ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)

8 de Março de 2007 *

No processo T-339/04,

France Télécom SA, anteriormente Wanadoo SA, com sede em Paris (França), representada por H. Calvet e M.-C. Rameau, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por É. Gippini Fournier e O. Beynet, na qualidade de agentes,

recorrida,

que tem por objecto a anulação da decisão C (2004) 1929 da Comissão, de 18 de Maio de 2004, no processo COMP/C-1/38.916, que ordena à France Télécom SA e a todas as empresas por esta directa ou indirectamente controladas, incluindo a Wanadoo SA e todas as empresas directa ou indirectamente controladas pela

* Língua do processo: francês.

Wanadoo SA, que se submetam a uma inspecção por força do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência previstas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quarta Secção),

composto por: H. Legal, presidente, I. Wiszniewska-Białecka e E. Moavero Milanesi, juízes,

secretário: K. Pocheć, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 8 de Junho de 2006,

profere o presente

Acórdão

Quadro jurídico

1 O artigo 11.º (intitulado «Cooperação entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência»), n.os 1 e 6, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à

execução das regras de concorrência previstas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1), dispõe:

«A Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência aplicam as regras comunitárias de concorrência em estreita cooperação.

[...]

O início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos 81.º [CE] e 82.º [CE]. Se a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a um processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência.»

2 Por força do artigo 20.º (intitulado «Poderes da Comissão em matéria de inspecção») do Regulamento n.º 1/2003:

«1. No cumprimento das funções que lhe são atribuídas pelo presente regulamento, a Comissão pode efectuar todas as inspecções necessárias junto das empresas e associações de empresas.

2. Os funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão para efectuar uma inspecção podem:

a) Aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas e associações de empresas;

b) Inspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do seu suporte;

c) Tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extractos dos documentos controlados;

d) Apor selos em quaisquer instalações, livros ou registos relativos à empresa por período e na medida necessária à inspecção;

e) Solicitar a qualquer representante ou membro do pessoal da empresa ou da associação de empresas explicações sobre factos ou documentos relacionados com o objecto e a finalidade da inspecção e registar as suas respostas.

3. Os funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão para efectuar uma inspecção exercem os seus poderes mediante a apresentação de mandado escrito que indique o objecto e a finalidade da inspecção, bem como a sanção prevista no artigo 23.º no caso de os livros ou outros registos relativos à empresa que tenham sido exigidos serem apresentados de forma incompleta ou de as respostas aos pedidos feitos em aplicação do n.º 2 do presente artigo serem inexactas ou deturpadas. A Comissão deve avisar em tempo útil antes da inspecção a autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção.

4. As empresas e as associações de empresas são obrigadas a sujeitar-se às inspecções que a Comissão tenha ordenado mediante decisão. A decisão deve indicar o objecto e a finalidade da inspecção, fixar a data em que esta tem início e

indicar as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º, bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça. A Comissão toma essas decisões após consultar a autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção.

5. Os funcionários da autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção, ou os agentes mandatados por essa autoridade, devem, a pedido desta ou da Comissão, prestar assistência activa aos funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão. Dispõem, para o efeito, dos poderes definidos no n.º 2.

6. Quando os funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão verificarem que uma empresa se opõe a uma inspecção ordenada nos termos do presente artigo, o Estado-Membro em causa deve prestar-lhes a assistência necessária, solicitando, se for caso disso, a intervenção da força pública ou de uma autoridade equivalente, para lhes dar a possibilidade de executar a sua missão de inspecção.

7. Se, para a assistência prevista no n.º 6, for necessária a autorização de uma autoridade judicial de acordo com as regras nacionais, essa autorização deve ser solicitada. Essa autorização pode igualmente ser solicitada como medida cautelar.

8. Sempre que for solicitada a autorização prevista no n.º 7, a autoridade judicial nacional controla a autenticidade da decisão da Comissão, bem como o carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas relativamente ao objecto da inspecção. Ao proceder ao controlo da proporcionalidade das medidas coercivas, a autoridade judicial nacional pode pedir à Comissão, directamente ou através da autoridade do Estado-Membro responsável em matéria de concorrência, informações circunstanciadas, em especial quanto aos motivos que tem a Comissão para suspeitar de violação dos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE], bem como quanto à gravidade da infracção suspeita e à natureza do envolvimento da empresa em causa. No

entanto, a autoridade judicial nacional não pode pôr em causa a necessidade da inspecção, nem exigir que lhe sejam apresentadas informações que constem do processo da Comissão. O controlo da legalidade da decisão da Comissão encontra-se reservado exclusivamente ao Tribunal de Justiça.»

3 O artigo 22.º (intitulado «Investigações efectuadas pelas autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência»), n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe:

«A pedido da Comissão, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência procedem às inspecções que a Comissão considerar necessárias nos termos do n.º 1 do artigo 20.º ou que tenha ordenado mediante decisão tomada nos termos do n.º 4 do artigo 20.º Os funcionários das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspecções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respectiva legislação nacional.

A pedido da Comissão ou da autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção, os funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão podem prestar assistência aos agentes da autoridade em causa.»

Factos na origem do litígio

4 Numa decisão de 16 de Julho de 2003 relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º [CE] (processo COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (a seguir «decisão de 16 de Julho de 2003»), a Comissão concluiu que, entre Março de 2001 e Outubro de 2002, a Wanadoo Interactive, à data filial a 99,9% da Wanadoo SA, ela própria

filial da France Télécom SA, que detinha entre 70% e 72,2% do seu capital durante o período em causa nesta decisão, tinha abusado da sua posição dominante no mercado dos serviços de acesso à Internet de alta velocidade para particulares ao praticar, pelos seus serviços eXtense e Wanadoo ADSL, preços predatórios e aplicou à Wanadoo Interactive uma coima 10,35 milhões de euros.

5 Nos artigos 2.º e 3.º desta decisão, a Comissão ordenou igualmente à Wanadoo Interactive que:

— se abstivesse, no âmbito dos seus serviços eXtense e Wanadoo ADSL, de qualquer comportamento que pudesse ter um objecto ou um efeito idêntico ou semelhante ao que constitui a infracção;

— transmitisse à Comissão, no termo de cada exercício, e até ao exercício de 2006 inclusive, a conta de exploração dos seus diferentes serviços ADSL («Asymmetric Digital Subscriber Line», tecnologia de transmissão assimétrica de banda larga), evidenciando os rendimentos contabilísticos, os custos de exploração e os custos de aquisição dos clientes.

6 Em 11 de Dezembro de 2003, na sequência de um parecer favorável da Autorité française de régulation des télécommunications (Autoridade de regulamentação das telecomunicações francesa), o Ministro da Economia, das Finanças e da Indústria francês homologou uma baixa das tarifas do mercado grossista da France Télécom praticadas para o acesso e o serviço de encaminhamento IP/ADSL, também designados «opção 5». Diversos fornecedores de acesso à Internet, entre os quais a Wanadoo, decidiram repercutir esta baixa das tarifas do mercado grossista nas suas ofertas a retalho.

7 Em 12 de Dezembro de 2003, a Wanadoo anunciou uma primeira baixa das suas tarifas retalhistas, aplicável tanto aos antigos como aos novos assinantes, para as suas tarifas fixas de alta velocidade (ofertas «eXtense 512k» ilimitada, «eXtense 512k Fidélité» ilimitada, «eXtense 1024k» ilimitada e «eXtense 1024k Fidélité» ilimitada), a partir de 6 de Janeiro de 2004. A tarifa da oferta «eXtense 128k» ilimitada não foi alterada.

8 Em 9 de Janeiro de 2004, a Comissão enviou uma carta à Wanadoo, recordando-lhe os termos do artigo 2.º da decisão de 16 de Julho de 2003 e pedindo-lhe que lhe indicasse se, após a adopção dessa decisão, tinha introduzido, ou pretendia introduzir, baixas dos seu preços retalhistas para os serviços abrangidos pela referida decisão. A Comissão precisava que em caso de resposta afirmativa enviaria à Wanadoo um pedido de informações formal sobre os pormenores destas baixas de preços. Além disso, a Comissão pedia informações sobre a data do fim do exercício social da Wanadoo e do momento em que lhe seriam transmitidas as informações exigidas pelo artigo 3.º da decisão de 16 de Julho de 2003. A Comissão reiterou o seu pedido numa mensagem de correio electrónico de 26 de Janeiro de 2004.

9 Em 12 de Janeiro de 2004, a AOL France SNC e a AOL Europe Services SARL (a seguir, consideradas conjuntamente, «AOL») apresentaram ao Conseil de la concurrence français (Conselho da concorrência francês, a seguir «Conseil de la concurrence») uma denúncia de prática de preços predatórios pela Wanadoo quanto às quatro novas ofertas anunciadas por esta última em 12 de Dezembro de 2003, com base nos artigos 82.º CE e L 420-2 do Código Comercial francês (code de commerce français). Esta denúncia era acompanhada de um pedido de medidas cautelares destinado a obter, designadamente, a suspensão da comercialização destas ofertas, apresentado nos termos do artigo L 464-1 do Código Comercial francês.

10 Em 29 de Janeiro de 2004, a Wanadoo anunciou a introdução, a partir de 3 de Fevereiro de 2004, de uma oferta «eXtense 128k Fidélité» ilimitada e de quatro ofertas de preço fixo (ou ainda «à la carte»), a saber, «eXtense 128k/20h», «eXtense 128k/20h Fidélité», «eXtense 512k/5Go» e «eXtense 512k/5Go Fidélité».

11 Por carta de 30 de Janeiro de 2004, a Wanadoo respondeu à carta da Comissão de 9 de Janeiro de 2004 referindo que, na sequência da redução das tarifas grossistas da France Télécom, tinha anunciado novas ofertas aplicáveis a partir de 1 de Janeiro ou de 1 de Fevereiro de 2004. Além disso, por carta de 15 de Março de 2004, a Wanadoo transmitiu à Comissão as contas do exercício social de 2003 (encerrado em 31 de Dezembro de 2003), que ainda não tinham sido aprovadas pela assembleia-geral de accionistas.

12 Em 24 de Fevereiro de 2004, a AOL complementou a denúncia apresentada ao Conseil de la concurrence, acrescentando as ofertas lançadas pela Wanadoo em 3 de Fevereiro de 2004 e juntando-lhe um pedido de medidas cautelares destinado a obter, designadamente, a suspensão da comercialização daquelas.

13 Em 11 de Maio de 2004, o Conseil de la concurrence adoptou a sua decisão n.º 04-D-17 relativa à denúncia e ao pedido de medidas cautelares apresentados pela AOL, nos termos da qual indeferiu o referido pedido e reenviou a denúncia para a instrução (a seguir «decisão do Conseil de la concurrence»).

14 Em 18 de Maio de 2004, a Comissão adoptou a decisão C (2004) 1929, no processo COMP/C-1/38.916, que ordena à France Télécom e a todas as empresas por esta directa ou indirectamente controladas, incluindo a Wanadoo e todas as empresas directa ou indirectamente controladas pela Wanadoo, que se submetam a uma inspecção por força do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 (a seguir «decisão recorrida»).

15 Esta decisão enuncia nos seus primeiro e quinto a décimo terceiro considerandos:

«A Comissão [...] recebeu informações que indicam que a Wanadoo pratica tarifas de acesso à Internet por ADSL destinadas ao grande público em França das quais

algumas não cobrem os custos variáveis e outras são inferiores aos custos completos. Segundo as informações disponíveis, estas tarifas inserem-se num plano que revela a intenção de eliminar os concorrentes. Além disso, as informações recebidas indicam que a margem económica reduzida entre as tarifas retalhistas em causa e as ofertas grossistas [...] (opção 5) da France Télécom origina uma compressão dos preços em detrimento [d]os operadores concorrentes que pretendam propor o acesso à Internet de alta velocidade a particulares com base na opção 5 da France Télécom.

[...]

Segundo as informações de que a Comissão dispõe, uma análise com base em dados provisórios revela que pelo menos três [das dez ofertas referidas na decisão recorrida, mencionadas nos n.os 7 e 10 *supra*] (as duas ofertas 'à la carte' de 128 kbit/s e a oferta 'à la carte' de 512 kbit/s/24 meses) não cobrem os seus custos variáveis. Pelo menos duas outras ofertas de 512 kbit/s (a oferta 'à la carte' de 12 meses e a oferta ilimitada de 24 meses) não cobrem os seus custos completos.

A Comissão recebeu igualmente informações que indicavam que as ofertas em causa se inserem numa estratégia de contenção e de afastamento dos concorrentes.

Acresce que, segundo as informações de que a Comissão dispõe, apesar da baixa das tarifas da opção 5 efectuada em Janeiro de 2004, a margem económica entre as novas tarifas retalhistas praticadas pela Wanadoo e a opção 5 é insuficiente e impede os operadores concorrentes que baseiam a sua oferta na opção 5 de concorrer com a Wanadoo em condições equitativas.

Na sua decisão [...] de 16 de Julho de 2003, a Comissão concluiu que a Wanadoo ocupava uma posição dominante no mercado francês de acesso à Internet de alta velocidade para particulares. As informações de que a Comissão dispõe indicam que esta conclusão permanece válida até à presente data.

As ofertas inferiores aos custos praticadas pela Wanadoo e a margem reduzida entre estas ofertas e as tarifas da opção 5 restringiram provavelmente a entrada no mercado dos concorrentes — franceses ou estabelecidos noutros Estados-Membros — e colocaram em situação de risco os concorrentes já presentes. Segundo as informações disponíveis, a maioria dos concorrentes da Wanadoo teve de alinhar as suas ofertas pelas novas ofertas da Wanadoo e todo o mercado de ADSL em França regista actualmente uma margem negativa.

O tipo de práticas como as anteriormente descritas equivale a impor preços de venda não equitativos. Caso a sua existência fosse demonstrada, estas práticas constituiriam um abuso de posição dominante e, portanto, uma infracção ao artigo 82.º [CE].

A fim de poder apreciar todos os factos pertinentes relativos às presumidas práticas e o contexto do presumido abuso, a Comissão deve proceder à inspecções por força do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.

Segundo as informações de que a Comissão dispõe, é muito provável que todas as informações relativas às práticas anteriormente referidas, em particular os elementos de informação que permitam estabelecer o grau de cobertura dos custos e os referentes à estratégia de contenção e de afastamento dos concorrentes, apenas tenham sido comunicadas a alguns membros do pessoal da France Télécom e/ou da Wanadoo. A documentação existente a respeito das presumidas práticas é muito provavelmente limitada ao mínimo indispensável e encontra-se em lugares e sob formas que favorecem a sua dissimulação, a sua retenção ou a sua destruição em caso de inspecção.

A fim de garantir a eficácia da presente inspecção, é, portanto, essencial realizá-la sem a sua comunicação prévia às empresas destinatárias da presente [d]ecisão. Por conseguinte, importa adoptar uma [d]ecisão por força do artigo 20.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1/2003, que obrigue as empresas a sujeitar-se a uma inspecção.»

16 O artigo 1.° da decisão recorrida dispõe:

«A France Télécom [...] e a Wanadoo [...]:

são obrigadas a sujeitar-se a uma inspecção relativa a uma presumida imposição de preços de venda não equitativos no âmbito do acesso à Internet de alta velocidade para particulares, contrária ao artigo 82.° [CE], com o intuito de conter e afastar os concorrentes. A inspecção pode ser realizada em todas as instalações das empresas [...]

A France Télécom [...] e a Wanadoo [...] devem permitir aos funcionários e a outros acompanhantes mandatados pela Comissão para efectuar uma inspecção e aos funcionários da autoridade responsável do Estado-Membro em causa assim como aos agentes mandatados por essa autoridade que os assistem o acesso a todas as suas instalações, terrenos e meios de transporte durante as horas normais de expediente. Estas empresas devem apresentar os livros ou outros registos relativos à empresa independentemente do seu suporte, que sejam exigidos por estes funcionários e outros acompanhantes, e devem permitir aos mesmos inspeccionar no local estes livros e outros registos relativos à empresa, bem como tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extractos dos mesmos. As referidas empresas devem fornecer imediatamente, no local, quaisquer explicações orais solicitadas pelos mencionados funcionários e outros acompanhantes sobre factos ou documentos relacionados com o objecto e a finalidade da inspecção e devem permitir a qualquer representante ou membro do pessoal fornecer tais explicações. Devem permitir [aos referidos] funcionários e outros acompanhantes o registo destas explicações, independentemente da forma por que seja realizado.»

17 Por último, a decisão recorrida precisa, no artigo 2.°, a data do início da inspecção. *In fine*, enuncia as circunstâncias em que a Comissão pode aplicar a qualquer empresa destinatária coimas e sanções pecuniárias compulsórias, em conformidade com os artigos 23.° e 24.° do Regulamento n.° 1/2003, e indica que, quando uma empresa destinatária se opõe à inspecção ordenada, o Estado-Membro em causa deve prestar a assistência necessária aos funcionários e outros acompanhantes mandatados pela Comissão, para lhes dar a possibilidade de executar a sua missão de inspecção, em conformidade com o artigo 20.°, n.° 6, do Regulamento n.° 1/2003. Além disso, menciona a possibilidade de dela ser interposto recurso judicial e contém, em anexo, determinados extractos do Regulamento n.° 1/2003.

18 Com base nesta decisão, a Comissão solicitou a assistência das autoridades francesas nos termos do artigo 20.°, n.° 5, do Regulamento n.° 1/2003. O Ministro da Economia, das Finanças e da Indústria francês, através de um pedido de inquérito de 25 de Maio de 2004, ordenou ao directeur de la direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes (director da direcção nacional dos inquéritos em matéria de concorrência, de consumo e de repressão das fraudes) que tomasse todas as medidas necessárias à realização da inspecção determinada pela Comissão na decisão recorrida. Para este efeito, o referido director pediu ao juge des libertés et de la détention no tribunal de grande instance de Nanterre (a seguir «juiz das medidas de coacção») que lhe concedesse autorização para realizar ou ordenar a realização de uma inspecção à France Télécom e à Wanadoo e para prestar assistência à Comissão. A este pedido foi junta a decisão recorrida.

19 Por despacho de 27 de Maio de 2004, o juiz das medidas de coacção concedeu a solicitada autorização, permitindo nomeadamente que os investigadores franceses designados exercessem os poderes que lhe são atribuídos pelos artigos L 450-4 e L 470-6 do Código Comercial francês.

20 A decisão recorrida foi notificada à Wanadoo em 2 de Junho de 2004, imediatamente antes do início da inspecção, que terminou em 4 de Junho de 2004.

Tramitação do processo e pedidos das partes

21 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 10 de Agosto de 2004, a Wanadoo interpôs o presente recurso.

22 Em 1 de Setembro de 2004, a Wanadoo fundiu-se com a sua sociedade-mãe, a France Télécom, que ficou sub-rogada nos direitos da recorrente.

23 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção) decidiu dar início à fase oral.

24 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões do Tribunal na audiência de 8 de Junho de 2006.

25 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão recorrida;

— condenar a Comissão nas despesas.

26 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

27 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca cinco fundamentos, relativos, respectivamente, à violação do artigo 10.º CE e do Regulamento n.º 1/2003, à violação da obrigação que incumbe à Comissão de examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos pertinentes do caso em apreço, à insuficiência de fundamentação, à violação do princípio da proporcionalidade e a um erro manifesto de apreciação.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 10.º CE e do Regulamento n.º 1/2003

Quanto à primeira parte, assente na violação da obrigação de cooperação leal com os órgãos jurisdicionais nacionais

— Argumentos das partes

28 A recorrente alega que, segundo a jurisprudência, o artigo 10.º CE impõe às instituições comunitárias deveres recíprocos de cooperação leal com os Estados-Membros, designadamente com as autoridades judiciais nacionais. O Regulamento n.º 1/2003 deve ser lido à luz desta disposição.

29 Por força desta obrigação de cooperação leal, a Comissão deve zelar para que a referida instância nacional, competente para o exame do carácter não arbitrário e proporcionado das medidas coercivas previstas em relação ao objecto da inspecção, disponha de todos os elementos que lhe permitam exercer o seu controlo. Segundo o acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Colect., p. I-9011), a Comissão deve, em princípio, informar o órgão jurisdicional nacional competente acerca das características essenciais da infracção objecto de suspeita.

30 No caso em apreço, a Comissão violou esta obrigação de cooperação leal sob muitos pontos de vista, o que deve acarretar a nulidade da decisão recorrida.

31 Em primeiro lugar, a Comissão ocultou ao juiz das medidas de coacção a decisão do Conseil de la concurrence de 11 de Maio de 2004, o processo pendente nesse mesmo Conseil e as injunções contidas na decisão de 16 de Julho de 2003. Por conseguinte, a Comissão não informou lealmente o órgão jurisdicional nacional competente quanto à natureza e à gravidade da infracção objecto de suspeita.

32 Em segundo lugar, a decisão recorrida oculta a análise efectuada pelo Conseil de la concurrence, que, por apresentar dúvidas quanto à existência da infracção objecto de suspeita, era desfavorável às teses da Comissão. Em particular, o indeferimento do seu pedido de medidas cautelares não foi motivado por inexistência de urgência, mas pelo facto de as práticas tarifárias em causa não terem colocado em risco os concorrentes da recorrente.

33 Em terceiro lugar, a Comissão, por um lado, referiu a intenção da recorrente de ocultar documentos, embora não existissem elementos que o fizessem supor, e, por outro, não indicou ao juiz das medidas de coacção que não tinha tido necessidade de recorrer a uma inspecção ou à assistência das autoridades nacionais para recolher os elementos que lhe permitiram adoptar a decisão de 16 de Julho de 2003.

34 Se o juiz das medidas de coacção tivesse disposto destes elementos, teria apreciado diferentemente o carácter não arbitrário e proporcional das medidas coercivas solicitadas. Por outro lado, não requereu informações complementares à Comissão, uma vez que confiava na lealdade desta.

35 Por último, a recorrente afirma que apenas se submeteu à inspecção por ter sido notificada do despacho do juiz das medidas de coacção. Em qualquer caso, a legalidade da decisão recorrida deveria ser apreciada unicamente em função dos elementos de facto e de direito existentes à data da sua adopção.

36 Em primeiro lugar, a Comissão replica que a argumentação da recorrente é ineficaz.

37 Por um lado, o facto de a decisão do Conseil de la concurrence não ter sido mencionada não é pertinente, uma vez que a recorrente aceitou submeter-se à decisão de inspecção, vinculativa por si só, sem que a Comissão tenha tido necessidade de pedir assistência às autoridades nacionais nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003. O despacho do juiz das medidas de coacção não produziu, portanto, quaisquer efeitos. Além disso, era este despacho que a recorrente deveria ter impugnado se considerava que o juiz das medidas de coacção não estava suficientemente informado para proferir a sua decisão.

38 Por outro lado, mesmo que se admitisse que o juiz das medidas de coacção não estava suficientemente esclarecido para poder fiscalizar a proporcionalidade das medidas coercivas previstas, esta circunstância não teria incidência sobre a legalidade da decisão recorrida. Com efeito, o juiz das medidas de coacção apenas poderia ter recusado as medidas coercivas solicitadas.

39 Em segundo lugar, o dever de cooperação leal decorrente do artigo 10.º CE não pode ser invocado de modo autónomo por um particular para obter a anulação de um acto, a menos que a alegada violação deste artigo implique violação de uma outra regra de direito comunitário. A este respeito, uma referência geral ao Regulamento n.º 1/2003 é insuficiente.

40 Em terceiro lugar, a Comissão alega que, de qualquer modo, forneceu ao juiz das medidas de coacção todos os elementos necessários para exercer a sua fiscalização do carácter não arbitrário e proporcionado das medidas coercivas solicitadas em relação ao objecto da inspecção. Assinala que o juiz nacional não é competente para fiscalizar o carácter necessário ou o fundamento da medida de inspecção ordenada, a divisão do trabalho no âmbito da rede europeia de concorrência ou os efeitos potenciais das práticas tarifárias da empresa em causa no mercado considerado.

41 Por conseguinte, nem o processo no Conseil de la concurrence nem a decisão deste último eram necessários ou úteis ao juiz das medidas de coacção para lhe permitir exercer a sua fiscalização. Portanto, a argumentação da recorrente é contrária ao artigo 20.º, n.º 8, do Regulamento n.º 1/2003. A decisão de 16 de Julho de 2003 é mencionada na decisão recorrida e incumbia ao juiz nacional, caso o considerasse necessário, pedir informações suplementares à Comissão.

42 A título subsidiário, a Comissão acrescenta que a decisão do Conseil de la concurrence apoia a conclusão de que existiam razões suficientes para proceder a uma inspecção e que o indeferimento do pedido de medidas cautelares não é pertinente, uma vez que não está relacionado com o mérito, mas com a inexistência de urgência.

43 Por conseguinte, a decisão recorrida contém todas as explicações necessárias e úteis para permitir ao juiz nacional efectuar a fiscalização que lhe incumbia: dela resulta detalhadamente que a Comissão dispunha no seu processo de indícios sérios que

permitiam suspeitar de infracções às regras de concorrência e informava o juiz das características essenciais da infracção objecto de suspeita, do que era alvo de investigação e dos elementos sobre os quais devia incidir a verificação, em conformidade com a jurisprudência.

44 Em quarto lugar, o argumento relativo à inexistência de intenção de dissimulação não é pertinente.

45 A Comissão conclui que, através desta primeira parte do primeiro fundamento, a recorrente pretende obter um resultado equivalente à anulação do despacho do juiz das medidas de coacção e que, portanto, a mesma deve ser julgada improcedente.

— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

46 A título preliminar, importa sublinhar que, ao contrário do alegado pela Comissão, resulta claramente da argumentação da recorrente que esta não invoca a violação do artigo 10.º CE e, portanto, do princípio da cooperação leal, a título autónomo, mas sim que invoca a violação deste artigo em relação com uma violação do Regulamento n.º 1/2003.

47 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância assinala que as regras da execução da obrigação de cooperação leal que decorre do artigo 10.º CE e à qual a Comissão está sujeita no âmbito das suas relações com os Estados-Membros (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Fevereiro de 1983, Luxemburgo/Parlamento, 230/81, Recueil, p. 255, n.º 37, e despacho do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1990, Zwartveld e o., C-2/88 IMM, Colect., p. I-3365, n.º 17), quanto às relações que se estabelecem no âmbito das inspecções efectuadas pela Comissão no sentido de detectar infracções aos artigos 81.º CE e 82.º CE, foram precisadas pelo artigo 20.º do

Regulamento n.º 1/2003, que enuncia as regras segundo as quais a Comissão, as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência e as autoridades judiciais nacionais devem cooperar quando a Comissão decide proceder a uma inspecção no âmbito deste regulamento.

48 Assim, o artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003 autoriza a Comissão a proceder a inspecções, efectuadas mediante a apresentação de mandado escrito, em conformidade com o n.º 3 deste artigo, ou com base numa decisão que obrigue as empresas a submeterem-se a elas, em conformidade com o n.º 4 do mesmo artigo. Se a Comissão proceder a uma inspecção ao abrigo do artigo 20.º, n.º 3, é obrigada, segundo esta disposição, a avisar, em tempo útil antes da inspecção, a autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção. Se a Comissão proceder a uma inspecção por força do n.º 4, esta disposição impõe-lhe o dever de consultar a autoridade responsável em matéria de concorrência do Estado-Membro em cujo território se deve efectuar a inspecção antes de adoptar a decisão que ordena a inspecção.

49 Segundo o artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, a assistência das autoridades nacionais é necessária para a execução da inspecção quando a empresa visada por esta inspecção se lhe opõe e, quando esta assistência requer a autorização de uma autoridade judicial, essa autorização deve ser solicitada em conformidade com o n.º 7. Por força do n.º 8, a autoridade judicial nacional é então responsável pela fiscalização da autenticidade da decisão da Comissão que ordena a inspecção, bem como do carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas previstas para executar a inspecção relativamente ao objecto desta última, encontrando-se, porém, a fiscalização da legalidade da decisão da Comissão reservada exclusivamente aos órgãos jurisdicionais comunitários.

50 Daqui resulta que o artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003 estabelece uma distinção clara entre, por um lado, as decisões adoptadas pela Comissão com base no n.º 4 deste artigo e, por outro, o pedido de assistência apresentado ao órgão jurisdicional nacional nos termos do n.º 7 deste mesmo artigo.

51 Enquanto o juiz comunitário é o único competente para fiscalizar a legalidade de uma decisão adoptada pela Comissão nos termos do artigo 20.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1/2003, como resulta designadamente do n.° 8 *in fine* deste artigo, é apenas ao juiz nacional ao qual é pedida autorização para se recorrer a medidas coercivas, nos termos do artigo 20.°, n.° 7, do Regulamento n.° 1/2003, eventualmente assistido pelo Tribunal de Justiça no âmbito de um reenvio prejudicial, ressalvando eventuais vias de recurso nacionais, que compete determinar se as informações transmitidas pela Comissão no âmbito deste pedido lhe permitem exercer a fiscalização que lhe é atribuída pelo artigo 20.°, n.° 8, do Regulamento n.° 1/2003 e, portanto, pronunciar-se utilmente sobre o pedido que lhe foi apresentado [v., neste sentido, a propósito do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.° CE] e [82.° CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 2), acórdão Roquette Frères, já referido no n.° 29 *supra*, n.^{os} 39, 67 e 68].

52 A autoridade judicial nacional a que se recorre no âmbito do artigo 20.°, n.° 7, do Regulamento n.° 1/2003 tem, nos termos do n.° 8 deste artigo e da jurisprudência (v., a propósito do Regulamento n.° 17, acórdão Roquette Frères, já referido no n.° 29 *supra*), a faculdade de pedir à Comissão precisões, em especial quanto aos motivos que tem para suspeitar de violação dos artigos 81.° CE e 82.° CE, quanto à gravidade da infracção suspeitada e à natureza do envolvimento da empresa em causa. A fiscalização do Tribunal que, por hipótese, pudesse conduzir à constatação de uma insuficiência de informações que tivessem sido transmitidas pela Comissão a esta autoridade implicaria uma reavaliação pelo Tribunal da apreciação, já efectuada por esta autoridade, do carácter insuficiente destas informações. Ora, esta fiscalização não pode ser admitida, uma vez que a apreciação efectuada pela autoridade judicial nacional está sujeita apenas aos controlos resultantes das vias de recurso internas contra as decisões desta autoridade.

53 Por conseguinte, os argumentos invocados pela recorrente em apoio do seu primeiro fundamento devem ser julgados improcedentes na sua totalidade na medida em que, ao contestarem o conteúdo da decisão recorrida, implicam um questionamento, pelo Tribunal, da apreciação que foi efectuada pelo juiz das medidas de coacção, no

âmbito do artigo 20.º, n.º 8, do Regulamento n.º 1/2003, do carácter suficiente das informações que lhe foram apresentadas pela Comissão para obter a autorização pedida nos termos do artigo 20.º, n.º 7, do regulamento. Com efeito, o Tribunal não é competente para controlar o modo como o juiz nacional, que julga no âmbito desta disposição, realiza a missão que lhe é conferida pelo n.º 8 do artigo 20.º

54 Além disso, há que recordar que a legalidade de um acto deve ser apreciada em função dos elementos de direito e de facto existentes à data em que este acto foi adoptado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1979, França/ /Comissão, 15/76 e 16/76, Colect., p. 145, n.º 7, e do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Julho de 2004, Valenzuela Marzo/Comissão, T-384/02, ColectFP, pp. I-A- -235 e II-1035, n.º 98). Por conseguinte, a utilização que tenha sido feita de uma decisão que ordene uma inspecção, ou a apreciação dos elementos nela contidos que tenha sido efectuada por uma autoridade judicial nacional, no âmbito de um pedido apresentado pela Comissão, ao abrigo do artigo 20.º, n.º 7, do Regulamento n.º 1/2003, não tem incidência sobre a legalidade da decisão que ordena a inspecção.

55 Assim, no âmbito do presente fundamento, é unicamente à luz dos elementos exigidos pelo artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, como interpretado pela jurisprudência, que se deve apreciar a procedência dos argumentos da recorrente que denunciam um incumprimento por parte da Comissão da sua obrigação de cooperação leal.

56 A este respeito, o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 define os elementos essenciais que devem constar de uma decisão que ordena uma inspecção, impondo à Comissão que indique o objecto e a finalidade da inspecção, a data em que esta tem início, as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º do referido regulamento, bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o órgão jurisdicional comunitário competente.

57 A fundamentação das decisões que ordenam uma inspecção tem assim por objecto revelar o carácter justificado da intervenção pretendida no interior das empresas em causa e também colocá-las em condições de tomarem consciência do alcance do respectivo dever de colaboração, preservando ao mesmo tempo os respectivos direitos de defesa (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão, 46/87 e 227/88, Colect., p. I-2859, n.º 29, e Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.º 47).

58 Com efeito, a exigência de que a Comissão indique o objecto e a finalidade da inspecção constitui uma garantia fundamental dos direitos de defesa das empresas em causa e, consequentemente, o alcance do dever de fundamentação não pode ser restringido em função de considerações relativas à eficácia da investigação. A este respeito, embora a Comissão não seja obrigada a comunicar ao destinatário desta decisão todas as informações de que dispõe a propósito das presumidas infracções, a delimitar precisamente o mercado em causa, a proceder a uma qualificação jurídica exacta destas infracções, nem a indicar o período durante o qual essas infracções teriam sido cometidas, deve, pelo contrário, indicar, com tanta precisão quanto possível, as presunções que pretenda submeter à instrução, designadamente o objectivo prosseguido e os elementos sobre os quais a inspecção deve incidir (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux/Comissão, 85/87, Colect., p. 3137, n.º 10; Hoechst/Comissão, já referido no n.º 57 *supra*, n.º 41; e Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.º 48).

59 Para este fim, a Comissão deve também revelar, na decisão que ordena a inspecção, uma descrição das características essenciais da infracção objecto de suspeita, mediante a indicação do mercado presumido em causa e da natureza das restrições de concorrência objecto de suspeita, de explicações sobre a forma como a empresa visada pela inspecção está supostamente implicada nessa infracção, da matéria investigada e dos elementos sobre os quais a instrução deve incidir, bem como a indicação dos poderes conferidos aos agentes comunitários (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 1980, National Panasonic/Comissão, 136/79, Recueil, p. 2033, n.º 26, e Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.^{os} 81, 83 e 99).

60 Para provar o carácter justificado da inspecção, a Comissão é obrigada a revelar de forma circunstanciada na decisão que ordena uma inspecção que dispõe de elementos e de indícios materiais sérios que a levam a suspeitar de uma tal infracção por parte da empresa em causa na inspecção (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.ºs 55, 61 e 99).

61 No caso em apreço, importa constatar que, embora a decisão recorrida, acima reproduzida nos n.ºs 15 a 17, esteja redigida em termos gerais, contém, no entanto, os elementos essenciais exigidos pelo artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 e pela jurisprudência. A mesma indica o objecto e a finalidade da inspecção, ao revelar as características essenciais da infracção objecto de suspeita, ao designar o mercado presumido em causa — o acesso à Internet de alta velocidade para particulares em França —, a natureza das restrições de concorrência por parte da recorrente objecto de suspeita — práticas tarifárias que seriam contrárias ao artigo 82.º CE —, explicações sobre a forma como a recorrente está supostamente implicada na infracção — a recorrente está alegadamente na origem desta —, a matéria investigada e os elementos sobre os quais a instrução deve incidir — informações relativas a estas práticas, em particular os elementos que permitem estabelecer o grau de cobertura de custos da recorrente e que se relacionam com a estratégia de contenção e de afastamento dos concorrentes, que podiam apenas ter sido comunicadas a alguns membros do pessoal da France Télécom e/ou da recorrente, que podiam ser investigadas em qualquer local da empresa, nos livros e outros registos relativos à empresa e, sendo caso disso, oralmente —, os poderes conferidos aos inspectores comunitários, a data em que se inicia a inspecção — 2 de Junho de 2004 —, as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º do Regulamento n.º 1/2003 e a possibilidade de impugnação da decisão de inspecção no Tribunal de Primeira Instância.

62 Quanto ao carácter justificado da inspecção, a decisão recorrida revela de forma circunstanciada que a Comissão dispunha no seu processo de indícios sérios que lhe permitiam suspeitar de infracções às regras de concorrência por parte da recorrente. Assim, a Comissão menciona, designadamente, que recebeu informações que indicam que a recorrente praticava tarifas de acesso à Internet por ADSL destinadas ao grande público em França, algumas das quais não cobriam os custos variáveis e

outras eram inferiores aos custos completos, que se inseriam num plano que revelava a intenção de eliminar os concorrentes e que podiam constituir uma infracção ao artigo 82.° CE. Além disso, a decisão refere que uma análise com base em dados provisórios revelou efectivamente que determinadas ofertas da recorrente, identificadas na decisão recorrida, não cobriam os seus custos variáveis ou completos.

63 Contrariamente ao sustentado pela recorrente, nem o processo no Conseil de la concurrence nem a decisão do Conseil de la concurrence, nem as injunções contidas na decisão de 16 de Julho de 2003 permitem considerar que a inspecção decidida no caso em apreço não era justificada.

64 Ainda que, na sua decisão de 11 de Maio de 2004, o Conseil de la concurrence afirme que «se verifica que nem o sector nem as empresas que o compõem sofreram prejuízos graves e imediatos na sequência das práticas tarifárias da Wanadoo», como sublinhou a recorrente, considera, porém, que «não se pode excluir que determinadas práticas tarifárias aplicadas pela Wanadoo estejam abrangidas pelo campo de aplicação [...] do artigo 82.° [CE] na medida em que afectem uma parte substancial do território nacional». Referiu também nesta decisão que a recorrente detinha uma posição dominante no mercado em causa; que alguns casos de rendimentos apresentados pela recorrente pareciam «pouco verosímeis»; que, relativamente às ofertas «eXtense 128k/20h Fidélité» e «eXtense 512k/5Go Fidélité», parecia que a recorrente tinha vendido por preço inferior aos seus custos variáveis, o que constitui, segundo esta decisão, uma forte presunção de predação segundo a jurisprudência comunitária, e que, em determinado casos, as ofertas «eXtense 128k/20h», «eXtense 512k/5Go Fidélité» e «eXtense 512k Fidélité» não podiam cobrir os seus custos completos.

65 O facto de se tratar de uma decisão que indefere um pedido de medidas cautelares não é pertinente, na medida em que o Conseil de la concurrence justifica este indeferimento com a inexistência de prejuízos graves e imediatos para o sector ou para as empresas do sector e a inexistência de prejuízos imediatos para o consumidor, noutros termos, com a falta de fundamento manifesto da denúncia que lhe foi apresentada.

66 Por outro lado, resulta da decisão recorrida que, apesar das injunções contidas na decisão de 16 de Julho de 2003, a Comissão tinha recebido informações que indicavam que a recorrente provavelmente não as cumpria. Além disso, a recorrente não demonstra que os elementos e os indícios sérios que a Comissão refere na decisão recorrida não podiam justificar o recurso à inspecção. Por conseguinte, o carácter injustificado desta não está provado.

67 Por último, é pacífico que a recorrente tinha conhecimento do processo em curso no Conseil de la concurrence, da decisão do Conseil de la concurrence e das injunções contidas na decisão de 16 de Julho de 2003. Portanto, o facto de estes elementos não terem sido mencionados na decisão recorrida não podia ter como efeito prejudicar os direitos da defesa ou impedi-la de compreender o alcance do seu dever de colaboração com a Comissão na inspecção.

68 Atendendo às considerações precedentes, importa concluir que as obrigações impostas à Comissão pelo artigo 20.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1/2003 foram cumpridas e que, por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento improcede.

Quanto à segunda parte, relativa à violação da repartição de competências e da obrigação de cooperar lealmente com as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência previstas pelo Regulamento n.° 1/2003

— Argumentos das partes

69 A recorrente alega que a Comissão violou a repartição de competências estabelecida pelo Regulamento n.° 1/2003 e pelos textos de aplicação do mesmo e não cumpriu o seu dever de cooperar lealmente com as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência, nos termos do artigo 11.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1/2003 e do artigo 10.° CE.

70 O Regulamento n.º 1/2003 descentralizou o direito comunitário com base, por um lado, no princípio da subsidiariedade, referido pelo Regulamento n.º 1/2003, e, por outro, no princípio da cooperação entre as autoridades responsáveis pela aplicação do direito comunitário da concorrência. Para este efeito, o Regulamento n.º 1/2003 instituiu uma rede europeia de concorrência e um sistema de competências e de cooperação entre os membros desta rede. Este princípio da cooperação é mencionado designadamente no artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, na Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (JO 2004, C 101, p. 43, a seguir «comunicação») e na Declaração conjunta do Conselho e da Comissão sobre o funcionamento da rede de autoridades responsáveis em matéria de concorrência, de 10 de Dezembro de 2002 (declaração registada na acta da reunião do Conselho relativa à adopção do Regulamento n.º 1/2003, documento n.º 15435/02 ADD 1, a seguir «declaração conjunta»).

71 Com base nestes dois princípios, a Comissão definiu na comunicação as regras de repartição dos processos entre os membros da rede. Segundo a recorrente, estas foram violadas pela decisão recorrida. Em primeiro lugar, nos termos da comunicação, o Conseil de la concurrence é a autoridade mais bem posicionada para tratar o caso em questão e a Comissão não está numa posição melhor do que este último. Portanto, a inspecção não podia ter como efeito subtrair o caso ao Conseil de la concurrence e reatribuí-lo à Comissão, pelo que a inspecção ordenada não é legítima. Em segundo lugar, a intervenção directa da Comissão é injustificada dado que o Conseil de la concurrence dispõe de poderes de inspecção e a Comissão podia ter-lhe solicitado que fizesse uso deles. Em terceiro lugar, mesmo que a decisão recorrida devesse ser considerada legítima, a Comissão devia ter aplicado o artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 e, consequentemente, associado o Conseil de la concurrence às medidas de inspecção e delegado neste todas as tarefas delegáveis.

72 A Comissão riposta, a título principal, que a presente parte do fundamento, no que se refere à violação da repartição de competências que resulta do Regulamento n.º 1/2003, é inadmissível, uma vez que não indica precisamente o fundamento de anulação. Não é indicada, assim, qualquer disposição concreta do regulamento. Na realidade, o Tratado CE e o Regulamento n.º 1/2003 prevêem competências paralelas para a aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE. Por sua vez, a declaração

conjunta e a comunicação apenas contêm indicações sobre o modo como as autoridades da rede podem coordenar a sua acção e preservam a competência da Comissão para intervir a todo o momento contra qualquer infracção aos artigos 81.º CE e 82.º CE.

73 Quanto ao princípio da subsidiariedade, antes de mais, o Regulamento n.º 1/2003 limita-se a indicar que a sua adopção não ultrapassa o necessário para permitir uma aplicação eficaz das regras do Tratado, sem todavia afectar os poderes da Comissão para proceder a inquéritos. Além disso, uma vez que a Comissão dispõe de uma competência para aplicar directamente o Tratado CE em casos individuais, o princípio da subsidiariedade não pode ser interpretado de forma a privá-la dessa competência. Por último, a invocação deste princípio é desprovida de fundamento, dado que a intervenção da Comissão se limitou a uma fase de inquérito prévia, enquanto não decidiu sobre a eventual oportunidade de instaurar um procedimento.

74 Por outro lado, a comunicação não produz efeitos jurídicos vinculativos e, além disso, a leitura dos critérios de atribuição dos casos efectuada pela recorrente está errada. Com efeito, a Comissão é sempre livre de avocar um caso a todo o tempo. A título meramente subsidiário, a Comissão acrescenta, por um lado, que determinados elementos do caso em apreço apontavam para um tratamento pelos seus serviços da questão de fundo e, por outro, que a sua decisão de proceder a uma inspecção e de tratar, ela própria, o fundo da questão foi objecto de uma concertação com as autoridades francesas. Em qualquer caso, a legalidade da decisão recorrida não depende da questão de saber se esta foi objecto de discussões prévias e de uma concertação estrita com as autoridades nacionais da concorrência, uma vez que a única obrigação da Comissão a este respeito é a prevista no último período do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, cuja violação a recorrente não invoca.

75 Por último, o artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 não tem qualquer incidência sobre a legalidade da decisão recorrida. Com efeito, o regulamento não obriga a Comissão a delegar determinadas tarefas nas autoridades nacionais.

76 A Comissão conclui das considerações precedentes que não violou a sua obrigação de cooperação com as autoridades francesas da concorrência.

— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

77 A título preliminar, importa rejeitar o argumento da Comissão segundo o qual a presente parte do fundamento é inadmissível no que se refere à violação da repartição de competências que resulta do Regulamento n.º 1/2003. Com efeito, a inexistência de uma disposição concreta do regulamento sobre este ponto não é susceptível de acarretar a inadmissibilidade desta parte da argumentação da recorrente, na medida em que esta alega, no essencial, que é um sistema de repartição de competências, decorrente do Regulamento n.º 1/2003, que é violado e que a questão da existência efectiva deste sistema é um dos fundamentos da sua argumentação.

78 Portanto, importa analisar se, com a decisão recorrida, a Comissão violou a repartição de competências ou a obrigação de cooperar lealmente com as autoridades nacionais da concorrência, que resultam do princípio da subsidiariedade, do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, da comunicação, da declaração conjunta e do artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003.

79 Em primeiro lugar, quanto à repartição de competências entre a Comissão e as autoridades nacionais da concorrência, importa observar que o Regulamento n.º 1/2003 põe fim ao regime centralizado anterior e organiza, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, uma associação mais ampla das autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência, autorizando-as para esse fim a aplicar o direito comunitário da concorrência. No entanto, a economia do regulamento assenta na estreita cooperação que deve desenvolver-se entre a Comissão e as autoridades da concorrência dos Estados-Membros organizados em rede, cabendo à Comissão a competência para determinar as modalidades concretas desta cooperação. Além disso, o referido regulamento não põe em causa a competência geral reconhecida à Comissão pela jurisprudência (acórdão do

Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 2000, Masterfoods, C-344/98, Colect., p. I-11369, n.os 46 e 48). Com efeito, a instituição é dotada, ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003, de um poder de inquérito muito extenso e, em qualquer caso, está autorizada a decidir sobre o início de um processo relativamente a uma infracção, o que tem por consequência subtrair essa infracção da competência das autoridades da concorrência dos Estados-Membros. Portanto, mantém um poder preponderante na investigação das infracções.

80 Consequentemente, a recorrente faz uma interpretação errada da cooperação instituída pelo Regulamento n.º 1/2003 entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Nenhuma disposição do regulamento estabelece a regra da repartição de competências como é invocada pela recorrente, por força da qual a Comissão não estaria autorizada a proceder a uma inspecção quando uma autoridade nacional responsável em matéria de concorrência já estiver a instruir o mesmo processo. Pelo contrário, o artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003 prevê, sob reserva de uma mera consulta da autoridade nacional em causa, que a Comissão mantém a possibilidade de iniciar a tramitação conducente à aprovação de uma decisão, mesmo que uma autoridade nacional já esteja a instruir o processo.

81 Por conseguinte, a Comissão deve, *a fortiori*, poder proceder a uma inspecção como a ordenada no caso em apreço. Com efeito, uma decisão que ordena uma inspecção apenas constitui um acto preparatório no tratamento da questão de fundo, que não implica o início formal do processo na acepção do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, dado que esta decisão de inspecção não manifesta em si própria a vontade da Comissão de adoptar uma decisão sobre a questão de fundo (v., neste sentido, a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Fevereiro de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Colect., p. 19, n.º 16). Além disso, o vigésimo quarto considerando do Regulamento n.º 1/2003 anuncia que a Comissão deve dispor de poderes para realizar as inspecções necessárias para detectar as infracções ao artigo 82.º CE e o artigo 20.º, n.º 1, do referido regulamento dispõe expressamente que, no cumprimento das funções que lhe são atribuídas pelo presente regulamento, a Comissão pode efectuar todas as inspecções necessárias.

82 Daí resulta que o Regulamento n.º 1/2003 não estabelece um sistema de repartição de competências como o que é invocado pela recorrente. O argumento relativo à sua violação não pode, portanto, ser acolhido.

83 Em segundo lugar, quanto à comunicação, que, segundo a recorrente, também efectua uma repartição de competências entre a Comissão e as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência e que foi violada no caso em apreço, por um lado, importa referir que o seu ponto 4 precisa que as consultas e os intercâmbios efectuados no âmbito da rede são questões que incumbem às instâncias de aplicação da lei e que, segundo o seu ponto 31, a comunicação não confere às empresas envolvidas direitos individuais a que o seu processo seja instruído por uma determinada autoridade. Por conseguinte, a recorrente não tem fundamento para sustentar que, nos termos desta comunicação, só o Conseil de la concurrence era competente para instruir o processo em causa.

84 Por outro lado, importa constatar que a argumentação da recorrente é contrária à própria redacção da comunicação. O seu ponto 8, ao qual a recorrente se refere, enuncia efectivamente as condições em que uma autoridade pode ser considerada bem posicionada para instruir um processo. Não obstante, o emprego do verbo «poder» demonstra que se trata de uma simples possibilidade de partilha de tarefas, que não pode ser considerada como impondo à Comissão a obrigação de não instruir um processo ou de não realizar um inquérito quando as condições enunciadas no ponto 8 estejam preenchidas. Além disso, nos termos do ponto 5 da comunicação, cada membro da rede permanece livre de decidir se deve ou não instruir um processo e o ponto 55 prevê, em conformidade com o previsto pelo artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, que a Comissão pode, em qualquer caso, retomar um processo instruído por uma autoridade nacional. Portanto, deve igualmente poder proceder a uma inspecção. Por conseguinte, a argumentação da recorrente relativa à comunicação é improcedente.

85 Em terceiro lugar, quanto à declaração conjunta, o seu ponto 3 indica que esta é de natureza política, não criando, portanto, nem direitos nem obrigações jurídicas. A recorrente não tem fundamento para invocar este documento para fins de anulação de um acto de direito comunitário que lhe causa prejuízo. Em qualquer caso, o seu

ponto 22 prevê que a Comissão pode instruir um processo, mesmo que uma autoridade nacional responsável em matéria de concorrência já o tenha iniciado, desde que explique a esta autoridade e aos outros membros da rede as razões que a levam a aplicar o n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento n.º 1/2003. Ora, já se referiu anteriormente que a decisão recorrida não implica a aplicação do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003 e que, portanto, se deve considerar que a Comissão, no caso em apreço, estava autorizada a proceder a uma inspecção.

86 Em quarto lugar, quanto à obrigação de cooperar lealmente com as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 e do artigo 10.º CE, basta constatar que a disposição do Regulamento n.º 1/2003 enuncia uma regra geral segundo a qual a Comissão e as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência são obrigadas a colaborar estreitamente, mas não impõe à Comissão que não realize uma inspecção relativa a um processo do qual uma autoridade nacional responsável em matéria de concorrência conhece em paralelo. Pelo contrário, resulta das disposições analisadas anteriormente, e em particular do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, que o princípio da colaboração implica que a Comissão e as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência podem, pelo menos nas fases preliminares dos processos que instruem, trabalhar de modo paralelo. Por outro lado, a recorrente não contesta que a Comissão tenha efectivamente tido contactos com a autoridade nacional em causa antes de adoptar a decisão recorrida. Quanto ao artigo 10.º CE, a recorrente limita-se a invocar a sua violação sem provar esta alegação de outra forma que não através da mera remissão para o artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003. Consequentemente, a alegada violação destes artigos não foi demonstrada.

87 Em quinto lugar, quanto ao argumento relativo ao artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, este é ineficaz. Com efeito, esta disposição limita-se a prever a possibilidade de a Comissão delegar uma parte das suas competências nas autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência, sem lhe impor uma obrigação a este respeito.

88 Por último, em sexto lugar, quanto ao argumento relativo ao princípio da subsidiariedade enunciado no artigo 5.º, segundo parágrafo, CE, importa recordar que, nos termos deste, a Comunidade intervém apenas, nos domínios que não sejam

das suas atribuições exclusivas, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

89 No caso em apreço, a referência ao princípio da subsidiariedade no Regulamento n.º 1/2003 limita-se a indicar que a adopção do Regulamento n.º 1/2003 é conforme com este princípio. Além disso, o protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo ao Tratado CE, precisa, no seu n.º 3, que o princípio da subsidiariedade não põe em causa as competências conferidas à Comunidade pelo referido Tratado, tal como são interpretadas pelo Tribunal de Justiça (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2005, Alliance for Natural Health e o., C-154/04 e C-155/04, Colect., p. I-6451, n.º 102). Assim, este princípio não põe em causa as competências que foram conferidas à Comissão pelo Tratado CE, entre as quais a aplicação das regras de concorrência, e em particular o direito de proceder a inspecções para apreciar a eventual veracidade das infracções objecto de suspeita. Acresce que, em qualquer caso, como já se viu, a acção da Comissão em causa é uma acção preliminar que não implica o início formal do processo na acepção do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003. A adopção da decisão recorrida não produziu, portanto, o efeito de subtrair o caso ao Conseil de la concurrence. Por conseguinte, não se demonstrou que o princípio da subsidiariedade foi violado.

90 Das considerações precedentes resulta que a recorrente não provou que a Comissão tenha violado uma regra de repartição de competências que a proibia de proceder à inspecção em causa, que não tenha cumprido a sua obrigação de leal cooperação com as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência, como instituída designadamente pelo Regulamento n.º 1/2003, ou que tenha violado o princípio da proporcionalidade. Por conseguinte, a segunda parte do primeiro fundamento improcede.

91 Portanto, o primeiro fundamento deve ser julgado totalmente improcedente.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação pela Comissão da sua obrigação de examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos pertinentes do caso em apreço

Argumentos das partes

92 A recorrente alega que, segundo a jurisprudência, nos casos em que a Comissão dispõe de um poder de apreciação, deve respeitar as garantias conferidas pela ordem jurídica comunitária, entre as quais se conta, designadamente, a obrigação de examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos pertinentes do caso em apreço. No presente processo, a Comissão violou esta obrigação ao não ter em conta, antes de decidir proceder à inspecção, o facto de que o Conseil de la concurrence já tinha iniciado um processo relativo às ofertas lançadas pela recorrente em Janeiro e Fevereiro de 2004 e tinha constatado que a qualificação destas de predatórias era altamente improvável. A recorrente entende que, embora se possa admitir que a Comissão tenha uma apreciação diferente da do Conseil de la concurrence sobre a estrutura e evolução do mercado francês de serviços de acesso à Internet de alta velocidade, esta devia, contudo, confrontar as informações de que dispunha com as contidas na decisão do Conseil de la concurrence. Ora, a existência da decisão do Conseil de la concurrence não foi sequer referida. Esta violação foi acompanhada por um erro manifesto de apreciação e é agravada pelos contactos da Comissão com o relator do Conseil de la concurrence e com a AOL. Um exame cuidadoso e imparcial teria consistido em explicar por que razão a inspecção continuava a ser necessária apesar da decisão do Conseil de la concurrence.

93 A Comissão responde que este fundamento deve ser julgado improcedente. Afirma que examinou com cuidado e imparcialidade todos os elementos pertinentes do caso em apreço, designadamente a decisão do Conseil de la concurrence e a sua própria decisão de 16 de Julho de 2003. Não formou uma opinião firme sobre a existência de uma infracção, mas teve apenas suspeitas, assentes em informações recebidas designadamente da parte de diversos operadores concorrentes da recorrente. Além disso, a decisão do Conseil de la concurrence fornecia por si só indicações suficientes da existência provável de uma infracção. Por último, além dessa decisão e

dos encontros com o relator do Conseil de la concurrence, a Comissão também teve várias reuniões com o funcionário do Conseil de la concurrence responsável pelos contactos com a Comissão.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

94 Entre as garantias atribuídas pela ordem jurídica comunitária nos procedimentos administrativos, figura nomeadamente o princípio da boa administração, a que está ligada a obrigação de a instituição competente examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso concreto (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Colect., p. II-3275, n.º 404).

95 No caso em apreço, a recorrente censura, no essencial, à Comissão o facto de ter violado esta obrigação ao não ter em conta a decisão do Conseil de la concurrence e ao não ter confrontado o conteúdo desta decisão com as informações de que dispunha. A Comissão agravou esta violação com os contactos com o relator do Conseil de la concurrence responsável pelo processo e com a AOL, concorrente da recorrente.

96 Esta argumentação não pode ser acolhida.

97 Antes de mais, o facto de a decisão do Conseil de la concurrence não ser mencionada na decisão recorrida não é suficiente para concluir que não foi tida em conta pela Comissão. Pelo contrário, os contactos entre a Comissão e o relator do Conseil de la concurrence, independentemente do papel desempenhado por este no processo de elaboração ou de adopção da decisão do Conseil de la concurrence,

tendem antes a demonstrar que a Comissão estava bem informada da existência desta decisão, ou, pelo menos, da sua iminente adopção e do processo pendente no Conseil de la concurrence à data da adopção da decisão recorrida.

98 Além disso, inúmeros elementos referidos pelo Conseil de la concurrence na sua decisão, acima indicados nos n.os 64 e 65, independentemente da apreciação dos mesmos feita no âmbito de uma análise do mérito da causa, pendiam a favor de uma decisão que ordenasse uma inspecção. Portanto, não se pode concluir que a Comissão ignorou efectivamente esta decisão nem considerar-se que a Comissão tinha de explicar por que razão a inspecção ordenada continuava necessária apesar desta decisão do Conseil de la concurrence.

99 Por conseguinte, não se pode considerar que a Comissão não examinou, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço ou que cometeu um erro manifesto de apreciação na análise que fez destes elementos. Os contactos da Comissão com o relator do Conseil de la concurrence e com a AOL não podem pôr em causa esta apreciação, uma vez que não se verificou nenhum incumprimento, por parte da Comissão, da sua obrigação de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço.

100 Atendendo às considerações precedentes, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do dever de fundamentação

Argumentos das partes

101 A recorrente alega que, por força do artigo 253.º CE, a Comissão é obrigada a fundamentar as suas decisões. Segundo uma jurisprudência constante, é obrigada a

deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o seu raciocínio, para permitir aos interessados conhecer as justificações da medida adoptada e ao tribunal comunitário exercer a sua fiscalização.

102 Ora, a decisão recorrida não foi suficientemente fundamentada. Não expõe o raciocínio que permite ignorar a existência de um processo nacional que tem por objecto os mesmos factos, demarcar-se das constatações do Conseil de la concurrence ou considerar que uma inspecção era necessária e proporcionada. Além disso, a decisão recorrida não justifica a conclusão segundo a qual a decisão do Conseil de la concurrence não retira à medida de inspecção decidida o seu carácter necessário e proporcionado, não menciona a existência desta decisão e a contradiz quanto a elementos de facto essenciais. Por conseguinte, é impossível para a recorrente compreender a justificação de uma medida tão grave como a inspecção em causa. A Comissão violou, assim, o seu dever de fundamentação e a decisão recorrida deve ser anulada.

103 A Comissão riposta que o artigo 20.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1/2003 define os elementos de fundamentação de uma decisão que ordena uma inspecção ao prever que esta deve indicar o objecto e a finalidade da inspecção. A fundamentação fornecida observa ainda as exigências de fundamentação fixadas pela jurisprudência relativa ao artigo 14.°, n.° 3, do Regulamento n.° 17, cuja redacção é a mesma do artigo 20.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1/2003. A Comissão não era designadamente obrigada a qualificar a infracção nem a justificar a sua decisão em relação a todos os elementos de facto que podem resultar de uma decisão de uma autoridade nacional sobre medidas cautelares. Do mesmo modo, as apreciações de facto dos elementos à sua disposição não fazem parte dos elementos de fundamentação que a Comissão é obrigada a comunicar ao destinatário de uma decisão que ordena uma inspecção. Quanto à inexistência de menção da decisão do Conseil de la concurrence, esta é irrelevante dado que não é susceptível de obstar à compreensão da decisão recorrida pela recorrente e dos seus fundamentos de defesa, nem ao controlo exercido pelo Tribunal de Primeira Instância.

104 Por último, a Comissão não era obrigada a justificar especificamente a sua apreciação da oportunidade de proceder a um inquérito ou o modo como reparte as suas competências com as autoridades nacionais num caso concreto.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

105 O dever de fundamentar uma decisão individual, que resulta genericamente do artigo 253.º CE, tem por finalidade permitir ao juiz comunitário exercer a sua fiscalização da legalidade da decisão e fornecer ao interessado uma indicação suficiente para saber se a decisão está bem fundamentada ou se, eventualmente, enferma de um vício que permita contestar a sua validade, precisando-se que o alcance deste dever depende da natureza do acto em causa e do contexto em que tenha sido adoptado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1984, Instituut Electronenmicroscopie, 185/83, Recueil, p. 3623, n.º 38, e do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Junho de 2005, Corsica Ferries France/Comissão, T-349/03, Colect., p. II-2197, n.^{os} 62 e 63).

106 Quanto às decisões da Comissão que ordenam uma inspecção, importa recordar que o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 define os elementos essenciais que devem constar da fundamentação desta decisão. Ora, já se referiu acima no n.º 68 que a violação desta disposição não tinha sido demonstrada, dado que a Comissão não era obrigada a justificar a sua decisão de proceder à inspecção ordenada à luz dos elementos indicados pela recorrente.

107 Daqui resulta que o fundamento que consiste na insuficiência de fundamentação deve ser julgado improcedente.

Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação do princípio da proporcionalidade

Argumentos das partes

108 A recorrente alega que, segundo a jurisprudência, as medidas de inspecção decididas pela Comissão devem ser proporcionadas e necessárias ao objectivo prosseguido.

Supondo que a finalidade prosseguida pela Comissão tenha sido a de verificar se as dez ofertas lançadas em Janeiro e Fevereiro de 2004 pela Wanadoo constituíam práticas de preços predatórios proibidas pelo artigo 82.° CE, o recurso aos poderes de inspecção conferidos à Comissão pelo artigo 20.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1/2003 não foi proporcionado. Um grande número de informações sobre os rendimentos e os custos relativos das ofertas em causa já tinha sido recolhido pelo Conseil de la concurrence e não existia risco de destruição ou de dissimulação de nenhuma informação. Além disso, estas informações podiam ter sido obtidas através de meios menos penalizantes do que uma inspecção.

109 Por outro lado, num processo contraditório já se tinha demonstrado que a recuperação das perdas sofridas pela Wanadoo, e portanto a existência das práticas de preços predatórios suspeitas e os respectivos efeitos de eliminação dos concorrentes, era muito improvável. Nestas condições, a qualificação dos factos imputados à luz do artigo 82.° CE era incerta e a inspecção não era necessária nem proporcionada ao seu objectivo de provar a existência de uma infracção, mesmo no caso de a referida inspecção ter sido frutuosa.

110 A recorrente acrescenta que a Comissão não indica as razões pelas quais a verificação dos números apresentados pela Wanadoo não podia ser obtida através de medidas menos penalizantes que uma inspecção, como as verificações técnicas efectuadas por um perito. Quanto à investigação de informações respeitantes a uma eventual intenção de eliminação dos concorrentes, a Comissão não forneceu qualquer indicação que permita provar que recebeu informações segundo as quais as ofertas em causa se inseriam numa estratégia de contenção ou de afastamento dos concorrentes. A recorrente conclui daqui que a decisão recorrida deve ser anulada por violação do princípio da proporcionalidade.

111 A Comissão responde que o princípio da proporcionalidade exige que os actos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do que é adequado e necessário à realização dos objectivos prosseguidos. A proporcionalidade de uma decisão de inspecção está subordinada à gravidade da presumida infracção, à possibilidade de a inspecção permitir obter informações fiáveis quanto à existência da referida

infracção e a uma comparação da eficácia que se pode esperar desta inspecção com outras medidas de inquérito. À luz dos elementos do caso em apreço, em particular do facto de as informações recolhidas pelo Conseil de la concurrence terem sido, pelo menos parcialmente, julgadas irrealistas por este, o referido princípio foi respeitado.

112 Além disso, resulta da jurisprudência que a escolha efectuada pela Comissão entre uma inspecção ordenada por meio de decisão e uma outra medida de inquérito menos penalizante depende apenas da necessidade de uma instrução adequada atendendo às particularidades do caso em apreço, mas não requer a existência de circunstâncias excepcionais.

113 A Comissão acrescenta que é desprovida de fundamento a afirmação da recorrente segundo a qual a Comissão não podia proceder a uma inspecção uma vez que já tinha sido adoptada uma decisão anterior visando a mesma empresa sem recorrer a esta medida de inquérito e que a Comissão se limitou a ordenar uma inspecção nas instalações da empresa.

114 Por último, a Comissão alega que, por um lado, é apenas após uma investigação aprofundada que se pode formar uma opinião sobre a existência de uma eventual infracção e que, por outro, e em qualquer caso, os argumentos apresentados pela recorrente quanto à materialidade da presumida infracção são contrários à jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância.

115 A decisão recorrida destinava-se unicamente a permitir à Comissão reunir elementos necessários para apreciar a eventual existência de uma violação do Tratado. Por este motivo, esta decisão não é desproporcionada em relação à finalidade prosseguida, designadamente porque a natureza da presumida infracção, que comporta um elemento intencional, indica que os elementos susceptíveis de provar uma infracção grave são sistematicamente guardados em locais dissimulados e que o risco de destruição e de ocultação é considerável.

116 A Comissão conclui das considerações precedentes que o fundamento relativo à violação do princípio da proporcionalidade é improcedente.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

117 O princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os actos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do adequado e do necessário para atingir a finalidade prosseguida, entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos penalizante, e que os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos pretendidos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o., C-331/88, Colect., p. I-4023, n.º 13, e de 14 de Julho de 2005, Países Baixos/Comissão, C-180/00, Colect., p. I-6603, n.º 103).

118 No domínio em causa no caso em apreço, o respeito do princípio da proporcionalidade pressupõe que as medidas previstas não criem inconvenientes desproporcionados e intoleráveis relativamente aos objectivos prosseguidos pela inspecção em causa (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.º 76). No entanto, a escolha por parte da Comissão entre a inspecção efectuada por simples mandato e a inspecção ordenada por decisão não depende de circunstâncias como a gravidade especial da situação, a extrema urgência ou a necessidade de descrição absoluta, mas sim da necessidade de uma instrução adequada relativamente às particularidades do caso concreto. Por conseguinte, quando uma decisão de instrução se destina apenas a permitir à Comissão reunir os elementos necessários para apreciar a eventual existência de uma violação do Tratado, essa decisão não viola o princípio da proporcionalidade (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos National Panasonic/Comissão, já referido no n.º 59 *supra*, n.ºs 28 a 30, e Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.º 77).

119 É à Comissão que compete, em princípio, apreciar se uma informação é necessária para poder detectar uma infracção às regras de concorrência e, mesmo que já disponha de indícios e até de elementos de prova relativos à existência de uma infracção, a Comissão pode legitimamente considerar necessário ordenar diligências de instrução suplementares que lhe permitam delimitar melhor a infracção ou a sua duração (v., a propósito de Regulamento n.º 17, acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão, 374/87, Colect., p. I-3283, n.º 15, e Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.º 78).

120 No caso em apreço, em primeiro lugar, a decisão recorrida destina-se a recolher informações relativas às práticas de preços aplicados pela recorrente, para apreciar a eventual existência de uma violação do Tratado. É certo que na decisão recorrida se refere que a Comissão já possuía determinadas informações sobre estas práticas. No entanto, nos termos da jurisprudência, a Comissão podia tentar recolher informações suplementares, designadamente informações relativas a uma estratégia de contenção e de afastamento dos concorrentes, cuja obtenção pela Comissão por via distinta da inspecção é dificilmente concebível. Em segundo lugar, considerando que as informações pretendidas compreendiam elementos destinados a revelar uma eventual intenção de eliminar os concorrentes, era aceitável, para fins de uma instrução adequada do processo, que se ordenasse a inspecção por meio de decisão, para garantir a eficácia desta inspecção. Em terceiro lugar, a inspecção ordenada pela decisão recorrida foi limitada às instalações da empresa, enquanto o Regulamento n.º 1/2003 já permite, sob certas condições, a inspecção de outros locais, incluindo o domicílio de determinados membros do pessoal da empresa em causa. Atendendo a estes elementos, não parece que, no presente processo, a Comissão tenha agido de modo desproporcionado em relação à finalidade prosseguida e que, por esse facto, tenha violado o princípio da proporcionalidade, uma vez que o recurso à inspecção ordenada por meio de decisão foi adequado face às particularidades do caso concreto.

121 Os argumentos apresentados pela recorrente não podem inverter esta conclusão. Em primeiro lugar, já se declarou anteriormente que a decisão do Conseil de la concurrence não corrobora a posição da recorrente quanto à incerteza da existência das práticas objecto de suspeita e não permite, portanto, excluir a hipótese, avançada pela Comissão na decisão recorrida, de que a recorrente poderia praticar tarifas

contrárias ao artigo 82.º CE. A eventual impossibilidade de a Comissão demonstrar posteriormente, quanto à questão de fundo, a existência de preços predatórios com base nos elementos que recolheu no âmbito da inspecção em causa é irrelevante, dado que não permite demonstrar o carácter inadequado da inspecção ordenada. Com efeito, a decisão recorrida indica igualmente de forma mais geral que a Comissão suspeita que a recorrente pratica tarifas contrárias ao artigo 82.º CE, indicação por si só suficiente para justificar a inspecção.

122 Em segundo lugar, como resulta da jurisprudência já referida, o facto de a Comissão já possuir determinados elementos referindo que a recorrente praticava tarifas contrárias ao artigo 82.º CE ou que estes elementos já tinham sido recolhidos pelo Conseil de la concurrence, e portanto podiam ser transmitidos à Comissão, não é suficiente para concluir que a decisão recorrida é desproporcionada. Com efeito, a jurisprudência reconhece à Comissão o direito de procurar obter elementos suplementares, mesmo que já disponha de indícios da existência de uma infracção.

123 Em terceiro lugar, a recorrente carece de fundamentos para alegar que a Comissão não apresentou nenhuma indicação que permita demonstrar que recebeu informações de que as ofertas em causa se inserem numa estratégia de eliminação dos concorrentes. Por um lado, a decisão recorrida refere expresamente que esta hipótese assenta em informações recebidas pela Comissão e, por outro, a Comissão não é obrigada, numa decisão como a decisão recorrida, a precisar os elementos e indícios nos quais esta decisão assenta (v., neste sentido, a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão Roquette Frères, já referido no n.º 29 *supra*, n.º 62).

124 Resulta das considerações precedentes que o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao quinto fundamento, relativo a um erro manifesto de apreciação

Argumentos das partes

125 A recorrente alega que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao afirmar, na decisão recorrida, que todo o mercado de ADSL em França registava actualmente uma margem negativa, enquanto a decisão do Conseil de la concurrence de 11 de Maio de 2004, que a Comissão não podia desconhecer, dava a entender que bom número de fornecedores de acesso à Internet tinham uma situação rentável e que um operador tinha afirmado ter uma margem positiva. Por conseguinte, a Comissão enunciou factos errados relativamente a um aspecto fundamental, ignorando, assim, a razão da proibição dos preços predatórios, a saber, a eliminação dos concorrentes. Portanto, a decisão recorrida assenta num erro manifesto de apreciação e deve, consequentemente, ser anulada.

126 A Comissão responde que possuía informações que sustentavam a afirmação segundo a qual todo o mercado de ADSL em França registava actualmente uma margem negativa e que, em qualquer caso, lhe bastava chegar à conclusão de que os elementos à sua disposição constituíam indícios sérios de uma possível infracção que lhe permitiam pensar, no caso em apreço, que algumas das novas ofertas eram comercializadas por preços inferiores aos seus custos.

127 Nesta medida, este fundamento é inoperante, uma vez que, mesmo que esta afirmação fosse incorrecta, não podia comportar a ilegalidade da decisão recorrida. Com efeito, a situação da margem de benefícios de todo um sector não faz parte dos critérios pertinentes para demonstrar o carácter predatório dos preços de uma empresa em posição dominante. Antes de mais, a jurisprudência já declarou que a existência de preços inferiores à média dos custos variáveis permite presumir o carácter eliminatório de uma prática de preços. Além disso, segundo a tese defendida pela recorrente, não poderia existir predação a não ser que todos os operadores concorrentes sofressem perdas e colectivamente estivessem em risco de ser eliminados. Ora, a aplicação do artigo 82.º CE a uma prática de preços que apenas visasse uma parte dos concorrentes não pode ser excluída, o que corrobora a

decisão do Conseil de la concurrence. Por último, a frase da decisão do Conseil de la concurrence a que a recorrente se refere só se aplica, com efeito, a uma parte das ofertas e das tarifas em causa e, em qualquer caso, a Comissão, uma vez que possuía informações contraditórias, tinha legitimidade para julgar da credibilidade dos diferentes testemunhos de que dispunha. De qualquer modo, estavam em causa questões relativas à materialidade da infracção que apenas podiam ter resposta à luz de uma investigação profunda.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

128 A recorrente alega que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação, mas limita-se, para fundamentação desta afirmação, a remeter para uma apreciação que resulta da decisão do Conseil de la concurrence. Ora, esta decisão tem apenas por objecto um pedido de medidas cautelares e, portanto, não se pode excluir que, após uma análise de fundo dos elementos do processo, o Conseil de la concurrence chegasse a uma conclusão diferente. Além disso, a Comissão não pode considerar-se vinculada por uma apreciação dos factos efectuada por uma autoridade nacional responsável em matéria de concorrência com base em certos elementos, dado que não se pode excluir que a Comissão possua outros elementos que precisamente a levem a uma conclusão diferente daquela a que chegou esta autoridade. Por outro lado, resulta da decisão recorrida que a Comissão possuía elementos que fundamentavam a afirmação contestada pela recorrente no presente processo.

129 Atendendo à presunção de legalidade de que gozam os actos das instituições comunitárias (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1994, Comissão/ /BASF e o., C-137/92 P, Colect., p. I-2555, n.º 48), que implica que compete a quem alega a ilegalidade dum acto a prova da referida ilegalidade, e considerando que a recorrente não apresentou nenhuma prova concreta em apoio da sua alegação, excepto a remissão para uma decisão que já acima se demonstrou não ser conclusiva, o alegado erro manifesto de apreciação não está demonstrado.

130 Por conseguinte, o quinto fundamento deve ser julgado improcedente.

131 Resulta de tudo o que precede que há que negar provimento à totalidade do recurso.

Quanto às despesas

132 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, em conformidade com o pedido da Comissão.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente é condenada nas despesas.

Legal Wiszniewska-Białecka Moavero Milanesi

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 8 de Março de 2007.

O secretário O presidente

E. Coulon H. Legal