



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Cuarta)

de 25 de noviembre de 2014*

«Competencia — Procedimiento administrativo — Decisión por la que se ordena una inspección — Proporcionalidad — Carácter apropiado — Necesidad — Carácter no arbitrario — Motivación»

En el asunto T-402/13,

Orange, con domicilio social en París (Francia), representada por los Sres. J.-P. Gunther y A. Giraud, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. A. Dawes y F. Ronkes Agerbeek, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto una demanda de anulación de las decisiones C(2013) 4103 final y C(2013) 4194 final de la Comisión, de 25 y de 27 de junio de 2013, relativas a un procedimiento de aplicación del artículo 20, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, dirigidas respectivamente a France Télécom SA y Orange y a todas las sociedades directa o indirectamente controladas por ellas,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. Prek (Ponente), Presidente, y la Sra. I. Labucka y el Sr. V. Kreuschitz, Jueces;

Secretario: Sra. S. Bukšek Tomac, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de junio de 2014;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

- 1 La demandante, Orange (antes del 1 de julio de 2013, France Télécom SA), es una sociedad anónima francesa que tiene por objeto, en particular, prestar servicios de comunicación electrónica, incluida la telefonía fija y móvil, y de acceso a Internet para empresas y personas físicas. En el ámbito de Internet la demandante es un proveedor de acceso a Internet a través de su red nacional «Orange Internet» a la

* Lengua de procedimiento: francés.

que están conectados sus clientes. También explota su propia red internacional de encaminamiento de contenido Internet «Open Transit International», interconectada con Orange Internet, pero enlazada además con un conjunto de otras redes internacionales.

Procedimiento ante la autoridad francesa de la competencia

- 2 El 9 de mayo de 2011 Cogent Communications Inc. y Cogent Communications France (en lo sucesivo, designadas conjuntamente, «Cogent») presentaron una denuncia ante la Autorité de la concurrence française (en lo sucesivo, «Autorité») acerca de prácticas de la demandante contrarias al artículo L. 420-2 del código de comercio y al artículo 102 TFUE. Cogent alegaba una denegación de acceso a una facilidad esencial así como prácticas de «tromboning», criticaba la baja capacidad de interconexión que le concedía la demandante en París y la puesta en práctica de una política de facturación de las capacidades suplementarias en el marco de acuerdos de «peering», y denunciaba una restricción en la propagación de los «prefijos/rutas para los pares» y prácticas de compresión de los márgenes.
- 3 El 20 de septiembre de 2012 la Autorité adoptó su decisión 12-D-18 relativa a prácticas ejecutadas en el sector de las prestaciones de interconexión recíprocas en materia de conectividad Internet. Tras haber examinado las prácticas denunciadas por Cogent y el mercado afectado, la Autorité apreció en esencia que, o bien no se habían acreditado esas prácticas, o bien no constituían un abuso de posición dominante, y por otra parte estimó que *prima facie* sólo podía haber una inquietud en materia de competencia relacionada con una posible compresión de tarifas. En sustancia, era posible que el nivel muy bajo de los precios facturados por la demandante a algunos proveedores independientes de contenido y/o de aplicaciones en Internet para el acceso de sus abonados no podría ser igualado por Cogent y podría constituir una práctica de compresión de tarifas. Observando la opacidad de las relaciones entre Orange Internet y Open Transit International, la Autorité concluyó que era difícil comprobar la realidad de esa práctica. En respuesta a esa inquietud la demandante propuso dos compromisos consistentes en la formalización de un protocolo interno entre Orange Internet y Open Transit International y en la verificación de la aplicación del protocolo por los servicios de instrucción de la Autorité, compromisos que la decisión de ésta hizo obligatorios.

Investigación de la Comisión

- 4 El 18 de enero de 2012, en virtud del artículo 18, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO L 1, p. 1), la Comisión Europea envió solicitudes de información a la demandante y a su filial polaca. Esas solicitudes tenían por objeto posibles conductas anticompetitivas relacionadas con la prestación de servicios de conectividad a Internet y con el acceso a los usuarios finales conectados a las redes de telecomunicaciones en el Espacio Económico Europeo (EEE). La demandante y su filial polaca respondieron a esas solicitudes el 15 de febrero de 2012.
- 5 El 25 de junio de 2013 la Comisión adoptó la decisión C(2013) 4103 final, de 25 de junio de 2013, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, dirigida a France Télécom y a todas las sociedades directa o indirectamente controladas por ella, ordenándoles someterse a una inspección. Ante un posible cambio de denominación social de la demandante, la Comisión adoptó el 27 de junio de 2013 la decisión C(2013) 4194 final, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, dirigida a Orange y a todas las sociedades directa o indirectamente controladas por ella, ordenándoles someterse a una inspección. Excepto en la identificación de sus destinatarios, el contenido de las decisiones C(2013) 4103 final y C(2013) 4194 final es idéntico (en lo sucesivo, designadas conjuntamente, «decisiones impugnadas»).

- 6 Los considerandos 3 a 10 de las decisiones impugnadas están así redactados:
- «(3) La Comisión dispone de indicaciones de que [la demandante] puede tener una posición dominante en uno o varios mercados pertinentes en lo que atañe a la prestación de servicios de conectividad a Internet.
 - (4) La Comisión dispone de indicaciones de que [la demandante] podría ejecutar prácticas que restringen y/o degradan la calidad de los servicios de conectividad a internet en el EEE. Esas prácticas podrían incluir:
 - a) “Tromboning”. [La demandante] podría permitir a ciertos proveedores de tránsito interconectarse con una capacidad adecuada a la red de [la demandante] únicamente en lugares alejados, incluso si la [demandante] y el o los proveedores de tránsito en cuestión están presentes y podrían interconectarse en lugares más próximos en el EEE, incluido el territorio del Estado o de los Estados miembros donde [la demandante misma] ofrece servicios de acceso Internet de banda ancha; y/o
 - b) Congestión de puertos. [La demandante] puede denegar y/o retardar la adaptación de la capacidad de interconexión con algunos proveedores de tránsito, llevando a la congestión de los puertos existentes; y/o
 - c) Restricción de la propagación de rutas. Aplicando restricciones de propagación de rutas en el marco de sus actividades de tránsito, [la demandante] podría forzar a los operadores de tránsito y las [redes de distribución de contenido] a conectarse directamente a la red de [la demandante] para llegar a los usuarios finales de [esta última] o prestar a esos mismos usuarios finales un nivel de calidad aceptable; y/o
 - d) Ratios de tráfico restrictivas. [La demandante] podría aplicar ratios de tráfico restrictivas entre el tráfico entrante y el tráfico saliente, que tendrían el efecto de limitar el tráfico entrante de los operadores de tránsito destinado a sus usuarios finales, y/o podría exigir que los operadores de tránsito paguen una cantidad por el tráfico entrante por encima de esa ratio; y/o
 - e) Compresión de los márgenes. La diferencia entre el precio de [la demandante] exigido a los operadores de tránsito por el acceso a su red y los precios de [la demandante] facturados por sus propios servicios de tránsito podría ser tal que operadores de tránsito tan eficaces como [la demandante] no pudieran competir para la prestación de ciertos servicios de tránsito.
 - (5) Además, las prácticas descritas en el considerando 4 anterior podrían haber generado la consecuencia de que proveedores independientes de contenido y/o de aplicaciones en Internet se encontraran en una situación de desventaja competitiva para servir a los usuarios finales de [la demandante] en relación con el suministro de similares contenidos y/o aplicaciones por [la demandante] misma.
 - (6) La Comisión dispone de indicaciones de que las prácticas descritas en el considerando 4 anterior podrían haber tenido lugar al menos a partir de 2005 y podrían continuar aún. Sin embargo, no cabe excluir que esas prácticas se hayan desarrollado durante más tiempo.
 - (7) Si se comprobara que esas indicaciones son fundadas, las prácticas descritas en el considerando 4 anterior podrían constituir una o varias infracciones del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE.
 - (8) Para permitir que la Comisión verifique todos los hechos pertinentes relacionados con las prácticas descritas en el considerando 4 y el contexto en el que han tenido lugar es necesario llevar a cabo inspecciones conforme al artículo 20 del Reglamento n° 1/2003.

- (9) La Comisión dispone de indicaciones de que las prácticas descritas en el considerando 4 están motivadas por razones sujetas a la más estricta confidencialidad, cuyo conocimiento se limita a los directivos superiores de [la demandante] y a un número limitado de empleados de confianza [y de que] se supone que la documentación relativa a esas prácticas y a su motivación está limitada al mínimo estricto y se conserva en lugares y/o se mantiene en una forma que facilitaría su ocultación, su falta de exhibición o su destrucción en el caso de una inspección.
- (10) Para garantizar la eficacia de las inspecciones previstas es esencial que se practiquen sin previo aviso a las empresas de las que se sospecha su participación en la o las infracciones y que se lleven a cabo simultáneamente varias inspecciones.»
- 7 El artículo 1 de las decisiones impugnadas dispone en su párrafo primero: «[La demandante] y todas las empresas directa o indirectamente controladas por ella están obligadas a someterse a una inspección concerniente a su posible participación en prácticas contrarias al artículo 102 TFUE y [al] artículo 54 del Acuerdo EEE en lo que atañe a la prestación de servicios de conectividad a internet.»
- 8 Según el artículo 2 de las decisiones impugnadas, «la inspección comenzará el 9 de julio de 2013 o poco después».
- 9 El artículo 3 de las decisiones impugnadas precisa que «esta decisión se dirige a [la demandante] y a todas las empresas directa o indirectamente controladas por ella[; la] presente decisión será notificada a las empresas a las que se dirige en virtud del artículo 297 TFUE, apartado 2, inmediatamente antes de la inspección».
- 10 La inspección se practicó del 9 al 13 de julio de 2013 en cuatro locales de la demandante. El 17 de julio de 2013 se examinó en los locales de la Comisión en presencia de representantes de la demandante una copia/imagen de discos duros realizada durante la investigación.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 11 El 31 de julio de 2013 la demandante interpuso el presente recurso.
- 12 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Cuarta) decidió iniciar la fase oral.
- 13 El 2 de mayo de 2014, en concepto de diligencias de ordenación del procedimiento conforme al artículo 64, apartado 3, letra a), del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal formuló una pregunta escrita a la demandante, que respondió a ella en el plazo fijado.
- 14 En la vista de 18 de junio de 2014 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas orales del Tribunal.
- 15 La demandante solicita al Tribunal que:
- Anule las decisiones impugnadas.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 16 La Comisión solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

- 17 En apoyo de su recurso la demandante aduce dos motivos basados, en sustancia, en la vulneración de los principios de proporcionalidad y de «buena administración», y en el carácter arbitrario de las decisiones impugnadas.

Sobre el primer motivo basado, en sustancia, en la vulneración de los principios de proporcionalidad y de «buena administración»

- 18 La demandante rebate el carácter proporcionado y necesario del recurso a una medida de inspección, dado que la Autorité investigó acerca de presunciones idénticas de infracción y adoptó una decisión que aceptaba los compromisos de la demandante sin apreciar una infracción del artículo 102 TFUE, siendo así que la Comisión tenía que estar informada del procedimiento iniciado por la Autorité y de la decisión finalmente adoptada. En ese contexto hace referencia al principio *ne bis in idem* y a la obligación de la Comisión, en virtud del principio de «buena administración», de examinar cuidadosa e imparcialmente todos los aspectos pertinentes del caso concreto. La demandante afirma que la decisión de la Autorité tiene un sentido inequívocamente contrario a una medida de inspección, puesto que está ampliamente motivada y pormenorizada, excluye la ilicitud de todas las prácticas objeto de la denuncia que se presentó a la Autorité, manifiesta criterios favorables sobre la conducta de la demandante, y no se ha informado de ningún incidente en la ejecución de los compromisos de la demandante. En la réplica la demandante mantiene que el recurso a una medida de inspección no puede considerarse proporcionado ya que la Comisión no consultó previamente el expediente del procedimiento ante la Autorité.
- 19 La demandante alega también que, incluso si se calificara como ajustada al principio de proporcionalidad la ejecución de una inspección acerca de prácticas cuya conformidad con el Derecho de la Unión ya se ha reconocido y sobre las que la Comisión dispone de numerosas informaciones, la Comisión sólo podría buscar lícitamente informaciones adicionales. Afirma que no sucedió así en este caso porque la Comisión llevó a cabo indagaciones que sólo podían llevar a documentos que ya obraban en el expediente del que disponía. En ese sentido señala que la Comisión utilizó en sus búsquedas en los ordenadores incautados palabras clave ligadas a la investigación de la Autorité o a los compromisos asumidos, se incautó de las respuestas al cuestionario anteriormente dirigido a la demandante, y el único empleado formalmente oído durante la investigación ya lo había sido por la Autorité.
- 20 Finalmente, la demandante arguye el carácter desproporcionado de la medida de inspección debido a que las presunciones de infracción enunciadas en el cuarto considerando de las decisiones impugnadas no son, por su naturaleza, secretas. Destaca que todas ellas se refieren a su política de «peering», que es pública y accesible para todos en su sitio Internet. Esa política es plenamente conforme con las pautas del mercado y transparente para los actores del mercado. La demandante también mantiene que la decisión de inspección no se puede justificar por el propósito de conocer la motivación de su política, toda vez que conforme a una reiterada jurisprudencia el concepto de abuso de posición dominante tiene un contenido objetivo y no requiere una intención lesiva.
- 21 La Comisión solicita la desestimación del primer motivo.
- 22 En ese sentido conviene recordar que, según reiterada jurisprudencia, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que es apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de elegir entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deberán ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos

(véanse en ese sentido las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, EU:C:1990:391, apartado 13, y de 14 de julio de 2005, Países Bajos/Comisión, C-180/00, EU:C:2005:451, apartado 103).

- 23 Además, el respeto del principio de proporcionalidad por una decisión que ordena una inspección exige que no genere inconvenientes desmesurados e intolerables en relación con los objetivos perseguidos por esa inspección (véanse en ese sentido la sentencia de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, apartado 76). No obstante, la elección que debe realizar la Comisión entre una inspección realizada mediante simple mandato y una inspección ordenada por vía de decisión no depende de circunstancias como la gravedad especial de la situación, la extrema urgencia o la necesidad de una discreción absoluta, sino de las necesidades de una investigación adecuada, teniendo en cuenta las particularidades del caso específico. Por tanto, cuando una decisión de inspección tiene únicamente por objeto permitir que la Comisión reúna los datos necesarios para apreciar la posible existencia de una violación del Tratado, tal decisión no vulnera el principio de proporcionalidad (véanse en ese sentido las sentencias de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, EU:C:1980:169, apartados 28 a 30, y Roquette Frères, antes citada, EU:C:2002:603, apartado 77).
- 24 También resulta de reiterada jurisprudencia que corresponde en principio a la Comisión apreciar si una información es necesaria para poder descubrir una infracción de las normas de la competencia, y aunque disponga ya de indicios o incluso de medios probatorios de la existencia de una infracción, la Comisión puede legítimamente considerar necesario ordenar verificaciones adicionales que le permitan delimitar mejor la infracción o su duración (véanse en ese sentido las sentencias de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, EU:C:1989:387, apartado 15, y Roquette Frères, apartado 23 *supra*, EU:C:2002:603, apartado 78).
- 25 El presente motivo puede entenderse en el sentido de que refuta a la vez el carácter apropiado de las decisiones impugnadas, esto es su aptitud para lograr los objetivos que pretenden, y su carácter necesario, que implica la inexistencia de una alternativa menos gravosa que la inspección practicada. Por tanto, el Tribunal juzga oportuno separar la argumentación de la demandante dentro del presente motivo en dos partes diferentes, en cuanto rebate el carácter apropiado o necesario de las decisiones impugnadas.

Sobre la primera parte del motivo referida al carácter apropiado de las decisiones impugnadas

- 26 La argumentación de la demandante puede entenderse en el sentido de que rebate el carácter apropiado de las decisiones impugnadas, en sustancia, porque la Autorité ya llevó a cabo una investigación, que concluyó en la conformidad de su conducta no sólo con el Derecho francés de la competencia sino también con el artículo 102 TFUE. La tesis de la demandante equivale así, en sustancia, a afirmar que, en las circunstancias del presente asunto y a la luz del análisis expuesto en la decisión de la Autorité, los objetivos de comprobación de la compatibilidad de la conducta de la demandante con el artículo 102 TFUE perseguidos por las decisiones impugnadas ya se habían alcanzado, y por tanto esas decisiones no pueden considerarse apropiadas para lograrlos.
- 27 Es preciso observar sin embargo que acoger esa argumentación equivaldría a calificar como inapropiada una medida de inspección porque las presunciones de infracción con las que se relaciona ya hubieran sido objeto de una investigación en el plano nacional, lo que estaría en contradicción directa con la reiterada jurisprudencia de que en principio la Comisión no puede estar vinculada por una resolución dictada por un tribunal o una autoridad nacional en aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del artículo 102 TFUE. La Comisión está facultada, así pues, para adoptar en todo momento decisiones individuales de aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, incluso si un acuerdo o una práctica ya hubiera sido objeto de una resolución de un tribunal nacional y la decisión proyectada por la Comisión estuviera en contradicción con ella (sentencias de 14 de diciembre de

2000, Masterfoods y HB, C-344/98, EU:C:2000:689, apartado 48; de 8 de marzo de 2007, France Télécom/Comisión, T-339/04, EU:T:2007:80, apartado 79, y de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comisión, T-271/03, EU:T:2008:101, apartado 120).

- 28 Tampoco puede prosperar la referencia al principio *ne bis in idem* en la demanda, suponiendo que se alegue en apoyo de la impugnación del carácter apropiado de las decisiones impugnadas, manteniendo en sustancia que no es apropiado practicar una inspección en relación con una conducta por la que la demandante ya ha sido declarada no responsable.
- 29 Es cierto que, conforme a reiterada jurisprudencia, el principio *ne bis in idem* debe ser respetado en los procedimientos para la imposición de multas en el ámbito del Derecho de la competencia. Dicho principio prohíbe, en materia de competencia, que se sancione o se inicie de nuevo un procedimiento sancionador contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya haya sido sancionada o del que se la haya declarado no responsable mediante una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso (véase la sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros, C-17/10, EU:C:2012:72, apartado 94 y jurisprudencia citada).
- 30 Sin embargo, es preciso destacar que las autoridades de la competencia de los Estados miembros no están habilitadas para adoptar decisiones declarativas de que una empresa no es responsable de una infracción del artículo 101 TFUE o del artículo 102 TFUE, es decir, que constaten la inexistencia de infracción de uno de esos artículos, toda vez que se deduce del texto, del sistema y del objetivo del Reglamento n° 1/2003 que las declaraciones de inexistencia de vulneración del artículo 101 TFUE o del artículo 102 TFUE están reservadas a la Comisión, aun cuando uno u otro de esos artículos se aplique en un procedimiento instruido por una autoridad nacional de la competencia (véase en ese sentido la sentencia de 3 de mayo de 2011, Tele2 Polska, C-375/09, EU:C:2011:270, apartados 20 a 30). El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve en ese sentido que la adopción de esa decisión «negativa» sobre el fondo por una autoridad nacional de la competencia podría perjudicar la aplicación uniforme de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, que es uno de los objetivos que el Reglamento pone de relieve en su primer considerando, ya que podría impedir a la Comisión apreciar posteriormente que la práctica considerada es una infracción de esas normas del Derecho de la Unión (sentencia Tele2 Polska, antes citada, EU:C:2011:270, apartado 28).
- 31 Por consiguiente, cuando en virtud del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 una autoridad de la competencia de un Estado miembro acepta compromisos o declara que no ha lugar a intervenir, no puede considerarse que haya adoptado una decisión declarativa de la inexistencia de una infracción de los artículos 101 TFUE o 102 TFUE. Así pues, la demandante no puede alegar eficazmente la decisión adoptada por la Autorité en relación con esa empresa a efectos de aplicar el principio *ne bis in idem* en las circunstancias de este asunto.
- 32 Además, la argumentación de la demandante también puede entenderse en el sentido de que rebate el carácter apropiado de la medida de inspección debido a que la Comisión fue informada del proyecto de decisión de la Autorité en aplicación del artículo 11, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 y no hizo uso de la facultad reconocida por el artículo 11, apartado 6, de éste de incoar ella misma un procedimiento, que hubiera privado de competencia a la Autorité. La demandante parece deducir de ello que la Comisión consideró bien que la decisión de la Autorité era conforme con el artículo 102 TFUE o bien que el asunto no merecía interés. En ese contexto, la demandante solicita al Tribunal, en concepto de diligencia de ordenación del procedimiento, que inste la comunicación de posibles observaciones escritas de la Comisión a raíz de la notificación del proyecto de decisión de la Autorité.

33 Conviene recordar al respecto los términos del artículo 11, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003:

«A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta. Esta información podrá ponerse también a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. A instancias de la Comisión, la autoridad de competencia encargada del asunto deberá poner a disposición de la Comisión otros documentos que se hallen en su poder y que sean necesarios para evaluar el asunto. La información facilitada a la Comisión podrá ponerse a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. Las autoridades nacionales de competencia podrán asimismo intercambiarse la información necesaria para evaluar el asunto que estén instruyendo al amparo de los artículos [101 TFUE] o [102 TFUE].»

34 Por otro lado, el artículo 11, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003 dispone:

«La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE]. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.»

35 De la lectura conjunta de ambas disposiciones resulta ciertamente que la recepción por la Comisión de los proyectos de decisiones de una autoridad de la competencia nacional en virtud del artículo 11, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 puede dar ocasión para que la Comisión ejerza la prerrogativa y la potestad discrecional que le reconoce el artículo 11, apartado 6, del mismo Reglamento de privar a una autoridad de la competencia de un Estado miembro de su competencia para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en un asunto específico.

36 Sin embargo, de ello no se deduce que, en el supuesto de que la Comisión no comparta la apreciación sobre la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE que se expone en el proyecto de decisión notificado por la autoridad de la competencia de un Estado miembro, o de que tenga dudas al respecto, esté necesariamente obligada a iniciar un procedimiento en virtud del artículo 11, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003, ni que la falta de iniciación de un procedimiento impida que pueda llevar a cabo más tarde su propia investigación y llegar a una conclusión distinta de la alcanzada por esa autoridad de la competencia.

37 En ese sentido hay que recordar que, según reiterada jurisprudencia, la Comisión, a la que el artículo 105 TFUE, apartado 1, atribuye el cometido de velar por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, es competente para definir la orientación y para ejecutar la política de la Unión en materia de competencia. A fin de cumplir eficazmente esta tarea, la Comisión está facultada para establecer un orden de prioridades entre las denuncias que se presenten ante ella y dispone, a tal efecto, de una facultad discrecional (sentencias de 4 de marzo de 1999, Ufex y otros/Comisión, C-119/97 P, EU:C:1999:116, apartado 88, y de 17 de mayo de 2001, IECC/Comisión, C-449/98 P, EU:C:2001:275, apartado 36). El Tribunal estima que así sucede también en la aplicación del artículo 11, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003.

38 Esa interpretación está corroborada además por la línea de actuación que la Comisión expuso en el apartado 54, letra b), de su Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO 2004, C 101, p. 43), a tenor del cual la referida intervención sólo está prevista en el supuesto de una decisión proyectada y notificada entre manifiestamente en conflicto con una

jurisprudencia consolidada. No se puede deducir por tanto de esa Comunicación que la Comisión quiso obligarse a intervenir en todos los casos en los que tenga dudas sobre la conformidad de un proyecto de decisión notificado con los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

- 39 Así pues, la falta de intervención de la Comisión en virtud del artículo 11, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003 no puede considerarse como una aceptación del válido fundamento de la decisión de la Autorité en relación con el artículo 102 TFUE.
- 40 Como consecuencia, no cabe deducir ninguna conclusión sobre el carácter apropiado de una investigación practicada por la Comisión de la circunstancia de que no haya hecho uso de la prerrogativa que le reconoce el artículo 11, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003 a raíz de la notificación de un proyecto de decisión de una autoridad nacional de la competencia que tenga un objeto similar.
- 41 Por cuanto precede, no son fundadas las críticas expuestas contra el carácter apropiado de las decisiones impugnadas y, por ello, debe desestimarse la primera parte del motivo, sin que haya lugar a acceder a la petición de diligencia de ordenación del procedimiento formulada por la demandante, mencionada en el anterior apartado 32.

Sobre la segunda parte referida al carácter necesario de las decisiones impugnadas

- 42 La demandante refuta el carácter necesario de las decisiones impugnadas por dos razones. Rebate la necesidad de las decisiones impugnadas porque existía una alternativa menos gravosa que la medida de inspección, consistente en examinar el expediente del procedimiento ante la Autorité, y alega que al no hacerlo la Comisión incumplió su deber de examinar cuidadosa e imparcialmente todos los aspectos del presente asunto, y vulneró así el principio de «buena administración». Por otra parte, la demandante niega el carácter necesario de la medida de inspección toda vez que ésta tenía por objeto informaciones de las que ya disponía la Comisión o de las que habría podido disponer sin necesidad de la inspección.

– Sobre la alegación fundada en la existencia de una alternativa menos gravosa que las decisiones impugnadas y en la infracción del principio de buena administración

- 43 En la réplica, la demandante afirma «que existía un medio menos gravoso para que la Comisión lograra su objetivo, apoyándose en el procedimiento nacional, del que la Comisión no se sirvió, [lo que habría hecho] naturalmente sin perjuicio de la facultad de la Comisión, una vez obtenidas y examinadas esas informaciones, de decidir con pleno conocimiento del caso si aún era proporcionado recurrir a una inspección». En lo que atañe a la posibilidad de que la Comisión obtuviera la comunicación del expediente de la Autorité, la demandante se refiere, además del artículo 11, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, al artículo 18, apartado 6, y al artículo 20, apartado 4, del mismo Reglamento.
- 44 La Comisión solicita que se desestime esa argumentación y mantiene que la invocación en la réplica del artículo 18, apartado 6, y del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 es contraria al artículo 48 del Reglamento de Procedimiento y por tanto debe inadmitirse.
- 45 Acerca de la admisibilidad de esa argumentación expuesta en la réplica, hay que recordar que se deduce de lo dispuesto en el artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, en relación con el artículo 48, apartado 2, del mismo Reglamento, que la demanda debe contener la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados, y que en el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento. No obstante, se debe declarar la admisibilidad de un motivo, o una alegación, que constituya una ampliación de un motivo invocado

anteriormente, directa o implícitamente, en la demanda y que presenta un estrecho vínculo con ése (véase la sentencia de 14 de marzo de 2007, Aluminium Silicon Mill Products/Conseil, T-107/04, EU:T:2007:85, apartado 60 y jurisprudencia citada).

- 46 En el presente asunto se ha de observar que en la demanda se exponían extensas consideraciones sobre la existencia de la decisión de la Autorité, sobre la circunstancia de que ésta se debió tener en cuenta en virtud del principio de «buena administración» y sobre el carácter desproporcionado de las decisiones impugnadas a causa de la existencia misma de la decisión referida. De ello resulta que la demandante ya rebatió en la demanda la proporcionalidad de las decisiones impugnadas en sus diversos aspectos, apoyándose en la existencia de la decisión de la Autorité. Por tanto, la argumentación expuesta en la réplica, incluida la referencia al artículo 18, apartado 6, y al artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, con la que refuta la necesidad de la medida de inspección toda vez que la Comisión tenía la posibilidad de consultar el expediente del procedimiento ante la Autorité, constituye la ampliación de un motivo aducido en la demanda (véase en ese sentido la sentencia de 18 de noviembre de 2004, Ferriere Nord/Comisión, T-176/01, EU:T:2004:336, apartado 136 y jurisprudencia citada).
- 47 Además, sólo al conocer el escrito de contestación la demandante pudo advertir la posibilidad de que la Comisión no hubiera instado la comunicación del expediente del procedimiento ante la Autorité antes de adoptar las decisiones impugnadas. En efecto, la Comisión pone de relieve en ese escrito que en la fecha de adopción de las decisiones impugnadas no disponía de los documentos obrantes en el expediente del procedimiento ante la Autorité y que no estaba obligada a obtenerlos gracias a su cooperación con la Autorité. Así pues, la argumentación contenida en la réplica también debe considerarse fundada en razones de hecho que han aparecido durante el procedimiento, y en ese sentido se ajusta al artículo 48 del Reglamento de Procedimiento.
- 48 En segundo lugar y acerca del fondo, es preciso apreciar si la comunicación a la Comisión del expediente del procedimiento ante la Autorité habría podido ser una alternativa menos gravosa pero igualmente eficaz que el recurso a una medida de inspección, y apta para alcanzar el objetivo legítimo de la Comisión consistente en obtener informaciones adicionales sobre las presunciones de infracción objeto de su investigación.
- 49 Hay que poner de relieve, además, la importancia de ese examen en relación con el deber de diligencia al que hace referencia la demandante en sus escritos bajo el concepto del principio de «buena administración», que obliga a la Comisión a examinar cuidadosa e imparcialmente todos los aspectos pertinentes del caso concreto (véanse las sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, apartado 14, y de 16 de septiembre de 2013, ATC y otros/Comisión, T-333/10, EU:T:2013:451, apartado 84 y jurisprudencia citada).
- 50 Debe observarse, en primer lugar, que la comparación de las decisiones impugnadas con la decisión de la Autorité pone de manifiesto una gran semejanza entre la naturaleza de las conductas objeto de las respectivas investigaciones, consistentes en prácticas de limitación del acceso a las redes («tromboning», restricciones de propagación de rutas), de tarificación del acceso a esas redes (facturación de la concesión de capacidades suplementarias, ratios de tráfico restrictivos y compresión de los márgenes) y de discriminación a favor de los contenidos ofrecidos por la demandante. De esa forma, la investigación de la Comisión se diferencia de la practicada por la Autorité principalmente por sus dimensiones geográfica y temporal más amplias.
- 51 En segundo lugar, como ya se ha subrayado en el anterior apartado 33, la Comisión, a raíz de su información en virtud del artículo 11, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, estaba facultada para solicitar a la Autorité la comunicación de documentos obrantes en el expediente de ésta.

- 52 En ese sentido es preciso señalar que, en aplicación del artículo 12, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003, la Comisión habría estado facultada en principio para utilizar como medio de prueba todo elemento obrante en el expediente de la Autorité. En efecto, aunque en el segundo apartado del mismo artículo se precisa que «la información intercambiada sólo se utilizará como medio de prueba a efectos de la aplicación del artículo [101 TFUE] o [102 TFUE] y respetando la finalidad para la cual fue recopilada por la autoridad remitente [...]», también es cierto que las presunciones de infracción examinadas por la Comisión son esencialmente idénticas a las que fueron objeto de la decisión de la Autorité y sólo difieren de éstas por sus mayores dimensiones geográfica y temporal. Así pues, la reserva enunciada en el artículo 12, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 no habría constituido un obstáculo para la utilización por la Comisión de los documentos comunicados por la Autorité.
- 53 En tercer lugar, se ha de poner de relieve que la observancia por la Comisión del deber de diligencia tenía en las circunstancias de este asunto una importancia tanto mayor en cuanto que la jurisprudencia le reconoce un margen de apreciación en la aplicación del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, para salvaguardar el efecto útil de esa disposición (véase en ese sentido y por analogía el auto de 17 de noviembre de 2005, *Minoan Lines/Comisión*, C-121/04 P, EU:C:2005:695, apartado 36). En efecto, en ese sistema el respeto de las garantías conferidas por el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos, entre ellas la obligación de la institución competente de examinar cuidadosa e imparcialmente todos los aspectos pertinentes del caso concreto, tiene una importancia tanto mayor (véanse en ese sentido las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, Rec, EU:T:2003:245, apartado 404 y jurisprudencia citada, y *ATC y otros/Comisión*, apartado 49 *supra*, EU:T:2013:451, apartado 84).
- 54 En cuarto y último lugar, la observancia de esa obligación en este caso es tanto más importante en cuanto que el ejercicio de las facultades de inspección en una empresa atribuidas a la Comisión por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 constituye una injerencia evidente en el derecho de esa empresa al respeto de su esfera privada, de su domicilio y de su correspondencia (véase en ese sentido el auto de 30 de marzo de 2006, *Strintzis Lines Shipping/Comisión*, C-110/04 P, EU:C:2006:211, apartados 32 y 33).
- 55 En el presente asunto puede juzgarse ciertamente lamentable cuando menos que la Comisión optara de entrada por una medida de inspección sin verificar previamente las informaciones que la Autorité hubiera podido obtener acerca de conductas similares.
- 56 No deja de ser cierto que ello no puede originar la ilegalidad de las decisiones impugnadas. En efecto, en las circunstancias de este asunto y como la Comisión ha alegado fundadamente, el examen del expediente en poder de la Autorité no constituía una alternativa al recurso a una medida de inspección, ya que la Autorité no había practicado ninguna inspección en los locales de la demandante y por tanto había adoptado su decisión basándose exclusivamente en informaciones voluntariamente presentadas por esa empresa.
- 57 Así pues, dadas esas circunstancias, las necesidades de una investigación adecuada y eficaz podían justificar el recurso a una inspección, pues era la única medida que permitía a la Comisión obtener informaciones que por su naturaleza tal vez no hubieran sido presentadas voluntariamente por la demandante en el procedimiento ante la Autorité.
- 58 En ese sentido la Comisión alega que uno de los objetos de la medida de inspección era buscar documentos relacionados con la estrategia comercial de la demandante y reveladores en su caso de un plan de exclusión de la competencia.
- 59 Pues bien, en contra de lo alegado por la demandante, esos documentos son potencialmente pertinentes para la apreciación de las supuestas infracciones por la Comisión.

- 60 Es verdad que, como recuerda la demandante, el concepto de abuso tiene un contenido objetivo y no implica la intención de perjudicar (sentencia de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris/Comisión*, T-128/98, EU:T:2000:290, apartado 173).
- 61 No cabe deducir de ello sin embargo que carecieran de pertinencia documentos referidos a la intención de la demandante al adoptar su estrategia comercial. Como el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de subrayar, cuando la Comisión lleva a cabo la valoración del comportamiento de una empresa en posición dominante, que es indispensable para una conclusión sobre la existencia de un abuso de esa posición, ha de apreciar necesariamente la estrategia comercial perseguida por esa empresa. En ese contexto es normal que la Comisión evoque factores de naturaleza subjetiva, a saber, los móviles que animan la estrategia comercial considerada. Por tanto, aunque la Comisión no está obligada en absoluto a acreditar la existencia de una intención anticompetitiva por parte de la empresa en posición dominante a efectos de aplicar el artículo 102 TFUE, esa intención se puede tomar en cuenta no obstante (sentencia de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems y otros/Comisión*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartados 17 a 21).
- 62 Por las mismas razones hay que desestimar también los argumentos de la demandante que refutan la necesidad de la medida de inspección basándose en que las informaciones buscadas tienen carácter público o ya estaban en poder de la Comisión gracias a las respuestas a sus anteriores solicitudes.
- 63 En efecto, suponiendo que, como arguye la demandante, todas las presunciones de infracción expuestas en las decisiones impugnadas derivaran de la política de «peering» de la demandante y que las particularidades de ésta tengan carácter público, no ocurre lo mismo respecto a los posibles móviles anticompetitivos que hubieran podido conducir a aplicar esa política. Como sea que los datos que reflejaran esos móviles tienen por su naturaleza carácter secreto, es improbable que se pusieran de manifiesto en la presentación pública de la política de la demandante, y no se ha acreditado en absoluto que figurasen en sus respuestas a las solicitudes de información que le había enviado la Comisión.
- 64 Por cuanto precede se debe concluir que la Comisión podía apreciar razonablemente en las fechas de adopción de las decisiones impugnadas que no había una alternativa menos gravosa que el recurso a una medida de inspección. De ello se sigue que la Comisión no vulneró el principio de proporcionalidad en ese aspecto ni el deber de diligencia dadas las circunstancias del presente asunto.
- 65 Debe desestimarse por tanto la primera alegación.
- Sobre la alegación fundada en que la Comisión no buscaba datos nuevos
- 66 La demandante afirma que la Comisión sólo puede buscar válidamente datos suplementarios de los que ya están en su poder. Alega que la Comisión llevó a cabo indagaciones cuyos resultados sólo podían llevar a documentos que ya obraban en el expediente del que disponía o en el expediente de la Autorité, al que podía tener acceso. En apoyo de esa argumentación afirma que en sus indagaciones en los ordenadores incautados la Comisión se sirvió de palabras clave e incautó documentos ligados a sus respuestas a las preguntas de la Autorité, a las anteriores solicitudes de información de la Comisión y al compromiso que había asumido ante la Autorité. También manifiesta que el único empleado que fue oído formalmente por la Comisión ya lo había sido por la Autorité.
- 67 Así pues, la demandante impugna en sustancia el carácter necesario de las decisiones impugnadas porque la inspección practicada tenía por objeto datos de los que la Comisión ya disponía o habría podido disponer mediante el examen del expediente de la Autorité.

- 68 Conforme a la jurisprudencia citada en el anterior apartado 24, corresponde en principio a la Comisión apreciar si una información es necesaria para poder descubrir una infracción de las normas de la competencia, y aunque disponga ya de indicios o incluso de medios probatorios de la existencia de una infracción, la Comisión puede legítimamente considerar necesario ordenar verificaciones adicionales que le permitan delimitar mejor la infracción o su duración.
- 69 Pues bien, es oportuno observar que la demandante no alega ni demuestra que la inspección consistiera exclusiva o principalmente en la búsqueda de datos ligados al procedimiento ante la Autorité y a sus respuestas a las solicitudes de información. Es preciso constatar en ese sentido que la demandante se limita a presentar algunas ilustraciones de palabras clave y de documentos incautados, siendo así que la inspección duró casi cuatro días y se desarrolló en varios locales.
- 70 Por otro lado, por razones análogas a las expuestas en los anteriores apartados 55 a 61 se debe concluir que la Comisión podía lícitamente buscar informaciones que, aunque ligadas al procedimiento ante la Autorité o a las respuestas dadas por la demandante a las solicitudes de información de la Comisión, difícilmente serían desveladas por la demandante dada su naturaleza, porque es posible que revelaran la existencia de una intención o de un plan de exclusión de la competencia.
- 71 Debe destinarse por tanto la presente alegación y así pues la segunda parte del primer motivo.
- 72 Por otra parte, según la jurisprudencia citada en el anterior apartado 22, una medida, aun siendo apropiada y necesaria para lograr la finalidad legítima pretendida, no debe causar inconvenientes desmesurados en relación con esa finalidad. En especial, de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 23 se sigue que el respeto del principio de proporcionalidad por una decisión que ordena una inspección exige que no genere inconvenientes desmesurados e intolerables con relación a los objetivos perseguidos por esa inspección.
- 73 En este asunto no se deduce de los escritos de la demandante que ésta impugne la amplitud de los inconvenientes causados por la inspección practicada en sus locales. En cualquier caso hay que poner de relieve que la amplitud de esa inspección y los inconvenientes que pudo causar, según se exponen en la demanda, esto es, una duración de cuatro días, en cuatro lugares, la visita de 18 oficinas, la incautación de 11 ordenadores y de 5 smartphones, la audiencia de una persona y el análisis y la indexación de 34 cuentas de correo electrónico y el examen de copia/imagen de discos duros en los locales de la Comisión en presencia de representantes de la demandante, no pueden considerarse desmesurados a la luz de las presunciones de infracción investigadas por la Comisión.
- 74 Debe destinarse por tanto el primer motivo en su totalidad.

Sobre el segundo motivo fundado en el carácter arbitrario de la medida de inspección

- 75 En su segundo motivo la demandante afirma que incumbe al Tribunal comprobar la falta de arbitrariedad de una decisión de inspección, y que en esa verificación debe apreciar el carácter suficientemente serio y circunstanciado de los indicios de los que dispone la Comisión antes de adoptar la decisión de inspección. Destaca también que no está obligada ella misma a presentar medios de prueba que permitan poner en duda la seriedad de los indicios de los que dispone la Comisión para que el Tribunal los examine. La demandante mantiene que tanto la identidad de las decisiones impugnadas con la decisión de la Autorité como la conducta de la Comisión en la investigación al utilizar palabras clave ligadas al procedimiento ante la Autorité son reveladoras de la falta de indicios serios y circunstanciados antes de adoptar la medida de inspección. En la réplica afirma haber solicitado al Tribunal ya en la demanda que verifique los indicios de los que dispone la Comisión.

- 76 La Comisión señala que la obligación que le impone el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 de indicar el objeto y la finalidad de la inspección se califica por la jurisprudencia como exigencia fundamental para poner de manifiesto la justificación de la intervención proyectada dentro de las empresas afectadas. Mantiene en segundo término que la demandante no solicitó al Tribunal en la demanda que ordenara la presentación de los indicios de los que disponía la Comisión antes de adoptar las decisiones impugnadas. Afirma que esa solicitud debe considerarse inadmisibles cuando se formula en la réplica.
- 77 Para responder al presente motivo hay que tener presente que el procedimiento administrativo con arreglo al Reglamento n° 1/2003 que tramita la Comisión se divide en dos fases distintas y sucesivas, cada una de las cuales tiene una lógica interna propia, a saber, una fase de investigación preliminar, por un lado, y una fase contradictoria, por otro. La fase de investigación preliminar, durante la que la Comisión ejerce las facultades de investigación previstas por el Reglamento n° 1/2003 y que se extiende hasta el pliego de cargos, está destinada a permitir que la Comisión reúna todos los elementos pertinentes que confirmen o no la existencia de una infracción de las reglas sobre la competencia y adopte una primera postura sobre la orientación y la continuación que proceda dar al procedimiento. En cambio, la fase contradictoria, que se extiende desde la notificación del pliego de cargos hasta la adopción de la decisión final, debe permitir que la Comisión se pronuncie definitivamente sobre la infracción imputada (véanse en ese sentido las sentencias de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 113 y jurisprudencia citada, y de 8 de julio de 2008, *AC-Treuhand/Comisión*, T-99/04, EU:T:2008:256, apartado 47).
- 78 La fase de investigación preliminar tiene como punto de partida la fecha en que la Comisión, en el ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 18 y 20 del Reglamento n° 1/2003, adopta medidas que implican la imputación de una infracción y generan repercusiones importantes sobre la situación de las empresas sospechosas. Por otro lado, sólo al comienzo de la fase contradictoria administrativa la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento, y dispone del derecho de acceso al expediente para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede ejercer plenamente su derecho de defensa después del envío del pliego de cargos. En efecto, si ese derecho se extendiera al período anterior al envío del pliego de cargos se perjudicaría la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la fase de la investigación preliminar, la empresa interesada estaría en condiciones de identificar las informaciones que ya son conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (véase en ese sentido la sentencia *AC-Treuhand/Comisión*, apartado 77 *supra*, EU:T:2008:256, apartado 48 y jurisprudencia citada).
- 79 No obstante, las medidas de investigación adoptadas por la Comisión durante la fase de investigación preliminar, en especial las medidas de verificación y las solicitudes de información, implican por su naturaleza la imputación de una infracción y pueden producir repercusiones importantes sobre la situación de las empresas sospechosas. En consecuencia, debe evitarse que el derecho de defensa pueda quedar irremediadamente afectado durante esa fase del procedimiento administrativo ya que las medidas de investigación practicadas pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas (sentencia *AC-Treuhand/Comisión*, apartado 77 *supra*, EU:T:2008:256, apartados 50 y 51; véanse también en ese sentido las sentencias de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión*, 46/87 y 227/88, EU:C:1989:337, apartado 15, y *Elf Aquitaine/Comisión*, apartado 77 *supra*, EU:C:2011:620, apartados 116 y 117 y jurisprudencia citada).
- 80 En ese contexto, se ha de recordar que la obligación impuesta por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye, en efecto, una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto, si bien es cierto que la

Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de tales decisiones todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar con precisión el mercado de referencia, ni a proceder a una calificación jurídica exacta de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el cual se habrían cometido las mismas, debe indicar en cambio, con la mayor precisión posible, las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección (véanse en ese sentido las sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 *supra*, EU:C:1989:337, apartado 41; de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec, EU:C:1989:379, apartado 10, y Roquette Frères, apartado 23 *supra*, EU:C:2002:603, apartado 48).

- 81 En razón de lo antes expuesto no cabe exigir a la Comisión que indique en la fase de investigación preliminar, además de las presunciones de infracción que se propone comprobar, los indicios, esto es los datos que le llevan a considerar la posibilidad de una infracción del artículo 102 TFUE. En efecto, tal obligación alteraría el equilibrio que la jurisprudencia establece entre la preservación de la eficacia de la investigación y la protección del derecho de defensa de la empresa interesada.
- 82 No se puede deducir de ello sin embargo que la Comisión no tiene que disponer de datos que la conduzcan a considerar la posibilidad de una infracción del artículo 102 TFUE antes de adoptar una decisión en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003.
- 83 En efecto, conviene recordar que la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, que fueran arbitrarias o desproporcionadas constituye un principio general del Derecho de la Unión (sentencias Roquette Frères, apartado 23 *supra*, EU:C:2002:603, apartado 27; de 14 de noviembre de 2012, Nexans France y Nexans/Comisión, T-135/09, EU:T:2012:596, apartado 40, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, T-140/09, EU:T:2012:597, apartado 35).
- 84 Pues bien, para respetar ese principio general una decisión de inspección debe dirigirse a obtener la documentación necesaria para verificar la realidad y el alcance de una situación de hecho y de Derecho determinada acerca de la cual la Comisión ya dispone de informaciones constitutivas de indicios suficientemente fundados que permiten sospechar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Nexans France y Nexans/Comisión, apartado 83 *supra*, EU:T:2012:596, apartado 43, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, apartado 83 *supra*, EU:T:2012:597, apartado 38; véase también en ese sentido y por analogía la sentencia Roquette Frères, apartado 23 *supra*, EU:C:2002:603, apartados 54 y 55).
- 85 En lo que atañe a la admisibilidad de la solicitud por la demandante de que el Tribunal verifique los indicios de los que disponía la Comisión, que ésta impugna alegando que se formuló por primera vez en la réplica, de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 45 resulta ciertamente que en el curso del proceso no pueden invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento, pero que se debe declarar admisible un motivo, o una alegación, que constituye una ampliación de un motivo invocado anteriormente, directa o implícitamente, en la demanda y que presenta un estrecho vínculo con éste.
- 86 Es preciso apreciar que, aunque la demandante no solicitó expresamente al Tribunal en la demanda que verificara los indicios de los que disponía la Comisión, de las consideraciones expuestas dentro del segundo motivo y, en particular, de los puntos 98 a 103 de la demanda, se deduce que ese era el sentido de su argumentación. Además, dado que la solicitud se presenta de forma más explícita en los puntos 67 a 72 de la réplica, tiene un nexo estrecho con las consideraciones expuestas en los puntos 98 a 103 de la demanda. Por tanto, en cualquier supuesto la solicitud formulada expresamente en la réplica es una ampliación del segundo motivo y por ello es admisible también en ese concepto.

- 87 En lo referente a si debe acceder a la solicitud presentada por la demandante, es preciso poner de relieve que la verificación de la existencia de indicios suficientemente serios en poder de la Comisión que permitan sospechar una infracción de las reglas de la competencia antes de la adopción de una decisión de inspección no es el único medio para que el Tribunal pueda asegurarse de la falta de arbitrariedad de esa decisión.
- 88 Por una parte, el Tribunal únicamente puede considerar necesario llevar a cabo esa verificación si se le presenta una solicitud en ese sentido, y cuando las empresas destinatarias de una decisión adoptada con arreglo al artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 ponen de manifiesto ciertos datos que permiten dudar del carácter suficientemente serio de los indicios de los que disponía la Comisión para adoptar esa decisión (véanse en ese sentido las sentencias Nexans France y Nexans/Comisión, apartado 83 *supra*, EU:T:2012:596, apartado 72, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, apartado 83 *supra*, EU:T:2012:597, apartado 70; véase por analogía la sentencia de 14 de marzo de 2014, Cementos Portland Valderrivas/Comisión, T-296/11, EU:T:2014:121, apartado 42).
- 89 Por otra parte, hay que recordar que el control de la motivación de una de decisión también permite al juez velar por el respeto del principio de protección contra las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas, en cuanto esa motivación lleve a poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas (sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 *supra*, EU:C:1989:337, apartado 29; Roquette Frères, apartado 23 *supra*, EU:C:2002:603, apartado 47; France Télécom/Comisión, apartado 27 *supra*, EU:T:2007:80, apartado 57).
- 90 En ese sentido es oportuno recordar que el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 define los datos esenciales que deben exponerse en una decisión que ordena una inspección, al exigir que la Comisión indique el objeto y la finalidad de ésta. En virtud de esa obligación, de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 80 resulta que incumbe a la Comisión indicar con la mayor precisión posible las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección.
- 91 Por tanto, cuando el Tribunal aprecia que las presunciones que la Comisión se propone verificar y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección están definidos con suficiente precisión, puede concluir que la decisión de inspección no tiene carácter arbitrario, sin que sea preciso comprobar materialmente los indicios de los que disponía la Comisión cuando la adoptó.
- 92 Pues bien, se debe constatar que ese es el caso de las decisiones impugnadas. Como resulta de los considerandos 3 a 10, reproducidos en el anterior apartado 6, la naturaleza de las presuntas restricciones de la competencia se define en términos suficientemente precisos y detallados. Se trata de posibles infracciones del artículo 102 TFUE a causa de prácticas consistentes en la limitación del acceso a las redes de la demandante («tromboning», congestión de los puertos y restricciones de propagación de rutas), así como la tarificación del acceso a esas redes (facturación de la concesión de capacidades suplementarias, ratios de tráfico restrictivos y compresión de los márgenes). Además, las decisiones impugnadas manifiestan de qué modo puede corresponder la conducta de la demandante a cada una de las presuntas prácticas.
- 93 Siendo así, el Tribunal está en condiciones de concluir que las decisiones impugnadas no tienen carácter arbitrario, basándose únicamente en las razones expuestas en las mismas decisiones, sin que sea necesario apreciar los indicios de los que disponía la Comisión cuando las adoptó.
- 94 Por cuanto precede debe desestimarse el segundo motivo y en consecuencia el recurso en su totalidad.

Costas

- ⁹⁵ A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimado el recurso, procede condenar en costas a la demandante conforme a lo solicitado por la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Cuarta)

decide:

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

Prek

Labucka

Kreuschitz

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 25 de noviembre de 2014.

Firmas