsidesat sin forpligtelse til loyalt samarbejde med de nationale konkurrencemyndigheder som fastsat bl.a. ved forordning nr. 1/2003, eller at den har tilsidesat proportionalitetsprincippet. Første anbringendes andet led er således ugrundet.

91 Heraf følger, at det første anbringende må forkastes i sin helhed.

Det andet anbringende om Kommissionens tilsidesættelse af pligten til at foretage en grundig og upartisk undersøgelse af alle relevante oplysninger i den enkelte sag

Parternes argumenter

92 Sagsøgeren har gjort gældende, at ifølge retspraksis har Kommissionen i de tilfælde, hvor den har et skøn, pligt til at overholde de garantier, som fællesskabsretten giver, bl.a. pligten til at foretage en grundig og upartisk undersøgelse af alle relevante oplysninger i den enkelte sag. I denne sag har Kommissionen tilsidesat ovennævnte pligt ved ikke at tage hensyn til, før den traf beslutning om at foretage kontrolundersøgelsen, at konkurrencerådet allerede havde fået forelagt de tilbud, som sagsøgeren havde lanceret i januar og februar 2004, og havde fastslået, at kvalificeringen underbud var højst usandsynlig. Sagsøgeren har anført, at selv om det kan medgives, at Kommissionen anlægger en anden vurdering end konkurrencerådet af strukturen og udviklingen af det franske marked for adgangstjenester til højhastighedsinternet, burde den ikke desto mindre have afvejet de oplysninger, den var i besiddelse af, med oplysningerne i konkurrencerådets afgørelse, men eksistensen af konkurrencerådets afgørelse angives ikke engang. Denne tilsidesættelse er ledsaget af et åbenbart urigtigt skøn og skærpes af Kommissionens kontakt med konkurrencerådets rapportør og med AOL. En grundig og upartisk undersøgelse ville have bestået i at redegøre for, hvorfor kontrolundersøgelsen stadig var nødvendig trods konkurrencerådets afgørelse.

93 Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at dette anbringende må forkastes. Den anfører, at den har foretaget en grundig og upartisk undersøgelse af alle relevante oplysninger i den foreliggende sag, bl.a. konkurrencerådets afgørelse og dens egen beslutning af 16. juli 2003. Den har ikke dannet sig en fast opfattelse af, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, men har kun haft en mistanke baseret på oplysninger, den har modtaget fra bl.a. flere af sagsøgerens konkurrenter. Endvidere giver konkurrencerådets afgørelse i sig selv tilstrækkelige oplysninger om, at der sandsynligvis er tale om en overtrædelse. Foruden denne afgørelse og møder med

konkurrencerådets rapportør har Kommissionen ligeledes haft flere møder med konkurrencerådets embedsmand, der er ansvarlig for kontakten med Kommissionen.

Rettens bemærkninger

- 94 De garantier, som fællesskabsretten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling, omfatter bl.a. princippet om god forvaltningsskik, hvortil knytter sig et krav om, at den kompetente institution omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag (Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 3275, præmis 404).
- 95 I den foreliggende sag foreholder sagsøgeren i det væsentlige Kommissionen, at den har tilsidesat denne forpligtelse ved ikke at tage hensyn til konkurrencerådets afgørelse og ved ikke at afveje indholdet af denne afgørelse med de oplysninger, den var i besiddelse af. Sagsøgeren anfører, at Kommissionen har skærpet denne tilsidesættelse ved kontakter med konkurrencerådets rapportør, der har ansvaret for sagen og med AOL, sagsøgerens konkurrent.
- 96 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.
- 97 At konkurrencerådets afgørelse for det første ikke nævnes i den anfægtede beslutning, er ikke tilstrækkeligt til at konkludere, at Kommissionen ikke har taget hensyn til den. De kontakter, der har fundet sted mellem Kommissionen og konkurrencerådets rapportør, uanset hvilken rolle sidstnævnte har spillet i forbindelse med udarbejdelsen og vedtagelsen af konkurrencerådets afgørelse, viser

derimod snarere, at Kommissionen var velinformeret om afgørelsens eksistens, eller i hvert fald om, at vedtagelsen af den var nært forestående, samt om den verserende sag for konkurrencerådet, da den vedtog den anfægtede beslutning.

98 Dernæst var der mange oplysninger, som konkurrencerådet havde påpeget i sin afgørelse — angivet i præmis 64 og 65 ovenfor — og uanset vurderingen heraf ved en analyse af sagens realitet, der talte for en kontrolundersøgelsesbeslutning. Det kan således hverken konkluderes, at Kommissionen faktisk har set bort fra denne afgørelse, eller antages, at Kommissionen skulle forklare, hvorfor den påbudte kontrolundersøgelse stadig var nødvendig trods denne afgørelse fra konkurrencerådet.

99 Heraf følger, at Kommissionen ikke kan anses for ikke at have foretaget en grundig og upartisk undersøgelse af alle de relevante oplysninger i den foreliggende sag, eller for at have anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved analysen af disse oplysninger. Kommissionens kontakt med konkurrencerådets rapportør og AOL kan ikke rejse tvivl med hensyn til denne vurdering, idet det ikke kan fastslås, at Kommissionen ikke har opfyldt sin pligt til at foretage en grundig og upartisk undersøgelse af alle de relevante oplysninger i den foreliggende sag.

100 Herefter må det andet anbringende forkastes.

Det tredje anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten

Parternes argumenter

101 Sagsøgeren har gjort gældende, at i medfør af artikel 253 EF skal Kommissionen begrunde sine beslutninger. I henhold til fast retspraksis skal den klart og utvetydigt

angive de betragtninger, den har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at Fællesskabets retsinstanser kan udøve deres prøvelsesret.

102 Sagsøgeren har anført, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet. Den angiver ikke, hvad der har gjort det muligt at se bort fra eksistensen af en national procedure vedrørende de samme forhold, at tage afstand fra konkurrencerådets konstateringer og at anse en kontrolundersøgelse for nødvendig og forholdsmæssig. Endvidere begrunder den ikke den påstand, at konkurrencerådets afgørelse ikke fratog den besluttede kontrolundersøgelsesforanstaltnings nødvendige og forholdsmæssige karakter, nævner ikke denne afgørelses eksistens og modsiger den med hensyn til væsentlige faktiske omstændigheder. Sagsøgeren kan derfor umuligt forstå begrundelsen for en så indgribende foranstaltning som den pågældende kontrolundersøgelse. Kommissionen har således tilsidesat sin begrundelsespligt, og den anfægtede beslutning bør annulleres.

103 Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 definerer begrundelsen for en beslutning om kontrolundersøgelse ved at fastsætte, at den skal angive genstanden og formålet med kontrolundersøgelsen. Den begrundelse, der er givet, opfylder endvidere de begrundelseskrav, der er fastsat i retspraksis vedrørende artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, der er affattet på samme måde som artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. Kommissionen har navnlig ikke været forpligtet til at kvalificere overtrædelserne eller begrunde sin beslutning i forhold til samtlige faktiske omstændigheder, som kan fremgå af en national myndigheds beslutning om retssikrende foranstaltninger. De faktiske vurderinger af de oplysninger, som Kommissionen rådede over, udgør heller ikke en del af den begrundelse, som Kommissionen skal meddele adressaten for en beslutning om kontrolundersøgelse. Med hensyn til den manglende omtale af konkurrencerådets afgørelse er dette uden betydning, da den ikke kan hindre hverken sagsøgerens forståelse af den anfægtede beslutning, sagsøgerens argumenter som led i kontradiktionen eller Rettens prøvelse.

104 Endelig kan Kommissionen ikke have pligt til specifikt at begrunde sin vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at foretage en undersøgelse, eller måden, hvorpå den deler opgaverne med de nationale myndigheder i en konkret sag.

Rettens bemærkninger

105 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).

106 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. I præmis 68 ovenfor er det imidlertid allerede fastslået, at tilsidesættelsen af denne bestemmelse ikke er godtgjort, idet Kommissionen bl.a. ikke havde pligt til at begrunde sin beslutning om at foretage den påbudte kontrolundersøgelse i lyset af de af sagsøgeren angivne elementer.

107 Herefter vil anbringendet om utilstrækkelig begrundelse være at forkaste.

Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

Parternes argumenter

108 Sagsøgeren har gjort gældende, at ifølge retspraksis skal de af Kommissionen besluttede kontrolundersøgelsesforanstaltninger være forholdsmæssige og nødven-

dige i forhold til det tilstræbte formål. Hvis det antages, at det af Kommissionen tilsigtede mål har været at undersøge, om de ti tilbud, som Wanadoo lancerede i januar og februar 2004, udgjorde en underbudsprispraksis, som er forbudt ved artikel 82 EF, ville anvendelsen af beføjelserne til kontrolundersøgelse, der er tillagt Kommissionen ved artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, ikke have været forholdsmæssig. Konkurrencerådet havde allerede indsamlet et stort antal oplysninger om indtægter og omkostninger vedrørende de pågældende tilbud, og ingen oplysninger risikerede at blive tilintetgjort eller skjult. Disse oplysninger kunne endvidere være opnået ved mindre indgribende foranstaltninger end en kontrolundersøgelse.

109 En kontradiktorisk procedure ville i øvrigt have påvist, at Wanadoos genoprettelse af sine tab og dermed eksistensen af den underbudsprispraksis, der var mistanke om, og dens fortrængningseffekt var højest usandsynlig. Under disse omstændigheder var kvalificeringen af de i forhold til artikel 82 EF påtalte omstændigheder usikker, og kontrolundersøgelsen var derfor ikke nødvendig eller forholdsmæssig i forhold til formålet at godtgøre eksistensen af en overtrædelse, også selv om kontrolundersøgelsen havde været udbytterig.

110 Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen ikke angiver grundene til, at efterprøvelsen af de af Wanadoo fremførte tal ikke kunne opnås ved mindre indgribende foranstaltninger end en kontrolundersøgelse, såsom tekniske konstateringer ved en sagkyndig. Med hensyn til sin søgen efter oplysninger vedrørende en eventuel fortrængningshensigt har Kommissionen ikke givet nogen oplysninger, der gør det muligt at godtgøre, at den havde modtaget oplysninger om, at de pågældende tilbud indgik i en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter. Sagsøgeren konkluderer heraf, at den anfægtede beslutning bør annulleres på grund af tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

111 Kommissionen har heroverfor svaret, at proportionalitetsprincippet indebærer, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må gå videre end, hvad der er nødvendigt og passende for at nå det tilsigtede formål. En kontrolundersøgelsesbeslutnings forholdsmæssighed afhænger af den formodede overtrædelses grovhed, af muligheden for, at kontrolundersøgelsen kan tilvejebringe pålidelige oplysninger med

hensyn til overtrædelsens eksistens, og af en sammenligning af den effektivitet, der kan forventes af en sådan kontrolundersøgelse i forhold til andre undersøgelsesforanstaltninger. Henset til oplysningerne i den foreliggende sag og navnlig til, at konkurrencerådet i hvert fald delvis har vurderet de oplysninger, som det selv har indsamlet, som urealistiske, er dette princip overholdt.

- 112 Endvidere fremgår det af retspraksis, at Kommissionens valg mellem en på grundlag af en beslutning påbudt kontrolundersøgelse og en anden mindre indgribende undersøgelsesforanstaltning alene afhænger af nødvendigheden af behovet for at indhente de oplysninger, der er nødvendige i forhold til den konkrete sags nærmere omstændigheder, men kræver ikke, at der foreligger særlige omstændigheder.
- 113 Kommissionen har tilføjet, at sagsøgerens bemærkning om, at Kommissionen ikke kan foretage en kontrolundersøgelse, når en tidligere beslutning om den samme virksomhed er vedtaget uden en sådan undersøgelsesforanstaltning, er ugrundet, og at den har begrænset sig til at påbyde en kontrolundersøgelse i virksomhedens lokaler.
- 114 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at den først efter en tilbundsgående undersøgelse kan danne sig en opfattelse af, om der eventuelt foreligger en overtrædelse, og at sagsøgerens argumenter med hensyn til den formodede overtrædelses realitet under alle omstændigheder er i strid med Domstolens og Rettens praksis.
- 115 Den anfægtede beslutning har således udelukkende til formål at gøre det muligt for Kommissionen at samle de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan vurdere, om der eventuelt foreligger en overtrædelse af traktaten. Dermed er beslutningen ikke uforholdsmæssig i forhold til det tilsigtede mål, navnlig fordi den formodede overtrædelses art, som indebærer et element af forsæt, antyder, at de oplysninger, der kan bevise en alvorlig overtrædelse, systematisk opbevares på skjulte steder, og at risikoen for, at oplysninger skjules eller tilintetgøres, er betydelig.

- 116 Kommissionen har på grundlag af ovenstående konkluderet, at anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet er ubegrundet.

Rettens bemærkninger

- 117 Proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsatninger, indebærer, 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).
- 118 På det i den foreliggende sag berørte område indebærer overholdelsen af proportionalitetsprincippet, at de påtænkte foranstaltninger 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 29 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 59 ovenfor, præmis 28-30, og Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 29 ovenfor, præmis 77).

119 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 29 ovenfor, præmis 78).

120 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 sagsøgeren, for at der kan tages stilling til en eventuel overtrædelse af traktaten. I henhold til den anfægtede beslutning var Kommissionen ganske vist allerede i besiddelse af visse informationer herom. Den kunne imidlertid i henhold til retspraksis søge at indhente yderligere oplysninger, bl.a. oplysninger om en strategi til udelukkelse og fortrængning af konkurrenter, som man vanskeligt kan forestille sig kunne være kommet i Kommissionens besiddelse på anden måde end gennem en kontrolundersøgelse. For det andet var det i betragtning af, at de søgte oplysninger omfattede elementer, der kunne afsløre et eventuelt forsæt til at fortrænge konkurrenter, acceptabelt med henblik på at indhente passende oplysninger om sagen at påbyde en kontrolundersøgelse ved en beslutning for at sikre kontrolundersøgelsens effektivitet. For det tredje blev den på grundlag af den anfægtede beslutning påbudte kontrolundersøgelse begrænset til virksomhedens lokaler, mens forordning nr. 1/2003 fremover 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.

121 De af sagsøgeren fremførte argumenter kan ikke ændre denne konklusion. For det første er det allerede fastslået ovenfor, at konkurrencerådets afgørelse ikke underbygger sagsøgerens standpunkt med hensyn til usikkerheden om, hvorvidt den formodede praksis er reel, og gør det derfor ikke muligt at udelukke den af Kommissionen fremførte opfattelse i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren kunne

anvende priser i strid med artikel 82 EF. At det eventuelt ikke er muligt for Kommissionen dernæst i realiteten at godtgøre, at der var tale om underbudspriser på grundlag af de oplysninger, den havde indhentet i forbindelse med den pågældende kontrolundersøgelse, er uden betydning, da det ikke gør det muligt at konkludere, at den påbudte kontrolundersøgelse ikke var egnet. Den anfægtede beslutning angiver således mere generelt, at Kommissionen mistænker sagsøgeren for prispraksis i strid med artikel 82 EF, hvilket i sig selv er tilstrækkeligt til at begrunde kontrolundersøgelsen.

122 For det andet bemærkes, at som det fremgår af den tidligere nævnte retspraksis, er det forhold, at Kommissionen allerede var i besiddelse af visse oplysninger, som tydede på, at sagsøgeren anvendte priser i strid med artikel 82 EF, eller at sådanne oplysninger allerede var indhentet af konkurrencerådet og dermed kunne være fremsendt til Kommissionen, ikke tilstrækkeligt til, at det kan konkluderes, at den anfægtede beslutning er uforholdsmæssig. Retspraksis anerkender således, at Kommissionen kan søge efter supplerende oplysninger, selv om den allerede er i besiddelse af indicier på en overtrædelse.

123 For det tredje bemærkes, at sagsøgeren ikke med føje kan påstå, at Kommissionen ikke har fremlagt oplysninger, der gør det muligt at fastslå, at den havde modtaget informationer om, at de pågældende tilbud indgik i en strategi til fortrængning af konkurrenter. Dels angiver den anfægtede beslutning udtrykkeligt, at denne opfattelse bygger på oplysninger, som Kommissionen har modtaget, dels har Kommissionen ikke pligt til i en beslutning som den anfægtede at fremlægge de oplysninger og indicier, som er grundlaget for denne beslutning (jf. i denne retning vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 29 ovenfor, præmis 62).

124 Det følger af det ovenstående, at det fjerde anbringende må forkastes.

Det femte anbringende om et åbenbart urigtigt skøn

Parternes argumenter

- 125 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved i den anfægtede beslutning at hævde, at hele ADSL-markedet i Frankrig på daværende tidspunkt var i negativ margen, selv om konkurrencerådets afgørelse af 11. maj 2004, som Kommissionen ikke kunne være uvidende om, lod forstå, at et stort antal leverandører af internetadgang var rentable, og at en operatør havde anført at have en positiv margen. Kommissionen har således anført forkerte faktiske omstændigheder vedrørende et afgørende punkt og således fejlfortolket grunden til forbuddet mod underbudspriser, nemlig elimineringen af konkurrenter.
- 126 Kommissionen har svaret, at den var i besiddelse af oplysninger, som underbygger påstanden om, at hele ADSL-markedet i Frankrig var i negativ margen, og at det under alle omstændigheder var tilstrækkeligt for den at være nået til den konklusion, at de oplysninger, den var i besiddelse af, udgjorde seriøse indicier på en mulig overtrædelse, der dannede grundlag for, at den i den foreliggende sag fandt, at visse af de nye tilbud blev markedsført under deres omkostninger.
- 127 Sagsøgerens anbringende er virkningsløst, for selv om Kommissionens påstand måtte være fejlagtig, kan den ikke gøre den anfægtede beslutning ulovlig. Situationen med hele sektorens avancemargen er således ikke et af de relevante kriterier for at godtgøre karakteren af underbudspriser for en virksomhed i dominerende stilling. For det første har retspraksis godtgjort, at priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, giver anledning til at antage, at en prispraksis har eliminerende karakter. Dernæst kan der, ifølge den af sagsøgeren forsvarede opfattelse, ikke foreligge underbud, medmindre alle konkurrerende operatører lider tab og kollektivt er truet af fortrængning. Anvendelsen af artikel 82 EF på en prispraksis, som kun vedrører en del af konkurrenterne, kan ikke

udelukkes, hvilket underbygger konkurrencerådets afgørelse. Endelig finder den sætning i konkurrencerådets afgørelse, som sagsøgeren henviser til, faktisk kun anvendelse på en del af de pågældende tilbud og priser, og under alle omstændigheder kunne Kommissionen, som var i besiddelse af selvmodsigende oplysninger, med rette bedømme troværdigheden af de forskellige vidnesbyrd, som den var i besiddelse af. Det drejer sig under alle omstændigheder om spørgsmål vedrørende overtrædelsens realitet, som kun kan besvares i lyset af en tilbunds-gående undersøgelse.

Rettens bemærkninger

- ¹²⁸ Sagsøgeren påstår, at Kommissionen har gjort sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn, men har til støtte for denne påstand blot henvist til en vurdering, som fremgår af konkurrencerådets afgørelse. Denne afgørelse drejer sig imidlertid kun om en begæring om retssikrende foranstaltninger, og det kan derfor ikke udelukkes, at konkurrencerådet efter en analyse i realiteten af sagsakterne ville anlægge en anden vurdering. Endvidere kan Kommissionen ikke anses for at være bundet af en faktisk vurdering, som er foretaget af en national konkurrencemyndighed på grundlag af visse oplysninger, idet det ikke kan udelukkes, at Kommissionen er i besiddelse af andre oplysninger, der netop kan foranledige den til at træffe en anden konklusion end denne myndighed. Det fremgår i øvrigt af den anfægtede beslutning, at Kommissionen var i besiddelse af oplysninger, der tjente som grundlag for den påstand, som her anfægtes af sagsøgeren.

- ¹²⁹ I betragtning af formodningen om lovlighed, som knytter sig til fællesskabsinstitutionernes retsakter (Domstolens dom af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 48), og som indebærer, at det tilkommer den, der gør en sådan retsakts ulovlighed gældende, at føre bevis herfor, og i betragtning af, at sagsøgeren ikke har fremlagt konkret bevis til støtte for sin påstand, ud over den henvisning til en afgørelse, hvorom det ovenfor er fastslået, at den ikke er af afgørende betydning, er det påståede åbenbart urigtige skøn ikke godtgjort.

130 Det femte anbringende må herefter forkastes.

131 På baggrund af det ovenstående må Kommissionen frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

132 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

H. Legal

Justitssekretær

Afdelingsformand