

ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre)

8 mars 2007*

Dans l'affaire T-340/04,

France Télécom SA, établie à Paris (France), représentée par M^{es} C. Clarenc et J. Ruiz Calzado, avocats,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par M. É. Gippini Fournier et M^{me} O. Beynet, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet l'annulation de la décision C (2004) 1929 de la Commission, du 18 mai 2004, dans l'affaire COMP/C-1/38.916, ordonnant à France Télécom SA ainsi qu'à toutes les entreprises qu'elle contrôle directement ou indirectement, y compris Wanadoo SA et toutes les entreprises contrôlées directement ou indirectement par

* Langue de procédure: le français.

Wanadoo SA, de se soumettre à une inspection en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (quatrième chambre),

composé de M. H. Legal, président, M^{me} I. Wiszniewska-Bialecka et M. E. Moavero Milanesi, juges,

greffier: M^{me} K. Pocheć, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 8 juin 2006,

rend le présent

Arrêt

Cadre juridique

- ¹ L'article 11 (intitulé «Coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres»), paragraphes 1 et 6, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1), énonce:

«La Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration.

[...]

L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 [CE] et 82 [CE]. Si une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence.»

- 2 Aux termes de l'article 13 (intitulé «Suspension ou clôture de la procédure») du règlement n° 1/2003:

«1. Lorsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 [CE] ou 82 [CE] à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre la traite.

2. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter.»

3 En vertu de l'article 20 (intitulé «Pouvoirs de la Commission en matière d'inspection») du règlement n° 1/2003:

«1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises.

2. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants:

- a) accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises;
- b) contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support;
- c) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents;
- d) apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci;

- e) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses.

3. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de l'inspection, ainsi que la sanction prévue à l'article 23 au cas où les livres ou autres documents professionnels qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites en application du paragraphe 2 du présent article seraient inexactes ou dénaturées. La Commission avise, en temps utile avant l'inspection, l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

4. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues aux articles 23 et 24, ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. La Commission prend ces décisions après avoir entendu l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

5. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée ainsi que les agents mandatés ou désignés par celle-ci doivent, à la demande de cette autorité ou de la Commission, prêter activement assistance aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission. Ils disposent à cette fin des pouvoirs définis au paragraphe 2.

6. Lorsque les agents ou les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission constatent qu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en

vertu du présent article, l'État membre intéressé leur prête l'assistance nécessaire, en requérant au besoin la force publique ou une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, pour leur permettre d'exercer leur mission d'inspection.

7. Si, en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. L'autorisation peut également être demandée à titre préventif.

8. Lorsqu'une autorisation visée au paragraphe 7 est demandée, l'autorité judiciaire nationale contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection. Lorsqu'elle contrôle la proportionnalité des mesures coercitives, l'autorité judiciaire nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité de concurrence de l'État membre, des explications détaillées, notamment sur les motifs qui incitent la Commission à suspecter une violation des articles 81 [CE] et 82 [CE], ainsi que sur la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée. Cependant, l'autorité judiciaire nationale ne peut ni mettre en cause la nécessité de l'inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice.»

Faits à l'origine du litige

- 4 Dans une décision du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] (affaire COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (ci-après la «décision du 16 juillet 2003»), la Commission a constaté qu'entre mars 2001 et octobre 2002 Wanadoo Interactive, alors filiale à 99,9 % de Wanadoo SA, elle-même filiale de la requérante, qui en détenait entre 70 et 72,2 % du capital pendant la

période concernée par cette décision, avait abusé de sa position dominante sur le marché des services d'accès à Internet à haut débit à destination de la clientèle résidentielle en pratiquant pour ses services eXtense et Wanadoo ADSL des prix prédateurs et a imposé à Wanadoo Interactive une amende de 10,35 millions d'euros.

5 Par les articles 2 et 3 de cette décision, la Commission a également enjoint à Wanadoo Interactive de:

— s'abstenir, dans le cadre de ses services eXtense et Wanadoo ADSL, de tout comportement qui pourrait avoir un objet ou un effet identique ou semblable à celui de l'infraction;

— transmettre à la Commission, à l'issue de chaque exercice, et jusqu'à l'exercice 2006 compris, le compte d'exploitation de ses différents services ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, ligne de raccordement numérique asymétrique), faisant apparaître les revenus comptables, les coûts d'exploitation et les coûts d'acquisition de la clientèle.

6 Le 11 décembre 2003, à la suite d'un avis favorable de l'Autorité française de régulation des télécommunications (ci-après l'«ART»), le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie français a homologué une baisse des tarifs de gros de France Télécom SA pratiqués pour l'accès et la collecte IP/ADSL, appelés aussi «option 5». Plusieurs fournisseurs d'accès à Internet, dont Wanadoo, ont décidé de répercuter cette baisse des tarifs de gros sur leurs offres de détail.

- 7 Le 12 décembre 2003, Wanadoo a annoncé une première baisse de ses tarifs de détail, applicable aux anciens comme aux nouveaux abonnés, pour ses forfaits haut débit (offres «eXtense 512k» illimité, «eXtense 512k Fidélité» illimité, «eXtense 1024k» illimité et «eXtense 1024k Fidélité» illimité), prenant effet le 6 janvier 2004. Le tarif de l'offre «eXtense 128k» illimité était inchangé.
- 8 Le 9 janvier 2004, la Commission a adressé une lettre à Wanadoo, lui rappelant les termes de l'article 2 de la décision du 16 juillet 2003 et lui demandant de lui indiquer si elle avait, depuis l'adoption de cette décision, introduit des baisses de ses prix de détail pour les services couverts par ladite décision ou si elle envisageait de le faire. La Commission précisait qu'en cas de réponse positive elle ferait parvenir à Wanadoo une demande de renseignements formelle sur les détails de ces baisses de prix. La Commission demandait en outre à être informée de la date de fin de l'exercice social de Wanadoo et du moment auquel les renseignements exigés par l'article 3 de la décision du 16 juillet 2003 lui seraient transmis.
- 9 Le 12 janvier 2004, AOL France SNC et AOL Europe Services SARL (ci-après, prises ensemble, «AOL») ont saisi le Conseil de la concurrence français (ci-après le «Conseil de la concurrence») d'une plainte pour pratique de prix prédateurs par Wanadoo s'agissant des quatre nouvelles offres annoncées par cette dernière le 12 décembre 2003, sur le fondement des articles 82 CE et L 420-2 du code de commerce français. Cette saisine était assortie d'une demande de mesures conservatoires tendant notamment à la suspension de la commercialisation de ces offres, formée au titre de l'article L 464-1 du code de commerce français.
- 10 Par décision n° 263012, du 19 janvier 2004, le Conseil d'État français (ci-après le «Conseil d'État»), qui avait été saisi en référé par la société T-Online France d'une demande de suspension de la décision du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie français homologuant la baisse des tarifs de l'option 5, a rejeté cette demande, indiquant notamment que l'ART avait «relevé à l'appui de son avis favorable à l'offre tarifaire de France Télécom, après une analyse détaillée, l'absence d'effets anticoncurrentiels de nature à y faire obstacle».

- 11 Le 29 janvier 2004, Wanadoo a annoncé l'introduction, à compter du 3 février 2004, d'une offre «eXtense 128k Fidélité» illimité et de quatre offres au forfait (ou encore «à la carte»), à savoir «eXtense 128k/20h», «eXtense 128k/20h Fidélité», «eXtense 512k/5Go» et «eXtense 512k/5Go Fidélité».

- 12 Par lettre du 30 janvier 2004, Wanadoo a répondu à la lettre de la Commission du 9 janvier 2004, l'informant du lancement de nouvelles offres d'abonnement ADSL au mois de janvier, à des tarifs plus attractifs, et du lancement à venir de nouvelles offres au mois de février.

- 13 Le 24 février 2004, AOL a complété sa saisine du Conseil de la concurrence, en y ajoutant les offres lancées par Wanadoo le 3 février 2004 et en assortissant également cette plainte d'une demande de mesures conservatoires tendant notamment à la suspension de leur commercialisation.

- 14 Par ailleurs, la Commission a rencontré des concurrents de Wanadoo, qui ont appelé son attention sur le fait que, selon eux, le nouveau prix d'appel fixé par Wanadoo pour un accès à 128 kbit/s entraînait un ciseau tarifaire au niveau du marché de détail.

- 15 Au début du mois de mars 2004, le Conseil de la concurrence a informé la Commission de la plainte déposée par AOL.

- 16 Le 15 mars 2004, en application de l'article 3 de la décision du 16 juillet 2003, Wanadoo a transmis à la Commission ses comptes d'exploitation pour l'exercice social 2003.

- 17 Le 22 mars 2004, au cours d'une réunion entre les services de la direction générale (DG) «Concurrence» de la Commission et le rapporteur en charge de l'affaire au Conseil de la concurrence (ci-après le «rapporteur»), il est ressorti d'une analyse sommaire, fondée sur la méthode de calcul utilisée par la Commission dans sa décision du 16 juillet 2003 et le modèle économique prévisionnel établi par Wanadoo, corrigé, le cas échéant, par les estimations du rapporteur, que certains des nouveaux tarifs de Wanadoo seraient prédateurs, notamment en présence d'un plan révélant une intention d'éviction des concurrents. Au vu de ces éléments, le rapporteur a proposé au Conseil de la concurrence d'adopter des mesures conservatoires visant à enjoindre à Wanadoo de supprimer les offres en question.
- 18 Le 2 avril 2004, des fonctionnaires de la DG «Concurrence» ont rencontré AOL.
- 19 Au cours de la même période, la Commission a eu plusieurs contacts téléphoniques avec le rapporteur et, le 21 avril 2004, elle a eu une seconde réunion avec ce dernier.
- 20 Le 11 mai 2004, le Conseil de la concurrence a rendu sa décision n° 04-D-17 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par AOL, aux termes de laquelle il a rejeté cette demande et a renvoyé sa saisine à l'instruction (ci-après la «décision du Conseil de la concurrence»).
- 21 Le 18 mai 2004, la Commission a adopté la décision C (2004) 1929, dans l'affaire COMP/C-1/38.916, ordonnant à la requérante ainsi qu'à toutes les entreprises qu'elle contrôle directement ou indirectement, y compris Wanadoo et toutes les entreprises contrôlées directement ou indirectement par Wanadoo, de se soumettre à une inspection en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 (ci-après la «décision attaquée»).

22 Cette décision énonce, dans ses premier et troisième à treizième considérants:

«La Commission [...] a reçu des informations qui indiquent que Wanadoo pratique des tarifs d'accès à Internet par l'ADSL à destination du grand public en France dont certains ne couvrent pas les coûts variables et d'autres se situent en dessous des coûts complets. Selon les informations disponibles, ces tarifs s'inscrivent dans un plan révélant une intention d'éviction des concurrents. De plus, les informations reçues indiquent que l'espace économique réduit entre les tarifs de détail concernés et [l'option 5] de France Télécom génère un ciseau tarifaire à l'encontre [d]es opérateurs concurrents souhaitant proposer l'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle sur la base de l'option 5 de France Télécom.

[...]

Wanadoo a annoncé une première baisse de ses tarifs d'accès à Internet par l'ADSL à destination du grand public applicables à partir du 5 janvier 2004. Cette baisse s'est traduite à travers l'introduction des offres «eXtense» illimitées, à savoir deux offres à 128 kbit/s, la première avec une durée d'engagement de 24 mois à 24,90 EUR/mois et la deuxième avec une durée d'engagement de 12 mois à 29,90 EUR/mois; deux offres à 512 kbit/s, la première avec une durée d'engagement de 24 mois à 29,90 EUR/mois et la deuxième avec une durée d'engagement de 12 mois à 34,90 EUR; deux offres à 1024 kbit/s, la première avec une durée d'engagement de 24 mois à 39,90 EUR/mois et la deuxième avec une durée d'engagement de 12 mois à 44,90 EUR).

Le 28 janvier 2004, Wanadoo a de plus introduit quatre offres dites «à la carte» (à savoir deux offres à 128 kbit/s limitées à 20 h/mois, la première avec une durée d'engagement de 24 mois à 14,90 EUR/mois et la deuxième avec une durée d'engagement de 12 mois à 19,90 EUR et deux offres à 512 kbit/s limitée à 5 Gigaoctets/mois, la première avec une durée d'engagement de 24 mois à 24,90 EUR/mois et la deuxième avec une durée d'engagement de 12 mois à 29,90 EUR). La présente inspection porte spécifiquement sur ces dix nouvelles offres.

Selon les informations dont la Commission dispose, une analyse sur base de données prévisionnelles montre qu'au moins trois des offres susmentionnées (les deux offres 'à la carte' à 128 kbit/s et l'offre 'à la carte' à 512 kbit/s/24 mois) ne couvrent pas leurs coûts variables. Au moins deux autres offres à 512 kbit/s (l'offre 'à la carte' 12 mois et l'offre illimitée 24 mois) ne couvrent pas leurs coûts complets.

La Commission a également reçu des informations indiquant que les offres concernées s'inscrivent dans une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents.

De plus, selon les informations dont la Commission dispose, malgré la baisse des tarifs de l'option 5 intervenue en janvier 2004, l'espace économique entre les nouveaux tarifs de détail pratiqués par Wanadoo et l'option 5 est insuffisant et empêche des opérateurs concurrents qui basent leur offre sur l'option 5 de concurrencer Wanadoo dans des conditions équitables.

Dans sa décision [...] du 16 juillet 2003, la Commission a conclu que Wanadoo occupait une position dominante sur le marché français de l'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle. Les informations dont la Commission dispose indiquent que cette conclusion reste valable aujourd'hui.

Les offres en dessous des coûts pratiquées par Wanadoo et l'espace réduit entre ces offres et les tarifs de l'option 5 ont très probablement restreint l'entrée sur le marché des concurrents — français ou établis dans d'autres États membres — et mis en danger ceux déjà présents. Selon les informations disponibles, la plupart des concurrents de Wanadoo ont dû s'aligner sur les nouvelles offres et tout le marché de l'ADSL en France se situe actuellement en marge négative.

Le type de pratiques telles que décrites ci-dessus équivaut à imposer des prix de vente non équitables. Si leur existence était démontrée, de telles pratiques constitueraient un abus de position dominante et dès lors une infraction à l'article 82 [CE].

Afin d'être en mesure d'apprécier tous les faits pertinents concernant les pratiques présumées et le contexte de l'abus présumé, la Commission doit procéder à des inspections en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.

Selon les informations dont la Commission dispose, il est très probable que toutes les informations afférentes aux pratiques susmentionnées, en particulier les éléments d'information permettant d'établir le degré de couverture des coûts et ceux ayant trait à la stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents, n'aient été communiquées qu'à quelques membres du personnel de France Télécom et/ou de Wanadoo. La documentation existante au sujet des pratiques présumées est très probablement limitée au strict minimum et détenue dans des endroits et sous une forme facilitant sa dissimulation, sa rétention ou sa destruction en cas d'enquête.

Afin de garantir l'efficacité de la présente inspection, il est donc essentiel de l'effectuer sans en avertir préalablement les entreprises destinataires de la présente [d]écision. Il y a donc lieu d'adopter une [d]écision en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, ordonnant aux entreprises de se soumettre à une inspection.»

23 L'article 1^{er} de la décision attaquée dispose:

«France Télécom [...] et Wanadoo [...]:

sont tenues de se soumettre à une inspection concernant une imposition présumée de prix de vente non équitables dans le domaine de l'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle, contraire à l'article 82 [CE], avec pour intention de cantonner et de refouler des concurrents. L'inspection peut être effectuée dans tout local des entreprises [...]

France Télécom [...] et Wanadoo [...] permettent aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à l'inspection et aux agents de l'autorité compétente de l'État membre intéressé ainsi que les agents mandatés ou désignés par celle-ci qui les assistent d'accéder à tous leurs locaux, terrains et moyens de transport pendant les heures normales de bureau. Ces entreprises produisent les livres et autres documents professionnels, quel qu'en soit le support, demandés par ces agents et autres personnes et permettent à ceux-ci de contrôler sur place ces livres et autres documents professionnels, ainsi que d'en prendre ou obtenir, sous quelque forme que ce soit, copie ou extrait. Elles fournissent immédiatement, sur place, toute explication orale demandée par lesdits agents et autres personnes sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et permettent à tout représentant ou membre du personnel de fournir de telles explications. Elles permettent [audits] agents et autres personnes d'enregistrer de telles explications, sous quelque forme que ce soit.»

- 24 Enfin, la décision attaquée précise, dans ses articles 2 et 3, respectivement, la date du début de l'inspection et le fait que la requérante et Wanadoo en sont destinataires. In fine, elle énonce les circonstances dans lesquelles la Commission peut infliger à toute entreprise destinataire de celle-ci des amendes et des astreintes, conformément aux articles 23 et 24 du règlement n° 1/2003, et indique que, lorsqu'une entreprise destinataire s'oppose à l'inspection ordonnée, l'État membre intéressé prête aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission l'assistance nécessaire pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection, conformément à l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003. Elle mentionne en outre la possibilité de former un recours contre elle devant le Tribunal et comporte, en annexe, certains extraits du règlement n° 1/2003.

- 25 Sur la base de cette décision, la Commission a sollicité l'assistance des autorités françaises en application de l'article 20, paragraphe 5, du règlement n° 1/2003. Le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie français a, par une demande d'enquête du 25 mai 2004, prescrit au directeur de la direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes de prendre toutes les mesures nécessaires à la réalisation de l'enquête définie par la Commission dans la décision attaquée. À cet effet, ce dernier a saisi le juge des libertés et de la détention au tribunal de grande instance de Paris (ci-après le «juge des libertés») aux fins d'obtenir l'autorisation de procéder ou de faire procéder à une inspection auprès de la requérante et de Wanadoo et d'assister la Commission. Cette requête était accompagnée de la décision attaquée.
- 26 Par ordonnance du 28 mai 2004, le juge des libertés a accordé l'autorisation sollicitée, permettant notamment aux enquêteurs français qui seraient désignés d'exercer les pouvoirs qu'ils tiennent des articles L 450-4 et L 470-6 du code de commerce français.
- 27 L'inspection a débuté le 2 juin 2004 dans les locaux de la requérante et s'est déroulée les 2 et 3 juin 2004. La requérante y a collaboré, tout en émettant des réserves sur le principe de cette inspection. Wanadoo a fait l'objet de vérifications du 2 au 4 juin 2004.

Procédure et conclusions des parties

- 28 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 11 août 2004, la requérante a introduit le présent recours.

29 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (quatrième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 64 du règlement de procédure du Tribunal, a posé par écrit une question à la requérante, qui y a répondu dans le délai imparti.

30 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions orales posées par le Tribunal lors de l'audience publique du 8 juin 2006.

31 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- annuler la décision attaquée;
- condamner la Commission aux dépens.

32 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- rejeter le recours;
- condamner la requérante aux dépens.

En droit

33 À l'appui de son recours, la requérante soulève quatre moyens, tirés respectivement de la violation de l'obligation de motivation, de la violation du devoir de coopération

loyale avec les institutions nationales, de la violation du principe de proportionnalité et de la violation, préalable à l'adoption de la décision attaquée, du règlement n° 1/2003, de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO 2004, C 101, p. 43, ci-après la «Communication»), et du principe de bonne administration de la justice, ce dernier moyen étant soulevé pour la première fois dans la réplique.

Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'obligation de motivation

- ³⁴ La requérante soutient que la Commission a violé à quatre reprises l'obligation de motivation qui s'imposait à elle en vertu de l'article 253 CE, du règlement n° 1/2003 et de la jurisprudence. Premièrement, la décision attaquée ne lui aurait pas permis de comprendre pourquoi elle était visée par l'inspection, deuxièmement, la décision attaquée ne serait pas motivée au regard de certains éléments de contexte, troisièmement, la décision attaquée ne serait pas fondée sur les doutes exprimés dans la décision attaquée quant aux tarifs de l'option 5 et, quatrièmement, la décision attaquée n'aurait pas permis au juge des libertés d'exercer le contrôle qui lui incombait.

Sur le premier grief, relatif à l'impossibilité pour la requérante de comprendre pourquoi elle était destinataire de la décision attaquée et visée par l'inspection

— Arguments des parties

- ³⁵ De manière générale, la requérante fait valoir qu'il résulte de l'article 253 CE, du règlement n° 1/2003 et de la jurisprudence que la portée de l'obligation de motivation dépend de la nature de l'acte en cause et du contexte dans lequel il a été

adopté. Ainsi, la Commission devrait décrire clairement et précisément l'objet et le but d'une inspection qu'elle décide d'ordonner et les présomptions qu'elle entend vérifier. Or, en l'espèce, la décision attaquée serait entachée d'un vice de motivation, n'ayant pas permis à la requérante d'apprécier l'objet exact, l'étendue et le caractère justifié de l'inspection ordonnée. Elle aurait de ce fait été dans l'impossibilité de saisir la portée de son devoir de collaboration et les droits de la défense n'auraient pas été préservés. En effet, elle n'aurait pas été en mesure de connaître clairement les présomptions de la Commission ni la portée de l'implication qui lui aurait été prêtée dans l'abus de position dominante présumé.

36 La décision attaquée imputerait à Wanadoo les pratiques alléguées sur lesquelles porte l'inspection, conformément à l'approche retenue dans la décision du 16 juillet 2003, dans laquelle la Commission aurait reconnu l'autonomie de Wanadoo par rapport à la requérante dans sa politique de fixation des prix sur le marché français des services d'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle. La décision attaquée aurait donc pour objet la vérification de pratiques imputées à une filiale autonome de la requérante, active sur un marché où cette dernière n'est pas présente. Dans ces circonstances, la Commission aurait dû, afin de satisfaire à son obligation de motivation, exposer les raisons pour lesquelles la requérante était visée personnellement par une inspection ayant pour objet de vérifier les présomptions d'infraction visées à l'article 1^{er} de la décision attaquée.

37 La décision attaquée ne permettrait pas à la requérante de savoir si elle doit se considérer personnellement présumée impliquée par la Commission dans la mise en œuvre alléguée des pratiques mentionnées dans la décision attaquée et si elle est ainsi soupçonnée d'avoir personnellement enfreint l'article 82 CE, ce qui violerait l'exigence posée par l'arrêt de la Cour du 22 octobre 2002, Roquette Frères (C-94/00, Rec. p. I-9011), selon laquelle la Commission devrait donner des explications quant à la manière dont l'entreprise visée par des mesures coercitives est présumée être impliquée dans l'infraction.

38 Le fait que la requérante ait acquis en 2004 la totalité du capital de Wanadoo ne justifierait pas l'approche retenue par la Commission dans la décision attaquée. La

requérante indique que les prix visés par cette décision sont les prix d'offres lancées en janvier 2004, lorsqu'elle ne détenait qu'environ 70 % du capital de Wanadoo, l'acquisition de la totalité du capital de cette dernière n'ayant eu lieu qu'après l'adoption de la décision attaquée. En outre, la présomption selon laquelle une filiale serait sous l'influence déterminante de sa société mère serait renversée dans les cas où cette filiale détermine de façon autonome sa politique. En l'espèce, l'autonomie de Wanadoo aurait été établie dans la décision du 16 juillet 2003. La Commission n'aurait pas pu revenir sur cette constatation au seul motif implicite d'une augmentation de la part de la requérante dans le capital de Wanadoo postérieurement à la fixation des prix visés par la décision attaquée.

39 De surcroît, la position de la Commission serait contradictoire. En effet, l'attitude de la Commission, jusqu'à l'adoption de la décision attaquée, et l'article 1^{er} de cette décision confirmeraient que les offres et les prix pratiqués par Wanadoo étaient considérés comme relevant de la politique de cette entreprise, et non d'une politique de groupe.

40 La Commission répond tout d'abord en énonçant les exigences qui lui sont imposées par la jurisprudence en matière de motivation des décisions d'inspection. L'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 définirait les éléments essentiels devant figurer dans la motivation d'une décision ordonnant une inspection, en prévoyant qu'elle indique l'objet et le but de celle-ci. Par ailleurs, la jurisprudence aurait précisé, s'agissant de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81 CE] et [82 CE] (JO 1962, 13, p. 204), dont la formulation est reprise, en substance, par l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, que la Commission n'est pas tenue de communiquer au destinataire d'une décision de vérification toutes les informations dont elle dispose à propos d'infractions présumées ni de procéder à une qualification juridique rigoureuse de ces infractions, mais qu'elle doit indiquer clairement les présomptions qu'elle entend vérifier. La décision attaquée aurait respecté ces prescriptions.

41 Quant au premier grief soulevé par la requérante, en premier lieu, la Commission souligne que la requérante est la société mère du groupe Wanadoo, dont elle aurait détenu 95,94 % du capital avant l'adoption de la décision attaquée. Le fait que la requérante soit une personne juridique distincte de Wanadoo ne signifierait pas qu'elle est une entreprise distincte au sens du droit communautaire de la concurrence. Dès lors qu'une entreprise détient la totalité du capital d'une autre entreprise, il existerait une présomption selon laquelle la première exerce un contrôle sur la seconde et, en conséquence, une présomption de son implication en cas d'infraction commise par la seconde. La Commission n'aurait pas eu à expliquer ces éléments dans sa décision, car l'obligation de motivation n'exigerait pas que tous les éléments de fait et de droit pertinents soient spécifiés. Par ailleurs, les références de la requérante à la décision du 16 juillet 2003 ne seraient pas pertinentes, la requérante ayant depuis cette date augmenté sa part dans le capital de Wanadoo.

42 De surcroît, bien que l'augmentation de la participation de la requérante dans le capital de Wanadoo n'ait pas encore été effective lors du lancement des nouvelles offres en janvier 2004, les marchés se seraient attendus à une réintégration de Wanadoo au sein du groupe France Télécom. La Commission aurait légitimement pu supposer que le processus d'intégration de Wanadoo était déjà au moins au stade de la préparation lorsque les nouvelles offres ont été lancées et que, à ce stade, la requérante avait un intérêt à contrôler de plus près les décisions de sa filiale en matière de tarification. Par ailleurs, il serait probable que, après une décision déclarant illégale la politique de prix d'une filiale, sa société mère s'implique plus étroitement dans la fixation des prix de celle-ci.

43 En deuxième lieu, pour effectuer une inspection, la Commission ne devrait pas avoir la certitude de l'implication directe de l'entreprise inspectée dans l'infraction suspectée ou être en mesure d'indiquer le rôle précis de chaque entreprise inspectée dans celle-ci. Dès lors que la requérante est la société mère de Wanadoo et que les infractions suspectées de cette dernière sont clairement explicitées, la raison pour laquelle la requérante est visée serait évidente. Ainsi, il serait logique de penser que certains des éléments recherchés auraient pu se trouver également dans les locaux de la requérante.

- 44 Le fait que, s'agissant des infractions constatées dans la décision du 16 juillet 2003, aucun élément n'ait révélé que Wanadoo aurait agi sur instructions de sa société mère ne serait pas pertinent, cette constatation ne pouvant valoir pour des situations futures.
- 45 En troisième lieu, la décision attaquée indiquerait clairement comment la requérante est présumée être impliquée dans l'infraction suspectée. Les pratiques tarifaires décrites, si elles étaient établies, équivaudraient à imposer des prix de vente non équitables au sens de l'article 82 CE, ce qui pourrait, dans le cas où il s'agit d'un groupe d'entreprises comme celui de l'espèce, être qualifié soit de prix prédateurs soit de ciseau tarifaire. Une qualification juridique exacte des infractions présumées ou l'indication de la période au cours de laquelle ces infractions auraient été commises ne serait pas exigée. Par ailleurs, la question de l'imputation de l'infraction commise par une filiale à sa société mère serait sans pertinence en l'espèce.
- 46 En dernier lieu, et en tout état de cause, la Commission pourrait ordonner une inspection dès lors qu'elle peut légitimement supposer que des éléments pertinents pour son enquête se trouvent dans les locaux d'une entreprise, même s'il s'avère ensuite que l'entreprise en cause n'est pas directement impliquée dans l'infraction suspectée.

— Appréciation du Tribunal

- 47 À titre liminaire, il convient de rappeler les principes gouvernant l'obligation de motivation qui s'impose à la Commission lorsqu'elle adopte une décision ordonnant une inspection en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.

- 48 L'obligation de motiver une décision individuelle, qui résulte de manière générale de l'article 253 CE, a pour but de permettre au juge communautaire d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision et de fournir à l'intéressé une indication suffisante pour savoir si la décision est bien fondée ou si elle est éventuellement entachée d'un vice permettant d'en contester la validité, étant précisé que la portée de cette obligation dépend de la nature de l'acte en cause et du contexte dans lequel il a été adopté (arrêts de la Cour du 25 octobre 1984, *Instituut Electronmicroscopie*, 185/83, Rec. p. 3623, point 38, et du Tribunal du 15 juin 2005, *Corsica Ferries France/Commission*, T-349/03, Rec. p. II-2197, points 62 et 63).
- 49 S'agissant des décisions de la Commission ordonnant une inspection, l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 définit les éléments essentiels devant figurer dans une telle décision, en imposant à la Commission de la motiver en indiquant l'objet et le but de l'inspection, la date à laquelle celle-ci commence, les sanctions prévues aux articles 23 et 24 dudit règlement et le recours ouvert contre une telle décision devant la juridiction communautaire.
- 50 La motivation des décisions ordonnant une inspection a ainsi pour objet de faire apparaître le caractère justifié de l'intervention envisagée à l'intérieur des entreprises concernées, mais aussi de mettre celles-ci en mesure de saisir la portée de leur devoir de collaboration tout en préservant les droits de la défense de ces dernières (voir, à propos du règlement n° 17, arrêts de la Cour du 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, 46/87 et 227/88, Rec. p. I-2859, point 29, et *Roquette Frères*, point 37 supra, point 47).
- 51 L'exigence pour la Commission d'indiquer l'objet et le but d'une inspection constitue en effet une garantie fondamentale des droits de la défense des entreprises concernées et, par conséquent, la portée de l'obligation de motivation des décisions d'inspection ne peut pas être restreinte en fonction de considérations tenant à l'efficacité de l'enquête. À cet égard, s'il est vrai que la Commission n'est tenue ni de communiquer au destinataire d'une telle décision toutes les informations dont elle dispose à propos d'infractions présumées, ni de délimiter précisément le marché en

cause, ni de procéder à une qualification juridique exacte de ces infractions, ni d'indiquer la période au cours de laquelle ces infractions auraient été commises, elle doit, en revanche, indiquer, avec autant de précision que possible, les présomptions qu'elle entend vérifier, à savoir ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection (voir, à propos du règlement n° 17, arrêts de la Cour du 17 octobre 1989, Dow Benelux/Commission, 85/87, Rec. p. I-3137, point 10; Hoechst/Commission, point 50 supra, point 41, et Roquette Frères, point 37 supra, point 48).

- 52 À cette fin, la Commission est également tenue de faire apparaître dans une décision ordonnant une inspection une description des caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée, en indiquant le marché présumé en cause et la nature des restrictions de concurrence suspectées, des explications quant à la manière dont l'entreprise visée par l'inspection est présumée être impliquée dans l'infraction, ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter la vérification, ainsi que les pouvoirs conférés aux enquêteurs communautaires (voir, à propos du règlement n° 17, arrêts de la Cour du 26 juin 1980, National Panasonic/Commission, 136/79, Rec. p. 2033, point 26, et Roquette Frères, point 37 supra, points 81, 83 et 99).
- 53 Afin d'établir le caractère justifié de l'inspection, la Commission est tenue de faire apparaître de manière circonstanciée dans la décision ordonnant une inspection qu'elle dispose d'éléments et d'indices matériels sérieux l'amenant à suspecter l'infraction dont l'entreprise visée par l'inspection est soupçonnée (voir, à propos du règlement n° 17, arrêt Roquette Frères, point 37 supra, points 55, 61 et 99).
- 54 En l'espèce, si la décision attaquée est rédigée en termes généraux, elle contient néanmoins les éléments essentiels exigés par l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 et la jurisprudence.

55 Ainsi, il ressort des termes essentiels de la décision attaquée, reproduits aux points 22 à 24 ci-dessus, qu'elle indique l'objet et le but de l'inspection, en faisant apparaître les caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée, en désignant le marché présumé en cause — l'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle en France —, la nature des restrictions de concurrence suspectées — des pratiques tarifaires qui seraient contraires à l'article 82 CE, en indiquant l'importance des tarifs de l'option 5 de la requérante dans la détermination de l'existence de ces infractions —, des explications quant à la manière dont Wanadoo est présumée être impliquée dans l'infraction et le rôle qui aurait pu être joué par la requérante — elle aurait pu être informée ou pourrait détenir certains éléments qui permettraient d'établir l'infraction suspectée —, ce qui était recherché et les éléments sur lesquels devait porter l'inspection — des informations afférentes à ces pratiques, en particulier des éléments permettant d'établir le degré de couverture des coûts de Wanadoo et ayant trait à une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents qui pourraient n'avoir été communiqués qu'à quelques membres du personnel de la requérante ou de Wanadoo, à rechercher tant dans les locaux, les livres et autres documents professionnels de Wanadoo que de la requérante et, éventuellement, par voie orale —, les pouvoirs conférés aux enquêteurs communautaires, la date à laquelle elle commence — le 2 juin 2004 —, les sanctions prévues aux articles 23 et 24 du règlement n° 1/2003 et la possibilité de former un recours contre elle devant le Tribunal. Il était par ailleurs notoire en France à cette époque que la requérante était la société mère de Wanadoo.

56 Quant au caractère justifié de l'inspection, la décision attaquée fait apparaître de manière circonstanciée que la Commission disposait dans son dossier d'éléments et d'indices sérieux lui permettant de soupçonner des infractions aux règles de concurrence par Wanadoo, filiale de la requérante, et était en mesure de soupçonner que certains éléments, notamment ceux ayant trait à une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents, pourraient avoir été communiqués à certains membres du personnel de la requérante.

57 La décision attaquée apparaît donc suffisamment motivée au regard des exigences de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 et de la jurisprudence. Par ailleurs, au vu du contexte dans lequel elle a été adoptée, les éléments mentionnés par la requérante dans le cadre du présent grief ne sauraient infirmer cette conclusion.

- 58 En premier lieu, il est vrai que la décision attaquée fait spécifiquement porter l'inspection sur les dix offres de Wanadoo qui y sont mentionnées. Cela étant, ainsi qu'il ressort du point 55 ci-dessus, la raison de la désignation de la requérante en tant que destinataire de la décision attaquée et la raison de son implication personnelle dans l'inspection ordonnée sont également exposées, à savoir, en substance, le fait que la Commission soupçonnait que certains éléments de preuve aient pu se trouver dans ses locaux ou qu'elle ait pu être informée de la stratégie de sa filiale. Compte tenu du contexte dans lequel la décision attaquée a été adoptée, que la requérante reconnaît elle-même comme étant un élément pertinent pour déterminer l'étendue de l'obligation de motivation qui s'imposait à la Commission, cette précision était suffisante pour satisfaire à l'obligation de motivation au regard de l'indication de l'objet et du but de l'inspection en cause.
- 59 D'une part, il est constant que la requérante était, au moment des faits, la société mère de Wanadoo et qu'elle ne pouvait ignorer que sa filiale avait été condamnée par la décision du 16 juillet 2003 pour avoir enfreint l'article 82 CE. La Commission était donc en droit de soupçonner que certains éléments de preuve pouvaient être dissimulés dans les locaux de la requérante.
- 60 D'autre part, la décision du 16 juillet 2003 montre que déjà dans cette affaire la requérante avait fait l'objet de demandes de renseignement. De plus, cette décision se fonde, notamment aux fins de son analyse de la stratégie de préemption du marché des services d'accès à Internet à haut débit par Wanadoo, sur des éléments de contexte témoignant d'une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents ainsi que de la position dominante de Wanadoo dont certains émanent de la requérante et d'autres lui ont été présentés par Wanadoo. La Commission y relève en outre des éléments illustrant la politique d'ensemble du groupe France Télécom face à la concurrence dans le marché concerné et souligne justement que la stratégie poursuivie par une filiale n'est pas complètement dissociable des objectifs de la société mère.
- 61 Ainsi, étant donné, en particulier, le rôle déjà joué par certains documents de la requérante et par la stratégie de groupe poursuivie par la requérante aux fins de

l'établissement d'une infraction de la part de sa filiale alors même que l'indépendance de cette dernière dans la fixation de ses prix de détail n'était pas discutée, le défaut de motivation de la décision attaquée quant à la désignation de la requérante en tant que destinataire de la décision attaquée et quant à son implication personnelle dans l'inspection effectuée en l'espèce n'est pas établi.

62 Le niveau exact de la participation de la requérante dans le capital de Wanadoo n'est pas pertinent à cet égard, celui-ci étant en l'espèce en toute hypothèse suffisant pour constater que la requérante était bien, au moment des faits en cause, la société mère de Wanadoo. À titre surabondant, le Tribunal constate d'ailleurs qu'il ressort de la réponse de la requérante à la question écrite du Tribunal que, à la date du 28 avril 2004, soit avant l'adoption de la décision attaquée, la requérante détenait, directement ou indirectement, 95,25 % du capital de sa filiale Wanadoo.

63 L'impossibilité éventuelle d'imputer à la requérante le comportement anticoncurrentiel de Wanadoo une fois qu'il serait établi n'est pas non plus pertinente. Celle-ci peut effectivement résulter d'une analyse au fond d'une affaire mais ne permet pas d'interdire une inspection dans les locaux de la société mère, cette inspection ayant justement pour objet de déterminer le rôle exact des entreprises concernées dans l'infraction en cause. La jurisprudence n'exige en effet pas qu'une qualification juridique rigoureuse des infractions présumées soit effectuée dans la décision ordonnant une inspection (voir, à propos du règlement n° 17, arrêt Dow Benelux/Commission, point 51 supra, point 10). De surcroît, il a déjà été constaté qu'en l'espèce la décision attaquée était justifiée à suffisance de droit par le fait que la Commission pouvait soupçonner à juste titre que certains éléments de preuve pertinents pouvaient se trouver dans les locaux de la requérante. Par ailleurs, il ne ressort pas de la décision attaquée que l'autonomie de comportement de Wanadoo sur le marché concerné par l'inspection, qui aurait été reconnue dans la décision du 16 juillet 2003, a été remise en cause par la Commission.

- 64 En second lieu, quant à l'argument selon lequel l'insuffisance alléguée de motivation n'aurait pas permis à la requérante d'apprécier si elle devait se considérer personnellement impliquée dans l'infraction, il suffit de relever que, ainsi qu'il a été vu précédemment, tant le contenu de la décision attaquée que le contexte dans lequel elle est intervenue indiquent clairement comment la requérante est présumée être impliquée dans l'infraction.
- 65 Il résulte également de ce qui précède que la décision attaquée n'est entachée d'aucune contradiction avec la position antérieure de la Commission, qui aurait appelé une motivation particulière. Partant, le présent grief ne peut être retenu.

Sur le deuxième grief, relatif à l'absence de motivation de la décision attaquée au regard de certains éléments de contexte

— Arguments des parties

- 66 La requérante fait valoir que la Commission n'a pas motivé sa décision de procéder à l'inspection en cause au vu de la décision du 16 juillet 2003, de la procédure devant le Conseil de la concurrence et de la décision du Conseil de la concurrence.
- 67 D'une part, la nécessité et la proportionnalité de l'inspection, tout comme la référence au risque de dissimulation ou de destruction d'éléments, auraient dû être justifiées au regard de l'existence des injonctions contenues dans la décision du 16 juillet 2003.

- 68 D'autre part, dès lors que la Commission estimait l'inspection nécessaire malgré la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence et le rejet par ce dernier de la demande de mesures conservatoires présentée par AOL, il lui revenait de l'expliquer et de le justifier, a fortiori s'agissant de l'inspection ordonnée chez la requérante.
- 69 Le manquement de la Commission à son obligation de motivation serait en outre démontré par le fait que la Commission aurait fait référence, parmi les éléments de contexte présentés dans son mémoire en défense, à la décision du 16 juillet 2003, au fait que la décision attaquée serait le suivi de celle-ci, à la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence et à sa décision de traiter l'affaire au fond.
- 70 En toute hypothèse, les explications fournies a posteriori dans le mémoire en défense ne sauraient pallier le défaut de motivation entachant la décision attaquée. L'obligation de motivation aurait imposé à la Commission de préciser dans celle-ci que la présomption d'infraction qui y était présentée résultait de ses échanges avec l'autorité française de concurrence dans le cadre de son instruction de la saisine d'AOL et que la décision attaquée procédait de sa décision préalable de traiter cette saisine au fond. Le manquement en l'espèce serait d'autant plus grave que, aux termes du point 34 de la Communication, la Commission aurait dû informer la requérante de sa décision de traiter l'affaire au fond.
- 71 La Commission rétorque tout d'abord, à propos de la décision du 16 juillet 2003 et des mesures de contrôle imposées par celle-ci, que la décision attaquée mentionne qu'elle a reçu des informations indiquant que les offres concernées s'inscriraient dans une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents. L'obtention de tels éléments ne pourrait pas se faire par une simple demande de renseignements sur les coûts et les prix. Il ressortirait en outre de la décision attaquée que la Commission soupçonnait, sur la base d'informations, l'existence d'une nouvelle infraction à l'article 82 CE, malgré le contrôle instauré par la décision du 16 juillet 2003, ce qui impliquerait qu'il existait des risques importants que les éléments communiqués par Wanadoo dans le cadre de ce contrôle aient été lacunaires ou inexacts.

72 Ensuite, l'absence de référence à la décision du Conseil de la concurrence et à la procédure engagée devant ce dernier ne saurait constituer un vice caractérisé de motivation, l'absence de mention de ces éléments n'ayant pas pu léser la requérante. La Commission, dans une décision ordonnant une inspection, ne serait pas non plus tenue d'indiquer ses sources. À titre subsidiaire, la Commission ajoute que le Conseil de la concurrence n'a pas rejeté la demande de mesures conservatoires pour des raisons concernant le fond de l'infraction présumée, mais pour des raisons liées aux conditions de l'octroi de mesures provisoires. En tout état de cause, la requérante ne démontrerait pas en quoi le fait que la Commission n'ait pas fait référence à la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence ne lui aurait pas permis de comprendre le but et l'objet de l'inspection ordonnée.

73 Enfin, l'argument relatif à l'indication, dans le mémoire en défense, d'éléments d'information qui n'étaient pas détaillés dans la décision attaquée ne serait pas pertinent. En particulier, le fait de ne pas savoir que la Commission avait décidé de traiter l'affaire au fond n'aurait pas été nécessaire pour comprendre l'objet et le but de l'inspection ou l'étendue de ce qui était recherché. Le point 34 de la Communication n'obligerait d'ailleurs pas la Commission à informer l'entreprise concernée par voie de décision.

— Appréciation du Tribunal

74 Il résulte de l'analyse effectuée aux points 47 à 57 ci-dessus que la décision attaquée satisfait à l'obligation générale de motivation imposée à la Commission par l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 et la jurisprudence. Il convient donc de déterminer si, dans le cas d'espèce, la Commission devait néanmoins, afin de satisfaire à cette obligation, également motiver la décision attaquée au vu des éléments mentionnés par la requérante dans le présent grief.

75 À cet égard, premièrement, il convient de relever qu'il n'est pas contesté que les différents éléments de contexte invoqués par la requérante étaient connus de celle-ci lorsque la décision attaquée lui a été notifiée et que l'inspection a eu lieu. L'absence de leur mention dans la décision attaquée ne peut donc avoir eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense de la requérante.

76 Deuxièmement, s'agissant des injonctions contenues dans la décision du 16 juillet 2003, il ressort de la décision attaquée que, malgré celles-ci, la Commission était en possession d'informations lui permettant de soupçonner une infraction à l'article 82 CE de la part de Wanadoo. En d'autres termes, la Commission disposait dans son dossier d'éléments indiquant que Wanadoo ne se conformait pas à ces injonctions. En outre, l'inspection visait également à obtenir des éléments révélateurs d'une intention d'éviction des concurrents, à propos desquels il est difficile d'envisager qu'ils auraient, à supposer même qu'ils aient été couverts par les injonctions en cause, été spontanément communiqués à la Commission, soit par la requérante, soit par Wanadoo dans le cadre de ces injonctions. Ainsi, l'existence des injonctions contenues dans la décision du 16 juillet 2003 était sans effet sur l'opportunité de procéder à l'inspection ordonnée par la décision attaquée. Partant, la Commission n'avait pas à la motiver spécifiquement au regard de celles-ci.

77 Troisièmement, s'agissant de la référence au risque de dissimulation ou de destruction d'éléments, celle-ci n'est pas de nature à démontrer un manquement de la Commission à son obligation de motivation. En effet, il n'est pas contesté que, parmi les éléments recherchés, notamment ceux pouvant révéler une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents, figurent des éléments qui sont généralement sujets à dissimulation ou exposés à un risque de destruction en cas d'enquête. En outre, comme cela a été constaté ci-dessus, il était également raisonnable pour la Commission de considérer que de tels éléments ne lui auraient en toute hypothèse pas été spontanément communiqués dans le cadre des injonctions contenues dans la décision du 16 juillet 2003.

78 Quatrièmement, s'agissant de la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence et de son rejet de la demande de mesures conservatoires présentée par

AOL, le droit communautaire n'exige pas, en principe, de la part de la Commission qu'elle justifie une décision de procéder à une inspection au regard des procédures nationales parallèles qui pourraient, le cas échéant, exister. De surcroît, la décision du Conseil de la concurrence vient en réalité au soutien de la mesure d'enquête ordonnée par la Commission. En effet, dans cette décision, le Conseil de la concurrence, bien que relevant qu'«il apparaît que ni le secteur ni les entreprises le composant n'ont subi une atteinte grave et immédiate à la suite des pratiques tarifaire de Wanadoo», considère toutefois qu'«il ne peut être exclu que certaines pratiques tarifaires mises en œuvre par Wanadoo entrent dans le champ d'application [...] de l'article 82 [CE] dès lors qu'elles affecteraient une partie substantielle du territoire national». Il justifie ainsi le rejet des mesures conservatoires demandées par l'absence d'atteinte grave et immédiate au secteur ou aux entreprises du secteur et l'absence d'atteinte immédiate au consommateur, en d'autres termes par l'absence d'urgence, et non par l'absence de bien-fondé manifeste de la plainte dont il est saisi. Par ailleurs, cette décision ne se prononce pas sur la position qui aurait ou non été adoptée par la requérante par rapport à l'infraction dont sa filiale est soupçonnée. Elle ne permet donc pas de conclure que l'inspection ordonnée par la décision attaquée n'était pas pertinente et, partant, la Commission n'était pas tenue à une obligation de motivation spécifique de la décision attaquée par rapport à la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence ou à la décision du Conseil de la concurrence.

79 Cinquièmement, le fait que ces éléments aient été mentionnés dans le mémoire en défense présenté par la Commission au Tribunal n'est pas davantage pertinent. Le contenu d'un mémoire en défense vise, notamment, à éclairer le Tribunal sur le contexte factuel et juridique de l'affaire qui est soumise à son examen, dans le cadre duquel la décision litigieuse s'inscrit et que le Tribunal ne connaît pas, contrairement aux parties au litige. L'absence, dans une décision faisant l'objet d'un recours en annulation, d'éléments de contexte qui seraient par la suite apportés au Tribunal dans le cadre de la présentation, par une partie, des circonstances dans lesquelles le litige qui lui est soumis s'est déroulé ne peut donc pas, en tant que telle, démontrer un manquement à l'obligation de motivation de la décision litigieuse.

80 Sixièmement, il ressort de la décision attaquée que la Commission a consulté l'autorité de concurrence compétente avant de procéder à l'inspection. En outre, ainsi qu'il a déjà été constaté, la Commission n'est pas tenue d'indiquer, dans une

décision ordonnant une inspection, tous les éléments dont elle dispose à propos de l'infraction présumée. Enfin, le point 34 de la Communication indique, certes, que, «[s]i une affaire est réattribuée au sein du réseau [des autorités de concurrence], les entreprises concernées [...] en sont informé[e]s dès que possible». Cependant, le point 5 de cette même Communication énonce expressément que «chaque membre du réseau conserve toute latitude pour décider d'enquêter ou non sur une affaire» et ses points 4 et 31 précisent, respectivement, que «[l]es consultations et les échanges au sein du réseau sont une affaire entre autorités agissant dans l'intérêt public» et que «l'attribution d'affaires ne confère pas aux entreprises impliquées dans l'infraction [...] un droit individuel à voir l'affaire traitée par une autorité donnée». La Commission restait donc en droit de procéder à l'inspection ordonnée et, quel que soit le contenu du mémoire en défense de la Commission, le manquement à l'obligation de motivation allégué par la requérante au regard du point 34 de la Communication n'est pas établi.

81 Il s'ensuit que le deuxième grief ne peut être accueilli.

Sur le troisième grief, relatif à l'impossibilité pour la requérante de comprendre les doutes exprimés par la Commission quant aux tarifs de l'option 5

— Arguments des parties

82 La requérante soutient que la décision attaquée viole l'obligation de motivation et les droits de la défense en visant dans ses motifs l'option 5 et en lui imputant un effet de ciseau tarifaire sans viser l'option 5 ou la baisse des prix de cette option dans son dispositif. L'inspection ne pourrait donc pas être considérée comme ayant été ordonnée pour vérifier une présomption d'infraction à l'encontre de la requérante et la Commission aurait omis d'énoncer clairement et régulièrement les soupçons dirigés à l'encontre des nouveaux tarifs de son option 5.

- 83 S'agissant, en particulier, du soupçon relatif au ciseau tarifaire, il serait en contradiction tant avec les termes de l'article 1^{er} de la décision attaquée qu'avec ceux du quatrième considérant de celle-ci. La Commission aurait suspecté et vérifié l'existence d'une pratique tarifaire, les tarifs de l'option 5 de la requérante, qui ne serait pas considérée comme suspecte par l'article 1^{er} de la décision attaquée et qui serait exclue du champ de vérification par le quatrième considérant de celle-ci.
- 84 De plus, il existerait une différence fondamentale entre, d'une part, le fait de prendre en compte les tarifs de l'option 5 comme élément d'analyse pour vérifier, au regard du coût de ces tarifs, l'absence de prédation dans le prix des offres de détails de Wanadoo et, d'autre part, le fait de viser ces tarifs comme étant eux-mêmes suspects, ce que la décision attaquée ferait.
- 85 De surcroît, il résulterait de la décision du 16 juillet 2003 qu'aucune suspicion de ciseau tarifaire ne saurait être retenue à l'encontre de la requérante en raison du prix de gros de son option 5 au regard des prix de détail pratiqués par Wanadoo, ces prix étant ceux d'entreprises distinctes et autonomes, actives sur des marchés différents. On ne saurait davantage à la fois suspecter la légalité des tarifs de l'option 5 et les retenir comme base légale pour suspecter un prix prédateur de la part de Wanadoo. En outre, la licéité de l'option 5 ne pourrait être subordonnée au niveau des prix de détail pratiqués par les fournisseurs d'accès à Internet, y compris ceux de Wanadoo. Cela étant, la décision ne contiendrait aucune explication sur ce point essentiel, révélant ainsi un manquement à l'obligation de motivation.
- 86 Enfin, la Commission laisserait entendre que les tarifs de l'option 5 sont trop élevés, mais émettrait en même temps un doute sur la baisse de ceux-ci intervenue en janvier 2004.

- 87 Par ailleurs, les doutes exprimés par la Commission dans la décision attaquée quant à la baisse des tarifs de l'option 5 seraient insuffisamment motivés. La Commission aurait su, avant d'adopter la décision attaquée, que la requérante n'était pas libre d'en modifier les tarifs et que cette baisse tarifaire avait été validée par les autorités françaises compétentes.
- 88 Les doutes exprimés dans la décision attaquée sur les tarifs de l'option 5 auraient donc dû être spécifiquement expliqués et justifiés. La requérante relève en particulier que les trois autorités françaises consultées au cours du processus d'approbation des nouveaux tarifs auraient exclu un effet de ciseau tarifaire s'agissant de ces tarifs. Les tarifs de l'option 5 auraient également été dénoncés par AOL comme produisant un effet de ciseau tarifaire, mais le Conseil de la concurrence n'aurait pas retenu ce grief comme probant *prima facie*.
- 89 La Commission répond tout d'abord que la décision attaquée ne vise pas isolément les tarifs de l'option 5, mais vise les nouveaux tarifs d'accès à Internet par l'ADSL à destination du grand public en France, et donc les tarifs de détail fixés par Wanadoo et/ou France Télécom. Si le rapport de ces prix avec les tarifs de l'option 5 constitue un élément indispensable de l'analyse, la prédation ou l'effet de ciseau ne sauraient être exclus du seul fait que les tarifs de l'option 5 aient été approuvés par une autorité publique. Les arguments de la requérante devraient donc être rejetés. En particulier, le fait que l'ART ait validé les baisses tarifaires de l'option 5 n'exclurait pas que France Télécom, en tant que groupe, puisse violer l'article 82 CE par un effet de ciseau tarifaire, étant donné que le prix de vente au détail n'est pas réglementé.
- 90 La requérante confondrait les pratiques anticoncurrentielles, contre lesquelles se dirigent les soupçons de la Commission, clairement énoncées à l'article 1^{er} de la décision attaquée et qui définissent le champ d'application de la décision attaquée, et les tarifs et autres éléments de fait que la Commission entend vérifier lors de l'inspection. À l'intérieur de la catégorie juridique des prix non équitables, la décision attaquée indiquerait que la Commission entendait vérifier, en premier lieu, l'existence d'une éventuelle prédation et, en second lieu, celle d'un ciseau tarifaire,

vérification pour laquelle les tarifs de gros seraient un élément indispensable de l'analyse. Les soupçons de la Commission ne concerneraient donc pas les tarifs de l'option 5 en tant que tels, mais la réduction de l'espace économique entre l'option 5 et les tarifs de détail par le biais d'une baisse des tarifs de détail. Il n'y aurait donc pas de contradiction entre les considérants de la décision attaquée et son article 1^{er}.

- 91 De plus, dans le cadre d'une décision d'inspection, il n'y aurait pas lieu de démontrer l'existence d'une infraction, mais seulement de soupçons d'infraction. Or, la requérante ne démontrerait ni que la Commission ne pouvait raisonnablement suspecter l'existence d'une infraction, ni en quoi la mention des validations successives des tarifs de l'option 5 au niveau national aurait été nécessaire pour que la décision attaquée soit motivée à suffisance de droit.
- 92 Ensuite, la référence à la décision du 16 juillet 2003 ne serait pas pertinente. La Commission aurait légitimement pu considérer que, au cours du processus d'intégration de Wanadoo par la requérante et, partant, pendant la période de validité des offres concernées, Wanadoo ait pu perdre la capacité à fixer ses tarifs de détail de façon autonome par rapport à la requérante.
- 93 Enfin, dès lors que les exigences de motivation de la décision attaquée sont remplies, la Commission ne serait pas tenue d'exposer de façon exhaustive tous les éléments dont elle a connaissance, notamment, l'existence de validations nationales des tarifs de l'option 5. De plus, la requérante aurait eu connaissance de ces éléments et l'absence de leur mention n'aurait pas pu affecter les droits de la défense.

— Appréciation du Tribunal

- 94 La requérante reproche en substance à la Commission d'avoir considéré comme suspects les tarifs de l'option 5 dans la décision attaquée sans toutefois clairement

exprimer les soupçons qu'elle nourrissait à leur égard, ni justifier sa position au regard de sa décision du 16 juillet 2003 et de diverses décisions nationales.

95 Or, ainsi qu'il résulte des termes essentiels de la décision attaquée reproduits aux points 22 et 23 ci-dessus, celle-ci énonce à propos de l'option 5 que l'espace économique réduit entre les tarifs de détail de Wanadoo et ceux de l'option 5 de la requérante générerait un ciseau tarifaire à l'encontre des concurrents de Wanadoo fondant leur offre sur l'option 5, et ce malgré la baisse des tarifs de l'option 5 intervenue en janvier 2004. Elle ajoute que cet espace réduit aurait restreint l'entrée sur le marché des concurrents de Wanadoo et mis en danger ceux déjà présents. Par ailleurs, la décision attaquée indique que Wanadoo pratiquerait des offres au-dessous de ses coûts. Elle conclut que ces pratiques de prix équivaldraient à imposer des prix de vente non équitables.

96 Force est donc de constater que la décision attaquée est clairement motivée et qu'elle ne formule aucun soupçon de violation de l'article 82 CE à l'encontre de la requérante s'agissant des tarifs de son option 5. En outre, c'est à juste titre que les tarifs de l'option 5 de la requérante sont mentionnés dans les motifs de la décision attaquée sans toutefois figurer parmi les éléments sur lesquels porte l'inspection aux termes de son article 1^{er}. En effet, la décision attaquée se limite à se référer à ceux-ci en tant que point de référence servant à déterminer, d'une part, le caractère éventuellement prédateur des prix de détail de Wanadoo, les tarifs de l'option 5 devant être pris en compte pour calculer les coûts supportés par Wanadoo, et, d'autre part, l'existence d'un éventuel ciseau tarifaire qui résulterait des prix de détail trop bas de Wanadoo. Ainsi qu'il a déjà été constaté, la jurisprudence admet d'ailleurs que, au stade de l'inspection, seul concerné en l'espèce, la Commission n'est pas tenue de procéder à une qualification juridique rigoureuse des infractions soupçonnées (voir, à propos du règlement n° 17, arrêt de la Cour du 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a./Commission*, 97/87 à 99/87, Rec. p. 3165, point 45).

97 Le fait que la Commission ne puisse éventuellement pas, à un stade ultérieur de la procédure, être en mesure d'établir l'existence d'un ciseau tarifaire n'est pas pertinent. D'une part, cette question relève d'une analyse au fond qui serait

effectuée sur la base des éléments recueillis au cours de l'inspection en cause et n'a donc pas à être examinée dans le cadre du contrôle du respect, par la Commission, de l'obligation de motivation qui s'impose à elle. D'autre part, la Commission n'est en toute hypothèse pas tenue, lors de son analyse au fond des éléments recueillis, par la qualification juridique qu'elle aurait pu attribuer à certaines infractions dans une décision ordonnant une inspection, sa seule obligation à cet égard étant que la probabilité que les infractions soupçonnées aient existé paraisse suffisante, au vu des éléments indiqués dans la décision ordonnant l'inspection, pour justifier le recours à l'inspection. Or, il résulte de l'analyse effectuée notamment aux points 55 à 63 ci-dessus que tel est bien le cas en l'espèce.

- 98 Les arguments de la requérante selon lesquels la Commission aurait violé son obligation de motivation en l'empêchant de comprendre pourquoi la Commission exprimait des doutes quant à la légalité des tarifs de l'option 5 ne sont donc pas fondés, rien dans la décision attaquée ne permettant de conclure que la Commission y a exprimé de tels doutes. Il s'ensuit également que l'homologation des tarifs de l'option 5 par les autorités françaises est sans incidence sur l'obligation de motivation de la Commission.
- 99 Au vu de ce qui précède, le troisième grief doit être rejeté.

Sur le quatrième grief, relatif à l'impossibilité pour le juge des libertés d'exercer le contrôle qui lui incombait avant d'autoriser l'inspection

— Arguments des parties

- 100 La requérante fait valoir que le juge national compétent doit exercer le contrôle de proportionnalité de la décision attaquée au regard du principe de protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans la

sphère privée d'une personne morale, principe général du droit communautaire. En vertu de celui-ci, il appartiendrait à l'instance nationale compétente d'examiner si les mesures coercitives envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification et s'il existe des indices suffisamment sérieux permettant de suspecter que l'entreprise concernée a commis une infraction aux règles de la concurrence. Le juge national devrait disposer de tous les éléments nécessaires pour lui permettre de s'acquitter de ce contrôle. Cela ne serait pas le cas en l'espèce.

101 D'une part, les éléments fournis seraient insuffisants et ne feraient état ni de soupçons très précis ni de l'existence objective d'indices à l'encontre de la requérante. D'autre part, la décision attaquée ne mentionnerait ni les articles 2 et 3 de la décision du 16 juillet 2003, ni la procédure devant le Conseil de la concurrence, ni le fait que la baisse tarifaire de l'option 5 a reçu un avis favorable de l'ART, a été homologuée puis confirmée par le Conseil d'État. Or, il s'agirait d'éléments pertinents et essentiels pour permettre au juge des libertés d'exercer son contrôle qui, s'ils lui avaient été indiqués, auraient pu le conduire à considérer l'inspection ordonnée comme arbitraire et disproportionnée ou, en tout cas, à demander des explications à la Commission, conformément à l'article 20, paragraphe 8, du règlement n° 1/2003.

102 Le fait que la décision du juge des libertés n'ait pas été mise en œuvre serait sans incidence en l'espèce, l'obligation de motivation et de coopération loyale de la Commission avec le juge national étant une obligation objective, pesant sur la Commission au moment de l'adoption de la décision d'inspection. La Commission ne pourrait s'exonérer a posteriori d'un défaut de motivation et de coopération loyale avec le juge national au motif que son autorisation n'a pas trouvé d'application pratique. De plus, l'autorisation opposée à la requérante aurait été un facteur décisif de son comportement dans le cadre de l'inspection.

103 Par ailleurs, l'absence de contestation par la requérante de la légalité de l'ordonnance du juge des libertés devant les juridictions françaises ne saurait affecter la portée de son argumentation en l'espèce. Le défaut de motivation reproché à la Commission aurait en fait privé la requérante du pouvoir de contester

utilement la légalité de l'autorisation du juge des libertés. On ne pourrait en effet reprocher à ce dernier d'avoir effectué une appréciation irrégulière sur la base d'informations dont il ne disposait pas. La requérante affirme en outre avoir introduit un pourvoi contre l'ordonnance du juge des libertés, qu'elle a ensuite retiré.

- 104 La Commission répond tout d'abord que le présent grief est inopérant. Si l'ordonnance du juge des libertés avait affecté les droits de la requérante, c'est devant le juge national compétent qu'elle aurait dû la contester. Le fait qu'un pourvoi ait été introduit par la requérante contre celle-ci ne serait pas pertinent. De plus, même si le juge national avait considéré être insuffisamment éclairé pour pouvoir exercer son contrôle, cela ne saurait avoir d'incidence sur la légalité de la décision attaquée, dont le contrôle incomberait exclusivement au juge communautaire.
- 105 Le fait que l'ordonnance du juge national ait pu être un facteur décisif de la coopération de la requérante ne serait pas non plus concluant, les inspections décidées par la Commission étant contraignantes indépendamment de toute ordonnance nationale et le refus de s'y soumettre étant passible d'amendes substantielles, conformément à l'article 23, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 1/2003.
- 106 La Commission ajoute que cette ordonnance n'a pas été mise en œuvre et que, en conséquence, les développements de la requérante sur la présente branche sont dénués de pertinence, la requérante ayant accepté de se soumettre à la décision d'inspection et l'inspection s'étant déroulée exclusivement sous l'empire du droit communautaire.
- 107 En toute hypothèse, le rôle du juge national dans un cas comme celui de l'espèce ne serait pas d'autoriser l'inspection ordonnée en vertu de l'article 20 du règlement

n° 1/2003, mais seulement d'autoriser l'autorité nationale à mettre en œuvre des moyens de contrainte dans l'hypothèse où l'entreprise visée refuserait de se soumettre à l'inspection.

- 108 La Commission fait valoir à titre subsidiaire que la décision attaquée est en tout état de cause suffisamment motivée pour permettre au juge des libertés d'exercer son contrôle de proportionnalité.

— Appréciation du Tribunal

- 109 À titre liminaire, il convient de constater que, bien que la requête soit par endroit maladroitement formulée, il en ressort néanmoins que la requérante ne met pas en cause la légalité de l'ordonnance du juge des libertés ni ne soutient que ce dernier n'aurait pas disposé des éléments nécessaires pour apprécier la légalité de la décision attaquée, mais reproche en substance à la Commission d'avoir insuffisamment motivé la décision attaquée, de sorte que le juge des libertés n'a pas été en mesure d'exercer le contrôle qui lui incombait en vertu de l'article 20, paragraphe 8, du règlement n° 1/2003.
- 110 Or, s'il est vrai que, aux termes de l'article 20, paragraphe 8, du règlement n° 1/2003, il appartient à l'autorité judiciaire nationale saisie dans le cadre de l'article 20, paragraphe 7, du même règlement de contrôler que la décision de la Commission ordonnant une inspection est authentique et que les mesures coercitives envisagées afin d'exécuter l'inspection ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de cette inspection et que la Commission est, à cette fin, tenue de lui fournir certaines informations, il résulte également de l'article 20, paragraphe 8, du règlement n° 1/2003 et de la jurisprudence (voir, à propos du règlement n° 17, arrêt Roquette Frères, point 37 supra), que ces éléments peuvent figurer ailleurs que dans la seule décision ordonnant l'inspection ou peuvent lui être transmis par la Commission par un autre biais que cette décision.

- 111 Le quatrième grief avancé par la requérante est donc inopérant dans la mesure où l'objectif poursuivi par l'obligation de motivation qui est imposée à la Commission n'est pas d'assurer l'information du juge national dont l'autorisation est sollicitée dans le cadre de l'article 20, paragraphe 7, du règlement n° 1/2003, mais de mettre l'entreprise visée par l'inspection en mesure de saisir la portée de son devoir de collaboration tout en préservant les droits de la défense.
- 112 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que le manquement allégué de la Commission à son obligation de motivation n'est pas établi et que, partant, le premier moyen doit être rejeté dans son intégralité.

Sur le deuxième moyen, tiré de la violation du devoir de coopération loyale avec les institutions nationales

Arguments des parties

- 113 La requérante fait valoir que la Commission a violé à un double titre son obligation de coopérer loyalement avec les institutions françaises et que ces violations devraient entraîner l'annulation de la décision attaquée.
- 114 En premier lieu, elle aurait violé son devoir de coopération loyale avec le juge des libertés saisi pour autoriser l'inspection ordonnée chez France Télécom, obligation qui trouverait son fondement dans l'article 10 CE tel qu'interprété par la Cour et qui devrait régir et serait nécessaire à la mise en œuvre du règlement n° 1/2003. L'exigence imposée par la Cour selon laquelle la Commission doit fournir des indications au juge national lui permettant d'exercer le contrôle qui lui incombe constituerait une obligation essentielle non seulement au regard des exigences de motivation, mais également au regard de l'exigence de coopération loyale avec le

juge compétent. Le fait que la Commission n'ait pas fait référence aux dispositions des articles 2 et 3 de sa décision du 16 juillet 2003, à la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence et à la décision du Conseil d'État du 19 janvier 2004 constituerait une violation grave de son devoir de coopération loyale avec le juge des libertés.

115 En second lieu, la Commission aurait violé son devoir de coopération loyale avec le Conseil de la concurrence, énoncé par l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 et organisé par l'article 11, paragraphe 6, l'article 13, paragraphe 1, ainsi que le considérant 18 de ce même règlement, en adoptant la décision attaquée alors que le Conseil de la concurrence était saisi et avait rendu une décision rejetant les mesures conservatoires demandées. En l'espèce, la Commission n'aurait pas consulté le Conseil de la concurrence. De plus, il résulterait des dispositions du règlement n° 1/2003 rappelées ci-dessus que, si une autorité nationale de concurrence est déjà saisie d'une affaire, la Commission ne peut intenter la procédure qu'après avoir consulté cette autorité. Enfin, c'est l'autorité de concurrence la mieux placée pour agir qui devrait traiter la plainte et, au regard des trois conditions cumulatives énumérées au considérant 8 du règlement n° 1/2003, le Conseil de la concurrence serait mieux placé que la Commission pour examiner les présomptions d'infraction.

116 La Commission rétorque tout d'abord que, dans la mesure où ce moyen est relatif au prétendu défaut de coopération avec le juge des libertés, il reprend en fait, sous une autre forme, l'argument relatif au défaut de motivation allégué, auquel elle a déjà répondu. Dans la mesure où ce moyen est relatif au prétendu défaut de coopération avec le Conseil de la concurrence, il manifesterait une mauvaise compréhension du règlement n° 1/2003. Dans le système du traité CE et du règlement n° 1/2003, les compétences d'application seraient parallèles et le règlement n° 1/2003 ne comporterait aucun critère de répartition des cas ou des compétences. Les autorités nationales resteraient compétentes pour appliquer les articles 81 CE et 82 CE tant que la Commission n'a pas ouvert de procédure au sens de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, et la compétence de la Commission pour intervenir à tout moment contre toute infraction aux articles 81 CE et 82 CE serait préservée.

- 117 Ensuite, certains éléments auraient plaidé en faveur d'un traitement de l'affaire par la Commission.
- 118 Enfin, la décision de la Commission de procéder à une inspection et de traiter l'affaire au fond aurait fait l'objet d'une concertation étroite avec les autorités françaises, dans l'esprit de l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003.

Appréciation du Tribunal

- 119 S'agissant, en premier lieu, du devoir de coopération loyale avec les autorités judiciaires nationales, le Tribunal relève que les modalités de mise en œuvre de l'obligation de coopération loyale qui découle de l'article 10 CE et à laquelle la Commission est tenue dans le cadre de ses relations avec les États membres (arrêt de la Cour du 10 février 1983, Luxembourg/Parlement, 230/81, Rec. p. 255, point 37, et ordonnance de la Cour du 13 juillet 1990, Zwartveld e.a., C-2/88 IMM, Rec. p. I-3365, point 17) ont, s'agissant des relations qui s'établissent dans le cadre des inspections effectuées par la Commission afin de détecter des infractions aux articles 81 CE et 82 CE, été précisées par l'article 20 du règlement n° 1/2003, qui énonce les modalités selon lesquelles la Commission, les autorités nationales de concurrence et les autorités judiciaires nationales doivent coopérer lorsque la Commission a décidé de procéder à une inspection dans le cadre de ce règlement.
- 120 Ainsi, l'article 20 du règlement n° 1/2003 habilite la Commission à procéder à des inspections, effectuées soit sur production d'un mandat écrit, conformément au paragraphe 3 de cet article, soit sur la base d'une décision obligeant les entreprises à s'y soumettre, conformément au paragraphe 4 de ce même article. Si la Commission procède à une inspection en vertu de l'article 20, paragraphe 3, elle est tenue, selon

ce paragraphe, d'aviser, en temps utile avant l'inspection, l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée. Si la Commission procède à une inspection en vertu du paragraphe 4, celui-ci lui fait obligation d'entendre l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée avant d'adopter la décision ordonnant l'inspection.

121 Selon l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, l'assistance des autorités nationales est nécessaire pour l'exécution de l'inspection lorsque l'entreprise visée par cette inspection s'y oppose et, lorsque cette assistance requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, celle-ci doit être sollicitée conformément au paragraphe 7. En vertu du paragraphe 8, l'autorité judiciaire nationale est alors chargée de contrôler que la décision de la Commission ordonnant l'inspection est authentique et que les mesures coercitives envisagées afin d'exécuter l'inspection ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de cette inspection, le contrôle de la légalité de la décision de la Commission étant cependant réservé aux juridictions communautaires.

122 Il s'ensuit que l'article 20 du règlement n° 1/2003 établit une distinction claire entre, notamment, d'une part, les décisions adoptées par la Commission sur la base du paragraphe 4 de cet article et, d'autre part, la demande d'assistance présentée à l'autorité judiciaire nationale en vertu du paragraphe 7 de ce même article.

123 Alors que les juridictions communautaires sont seules compétentes pour contrôler la légalité d'une décision adoptée par la Commission au titre de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, ainsi qu'il résulte notamment du paragraphe 8 in fine de cet article, c'est en revanche au seul juge national dont l'autorisation de recourir à des mesures coercitives est sollicitée en vertu de l'article 20, paragraphe 7, du règlement n° 1/2003, éventuellement assisté par la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, et sous réserve des éventuelles voies de recours nationales,

qu'il appartient de déterminer si les informations transmises par la Commission dans le cadre de cette demande lui permettent d'exercer le contrôle qui lui est dévolu par l'article 20, paragraphe 8, du règlement n° 1/2003 et le mettent donc en mesure de se prononcer utilement sur la demande qui lui a été présentée [voir, en ce sens, à propos du règlement n° 17, arrêt Roquette Frères, point 37 supra, points 39, 67 et 68].

124 L'autorité judiciaire nationale saisie dans le cadre de l'article 20, paragraphe 7, du règlement n° 1/2003 a, en vertu du paragraphe 8 de cet article et de la jurisprudence (voir, à propos du règlement n° 17, arrêt Roquette Frères, point 37 supra), la faculté de demander des précisions à la Commission, notamment sur les motifs qui l'incitent à suspecter une violation des articles 81 CE et 82 CE, sur la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée. Un contrôle du Tribunal qui, par hypothèse, pourrait aboutir à la constatation d'une insuffisance des informations qui auraient été transmises par la Commission à cette autorité impliquerait une réévaluation par le Tribunal de l'appréciation, déjà effectuée par cette autorité, du caractère suffisant de ces informations. Or, ce contrôle ne peut être admis, l'appréciation effectuée par l'autorité judiciaire nationale étant soumise aux seuls contrôles résultant des voies de recours internes qui seraient ouvertes à l'encontre des décisions de cette autorité.

125 Partant, les arguments soulevés par la requérante au soutien de son deuxième moyen doivent être rejetés dans leur ensemble comme inopérants dans la mesure où, en contestant le contenu de la décision attaquée au regard de l'obligation de coopération loyale qui s'impose à la Commission, ils impliquent une remise en cause, par le Tribunal, de l'appréciation qui a été effectuée par le juge des libertés, dans le cadre de l'article 20, paragraphe 8, du règlement n° 1/2003, du caractère suffisant des informations qui lui ont été présentées par la Commission afin d'obtenir l'autorisation demandée au titre de l'article 20, paragraphe 7, du règlement. En effet, le Tribunal n'est pas compétent pour contrôler comment le juge national saisi dans le cadre de cette disposition s'acquitte de la tâche qui lui est dévolue par le paragraphe 8 de l'article 20.

126 Par ailleurs, il convient de rappeler que la légalité d'un acte doit être appréciée en fonction des éléments de droit et de fait qui existaient à la date à laquelle cet acte a été adopté (arrêts de la Cour du 7 février 1979, France/Commission, 15/76 et 16/76, Rec. p. 321, point 7, et du Tribunal du 15 juillet 2004, Valenzuela Marzo/Commission, T-384/02, RecFP p. I-A-235 et II-1035, point 98). Dès lors, l'utilisation qui aurait été faite d'une décision ordonnant une inspection, ou l'appréciation des éléments contenus dans celle-ci qui aurait été effectuée par l'autorité judiciaire nationale, dans le cadre d'une demande effectuée par la Commission en vertu de l'article 20, paragraphe 7, du règlement n° 1/2003, est sans incidence sur la légalité de la décision ordonnant l'inspection.

127 Dans le cadre du présent moyen, c'est donc au vu des seuls éléments exigés par l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, tel qu'interprété par la jurisprudence, qu'il convient d'apprécier si les arguments de la requérante dénonçant un manquement de la Commission à son obligation de coopération loyale avec les autorités judiciaires nationales sont fondés. Or, il résulte de l'analyse du premier moyen qu'aucun manquement à l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 n'a été établi à l'égard de la Commission. Le premier volet de l'argumentation développée par la requérante au soutien de son deuxième moyen doit donc être rejeté.

128 S'agissant, en second lieu, du devoir de coopération loyale avec les autorités nationales de concurrence tel qu'il résulterait des différentes dispositions invoquées par la requérante, premièrement, il faut relever que, certes, l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 énonce une règle générale selon laquelle la Commission et les autorités nationales sont tenues de collaborer étroitement, mais il n'impose pas à la Commission de s'abstenir d'effectuer une inspection relative à une affaire dont une autorité nationale de concurrence serait saisie en parallèle.

129 Il ne saurait non plus être déduit de cette disposition que, dès lors qu'une autorité nationale de concurrence a commencé à enquêter sur des faits particuliers, la Commission est immédiatement empêchée de se saisir de l'affaire ou de s'y intéresser de manière préliminaire. Au contraire, il découle de l'exigence de

collaboration énoncée par cette disposition que ces deux autorités peuvent, au moins à des stades préliminaires tels que des enquêtes, travailler de manière parallèle. Ainsi, il résulte de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, invoqué par la requérante, que le principe de collaboration implique que la Commission et les autorités nationales de concurrence puissent, au moins aux stades préliminaires des affaires dont elles sont saisies, travailler de manière parallèle. Cette disposition prévoit en effet, sous réserve d'une simple consultation de l'autorité nationale concernée, que la Commission garde la possibilité d'ouvrir une procédure en vue de l'adoption d'une décision même si une autorité nationale traite déjà de l'affaire. Partant, la Commission doit a fortiori pouvoir procéder à une inspection telle que celle ordonnée en l'espèce. En effet, une décision ordonnant une inspection ne constitue qu'un acte préparatoire au traitement au fond d'une affaire, qui n'emporte pas ouverture formelle de la procédure au sens de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, une telle décision d'inspection ne manifestant pas en elle-même la volonté de la Commission d'adopter une décision sur le fond de l'affaire (voir, en ce sens, à propos du règlement n° 17, arrêt de la Cour du 6 février 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Rec. p. 77, point 16). Le considérant 24 du règlement n° 1/2003 annonce d'ailleurs que la Commission doit être habilitée à procéder aux inspections qui sont nécessaires pour déceler les infractions à l'article 82 CE, et l'article 20, paragraphe 1, du même règlement dispose expressément que, pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par ce règlement, la Commission peut procéder à toutes les inspections nécessaires.

¹³⁰ Deuxièmement, il ressort de l'article 13, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 et du considérant 18 de ce même règlement, qui annonce cet article, que le fait qu'une autorité de concurrence traite une affaire entraîne une simple faculté pour une autre autorité concernée de suspendre la procédure ou de rejeter la plainte. Il s'agit donc d'un simple motif permettant à une autre autorité de suspendre sa propre procédure ou de rejeter la plainte qui est déposée devant elle. Il n'en découle pas une obligation pour la Commission de s'abstenir d'enquêter du fait qu'une autre autorité serait déjà impliquée dans le traitement de la même affaire. Il ne peut non plus être considéré que ces textes établissent un critère d'attribution ou de répartition des affaires ou des compétences entre la Commission et la ou les autorités nationales éventuellement concernées par l'affaire en cause. La non-utilisation de la simple faculté prévue par cet article ne peut donc, en tout état de cause, être constitutive

d'un manquement de la Commission au devoir de coopération loyale qui s'impose à elle dans le cadre de ses relations avec les autorités de concurrence des États membres.

131 Troisièmement, quant à l'affirmation de la requérante selon laquelle il n'apparaît pas que la Commission a consulté le Conseil de la concurrence, le Tribunal constate au contraire que la décision attaquée mentionne dans ses visas que l'autorité compétente de l'État membre intéressé a été entendue conformément à l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003. Or, compte tenu de la présomption de légalité qui s'attache aux actes des institutions communautaires (arrêt de la Cour du 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, C-137/92 P, Rec. p. I-2555, point 48), laquelle implique qu'il appartient à celui qui se prévaut de l'illégalité d'un tel acte d'en rapporter la preuve, et considérant que la requérante n'apporte pas d'élément qui démontrerait que l'autorité française de concurrence n'a effectivement pas été consultée, cet argument ne peut être retenu.

132 Quatrièmement, force est de constater que le considérant 8 du règlement n° 1/2003 ne permet pas de soutenir que le Conseil de la concurrence est en l'espèce mieux placé que la Commission pour examiner les présomptions en cause. Ce considérant se limite en effet à exposer les principes devant régir les applications concurrentes des législations nationales et de la réglementation communautaire relatives au droit de la concurrence, sans traiter de la question de l'identification d'une autorité de concurrence qui serait mieux placée qu'une autre pour examiner une affaire. Il n'est donc pas pertinent pour le cas d'espèce.

133 Au vu de ce qui précède, la Commission n'a, en adoptant la décision attaquée, violé aucune des dispositions invoquées par la requérante dont résulterait son devoir de coopération loyale avec les autorités nationales de concurrence. Il s'ensuit qu'aucun des arguments avancés par la requérante au soutien de son deuxième moyen ne peut être accueilli et que, partant, ce moyen doit être rejeté comme non fondé.

Sur le troisième moyen, tiré de la violation du principe de proportionnalité

Arguments des parties

- 134 La requérante fait valoir que, selon la jurisprudence, en vertu du principe de proportionnalité, les actes des institutions communautaires ne doivent pas dépasser les limites de ce qui est approprié ou nécessaire pour atteindre le but recherché, étant entendu que lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante.
- 135 De manière générale, la requérante fait valoir que le défaut de motivation exposé dans le cadre du premier moyen rend le contrôle de proportionnalité impossible. En toute hypothèse, l'inspection en cause ne serait pas un moyen adéquat et raisonnable pour permettre à la Commission de vérifier ses présomptions, ce qui devrait entraîner l'annulation de la décision attaquée.
- 136 En premier lieu, elle serait manifestement disproportionnée au regard du contexte de l'espèce. Tout d'abord, il résulterait de la décision attaquée que les doutes exprimés par la Commission à propos de la baisse des tarifs de l'option 5 intervenue en janvier 2004 ne justifiaient pas une inspection à l'encontre de la requérante dans le but d'obtenir des informations sur cette baisse de tarif. Ensuite, la Commission aurait obtenu de nombreuses informations de la part de la requérante dans le cadre de la procédure ayant abouti à la décision du 16 juillet 2003 sans avoir eu à inspecter ses locaux. L'article 3 de cette décision lui aurait également permis de vérifier les prix de Wanadoo. L'inspection n'aurait donc pas été une mesure absolument nécessaire pour obtenir des informations sur de prétendues pratiques de prix de vente inéquitables. Enfin, la procédure devant le Conseil de la concurrence et la décision du Conseil de la concurrence auraient imposé à la Commission de ne pas procéder à une inspection et de recourir, le cas échéant, à des mesures moins contraignantes.

137 En deuxième lieu, l'inspection serait manifestement disproportionnée au regard de l'absence d'élément attestant de l'existence d'un risque réel de destruction ou de dissimulation de preuve. La requérante aurait d'ailleurs, par le passé, loyalement coopéré avec la Commission. Le document saisi par la Commission, et qui confirmerait la pertinence de ses soupçons relatifs à la dissimulation, ne serait pas concluant. De surcroît, les informations relatives aux prix figureraient sur des documents qu'une société cotée et contrôlée ne pourrait pas faire disparaître sans commettre de sérieuses irrégularités comptables et sociétaires.

138 En troisième lieu, le recours à une procédure de vérification en demandant l'assistance de la force publique de manière préventive serait encore plus disproportionné du fait que l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003 ne prévoirait l'assistance des États membres aux agents mandatés par la Commission que dans l'hypothèse où une entreprise s'oppose à l'inspection. Bien que le paragraphe 7 de cet article autorise que l'assistance soit demandée à titre préventif, la Cour aurait précisé que celle-ci ne saurait être sollicitée que dans la mesure où il existe des raisons de craindre une opposition à la vérification et que la Commission doit fournir des explications sur ce point à la juridiction nationale saisie. Cela ne serait pas le cas en l'espèce.

139 La Commission fait valoir que le présent moyen n'est pas fondé. En premier lieu, le Conseil de la concurrence ayant recueilli des informations prévisionnelles et en partie estimées peu réalistes par celui-ci, on ne saurait reprocher à la Commission d'avoir considéré qu'elle ne pouvait être certaine d'obtenir des informations exactes autrement qu'en ayant recours à une inspection. La décision du Conseil de la concurrence n'écarterait pas non plus les soupçons d'infraction ni n'indiquerait en quoi une inspection serait disproportionnée. De plus, le Conseil de la concurrence, contrairement à la Commission, n'aurait pas disposé d'éléments concernant une éventuelle intention d'éviction ou de prédation et il serait illusoire de prétendre qu'une entreprise les communiquerait volontairement.

- 140 Par ailleurs, le fait d'avoir demandé ou obtenu des renseignements par le biais d'une demande de renseignements au titre de l'article 11 du règlement n° 17 au cours d'une procédure ouverte en 2001 ne saurait diminuer les pouvoirs d'enquête de la Commission au titre de l'article 20 du règlement n° 1/2003 en 2004.
- 141 Enfin, les soupçons de la Commission ne portant pas sur les tarifs de l'option 5 de la requérante, il n'y aurait pas eu lieu de justifier le caractère proportionné de l'inspection à leur égard.
- 142 En deuxième lieu, la Commission souligne que le douzième considérant de la décision attaquée détaille les raisons pour lesquelles elle considérait qu'il existait des risques de destruction d'éléments utiles.
- 143 De plus, une entreprise pourrait coopérer lorsqu'il s'agit de répondre à des demandes de renseignements sans que cela exclue son intention de dissimuler des éléments utiles pour l'enquête de la Commission. Les risques objectifs encourus seraient, selon l'expérience de la Commission, considérables dans un cas comme celui de l'espèce, ainsi que les éléments découverts lors de l'inspection l'illustreraient. Le fait que certains documents comptables puissent difficilement être détruits ne serait pas pertinent, ce type de document n'étant pas le seul recherché en l'espèce.

144 Il ressortirait ainsi des circonstances et de la nature des éléments recherchés que l'inspection était le moyen d'enquête qui offrait le plus de probabilités d'obtenir des éléments pouvant prouver une intention d'éviction.

145 En troisième lieu, la prétendue absence de motif suffisant pour demander au juge des libertés la possibilité de mettre en œuvre des mesures coercitives serait sans pertinence pour apprécier la légalité de la décision attaquée.

Appréciation du Tribunal

146 À titre liminaire, il convient de rejeter l'argument général formulé par la requérante selon lequel le défaut de motivation de la décision attaquée rendrait le contrôle de proportionnalité de la décision attaquée impossible. En effet, il a été constaté ci-dessus que la Commission n'a pas manqué à son obligation de motivation. Quant au principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, il exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (arrêts de la Cour du 13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13, et du 14 juillet 2005, *Pays-Bas/Commission*, C-180/00, Rec. p. I-6603, point 103).

147 Dans le domaine concerné par le cas d'espèce, le respect du principe de proportionnalité suppose que l'inspection envisagée n'engendre pas d'inconvénients démesurés et intolérables par rapport aux buts poursuivis par l'inspection en cause (voir, à propos du règlement n° 17, arrêt Roquette Frères, point 37 supra, point 76). Cependant, le choix à opérer par la Commission entre l'inspection effectuée sur simple mandat et l'inspection ordonnée par voie de décision ne dépend pas de circonstances telles que la gravité particulière de la situation, l'extrême urgence ou la nécessité d'une discrétion absolue, mais des nécessités d'une instruction adéquate, eu égard aux particularités de l'espèce. Partant, lorsqu'une décision d'inspection vise uniquement à permettre à la Commission de réunir les éléments nécessaires pour apprécier l'existence éventuelle d'une violation du traité, une telle décision ne méconnaît pas le principe de proportionnalité (voir, à propos du règlement n° 17, arrêts National Panasonic/Commission, point 52 supra, points 28 à 30, et Roquette Frères, point 37 supra, point 77).

148 C'est à la Commission qu'il appartient, en principe, d'apprécier si un renseignement est nécessaire en vue de pouvoir déceler une infraction aux règles de concurrence, et, même si elle dispose déjà d'indices, voire d'éléments de preuve relatifs à l'existence d'une infraction, la Commission peut légitimement estimer nécessaire d'ordonner des vérifications supplémentaires lui permettant de mieux cerner l'infraction ou sa durée (voir, à propos du règlement n° 17, arrêts de la Cour du 18 octobre 1989, Orkem/Commission, 374/87, Rec. p. 3283, point 15, et Roquette Frères, point 37 supra, point 78).

149 Par ailleurs, les articles 18 et 20 du règlement n° 1/2003, relatifs respectivement aux demandes de renseignements et aux pouvoirs de la Commission en matière d'inspection, instituent deux procédures, possédant chacune son autonomie, et le fait qu'une vérification au titre de l'un de ces articles ait déjà eu lieu ne saurait en rien diminuer les pouvoirs d'enquête dont la Commission dispose au titre de l'autre article (voir, à propos des articles 11 et 14 du règlement n° 17, arrêt Orkem/Commission, point 148 supra, point 14).

150 En l'espèce, premièrement, la décision attaquée vise à recueillir des informations relatives aux pratiques tarifaires qui seraient mises en œuvre par Wanadoo afin d'apprécier l'existence éventuelle d'une violation du traité CE et, à ce titre, soumet la requérante à l'inspection ordonnée, notamment, car la Commission soupçonne que certains éléments pertinents pour l'établissement de ces pratiques pourraient se trouver dans les locaux de la requérante. Certes, aux termes de la décision attaquée, la Commission détient déjà certaines informations. Cependant, elle était, en vertu de la jurisprudence, en droit de chercher à recueillir des informations supplémentaires afin d'établir l'existence de l'infraction soupçonnée. En outre, les éléments recherchés en l'espèce incluaient également des informations relatives à une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents qui pourraient avoir été communiquées à la requérante, société mère de l'entreprise soupçonnée de l'infraction en cause, et dont il est difficile de concevoir qu'elles auraient pu, le cas échéant, entrer en possession de la Commission autrement que par le biais d'une inspection. Deuxièmement, considérant que les informations recherchées comprenaient des éléments tendant à révéler une éventuelle intention d'éviction des concurrents et à déterminer si la requérante avait pu être informée de celle-ci, il était approprié, aux fins d'une instruction adéquate de l'affaire, d'ordonner l'inspection par voie de décision afin d'en garantir l'efficacité. Troisièmement, l'inspection ordonnée par la décision attaquée a été limitée aux locaux de l'entreprise, alors que le règlement n° 1/2003 permet désormais, sous certaines conditions, d'inspecter des locaux autres, y compris le domicile de certains membres du personnel de l'entreprise concernée. Au vu de ces éléments, il n'apparaît pas que la Commission a, dans la présente affaire, agi de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi et a de ce fait méconnu le principe de proportionnalité, le recours à l'inspection ordonnée par voie de décision étant adéquat au regard des particularités de l'espèce.

151 Les arguments avancés par la requérante n'infirmant pas cette conclusion.

152 En premier lieu, l'inspection ordonnée n'apparaît pas disproportionnée au regard de son contexte. Premièrement, aucun doute sur la légalité des tarifs de l'option 5 n'ayant été exprimé par la Commission dans la décision attaquée, et la décision attaquée n'ayant pas été adoptée afin de vérifier la légalité de ceux-ci, la décision attaquée ne peut pas être disproportionnée sur ce point.

153 Deuxièmement, le fait que la Commission ait obtenu, au cours de la procédure ayant donnée lieu à la décision du 16 juillet 2003, des informations de la part de la requérante par le biais d'autres moyens qu'une inspection n'est pas non plus pertinent, dès lors que, comme il résulte de l'analyse ci-dessus, le choix de recourir à l'inspection n'était pas disproportionné. De plus, la Commission ne peut être considérée liée par une méthode de récolte de preuves qu'elle aurait adoptée à l'égard d'une entreprise donnée dans une procédure antérieure. En outre, au moins certains des éléments recherchés, tels que ceux relatifs à une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents, potentiellement révélateurs d'une intention de commettre une infraction et qui pourraient se trouver dans les locaux de la requérante, n'auraient certainement pas été volontairement communiqués à la Commission.

154 Troisièmement, les injonctions contenues dans la décision du 16 juillet 2003 ne permettraient pas non plus de recueillir l'ensemble des informations recherchées par la Commission lors de l'inspection.

155 Quatrièmement, la décision du Conseil de la concurrence indique que certains éléments de coûts communiqués par Wanadoo dans le cadre de la plainte dont il était saisi paraissaient peu fiables et ne se prononce pas sur la place que la requérante aurait éventuellement occupée dans l'infraction dont sa filiale est soupçonnée.

156 Il ne peut donc en être déduit que la décision de recourir à une inspection était disproportionnée. À cet égard, le Tribunal rappelle également que, déjà dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du 16 juillet 2003, la stratégie de groupe de la requérante avait été analysée et retenue comme un élément de contexte pertinent à l'établissement de l'infraction commise par sa filiale Wanadoo et que cette décision se réfère, dans le cadre de son analyse, à plusieurs documents émanant de la requérante ou présentés à cette dernière. Dès lors, l'argument de la requérante selon lequel la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence aurait imposé à la Commission de ne pas recourir à une inspection doit également être rejeté.

157 En deuxième lieu, l'argument relatif à l'absence d'élément attestant de l'existence d'un risque réel de destruction ou de dissimulation de preuve, notamment du fait que la requérante aurait par le passé coopéré loyalement avec la Commission, n'est pas concluant. D'une part, il ne s'agit pas de la seule raison ayant motivé la décision de la Commission de procéder à l'inspection, la raison essentielle étant la recherche d'éléments qui pourraient notamment révéler une stratégie de cantonnement et de refoulement des concurrents, qui pourraient être en possession tant de la requérante que de sa filiale et qui, comme il a été déjà souligné, sont généralement sujets à dissimulation ou exposés à un risque de destruction en cas d'enquête. D'autre part, le fait que la requérante soit une société cotée et soumise à des règles comptables et financières strictes n'est pas pertinent. Même à supposer que les éléments relatifs aux prix des différents services mentionnés dans la décision attaquée, y compris ceux de la requérante, aient été recherchés, il n'en reste pas moins que, aux termes de l'article 1^{er} de la décision attaquée, des éléments qui seraient révélateurs d'une intention d'éviction des concurrents étaient aussi recherchés. Or, de tels éléments ne figurent pas parmi ceux devant être conservés à des fins comptables et financières.

- 158 En troisième lieu, le fait que le concours de la force publique ait été demandé à titre préventif est également sans influence sur la proportionnalité de la décision attaquée, pour le moins, car, comme cela a déjà été mentionné au point 126 ci-dessus, la légalité d'une décision ne peut être appréciée qu'en fonction des éléments de droit et de fait qui existaient à la date à laquelle cet acte a été adopté et il est constant que l'autorisation de recourir à la force publique n'a été sollicitée que postérieurement à l'adoption de la décision attaquée.
- 159 Il résulte de ce qui précède que la violation alléguée du principe de proportionnalité n'est pas établie et que, partant, le troisième moyen doit être rejeté.

Sur le quatrième moyen, tiré de l'illégalité de la décision attaquée en ce qu'elle procéderait d'une décision préalable qui violerait le règlement n° 1/2003, la Communication et le principe de bonne administration de la justice

- 160 Considérant que ce moyen a été soulevé pour la première fois dans la réplique, il y a lieu tout d'abord d'examiner sa recevabilité.

Arguments des parties

- 161 La requérante fait valoir que la Commission aurait, dans son mémoire en défense, révélé un élément nouveau. Ainsi, lors des contacts entre la Commission et les fonctionnaires du Conseil de la concurrence, l'inspection se serait avérée nécessaire.

Ces contacts auraient conduit à considérer opportun que la Commission traite l'affaire au fond. La décision attaquée procéderait donc directement de ces échanges avec les autorités françaises de concurrence. En leur absence, l'inspection n'aurait en effet pas été ordonnée.

162 Bien que la requérante ait eu connaissance de la procédure devant le Conseil de la concurrence, elle aurait ignoré que l'inspection procédait de la décision de la Commission de traiter l'affaire au fond. Cela constituerait un élément de droit et de fait révélé au cours de la procédure au sens de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure et susceptible, à ce titre, de justifier la production d'un moyen nouveau en cours d'instance.

163 La Commission rétorque que ce moyen est irrecevable, aucun élément de droit ou de fait n'ayant été révélé à la requérante par le mémoire en défense. Tout d'abord, étant donné, d'une part, la présence, lors de l'inspection, de représentants de l'autorité française de concurrence et, d'autre part, les termes de l'article 20, paragraphe 4, et de l'article 11 du règlement n° 1/2003, il serait difficile de croire que c'est en cours d'instance que la requérante a appris l'existence de contacts entre les autorités françaises de concurrence et la Commission antérieurement à l'inspection. Ensuite, l'organisation d'une inspection ne signifierait pas que la Commission a effectivement la volonté de traiter l'affaire au fond. En tout état de cause, l'existence d'une enquête de la Commission quant au fond de l'affaire ne saurait constituer un fait nouveau. En effet, la Commission aurait en l'espèce seulement décidé d'engager une mesure d'enquête. Enfin, l'interprétation de la requérante, selon laquelle la décision attaquée procéderait des échanges entre la Commission et les autorités françaises de concurrence en l'absence desquels l'inspection ne serait pas intervenue, serait contestable étant donné que le mémoire en défense ne contiendrait pas une telle affirmation.

Appréciation du Tribunal

¹⁶⁴ Il ressort des dispositions combinées de l'article 44, paragraphe 1, sous c), et de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure que la requête introductive d'instance doit indiquer l'objet du litige et contenir un exposé sommaire des moyens invoqués et que la production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure. Or, le fait pour un requérant d'avoir pris connaissance d'une donnée factuelle pendant la procédure devant le Tribunal ne signifie pas que cette donnée constitue un élément de fait qui s'est révélé pendant la procédure. Il faut encore que ce requérant n'ait pas été en mesure d'avoir connaissance de cette donnée antérieurement (arrêt du Tribunal du 6 juillet 2000, AICS/Parlement, T-139/99, Rec. p. II-2849, points 59 et 62).

¹⁶⁵ En l'espèce, la requérante fait valoir, en substance, que l'élément ayant déclenché la décision attaquée a été une décision préalable de la Commission de traiter l'affaire au fond et que l'existence de cette dernière lui a été révélée dans le mémoire en défense de la Commission. Cette prétendue décision préalable constituerait ainsi un élément de fait et de droit nouveau, révélé au cours de la procédure, justifiant la présentation du présent moyen pour la première fois au stade de la réplique, moyen selon lequel la décision attaquée serait illégale, car elle procéderait d'une décision préalable de la Commission qui serait elle-même illégale, puisqu'elle aurait été adoptée en violation du règlement n° 1/2003, de la Communication et du principe de bonne administration de la justice.

¹⁶⁶ À cet égard, il faut relever que, certes, la Commission indique expressément dans son mémoire en défense que «la décision de la Commission de procéder à une inspection et de traiter elle-même l'affaire au fond a, contrairement à ce que prétend

la requérante [...], fait l'objet d'une concertation étroite avec les autorités françaises, dans l'esprit de l'article 11, paragraphe [1], du règlement n° 1/2003». Cependant, la Commission affirme, par ailleurs, également dans son mémoire en défense, que c'est au cours de contacts téléphoniques et d'une réunion entre la Commission et le rapporteur du Conseil de la concurrence qu'il s'est avéré qu'une inspection serait nécessaire afin de recueillir, notamment, d'éventuelles preuves permettant d'établir la prédation et que des contacts entre les fonctionnaires du Conseil de la concurrence et ceux de la Commission ont conduit à considérer opportun que le Conseil de la concurrence se prononce sur les mesures conservatoires et que la Commission traite l'affaire au fond, compte tenu notamment de la décision du 16 juillet 2003. Or, prise dans son contexte, l'affirmation de la Commission que la requérante considère comme révélant un fait nouveau relève plutôt de considérations générales relatives à l'opportunité de procéder à une inspection et ensuite, logiquement, d'enquêter sur la base des éléments qui seraient recueillis lors de cette inspection. Ainsi, la décision attaquée révèle en elle-même la décision qu'avait prise la Commission de se pencher sur le fond de l'affaire, une mesure d'enquête telle que l'inspection en cause constituant justement le point de départ d'un tel «traitement au fond d'une affaire».

167 Le terme de «décision» utilisé dans le mémoire en défense est certes maladroit, mais il ne permet pas à lui seul de considérer qu'il y a réellement là révélation d'un élément de fait et de droit nouveau que la requérante n'était pas en mesure de connaître avant. Or, la requérante n'avance aucun autre élément. En outre, à supposer même qu'il y ait effectivement eu une telle décision de la Commission, la décision attaquée était en toute hypothèse la traduction de celle-ci, une mesure d'enquête étant par définition une étape préliminaire, mais nécessaire, à une analyse au fond. La requérante ne peut donc être considérée comme n'ayant pas été en mesure d'en avoir eu connaissance antérieurement au mémoire en défense de la Commission, d'autant plus que, compte tenu des termes de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, elle ne pouvait ignorer l'existence de contacts entre la

Commission et les autorités françaises de concurrence antérieurement à l'adoption de la décision attaquée. Cela vaut a fortiori au moment de l'introduction du recours, la décision attaquée indiquant expressément que la Commission a entendu l'autorité compétente de l'État membre intéressé conformément à l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 et une annexe de la requête établissant que la requérante avait déjà, au moment de l'inspection, eu connaissance de la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence.

168 La prétendue décision invoquée par la requérante et qui a été révélée selon elle dans le mémoire en défense de la Commission se confond donc en réalité avec la décision attaquée. Il s'ensuit qu'aucun élément de droit et de fait nouveau ne lui a été révélé par le mémoire en défense. La requérante était d'ailleurs tout à fait à même d'invoquer les violations soulevées dans le cadre du présent moyen dans sa requête.

169 Il résulte de ces éléments que le présent moyen doit être rejeté comme étant irrecevable, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur son bien-fondé et, au vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de rejeter le recours dans son intégralité.

Sur les dépens

170 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La requérante ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, conformément aux conclusions de la Commission.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête:

- 1) Le recours est rejeté.**

- 2) La requérante est condamnée aux dépens.**

Legal

Wiszniewska-Białecka

Moavero Milanesi

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 8 mars 2007.

Le greffier

Le président

E. Coulon

H. Legal