

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)
3 april 2003 *

In zaak T-342/00,

Petrolessance SA, gevestigd te Nancy (Frankrijk),

Société de gestion de restauration routière SA (SG2R), gevestigd te Nancy,

beide vertegenwoordigd door F. Puel en M. Troncoso Ferrer, advocaten,
domicilie gekozen hebben te Luxemburg,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Mölls,
F. Siredey-Garnier en F. Lelièvre als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende
te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

ondersteund door

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues en F. Million als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniente,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 13 september 2000 houdende afwijzing van het voorstel van TotalFina Elf betreffende de goedkeuring van verzoeksters als overnemers van zes tankstations langs autowegen,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. D. Cooke, kamerpresident, R. García-Valdecasas en P. Lindh, rechters,

griffier: B. Pastor, adjunct-griffier,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 april 2002,

II - 1164

het navolgende

Arrest

De aan het geding ten grondslag liggende feiten

1 Petrolescence SA, opgericht in 1922, was tot het eind van de jaren 80 distributeur en importeur van aardolieproducten in Lotharingen en de Parijse regio. In het begin van de jaren 70 heeft Petrolescence haar activiteiten inzake tankstations gediversifieerd en is zij horecadiensten gaan aanbieden. In 1980 heeft zij een in het beheer van restaurants gespecialiseerde dochteronderneming opgericht, de Société de gestion de restauration routière SA (SG2R), waarvan de vestigingen worden geëxploiteerd onder de naam „Le Mirabellier”. In 1987 heeft Petrolescence haar aardolieactiviteiten afgesloten.

2 Op 24 augustus 1999 werd bij de Commissie een concentratievoornemen aangemeld waarbij de onderneming TotalFina, een naamloze vennootschap naar Frans recht die haar activiteiten uitoefent op de gebieden van de aardolie- en gasproductie, de raffinage, de distributie van aardolieproducten, de petrochemie en de fijnchemie, door een op 5 juli 1999 aangekondigd openbaar overnamebod de zeggenschap zou verkrijgen over de gehele onderneming Elf Aquitaine, een naamloze vennootschap naar Frans recht die haar activiteiten uitoefent op de gebieden van de aardolie- en gasproductie, de raffinage, de distributie van aardolieproducten, de petrochemie en de fijnchemie in de gezondheidszorgsector. Beide vennootschappen oefenen hun activiteiten uit op mondiaal niveau.

- 3 Bij beschikking 2001/402/EG van 9 februari 2000 (zaak COMP/M.1628 — TotalFina/Elf) (PB L 143, blz. 1; hierna: „beschikking van 9 februari 2000”), met name gegeven krachtens artikel 8, lid 2, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1990, L 257, blz. 13), verklaarde de Commissie de aangemelde concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de goede werking van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, op voorwaarde dat bepaalde door de aanmelders aangeboden en in de bijlage bij die beschikking opgenomen verbintenissen (hierna: „verbintenissen”) ten volle zouden worden nagekomen (zie met name artikel 1 van de beschikking van 9 februari 2000).
- 4 In de beschikking van 9 februari 2000 wees de Commissie verschillende relevante markten aan, waaronder die van de verkoop van brandstoffen langs de Franse autowegen. Met betrekking tot die markt, de enige die thans aan de orde is, stelde zij vast dat er een afzonderlijke vraag bestaat naar brandstof langs autowegen, waarvan de kenmerken verschillen van die van de vraag buiten de autowegen, en dat het aanbod van brandstoffen langs autowegen niet wordt beïnvloed door het aanbod van brandstoffen buiten autowegen. Zij stelde dat de aanhoudende grote prijsverschillen tussen de brandstoffen naargelang zij wel dan niet langs de autoweg worden verkocht, deze vaststelling bevestigden en dat de markt van de verkoop van brandstoffen langs de autowegen een afzonderlijke markt vormde (zie met name punt 176). De huidige concurrentiesituatie op deze markt zou gelijken op een situatie waarin TotalFina alleen of gezamenlijk een machtspositie inneemt en waarin deze onderneming marktleider is (punt 216).
- 5 In de beschikking van 9 februari 2000 stelde de Commissie vast dat de betrokken concentratie zou leiden tot het ontstaan van een machtspositie op de markt van de brandstoffenverkoop langs de Franse autowegen, en dat TotalFina Elf na de concentratie een sterke neiging zou vertonen om haar prijzen te verhogen en/of de kwaliteit van haar diensten te verminderen (punten 220 en 221 van de beschikking van 9 februari 2000). De verbintenissen strekten ertoe de door de Commissie geïdentificeerde mededingingsproblemen weg te nemen.
- 6 Volgens punt 1 van de verbintenissen diende TotalFina activa te verkopen om een daadwerkelijke mededinging te handhaven op de markten waarop de concen-

tratie betrekking had. Zij moest met name binnen een bepaalde termijn 70 tankstations van de merken Elf, Total en Fina langs de autowegen overdragen (zie punt 36 van de verbintenissen).

7 De overnemers van de tankstations moesten door de Commissie worden goedgekeurd en dienden daartoe te voldoen aan de in punt 1 van de verbintenissen genoemde voorwaarden. De in casu relevante voorwaarden luiden als volgt:

„b) de verkrijger(s) moet(en) (een) levensvatbare marktdeelnemer(s) zijn die potentieel of daadwerkelijk op de relevante markten aanwezig is (zijn) en die in staat is (zijn) een effectieve concurrentie uit te blijven oefenen of te gaan uitoefenen”.

8 Punt 2 van de verbintenissen bepaalt:

„De aanmeldende partij verstrekt de Commissie zo spoedig mogelijk:

a) het ontwerp-informatiedocument (de ontwerp-informatiedocumenten) betreffende de overdracht van elke categorie activa (depots voor geraffineerde producten, participaties in pijplijnen, tankstations langs autosnelwegen en activa in de sector LPG) dat (die) bestemd is (zijn) voor potentiële verkrijgers;

b) de lijst van potentiële verkrijgers die de aanmeldende partij voornemens is te benaderen.

Indien de Commissie binnen een termijn van vijf (5) werkdagen na de datum van indiening van deze documenten zich niet over de documenten heeft uitgesproken, moeten zij als goedgekeurd door de Commissie worden beschouwd.”

9 Punt 4 luidt:

„De keuze van de verkrijger(s) is onderworpen aan de goedkeuring van de Commissie. Het verzoek om goedkeuring van een verkrijger gaat vergezeld van de noodzakelijke informatie om de Commissie in staat te stellen na te gaan of de verkrijger aan de in punt 1 genoemde voorwaarden voldoet. De Commissie stelt de aanmeldende partij binnen tien (10) werkdagen na de ontvangst van het verzoek om goedkeuring in kennis van de goedkeuring of afkeuring van de voorgestelde verkrijger. Indien de Commissie niet binnen deze termijn van tien (10) dagen reageert, zal dit worden aangemerkt als een uitzonderlijke omstandigheid in de zin van onderstaand punt 6.”

10 Punt 5 van de verbintenissen luidt:

„De aanmeldende partij verbindt zich ertoe binnen een termijn van [...] na ontvangst van de beschikking tot goedkeuring van de concentratie op grond van artikel 8, lid 2, van [verordening nr. 4064/89] (hierna: ‚de eerste termijn’) onherroepelijke overeenkomsten te sluiten voor overdracht van de activa. De daadwerkelijke overdracht van de activa vindt plaats binnen een termijn van [...] na het sluiten van de overeenkomst tot overdracht (hierna: ‚de tweede termijn’).”

11 Punt 6 van de verbintenissen luidt:

„Indien uitzonderlijke omstandigheden verhinderen dat de overeenkomst tot overdracht gesloten wordt of de daadwerkelijke overdracht plaatsvindt binnen respectievelijk de eerste en de tweede termijn, kan de Commissie naar eigen inzicht een verlenging van deze termijn toekennen op een voldoende gemotiveerd verzoek van de aanmeldende partij.”

12 De inhoud en de bijzondere bepalingen voor de tenuitvoerlegging van de verbintenissen betreffende de markt voor de verkoop van brandstoffen langs autosnelwegen staan in de punten 36 en 37 van de verbintenissen. Punt 37, sub c, bepaalt: „Om het onmiddellijke herstel van een daadwerkelijke en duurzame mededinging mogelijk te maken, verbindt de aanmeldende partij zich ertoe de kopers van alle of een deel van de tankstations voor te stellen het voor het administratieve, commerciële en boekhoudkundige beheer van de tankstations noodzakelijke personeel aan hen over te dragen. [...]” Punt 37, sub e, bepaalt met name: „De exploitanten die een bod wensen uit te brengen, moeten [...] bewijzen dat zij over rechtstreekse of indirecte ervaring beschikken met de exploitatie van een netwerk van tankstations.”

13 Overeenkomstig deze verbintenis verzocht TotalFina Elf de Commissie op 12 augustus 2000 om goedkeuring van de verkrijgers van alle 70 betrokken tankstations. Tot deze door TotalFina Elf voorgestelde verkrijgers behoorden, met betrekking tot zes benzinestations, verzoeksters onder hun handelsnaam. Voor de overname van 33 stations had zij ook de vennootschap Agip gekozen. Op 6 juli 2000 hadden verzoeksters in dat verband aan TotalFina Elf een bindend bod gedaan voor de overname van een bepaald aantal tankstations langs autowegen, waarin zij inzonderheid de naam en de prijs van de tankstations hadden vermeld waarop het bod betrekking had. Als bijlage deelden zij een ontwerp-protocol mee betreffende de verkoop langs de autowegen, waarin in punt 3.2 in herinnering werd gebracht dat TotalFina Elf krachtens de beschikking van 9 februari 2000 de Commissie om goedkeuring van de overnemers moest verzoeken en waarin in punt 3.3, sub b, was vermeld onder welke voorwaarden de verbintenissen van de partijen vervielen.

- 14 Op 29 augustus 2000 ontving de Commissie van TotalFina Elf de aanvullende informatie die zij noodzakelijk achtte om zich over het verzoek om goedkeuring te kunnen uitspreken.
- 15 In haar tot TotalFina Elf gerichte beschikking van 13 september 2000 (hierna: „bestreden beschikking”) oordeelde de Commissie dat verzoeksters niet voldeden aan een van de goedkeuringsvoorwaarden van punt 1, sub b, van de verbintenissen. Zij overwoog inzonderheid dat hun kandidaatschap, in het kader van de voorgestelde groep van verkrijgers, geen waarborg bood voor de handhaving en ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging, met name ten opzichte van TotalFina Elf (punt 32 van de bestreden beschikking).
- 16 Derhalve wees de Commissie het voorstel van TotalFina Elf met betrekking tot verzoeksters af, op grond van de volgende vaststelling in de punten 18 en 19 van de bestreden beschikking:

„Blijkens de door TotalFina Elf verstrekte informatie zal Le Mirabellier niet daadwerkelijk kunnen concurreren. Het project van deze marktdeelnemer berust in wezen op de mogelijkheid om synergieën te ontwikkelen tussen zijn huidige horeca-activiteiten en de verkoop van brandstoffen. De strategie die Le Mirabellier wil volgen, verschilt dus van die van de andere marktdeelnemers langs de autowegen.

Deze vennootschap zal evenwel grote obstakels moeten overwinnen om concurrentiële manoeuvreerruimte te hebben. Om te beginnen beschikt zij momenteel niet over restaurants in de stations die zij wil overnemen. De verwachte synergieën kunnen dus niet onmiddellijk worden verwezenlijkt. Verder gaat het om een nieuwkomer die geen recente ervaring heeft op de markt van de detailhandel in brandstoffen. Het staat niet vast dat de totale hoeveelheid brandstof die zal worden verkocht, Le Mirabellier een goede onderhandelingspositie zal geven tegenover de Franse raffinadeurs waarbij zij 70 % van haar

behoefden wil betrekken. In dat verband moet worden opgemerkt dat TotalFina Elf de belangrijkste raffinadeur is in de zone Noord-Frankrijk waar Le Mirabellier zich wil in planten. Bovendien zal het kleine aantal stations de logistieke en schaalvoordelen beperken die haar concurrenten wel hebben. Wil hij bij de consumenten geloofwaardig overkomen, dan zal deze marktdeelnemer van meet af aan een beleid van lokprijzen moeten voeren. Le Mirabellier zal dus niet in staat zijn om een effectieve concurrentie te blijven of te gaan uitoefenen, met name ten opzichte van TotalFina Elf. Deze onderneming voldoet dan ook niet aan het tweede criterium voor goedkeuring in punt 1, sub b, van de verbintenissen.”

- 17 In de bestreden beschikking verwierp de Commissie ook het voorstel van TotalFina Elf met betrekking tot Agip.
- 18 In punt 32 van de bestreden beschikking voegde de Commissie daaraan toe dat „bij gebreke van opmerkingen van TotalFina Elf binnen vijf werkdagen, haar voorstel betreffende [verzoeksters' kandidatuur] dus afgewezen is”. Zij preciseerde dat zij zich slechts definitief over de andere kandidaten kon uitspreken in het kader van een nieuw globaal voorstel.
- 19 Nadat verzoeksters kennis hadden genomen van de passages van de bestreden beschikking die op hen betrekking hadden, deden zij de Commissie bij brief van 20 september 2000 aanvullende informatie toekomen.
- 20 Op 20 oktober 2000 legde TotalFina Elf de Commissie een nieuwe groep van potentiële verkrijgers, waartoe Agip wel, maar verzoeksters niet behoorden, ter goedkeuring voor. De Commissie heeft op 7 november 2000 goedkeuring aan deze verkrijgers verleend (hierna: „beschikking van 7 november 2000”).

Procesverloop

- 21 Bij op 13 november 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.
- 22 Bij op dezelfde dag ter griffie neergelegde afzonderlijke akte hebben verzoeksters een verzoek in kort geding ingediend, strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking voorzover daarin het voorstel van TotalFina Elf tot goedkeuring van verzoeksters als verkrijgers van zes tankstations langs autowegen wordt afgewezen, en tot het geven van een bevel aan de Commissie, TotalFina Elf opdracht te geven, de uitvoering van de verbintenis opgenomen in punt 36 van de verbintenissen op te schorten met betrekking tot de zes in geding zijnde tankstations.
- 23 Bij beschikking van 17 januari 2001 van de president van het Gerecht is het verzoek in kort geding afgewezen en is de beslissing omtrent de kosten aangehouden.
- 24 Bij akte, neergelegd ter griffie op 1 februari 2001, heeft de Franse Republiek verzocht om toelating tot interventie in deze zaak ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.
- 25 Bij beschikking van 5 maart 2001 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht dit verzoek toegewezen.
- 26 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

- 27 Partijen zijn in hun pleidooien en antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 11 april 2002.

Conclusies van partijen

- 28 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

- het beroep ontvankelijk te verklaren;

- de bestreden beschikking nietig te verklaren voorzover daarin is vastgesteld dat zij niet voldoen aan de voorwaarden bedoeld in punt 1, sub b, van de verbintenissen, en hun aanbod tot overname van zes tankstations is afgewezen;

- de Commissie te verwijzen in de kosten.

- 29 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- primair, het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

- subsidiair, het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

30 De Franse Republiek concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

De ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

31 De Commissie stelt dat het beroep niet-ontvankelijk is omdat verzoeksters geen procesbelang hebben. Er kan onmogelijk een oorzakelijk verband worden aangetoond tussen de bestreden beschikking en het feit dat verzoeksters niet zijn betrokken bij de commerciële onderhandelingen die TotalFina Elf daarna heeft gevoerd. Zij betwist echter niet dat verzoeksters door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel worden geraakt.

32 De Commissie meent dat de bestreden beschikking verzoeksters niet definitief als kandidaat-overnemers heeft uitgesloten, maar dat daarin enkel is vastgesteld dat de kandidaturen van Agip en verzoeksters niet pasten in het kader van het door

TotalFina Elf op 12 augustus 2000 voorgestelde „pakket” (zie met name punten 18 en 32 van de bestreden beschikking). Ondanks de bestreden beschikking had TotalFina Elf de kandidatuur van verzoeksters opnieuw kunnen aanvaarden in het kader van het nieuwe pakket waarover zij met de kandidaat-overnemers moest onderhandelen. Pas dan had de Commissie zich moeten uitspreken over de kandidaturen die in het kader van het nieuwe pakket waren aanvaard. Agip, die net als verzoeksters was afgewezen in het kader van het oorspronkelijke pakket van 12 augustus 2000, is door TotalFina Elf opnieuw voorgesteld en is door de Commissie in het kader van het tweede pakket aanvaard.

- 33 De Commissie meent dat uit de tot haar gerichte brief van verzoeksters van 20 september 2000 (zie punt 19 van dit arrest) ook blijkt dat zij zich er zeer wel van bewust waren dat hun kandidatuur opnieuw kon worden onderzocht en zelfs kon worden goedgekeurd. Zij wijst erop, dat zij in de laatste alinea van hun brief stellen:

„Wij hopen dat deze informatie u in staat zal stellen onze capaciteit om effectief en duurzaam te concurreren beter in te schatten.”

- 34 Verzoeksters stellen dat het beroep ontvankelijk is en dat de bestreden beschikking een definitieve handeling is met bindende gevolgen die hun belangen kunnen aantasten. Zij wijzen erop dat de Commissie in punt 32 van de bestreden beschikking heeft gesteld dat „bij gebreke van opmerkingen van TotalFina Elf binnen vijf werkdagen, haar voorstel betreffende [verzoeksters] dus afgewezen is”. Uit voorzorg hebben verzoeksters de Commissie op 20 september 2000 een brief gezonden waarin zij elk punt van kritiek in de bestreden beschikking hebben weerlegd. Ondanks die opmerkingen heeft de Commissie haar besluit om verzoeksters te weigeren, gehandhaafd, welk besluit op 20 september 2000 definitief is geworden.

- 35 Verzoeksters menen dat zij in casu procesbelang hebben daar zij ten gevolge van de bestreden beschikking niet de tankstations kunnen overnemen die TotalFina

Elf bereid was aan hen te verkopen. Bovendien verkleint de bestreden beschikking in aanzienlijke mate hun kansen in de aanbestedingen die na 2005 zullen worden gehouden voor de vernieuwing van concessies voor servicestations langs de autowegen.

Beoordeling door het Gerecht

- 36 Met het onderhavige beroep beogen verzoeksters de nietigverklaring van de beschikking vervat in de brief van 13 september 2000 van de Commissie aan TotalFina Elf, waarbij deze laatste in kennis is gesteld van de afwijzing van haar voorstel van 12 augustus 2000 betreffende de goedkeuring van de overnemers van tankstations langs de autowegen in Frankrijk, waaronder verzoeksters.
- 37 Volgens vaste rechtspraak zijn als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 230 EG te beschouwen, maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen die de belangen van de verzoeker aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen (arrest Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9, en arrest Gerecht van 29 januari 2002, Van Parys en Pacific Fruit Company/Commissie, T-160/98, Jurispr. blz. II-233, punt 60). Om uit te maken of een handeling of besluit dergelijke gevolgen heeft, dient de inhoud ervan te worden onderzocht. De tekst van de bestreden beschikking moet worden uitgelegd in het licht van de feitelijke en juridische context waarin die beschikking is opgesteld en aan TotalFina Elf is meegedeeld.
- 38 Om uit te maken of dit beroep ontvankelijk is, moet er allereerst op worden gewezen dat de eerbiediging van alle aan de Commissie voorgestelde verbintenissen een voorwaarde was voor de verklaring dat de voorgenomen concentratie van TotalFina Elf verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt (zie artikel 1 van de beschikking van 9 februari 2000) en dat de keuze van de verkrijgers door

TotalFina Elf onderworpen was aan de goedkeuring van de Commissie (zie punt 4 van de verbintenissen). Dienaangaande blijkt met name uit de punten 18 en 19 van de bestreden beschikking dat verzoeksters niet in staat werden geacht op de relevante markt een effectieve concurrentie uit te oefenen en dat zij derhalve niet voldeden aan een van de in punt 1, sub b, van de verbintenissen gestelde voorwaarden. Volgens de bestreden beschikking kon TotalFina Elf de zes betrokken tankstations in dat stadium niet aan verzoeksters overdragen zonder de voorgenomen concentratie overeenkomstig de verbintenissen op de helling te zetten. De bestreden beschikking vormt dus een weigering van de Commissie om de kandidatuur van verzoeksters goed te keuren, waardoor hun rechtspositie aanmerkelijk wordt gewijzigd.

- 39 Verder kan de Commissie niet stellen dat haar afwijzing van verzoeksters' kandidatuur niet definitief was. In de bestreden beschikking heeft de Commissie met zoveel woorden gesteld dat bij gebreke van opmerkingen van TotalFina Elf binnen vijf werkdagen, de kandidatuur van verzoeksters zou zijn afgewezen (zie punt 32 van de bestreden beschikking en punt 18 van dit arrest). Geen andere handeling van de Commissie was vereist om haar afwijzing van verzoeksters' kandidatuur definitief te maken.
- 40 Uit het door TotalFina Elf opgestelde ontwerp-protocol betreffende de verkoop langs de autowegen, dat bij het bindend bod van verzoeksters van 6 juli 2000 was gevoegd, blijkt ook, dat zo de Commissie zes maanden na de ondertekening daarvan de betrokken overdracht niet zou hebben goedgekeurd, de verplichting van TotalFina Elf om te verkopen en de verplichting van verzoeksters om te kopen „door het enkele verstrijken van de termijn van rechtswege ophouden te bestaan, zonder dat enige formaliteit van welke aard ook vereist is, en zonder enige vergoeding of betaling van enig bedrag om welke reden dan ook”. Het is overduidelijk dat de door de Commissie in de bestreden beschikking uitgesproken reserves over de kandidatuur van verzoeksters het TotalFina Elf mogelijk hebben gemaakt of zelfs hebben gedwongen om af te zien van haar verplichting om de zes tankstations aan verzoeksters te verkopen. Dat TotalFina Elf in theorie verzoeksters in het kader van een nieuw pakket overnemers opnieuw kon voorstellen, is niet relevant, aangezien zij daar contractueel niet toe verplicht was en zij in werkelijkheid ook heeft beslist dat niet te doen.

- 41 De opmerkingen van de Commissie in de bestreden beschikking over verzoeksters' kandidatuur en haar weigering om de verkoop van de zes betrokken tankstations goed te keuren, hebben er dus toe geleid dat verzoeksters werden uitgesloten van de commerciële onderhandelingen die TotalFina Elf daarna heeft gevoerd. Zij hebben dan ook procesbelang.
- 42 Derhalve moet worden geconcludeerd dat het beroep ontvankelijk is.

Ten gronde

- 43 Tot staving van hun beroep voeren verzoeksters twee middelen aan: schending van punt 4 van de verbintenissen en schending van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 211 EG en artikel 2, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89.

Het eerste middel: schending van punt 4 van de verbintenissen

Argumenten van partijen

- 44 Verzoeksters stellen dat de bestreden beschikking nietig moet worden verklaard wegens schending van wezenlijke vormvoorschriften in de zin van artikel 230, lid 2, EG. Door deze beschikking vast te stellen op 13 september 2000, heeft de Commissie de in punt 4 van de verbintenissen gestelde termijn van tien werkdagen na de ontvangst van het verzoek om goedkeuring waarbinnen zij de

door TotalFina Elf voorgestelde verkrijgers moet goed- of afkeuren, overschreden. Verder menen zij dat bij gebreke van een afwijking van die termijn, zoals voorzien in punt 6 van de verbintenissen in geval van uitzonderlijke omstandigheden, en nu het verzoek om goedkeuring is ingediend op 12 augustus 2000, de Commissie zich uiterlijk op 28 augustus 2000 daarover had moeten uitspreken. Hoewel in punt 4 van de verbintenissen niets wordt gezegd over de gevolgen van die aan de Commissie te wijten tekortkoming, moet het resultaat daarvan worden geacht een impliciet besluit tot aanvaarding van de voorgestelde verkrijger(s) te zijn, een en ander naar analogie van punt 2 van de verbintenissen, waarin is voorzien dat indien de Commissie zich niet binnen een termijn van vijf werkdagen na de datum van indiening van bepaalde documenten daarover heeft uitgesproken, zij als door de Commissie goedgekeurd moeten worden beschouwd.

45 In repliek stellen verzoeksters dat de eerbiediging van een redelijke termijn door de Commissie voor de vaststelling van een beschikking na afloop van de administratieve procedures op het gebied van de mededinging een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt (arrest Hof van 18 maart 1997, Guérin automobiles/Commissie, C-282/95 P, Jurispr. blz. I-1503). De uitlegging van de verbintenissen door de Commissie schendt de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen. Zo aan de overschrijding van de in punt 4 van de verbintenissen gestelde termijn van tien dagen geen rechtsgevolgen zouden worden verbonden, zou de Commissie haar standpuntbepaling voor onbepaalde tijd kunnen verdagen (arrest Gerecht van 29 juni 1993, Asia Motor France e.a./Commissie, T-7/92, Jurispr. blz. II-669).

46 Verzoeksters menen dat het argument van de Franse Republiek, dat de termijn van tien dagen ingaat wanneer de Commissie over alle elementen beschikt die zij voor haar uitspraak nodig heeft, niet opgaat. De Commissie kan zich niet op een gebrek aan informatie baseren om het begin van de termijn vooruit te schuiven. In dat geval zou de Commissie namelijk discretionair tot verlenging van de termijn kunnen besluiten. Dat de termijn slechts een weinig is overschreden, kan het ontbreken van rechtsgevolgen niet rechtvaardigen.

- 47 De Commissie stelt dat het feit dat de gevolgen van het ontbreken van een uitspraak van harentwege binnen de termijn van vijf dagen zijn verduidelijkt in punt 2 van de verbintenissen, aantoonst dat het ontbreken van een dergelijke precisering in punt 4 van de verbintenissen geenszins kan betekenen dat zij de voorgestelde verkrijgers stilzwijgend aanvaardt. Verder meent zij dat een analogieredenering principieel niet kan worden aanvaard, nu het gaat om twee volstrekt van elkaar losstaande bepalingen die twee geheel verschillende situaties beheersen. Bovendien blijkt uit punt 3.2 van het bij verzoeksters' bindende bod van 6 juli 2000 gevoegde ontwerp-protocol betreffende de verkoop langs de autowegen, waarin zij hebben vastgesteld dat de Commissie de termijn van tien dagen „naar eigen goeddunken” kon verlengen, dat zij zich ervan bewust waren dat die termijn niet dwingend was en vooral geen rechtsgevolgen had met betrekking tot de aanvaarding of afwijzing van de voorstellen. Voorts stelt de Commissie dat de termijn van tien werkdagen vanaf 29 augustus 2000 met slechts één dag is overschreden, en dat zij dus met de vereiste spoed heeft gehandeld. De overschrijding van de termijn heeft dus geen invloed op de wettigheid van de bestreden beschikking.
- 48 De Franse Republiek meent dat verzoeksters zich vergissen met betrekking tot de vaststelling van het begin van de termijn van tien dagen, dat niet 12 augustus 2000 is, de datum waarop de eerste kandidatenlijst is voorgesteld, maar 29 augustus 2000, de datum waarop de Commissie van TotalFina Elf aanvullende informatie heeft ontvangen en over alle elementen beschikte die zij voor haar uitspraak nodig had [zie naar analogie arrest Hof van 15 februari 2001, Oostenrijk/Commissie, C-99/98, Jurispr. blz. I-1101, punt 56, en artikel 4 van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89, PB L 61, blz. 1]. Zij voegt daaraan toe dat onderzoek van de rechtspraak inzake de schending van wezenlijke vormvoorschriften uitwijst, dat enkel enigszins gewichtige schendingen de wettigheid van een beschikking van de Commissie kunnen aantasten (arresten Hof van 7 mei 1991, Interhotel/Commissie, C-291/89, Jurispr. blz. I-2257, punt 17, en 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a., C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punten 75 en 76). De Franse Republiek meent dan ook dat de marginale overschrijding van een termijn van tien dagen geen schending van een wezenlijk vormvoorschrift is dat tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kan leiden.

- 49 De Commissie acht verzoeksters' grief inzake schending van het beginsel van de redelijke termijn niet-ontvankelijk, daar het een nieuw middel is, dat voor het eerst in het stadium van repliek is voorgedragen (arrest Hof van 14 oktober 1999, Atlanta/Europese Gemeenschap, C-104/97 P, Jurispr. blz. I-6983). Uit de punten 4 en 6 van de verbintenissen blijkt hoe dan ook duidelijk, dat overschrijding van de termijn slechts als rechtsgevolg heeft de eventuele verlenging, naar goeddunken van de Commissie en op naar behoren gerechtvaardigd verzoek van de aanmelder, van de termijn voor het verwezenlijken van de verbintenissen. In casu blijft de termijn voor de verwezenlijking van de verbintenissen bij gebreke van enig verzoek van TotalFina Elf de termijn die aanvankelijk was gesteld in de beschikking van 9 februari 2000, en is er dus geen sprake van „verdaging voor onbepaalde tijd” van de verwezenlijking van de concentratie.

Beoordeling door het Gerecht

- 50 Het argument van verzoeksters dat de overschrijding van de in punt 4 van de verbintenissen gestelde antwoordtermijn naar analogie van punt 2 van de verbintenissen leidt tot een impliciet besluit tot aanvaarding van de kandidaat-verkrijger(s), moet worden afgewezen.
- 51 Anders dan verzoeksters betogen, bepaalt punt 4 van de verbintenissen immers welke gevolgen moeten worden getrokken uit het uitblijven van een reactie van de Commissie op een verzoek om goedkeuring binnen een termijn van tien werkdagen na de ontvangst van het verzoek: dat uitblijven moet worden aangemerkt als een uitzonderlijke omstandigheid in de zin van punt 6 van de verbintenissen, waaruit kan worden afgeleid dat de Commissie in situaties als de onderhavige de termijn kan verlengen. Ook al lijkt de formulering van punt 6 te zien op de situaties waarin TotalFina haar verkoopovereenkomsten niet binnen de door de Commissie gestelde termijnen kan uitvoeren, en niet op het uitblijven van een reactie van de Commissie, de uitdrukkelijke verwijzing naar punt 6 in

punt 4 moet aldus worden uitgelegd dat dit de rechtmatige verlenging van de termijn mogelijk maakt. Het ontbreken van goedkeuring van de Commissie binnen de gestelde termijn kan dan ook niet worden gelijkgesteld met een besluit tot goedkeuring.

- 52 Verder moet worden vastgesteld dat punt 6 van de verbintenissen beoogt de belangen van de aanmelder, in casu TotalFina, te beschermen. Op grond van de verwijzing naar punt 6 in punt 4 van de verbintenissen kan alleen de aanmelder bij gebreke van een antwoord van de Commissie binnen de gestelde termijn de Commissie om verlenging van de termijn verzoeken, hetgeen in casu niet is gebeurd, daar TotalFina akte heeft genomen van het na het verstrijken van die termijn genomen besluit van de Commissie. Verzoeksters kunnen zich tegenover de Commissie dus niet op overschrijding van die termijn beroepen.
- 53 Derhalve behoeft het door verzoeksters in replik aangevoerde argument inzake schending van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen niet te worden onderzocht.
- 54 Bijgevolg moet het eerste middel van verzoeksters worden afgewezen.

Het tweede middel: schending van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 211 EG en artikel 2, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89

- 55 Verzoeksters voeren twee grieven aan tot staving van dit middel, teneinde aan te tonen dat de bestreden beschikking gebrekkig is. De eerste grief is ontleend aan de toepassing van een in de verbintenissen niet gestelde voorwaarde, de tweede aan onjuiste beoordeling door de Commissie van hun kandidaatstelling.

De eerste grief: toepassing van een in de verbintenissen niet gestelde voorwaarde

— Argumenten van partijen

- 56 Verzoeksters stellen dat de verbintenissen van de marktdeelnemers die een bod wensen uit te brengen geen aanwezigheid in de aardoliesector vereisen, maar, volgens punt 37, sub e, een rechtstreekse of indirecte ervaring met de exploitatie van een netwerk van tankstations. De vaststelling in punt 8 van de bestreden beschikking dat verzoeksters niet „aanwezig zijn in de aardoliesector”, is derhalve een nieuw element waarop de Commissie de afwijzing van hun kandidatuur poogt te baseren. Zo de Commissie deze voorwaarde van meet af aan had opgenomen in de beschikking van 9 februari 2000, hadden zij niet zoveel tijd en mankracht geïnvesteerd om bij TotalFina Elf als een geloofwaardig overnemer over te komen.
- 57 In repliek stellen verzoeksters dat het feit dat de Commissie in de bestreden beschikking rekening heeft gehouden met criteria die niet voorkomen in de beschikking van 9 februari 2000, niet strookt met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel.
- 58 De Commissie stelt dat zij met de vermelding in punt 8 van de bestreden beschikking van het feit dat verzoeksters niet aanwezig zijn in de aardoliesector, geen voorwaarde heeft gesteld waarin de beschikking van 9 februari 2000 niet voorziet. Die vermelding heeft slechts een descriptief karakter. De bestreden beschikking is niet gebaseerd op het feit dat verzoeksters niet aan deze specifieke voorwaarde beantwoorden, maar op de algemene voorwaarde betreffende hun capaciteit, en die van Agip, om een effectieve concurrentie te blijven of te gaan uitoefenen. Het beschikken over recente ervaring op de markt van de detailhandel

in brandstoffen is bijzonder relevant voor de beoordeling van het vermogen van een kandidaat om een effectieve concurrentie te blijven of te gaan uitoefenen, vooral nu TotalFina Elf op de betrokken markt bijna een machtspositie inneemt. Bovendien bevatten de verbintenissen geen limitatieve opsomming van de aspecten waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van het vermogen van een kandidaat om een effectieve concurrentie te blijven of te gaan uitoefenen.

- 59 De Franse Republiek stelt dat het begrip aanwezigheid in de aardolie-sector „door de Commissie niet is aangevoerd in het kader van het onderzoek van de kandidaturen, maar in dat van de voorstelling van de kandidaat-overnemers”. Volgens haar „heeft de Commissie zich dus niet op de afwezigheid in de aardolie-sector gebaseerd” om het voorstel van TotalFina Elf af te wijzen. Zij stelt ook dat verzoeksters de keuze van de beoordelings-elementen door de Commissie niet kunnen betwisten, indien zij niet aantonen dat de gekozen criteria kennelijk onjuist zijn.
- 60 De Commissie en de Franse Republiek stellen dat de argumenten van verzoeksters inzake schending van het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel (zie punt 57 van dit arrest) op grond van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet-ontvankelijk zijn, daar zij voor het eerst in het stadium van repliek zijn voorgedragen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 61 Wat allereerst het argument van de Commissie en van de Franse Republiek inzake het voordragen van een nieuw middel betreft (zie punt 60 van dit arrest), moet worden vastgesteld dat de verwijzing in de repliek naar het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel een nadere uitwerking is van het argument in het verzoekschrift, dat verzoeksters niet zoveel tijd en mankracht zouden hebben

geïnvesteed om bij TotalFina Elf als een geloofwaardig overnemer over te komen, indien de Commissie de voorwaarde van aanwezigheid in de aardolie-sector had vermeld in de beschikking van 9 februari 2000. Die argumenten hangen nauw samen met de argumenten in het verzoekschrift, en zijn dan ook ontvankelijk.

- 62 Aangaande verzoeksters' betoog dat in punt 8 van de bestreden beschikking een voorwaarde wordt toegepast die niet voorkomt in de verbintenissen, moet worden vastgesteld dat dit betoog betrekking heeft op de wijze waarop de bestreden beschikking is geredigeerd en op de uitlegging die aan die beschikking moet worden gegeven.
- 63 Bij lezing van de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie in punt 8 daarvan geen nieuwe voorwaarde heeft gesteld. De punten 1 tot en met 8 van de bestreden beschikking zijn namelijk slechts een inleiding waarin enkel wordt herinnerd aan de voorgeschiedenis van het verzoek van TotalFina van 12 augustus 2000 om goedkeuring en waarin de door haar voorgestelde overnemers van de betrokken 70 tankstations worden beschreven. De punten 5, 7 en 8 van de bestreden beschikking bevatten enkel een beschrijving van drie door TotalFina voorgestelde overnemers, namelijk Agip, Avia en verzoeksters. Punt 8 bevat een zeer korte beschrijving van verzoeksters en van hun hoofdactiviteit en maakt zonder enige beoordeling enkel melding van het — overigens niet betwiste — feit dat zij destijds niet aanwezig waren in de aardolie-sector.
- 64 De punten 18 en 19 van de bestreden beschikking bevatten daarentegen een beoordeling van verzoeksters' kandidatuur aan de hand van de verbintenissen. Allereerst moet worden opgemerkt dat de Commissie bij de beoordeling van die kandidatuur in punt 18 van de bestreden beschikking heeft vastgesteld dat verzoeksters niet in staat zijn op de relevante markt een effectieve concurrentie uit te oefenen. Tot staving van die vaststelling heeft zij in punt 19 van de bestreden beschikking beklemtoond dat verzoeksters grote obstakels zullen moeten overwinnen, met name omdat zij nieuwkomers zijn zonder recente ervaring op de markt van de detailhandel in brandstoffen.

- 65 Opgemerkt moet worden dat ofschoon het criterium van aanwezigheid in de aardoliesector als zodanig niet uitdrukkelijk is voorzien in de verbintenissen, punt 1, sub b, daarvan wel bepaalt dat „de verkrijger(s) (een) levensvatbare marktdeelnemer(s) moet(en) zijn die potentieel of daadwerkelijk op de relevante markten aanwezig is (zijn) en die in staat is (zijn) een effectieve concurrentie uit te blijven oefenen of te gaan uitoefenen”. Vastgesteld moet worden dat de Commissie, genoodzaakt te beoordelen of een kandidaat op de relevante markt een daadwerkelijke en duurzame mededinging zal kunnen waarborgen (zie punt 37, sub c, van de verbintenissen), ondanks het feit dat aanwezigheid in de aardoliesector door de verbintenissen niet uitdrukkelijk wordt vereist, rekening kon en zelfs moest houden met het feit dat een kandidaat een nieuwkomer is op de markt van de detailhandel in brandstoffen (zie in die zin punten 117-120 van dit arrest, betreffende de beoordeling door de Commissie in punt 19 van de bestreden beschikking van het feit dat verzoeksters nieuwkomers zijn op de markt).
- 66 De eerste grief van het tweede middel is dus ongegrond en moet worden afgewezen.

De tweede grief: onjuiste beoordeling van verzoeksters' kandidatuur door de Commissie

— Argumenten van partijen

- 67 Verzoeksters achten de beoordeling van hun kandidatuur door de Commissie in de punten 18 en 19 van de bestreden beschikking kennelijk onjuist. Zij voeren vier bezwaren aan tegen de opmerkingen die de Commissie in die punten maakt tot staving van haar stelling dat zij niet in staat zijn op de relevante markt effectief te concurreren.

- 68 In de eerste plaats stellen verzoeksters dat het betoog van de Commissie dat zij geen restaurants hebben in de tankstations die zij willen overnemen, waardoor de verwachte synergieën niet onmiddellijk kunnen worden gerealiseerd, niet kan worden aanvaard.
- 69 Gelet op de ervaring van SG2R op de markt van autowegrestaurants, waarop zij de derde grootste marktdeelnemer is, en die van Petrolescence op het gebied van de verkoop van brandstoffen, zullen zij bij de overname van zes tankstations van TotalFina Elf nauw samenwerken met het oog op een gemeenschappelijk beleid inzake marketing en beheer. De synergieën tussen de verkoop van brandstoffen en andere diensten zijn door de Commissie erkend in punt 168 van de beschikking van 9 februari 2000 en worden in hun geval gestaafd door cijfers. Terwijl de tankstations langs autowegen winstmarges van ongeveer 900 FRF per kubieke meter brandstof toepassen, voorzagen verzoeksters in hun bod aan TotalFina Elf in marges van 450 tot 500 FRF/m³ brandstof. Zij ramen de marges van de winkels/restaurants (in verhouding tot het aantal m³ brandstof) op 300 tot 350 FRF/m³. De som van die marges geeft in vergelijking tot de totale kosten een zeer positief brutoresultaat te zien.
- 70 Verzoeksters voegen daaraan toe dat hoewel vier van de tankstations die zij willen overnemen, niet over een restaurant beschikken, zij in hun bindend bod aan TotalFina Elf hebben voorgesteld restaurants te bouwen om de verwachte synergieën te creëren. Een restaurant kan worden gebouwd binnen een termijn van anderhalf tot twee jaar na de overdracht van de activa.
- 71 In repleik beklemtonen verzoeksters dat zij nooit hebben gesteld dat de leefbaarheid van hun project slechts afhankelijk is van de onmiddellijke inrichting van restaurants in de tankstations die zij willen overnemen. De in hun bindend bod vermelde synergieën moeten over een langere tijd worden bekeken. Zij voegen daaraan toe: „In geen van de 70 tankstations die [TotalFina Elf] moet afstaan, is er een restaurant van Le Mirabellier. Het valt derhalve moeilijk in te

zien hoe Le Mirabellier in haar verzoek aan [TotalFina Elf] voor die stations had kunnen kiezen.” Hoe dan ook blijkt uit de in punt 69 van dit arrest vermelde cijfers dat de verkoop van brandstoffen en de exploitatie van autowegrestaurants op zichzelf reeds volstrekt rendabel zijn, zonder dat de ene activiteit door de andere behoeft te worden gesubsidieerd. Dit vertrouwen wordt gedeeld door de banken, die verzoeksters op basis van die cijfers hun steun hebben toegezegd. Verder preciseren verzoeksters dat hoewel vier van de zes tankstations niet over een restaurant beschikken, zij wel beschikken over een winkel, waarvoor zij marges (uitgedrukt in m³ brandstof) van 300 tot 350 FRF/m³ brandstof verwachten. De marges die tijdens de bouw van de restaurants zouden moeten worden behaald, zullen dus worden gecompenseerd door elders behaalde winst. Voor de twee andere tankstations, die over restaurants beschikken, worden de door verzoeksters verwachte synergieën onmiddellijk na de overdracht van de activa gerealiseerd, aangezien zij die zullen omdopen tot restaurants van Le Mirabellier, de derde keten van autowegrestaurants in Frankrijk, die zeer veel klanten aantrekt.

- 72 In repliek stellen verzoeksters dat de Commissie in de beschikking van 9 februari 2000 als voorwaarde heeft gesteld dat de overnemers een effectieve concurrentie kunnen blijven „of” gaan uitoefenen. In punt 19 van de bestreden beschikking en in haar verweerschrift stelt zij thans echter dat de overnemers een effectieve concurrentie moeten kunnen blijven „en” gaan uitoefenen. Dit onderscheid is niet onbelangrijk, daar de cumulatie van de twee criteria verzoeksters een eis oplegt die niet voorkwam in de beschikking van 9 februari 2000.
- 73 In de tweede plaats betogen verzoeksters dat de stelling van de Commissie in punt 19 van de bestreden beschikking, als zouden zij wegens de totale hoeveelheid brandstof die zij zullen verkopen, bij de aankoop daarvan geen goede onderhandelingspositie hebben tegenover de Franse raffinadeurs waarbij zij 70 % van hun behoeften willen betrekken, kennelijk ongegrond is.

- 74 Bij onderzoek van de marktvoorwaarden blijkt dat de verschillen tussen de aankooprijzen op de markt van brandstoffen in Frankrijk zeer klein zijn, zodat er geen prijsconcurrentie bestaat met betrekking tot de bevoorrading bij de raffinadeurs. Er kan dan ook niet worden gesteld dat het vermogen van een marktdeelnemer om grote hoeveelheden in te kopen, beslissend is om hem via de prijzen concurrentieel te maken. Het verschil tussen de aankoopprijs voor een marktdeelnemer die grote hoeveelheden inkoop en de aankoopprijs voor een solvabele onafhankelijke marktdeelnemer met slechts één tankstation schommelt tussen 5 en 20 FRF/m³ brandstof, dat wil zeggen maximaal 2 centimes per liter aan de pomp.
- 75 Volgens verzoeksters bewijst het feit dat de banken bereid zijn hun project te financieren, de geloofwaardigheid van de door hen geraamde marges. Zij wijzen er ook op dat er in de verschillende Franse regio's slechts marginale verschillen zijn tussen de prijzen buiten het netwerk (zie punt 35 van de beschikking van 9 februari 2000). Bovendien behoudt TotalFina Elf na de beschikking van 9 februari 2000 de controle over de raffinaderij van Mardyck, zodat alle kopers buiten het netwerk in de zone van de betrokken tankstations op voet van gelijkheid staan. Zij voegen daaraan toe dat zij de CPA (een onafhankelijk invoerdepot in Duinkerke) hebben benaderd, die interesse heeft getoond in samenwerking bij de bevoorrading van de zes betrokken tankstations met brandstof, en dat zij contact hebben opgenomen met andere onafhankelijke leveranciers, zoals Martens.
- 76 Verzoeksters stellen ook dat het argument van de Commissie dat zij zich blootstellen aan vergeldingsmaatregelen van de Franse raffinadeurs indien zij tegenover die raffinadeurs een actieve prijspolitiek zouden voeren, geen geldige grondslag kan vormen voor de bestreden beschikking. Geen enkel beginsel van gemeenschapsrecht machtigt de Commissie om goedkeuring voor een marktdeelnemer te weigeren op grond dat deze het slachtoffer kan worden van een potentiële mededingingsverstoringende praktijk van een andere marktdeelnemer.
- 77 In de derde plaats stellen verzoeksters dat de bewering van de Commissie in punt 19 van de bestreden beschikking, dat zij wegens hun kleine aantal

tankstations geen schaalvoordelen kunnen realiseren en zij een beleid van „lokprijzen” zullen moeten voeren om bij de consument geloofwaardig over te komen, kennelijk ongegrond is. In strijd met de beschikking van 9 februari 2000 beoordeelt de Commissie impliciet de marktdeelnemers die reeds aanwezig zijn op de markt van de brandstofdistributie.

- 78 De Commissie heeft geen rekening gehouden met de compensatie tussen de activiteiten inzake brandstofdistributie en de winkel- en restaurantactiviteiten. De schaalvoordelen vloeien niet enkel voort uit de bevoorrading in brandstoffen, maar moeten worden gezien in samenhang met de verschillende diensten waarvan de automobilist langs de autoweg daadwerkelijk gebruik maakt. De Commissie heeft het bestaan van die schaalvoordelen erkend in punt 168 van de beschikking van 9 februari 2000. Anders dan de Commissie stelt, zijn de coördinatiekosten van de grote distributieketens trouwens zeer hoog, hetgeen verklaart waarom zij franchiseovereenkomsten gebruiken als middel om die kosten te drukken. Wat de logistieke kosten betreft, vermindert het vervoer van brandstoffen per vrachtwagen in Frankrijk het verschil tussen geïntegreerde en onafhankelijke marktdeelnemers.
- 79 Verzoeksters stellen ook dat de bestreden beschikking geen rekening houdt met de compensatie tussen de markt van de brandstofdistributie langs de autowegen en die van de distributie buiten de autowegen. Dit zijn twee verschillende markten. Terwijl prijsconcurrentie op de eerste nagenoeg onbestaande is, is zij vrij doeltreffend op de tweede. Dat langs autowegen hogere prijzen worden aangerekend is niet alleen te verklaren door het nagenoeg ontbreken van andere marktdeelnemers dan de in die markt geïntegreerde raffinadeurs, maar ook door de noodzaak dat zij de kosten van de brandstoffen langs de autowegen compenseren op de markt van de brandstofdistributie buiten de autowegen. Dat verzoeksters niet beschikken over tankstations buiten de autowegen, is voor hen dus eerder een voordeel tegenover andere kandidaat-overnemers die over tankstations buiten de autowegen beschikken, en geen nadeel, zoals de Commissie in de bestreden beschikking aanvoert.

- 80 Verzoeksters stellen dat zij een beleid van „lokprijzen” willen ontwikkelen om bij de consument geloofwaardig over te komen en dat zij zich daarvoor zullen baseren op synergieën tussen de brandstof distributie en andere diensten. Die praktijk van „lokprijzen” had de Commissie ertoe moeten aanzetten, aan hun kandidatuur de voorrang te geven. Door dat niet te doen, heeft de Commissie de markt en de concurrentie die verzoeksters kunnen uitoefenen kennelijk onjuist beoordeeld.
- 81 In de vierde plaats achten verzoeksters het door de Commissie in punt 19 van de bestreden beschikking geformuleerde verwijt dat zij nieuwkomers zijn op de markt geheel in tegenspraak met haar opdracht om een effectieve concurrentie op de relevante markt te waarborgen. In de beschikking van 9 februari 2000 heeft de Commissie gewezen op het reeds zeer geconcentreerde karakter van de betrokken markt (zie punt 360) en op de moeilijkheden die nieuwkomers ondervinden (zie punten 207-211). Met de beschikking van 7 november 2000, waarin ten minste twee van de tankstations die voordien aan verzoeksters waren toegewezen, thans aan Shell en aan Esso worden toegewezen, draagt de Commissie er niet enkel toe bij dat de toegang van nieuwkomers tot de markt wordt beperkt, maar bevoordeelt zij ook de grote geïntegreerde oliemaatschappijen, doordat zij hen toestaat het aantal tankstations dat aanvankelijk aan hen was toegewezen, te verdubbelen. Wat de markt van de verkoop van brandstoffen langs autowegen in Frankrijk betreft, pleiten verschillende economische redenen ervoor dat overnemers die niet noodzakelijkerwijs reeds aanwezig zijn op die markt een effectieve concurrentie kunnen gaan of blijven uitoefenen. In dat verband zijn ondernemingen die onderling op verschillende markten concurreren, meer geneigd overeenkomsten te sluiten dan wanneer zij slechts op één markt concurreren. Hoe groter de financieringsmogelijkheden van de op een markt aanwezige ondernemingen zijn, des te groter zijn de risico's voor heimelijke verstandhouding. Ondernemingen met een identiek profiel zijn meer geneigd tot ondernemersafspraken.
- 82 Aangaande het vereiste van het beschikken over rechtstreekse of indirecte ervaring met de exploitatie van een netwerk van tankstations (zie punt 37, sub e, van de verbintenissen), dat als enige strookt met de beschikking van 9 februari

2000, stellen verzoeksters dat zij hoe dan ook over die ervaring beschikken, zoals uit de voorgeschiedenis van Petrolessence blijkt. Zij stellen met name dat Petrolessence in de jaren 80 tankstations heeft geëxploiteerd.

- 83 Bovendien stellen verzoeksters dat de bestreden beschikking, in strijd met de logica van de beschikking van 9 februari 2000, de komst van nieuwe marktdeelnemers niet bevordert. Niet alleen berokkent de bestreden beschikking hun onmiddellijk schade doordat zij geen toegang krijgen tot de markt van tankstations langs autowegen, maar zij snijdt ook hun project de pas af om hun activiteiten in die sector te ontwikkelen ter gelegenheid van de aanbestedingen die na 2005 op die markt zullen worden gehouden.
- 84 De Commissie stelt dat de argumenten van verzoeksters ongegrond zijn en moeten worden afgewezen. De verbintenissen betreffende de overdracht van de tankstations hadden tot doel, te voorkomen dat TotalFina Elf een machtspositie zou verwerven op de markt van de verkoop van brandstoffen langs de autowegen in Frankrijk (zie punten 157-221 van de beschikking van 9 februari 2000).
- 85 Verder stellen de Commissie en de Franse Republiek vast, dat de meeste argumenten van verzoeksters in dit geding uitgaan van een economische analyse die lijnrecht ingaat tegen die van de Commissie. Het is evenwel vaste rechtspraak dat de Commissie over een discretionaire bevoegdheid beschikt waarmee bij de rechterlijke toetsing rekening moet worden gehouden (arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 223 en 224; arresten Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punten 164 en 165; 28 april 1999, Endemol/Commissie, T-221/95, Jurispr. blz. II-1299, en 15 december 1999, Kesko/Commissie, T-22/97, Jurispr. blz. II-3775, punt 142).
- 86 De Commissie en de Franse Republiek stellen dat verzoeksters niet in staat waren om onmiddellijk de synergieën te creëren tussen hun activiteiten als restaurateur

en als distributeur van brandstoffen. De Commissie beklemtoont dat de verbintenissen tot doel hadden het ontstaan van een machtspositie op de relevante markt te voorkomen en dat zij zich er dus van moest vergewissen dat de door TotalFina Elf voorgestelde overnemers onmiddellijk een effectieve concurrentie konden garanderen.

- 87 De Commissie en de Franse Republiek stellen vast dat verzoeksters niet betwisten dat hun project, met name hun gestelde vermogen om op de betrokken markt een actieve concurrentie te ontwikkelen, berust op de verwachting dat zij tussen die activiteiten synergieën kunnen ontwikkelen, en dat zij erkennen dat vier van de zes tankstations tot dusver geen restaurant omvatten en dat de bouw daarvan anderhalf tot twee jaar zal vergen. Wat de twee andere tankstations met een „bar buffet” betreft, gaat het om kleine snackbars waar de omzet nauwelijks 50 % van het potentieel haalt. Bovendien hebben verzoeksters voor het plaatsen van hun merknaam op die eenheden de instemming van de concessiehouder van de autoweg (SEMCA) nodig. De Commissie stelt nog dat de aanwezigheid van verzoeksters op de markten van distributie van brandstoffen en van restauratie langs autowegen geen bijzonderheden vertoont in vergelijking met die van hun concurrenten, daar alle tankstations langs autowegen over een winkel beschikken, en vele ook over een kleine snackbar. Verzoeksters hebben op dat punt dan ook geen concurrentievoordeel.
- 88 Volgens de Commissie moet de vermelding van verzoeksters dat zij in 2005 andere tankstations kunnen verwerven (zie punt 83 van dit arrest) aldus worden uitgelegd dat de verwachte synergieën mede van die verwervingen afhankelijk zijn, hetgeen haar conclusie veeleer staft dan weerlegt. Het argument van verzoeksters dat geen van de 70 tankstations die TotalFina Elf moet afstaan over een restaurant van Le Mirabellier beschikt en dat niet valt in te zien hoe zij in hun bod aan TotalFina Elf voor stations hadden kunnen kiezen die daar wel over beschikten, is volgens de Commissie niet alleen nieuw, maar ook irrelevant. Zij kan uiteraard niet afzien van een onderzoek naar de mogelijkheid dat verzoeksters de betrokken synergieën ontwikkelen onder het mom dat zij daardoor moeilijkheden kunnen ondervinden omdat zij niet over restaurants beschikken in één of meer van de 70 betrokken tankstations.

- 89 De Commissie acht de stelling van verzoeksters dat zij het zich kunnen veroorloven bij de verkoop van brandstoffen lagere marges toe te passen dan andere marktdeelnemers langs de autowegen, omdat hun restaurantactiviteiten rendabel zijn, geheel irrelevant. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de mogelijkheid van kruissubsidies tussen twee parallelle activiteiten en het bestaan van een synergie tussen die activiteiten die rechtstreeks weerslag heeft op de rendabiliteit van ten minste één daarvan, doordat zij bijvoorbeeld inwerkt op de kosten. Die synergieën kunnen ertoe bijdragen dat de betrokkene zowel de mogelijkheid heeft als wordt aangespoord tot actieve prijsconcurrentie. Normaaliter is er geen reden om middelen uit één activiteit te benutten ter subsidiëring van een minder rendabele andere. De Commissie meent ook dat de bewering van verzoeksters dat de banken hun projecten rendabel achten, irrelevant is. De benadering van de banken, die is gebaseerd op de solvabiliteit van de klant, verschilt in grote mate van die welke de Commissie moet volgen en die wordt gekenmerkt door de zorg voor de handhaving van een effectieve concurrentie op de betrokken markt.
- 90 De Commissie betreurt de schrijffout in punt 19 van de bestreden beschikking, waarin zij eiste dat tegelijkertijd was voldaan aan de voorwaarden van het „blijven en gaan uitoefenen” van een effectieve concurrentie. Zij meent evenwel dat deze formulering niets verandert aan het vereiste van een onmiddellijke effectieve concurrentie, zoals in de verbintenissen voorzien in de geest van verordening nr. 4064/89.
- 91 De Commissie stelt dat zij mocht aannemen dat de onderhandelingspositie van verzoeksters zeer onzeker was, aangezien zij ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking nog niet beschikten over een schriftelijk aanbod van Shell, de leverancier bij wie zij 70 % van hun behoeften wilden betrekken. Zij preciseert: „Verzoeksters hebben dienaangaande erkend, dat deze onzekerheid niet zal verdwijnen zolang zij in ‚concurrentie staan met betrekking tot de hangende overnames’, dat wil zeggen zolang verzoeksters en Shell kandidaat zijn voor de overname van dezelfde zes stations.” Het staat buiten kijf dat het vermogen van een marktdeelnemer om grote hoeveelheden in te kopen, beslissend is om hem via de prijzen concurrentieel te maken. Bovendien wordt op de betrokken markt vooral geconcurrereerd via de prijs. Zelfs de door verzoeksters genoemde blijkbaar kleine prijsverschillen (zie punt 74 van dit arrest) kunnen

voor de competitiviteit van een marktdeelnemer doorslaggevend zijn. Verder meent de Commissie dat de berekeningen van verzoeksters enkel aantonen dat zij levensvatbaar zijn, maar geen uitsluitsel geven over de mogelijkheid dat het voorstel van verzoeksters tot een situatie van effectieve concurrentie leidt.

- 92 De Commissie stelt ook dat het onjuist is de vergelijking van de onderhandelingspositie van centrale inkoopdiensten en verzoeksters tot de prijzen te beperken. Zo verzoeksters tegenover de Franse raffinadeurs een actief prijsbeleid voeren, bestaat het gevaar dat deze laatste vergeldingsmaatregelen nemen in de vorm van een prijsverhoging bij de bevoorrading of een dreiging om de leveringscontracten niet te verlengen. Dit kan een geldige grondslag zijn voor haar weigering om verzoeksters te aanvaarden, aangezien zij moet nagaan of de kandidatuur van potentiële overnemers het mogelijk maakt het doel van de verbintenissen te bereiken, namelijk te beletten dat een machtspositie ontstaat of wordt versterkt. Dat een kandidaat onmogelijk weerstand kan bieden aan vergeldingsmaatregelen van sterkere actoren wier machtspositie moet worden voorkomen, is voor dat onderzoek klaarblijkelijk relevant.
- 93 De Franse Republiek stelt dat de problematiek van de „vergeldingsmaatregelen” niet wordt behandeld in de bestreden beschikking, waarin enkel staat dat het onzeker is dat de aan verzoeksters verkochte hoeveelheden brandstoffen hun tegenover de Franse raffinadeurs een goede onderhandelingspositie zullen geven. De Commissie stelt dat de controle van TotalFina Elf over de raffinaderij van Mardyck, anders dan verzoeksters betogen, niet alle kopers buiten een netwerk in het noorden van Frankrijk, waar die raffinaderij zich bevindt, in dezelfde positie plaatst. Verzoeksters hebben met betrekking tot de leveringsvoorwaarden geen enkel middel om druk uit te oefenen op TotalFina Elf, waarvan zij voor een deel van hun aankopen afhankelijk zouden kunnen zijn. De centrale inkoopdiensten en de andere raffinadeurs zijn daarentegen in ruime mate op die markten aanwezig en kunnen er druk uitoefenen om van TotalFina Elf aanvaardbare leveringsvoorwaarden te krijgen.
- 94 De Commissie stelt vast dat verzoeksters weliswaar niet ontkennen dat het kleine aantal tankstations dat zij willen overnemen kan bijdragen tot het ontbreken van

logistieke en schaalvoordelen, maar betogen dat dit criterium in het voordeel speelt van de handhaving van een oligopolie. Er is geen tegenspraak tussen haar beschikking van 9 februari 2000 en de daarin uitgesproken bezorgdheid over de oligopolide situatie van de markt, en haar vaststelling in de bestreden beschikking dat het kleine aantal tankstations dat zij willen overnemen de logistieke en schaalvoordelen waarover hun concurrenten wel beschikken, zal beperken. Dit criterium betreft uitsluitend het bestaan (of het ontbreken) van logistieke en schaalvoordelen, en staat los van het begrip relevante markt. De Commissie stelt dat „zij met name geenszins verwijst naar de aanwezigheid van de kandidaat op de markt van de verkoop van brandstoffen langs autowegen, die verschilt van de markt van de verkoop van die producten buiten de autowegen (punten 157-176 van de beschikking van 9 februari 2000)”. Het op 7 november 2000 aanvaarde voorstel van TotalFina Elf omvat de overname van een groot aantal tankstations door marktdeelnemers die tot dusver niet (of slechts zeer marginaal) aanwezig waren op de Franse autowegen. Tegelijkertijd is het aantal stations dat is overgedragen aan marktdeelnemers die reeds op de markt aanwezig waren, zeer klein gebleven.

⁹⁵ Volgens de Commissie levert de louter theoretische mogelijkheid dat verzoeksters dankzij hun restaurantactiviteiten hun activiteiten op de markt van de verkoop van brandstoffen subsidiëren, geen logistiek of schaalvoordeel op. Algemeen maakt dit de hypothese dat verzoeksters op die laatste markt zullen bijdragen tot een effectieve concurrentie, niet waarschijnlijker.

⁹⁶ De Commissie stelt dat het argument van verzoeksters betreffende de compensatie tussen de markten van de distributie van brandstoffen langs autowegen en daarbuiten in deze context irrelevant is. Verzoeksters hebben niet de middelen om langdurig een beleid van lokprijzen te voeren. Zij hadden geen motor van de concurrentie kunnen zijn, maar slechts meelopers, en dat in het kader van een pakket zonder andere marktdeelnemers als mogelijke motor van de concurrentie.

- 97 De Commissie meent dat het argument van verzoeksters dat zij nieuwkomers zijn in de aardoliesector, moet worden verworpen. Zij mocht haar beoordeling van het vermogen van verzoeksters om te voldoen aan de in punt 1, sub b, van de verbintenissen opgelegde voorwaarden baseren op het feit dat verzoeksters nieuwkomers zijn zonder recente ervaring op de markt van de detailhandel in brandstoffen.
- 98 De Commissie stelt dat verzoeksters' bewering dat zij de grote oliemaatschappijen heeft bevoordeeld (zie punt 81 van dit arrest), elke grond ontbeert. Volgens de beschikking van 7 november 2000 is in werkelijkheid meer dan 85 % van de stations overgedragen aan andere ondernemingen. Bovendien zijn de elementen die verzoeksters hebben aangevoerd tot staving van hun ervaring, gebaseerd op verouderde en dus niet relevante situaties, ofwel zonder belang gelet op de zeer strikte eisen waarvan goedkeuring door de Commissie afhankelijk is.
- 99 Verder betwist de Commissie verzoeksters' argument dat de bestreden beschikking hun projecten in de betrokken sector bij de aanbestedingen die in 2005 zullen plaatsvinden de pas afsnijdt. Dit argument is theoretisch en niets wijst erop dat verzoeksters' kans op succes afhankelijk is van hun hoedanigheid van eigenaar van de zes tankstations.

— Beoordeling door het Gerecht

- 100 Verzoeksters menen in wezen dat de Commissie hun door TotalFina Elf voorgedragen kandidatuur kennelijk onjuist heeft beoordeeld. Zij stellen dat de bestreden beschikking geen rekening houdt met de werkelijke structuur van de betrokken markt, noch met de potentiële concurrentie die zij kunnen uitoefenen, zodat de uitvoering van de beschikking van 9 februari 2000 in strijd met artikel 2,

lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89 en de artikelen 3, lid 1, sub g, EG en 211 EG niet zal leiden tot de ontwikkeling van een effectieve concurrentie op de markt van tankstations langs autowegen.

- 101 Het is vaste rechtspraak dat de basisregels van verordening nr. 4064/89, en in het bijzonder artikel 2 daarvan, betreffende de beoordeling van concentraties, de Commissie een zekere beoordelingsbevoegdheid verlenen, met name wat de economische beoordelingen betreft. Bijgevolg moet de gemeenschapsrechter bij de toetsing van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, die van wezenlijk belang is voor de toepassing van de regels inzake concentraties, rekening houden met de aan de economische normen van de concentratieregeling ten grondslag liggende beoordelingsmarge (zie arresten Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 223 en 224, en Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punten 164 en 165; arrest Gerecht van 6 juni 2002, *Airtours/Commissie*, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punt 64). Derhalve moet de toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie heeft verricht in de uitoefening van de haar bij verordening nr. 4064/89 verleende beoordelingsbevoegdheid worden beperkt tot de vraag, of de procedure- en motiveringsvoorwaarden in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid. Het Gerecht is inzonderheid niet bevoegd zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie.
- 102 In het kader van de bij verordening nr. 4064/89 ingestelde controle op concentraties moet de Commissie op basis van een prospectief onderzoek van de betrokken markt beoordelen, of de aangemelde concentratie leidt tot een situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op die markt op significante wijze wordt belemmerd, met name door de bij de concentratie betrokken ondernemingen. Krachtens artikel 8 van die verordening kan de Commissie bovendien aan haar beschikking waarin zij de concentratie verenigbaar verklaart, voorwaarden en verplichtingen verbinden. Vaststaat, dat dit een nauwgezet onderzoek vereist van onder meer de omstandigheden die in het concrete geval relevant zijn voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de betrokken markt.

- 103 Het betoog van verzoeksters kan dan ook slechts worden aanvaard indien zij aantonen dat de beoordeling van hun kandidatuur door de Commissie in de punten 18 en 19 van de bestreden beschikking kennelijk onjuist is. Vastgesteld moet evenwel worden, dat verzoeksters niet hebben aangetoond dat de beoordeling van de Commissie in die punten een kennelijke beoordelingsfout vertoont. Met hun betoog trachten verzoeksters van het Gerecht een andere beoordeling van hun kandidatuur in de plaats van die van de Commissie te verkrijgen.
- 104 In dit verband moet worden herinnerd aan een aantal in casu relevante feiten, met name de context en het doel van de overdracht van 70 tankstations door TotalFina Elf. In haar beschikking van 9 februari 2000 heeft de Commissie vastgesteld dat zelfs vóór de concentratie van TotalFina en Elf Aquitaine de concurrentiesituatie op de markt van de brandstoffenverkoop langs autowegen geleek op een situatie waarin sprake was van een machtspositie (zie punt 216). Na de concentratie zou TotalFina Elf een sterke neiging vertonen om op de betrokken markt haar prijzen te verhogen en/of de kwaliteit van haar diensten te verminderen, waardoor zij over de middelen zou beschikken om iedere concurrent die haar politiek niet zou volgen dan wel zich ertegen zou verzetten, te bestraffen (zie punt 220). Door de aangemelde transactie zou op de betrokken markt een machtspositie tot stand worden gebracht en zou de concurrentiestructuur op die markt aanzienlijk verslechteren, terwijl de concurrentie daar reeds beperkt was (zie punt 221 van de beschikking van 9 februari 2000).
- 105 Tijdens de administratieve procedure betreffende deze concentratie heeft TotalFina bepaalde verbintenissen voorgesteld om de door de Commissie geïdentificeerde concurrentieproblemen weg te nemen, welke verbintenissen de Commissie na aanpassingen heeft aanvaard omdat zij „een onmiddellijk herstel van een daadwerkelijke en duurzame mededinging op de relevante markten mogelijk [leken] te maken” (zie punt 362 van de beschikking). De Commissie verklaarde de concentratie daarom verenigbaar met de gemeenschappelijke markt, op voorwaarde dat de verbintenissen volledig zouden worden nageleefd. Teneinde op de markt van de brandstoffenverkoop langs de autowegen in

Frankrijk een effectieve concurrentie te handhaven, verbond TotalFina zich ertoe 70 tankstations over te dragen aan overnemers die beantwoordden aan bepaalde voorwaarden, waaronder die van punt 1, sub b, van de verbintenissen.

106 Uit de bestreden beschikking en de verbintenissen blijkt duidelijk dat volgens de Commissie het doel van herstel van een daadwerkelijke en duurzame mededinging op de betrokken markt slechts kon worden bereikt indien de overnemers van de 70 betrokken tankstations die stations konden overnemen zonder hun activiteiten te onderbreken en die onmiddellijk rendabel en concurrentieel konden maken (zie met name de verwijzing naar het herstel van een daadwerkelijke mededinging in punt 1, sub c, van de verbintenissen en de in punt 37, sub c, van de verbintenissen aan TotalFina Elf opgelegde verplichting om niet enkel de 70 tankstations over te dragen, maar ook het uitvoerend personeel dat rechtstreeks in dienst is bij het verkooppunt). De Commissie heeft de kandidatuur van elke door TotalFina voorgestelde overnemer onderzocht in het licht van dat doel en heeft verzoeksters kandidatuur afgewezen op basis van een aantal factoren tezamen.

107 In punt 19 van de bestreden beschikking heeft de Commissie in dat verband opgemerkt dat verzoeksters ten tijde van de vaststelling van die beschikking niet beschikten over restaurants in de tankstations die zij wilden overnemen. Zij heeft daaruit geconcludeerd dat de door verzoeksters verwachte synergieën niet onmiddellijk konden worden verwezenlijkt. De Commissie heeft beklemtoond dat het vermogen van verzoeksters om op de betrokken markt een actieve concurrentie te ontwikkelen, afhankelijk was van de onmiddellijke inrichting van restaurants in de tankstations die zij wilden overnemen. Vaststaat evenwel, dat vier van de zes tankstations waarvoor TotalFina Elf hun kandidatuur had aanvaard, niet over een restaurant beschikten, en dat ten minste anderhalf tot twee jaar nodig waren om die te bouwen. Verder blijkt uit de stukken dat de andere twee tankstations slechts over kleine snackbars beschikten. Verzoeksters menen evenwel dat de in hun bindend bod genoemde synergieën over een langere tijd moeten worden bekeken. Zij pogen ook aan te tonen dat die zes tankstations tijdens de bouw van de restaurants rendabel zullen zijn. Verder stellen zij dat in de vier tankstations die nog niet over een restaurant beschikken, wel een winkel aanwezig is waarvan de winstmarges dezelfde zijn als die van een restaurant. Volgens hen tonen de in punt 69 van dit arrest aangehaalde cijfers aan dat de

brandstofverkoop en de restaurantactiviteiten langs autowegen los van elkaar rendabel zijn.

- 108 Er zij aan herinnerd dat de verbintenissen vereisen dat de overnemers op de betrokken markt een daadwerkelijke en duurzame mededinging kunnen uitoefenen. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat verzoeksters hun bod voor de aankoop van de tankstations uitdrukkelijk hebben gebaseerd op de mogelijkheid om synergieën te realiseren tussen de brandstofverkoop en de restauratie. Het staat evenwel vast dat die synergieën slechts kunnen worden gerealiseerd na verloop van een zekere tijd, namelijk anderhalf tot twee jaar. Vastgesteld moet worden dat de Commissie, gelet op het doel van de verbintenissen, de grenzen van haar beoordelingsvrijheid ter zake niet heeft overschreden door bij de beoordeling van de kandidatuur van verzoeksters rekening te houden met het feit dat zij dit vooruitzicht in het beste geval pas op middellange termijn konden realiseren. In dat verband kan van de Commissie niet worden verlangd dat zij het feit dat minstens achttien maanden moet worden gewacht alvorens dit vooruitzicht werkelijkheid wordt, niet als nadelig beschouwt. Al aangenomen dat het voorstel in het bindend bod van verzoeksters binnen die termijn rendabel is, deze omstandigheid is hoe dan ook niet beslissend, aangezien het zoeken van levensvatbare overnemers niet het doel was van de verbintenissen. Derhalve moet worden vastgesteld dat de argumenten van verzoeksters betreffende de verwachte synergieën moeten worden afgewezen.
- 109 Verzoeksters verwijten de Commissie ook dat zij als voorwaarde heeft gesteld dat de overnemers in staat moeten zijn een effectieve concurrentie uit te blijven oefenen „en” te gaan uitoefenen, terwijl die voorwaarden in de beschikking van 9 februari 2000 als alternatieven zijn vermeld. Aldus heeft zij een in de beschikking van 9 februari 2000 niet vereiste voorwaarde gesteld.
- 110 Dit argument houdt geen steek. Of die twee voorwaarden nu alternatief dan wel cumulatief zijn, het vereiste dat verzoeksters op de markt een effectieve concurrentie uitoefenen, blijft bestaan. Zoals in punt 121 van dit arrest nog zal worden vastgesteld, heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door aan te nemen dat verzoeksters niet aan dat vereiste voldoen.

- 111 In punt 19 van de bestreden beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat niet vaststaat „dat de totale hoeveelheid brandstof die zal worden verkocht, [verzoeksters] een goede onderhandelingspositie zal geven tegenover de Franse raffinadeurs waarbij zij 70 % van [hun] behoeften [willen] betrekken”. Verzoeksters achten deze vaststelling kennelijk ongegrond omdat er met betrekking tot de bevoorrading bij de raffinadeurs geen prijsconcurrentie bestaat. Zij wijzen erop dat het vermogen van een marktdeelnemer om grote hoeveelheden in te kopen, niet beslissend is om hem via de prijzen concurrentieel te maken, daar het prijsverschil tussen marktdeelnemers die veel inkopen en marktdeelnemers met slechts één station „miniem” is.
- 112 Het argument van de Commissie dat de in punt 74 van dit arrest vermelde prijsverschillen doorslaggevend kunnen zijn voor de competitiviteit van een marktdeelnemer, omdat op de markt vooral via de prijzen wordt geconcurrereerd, moet worden aanvaard. In punt 191 van de beschikking van 9 februari 2000, dat betrekking heeft op de brandstoffenverkoop, stelt de Commissie dat „de concurrentie vooral op het niveau van de prijzen [wordt] uitgeoefend. Voor de andere concurrentieparameters is er slechts weinig speelruimte. Brandstoffen zijn homogene producten met een geringe technologische innovatiegraad.” In tegenstelling tot de in punt 76 van dit arrest uiteengezette opvatting van verzoeksters moet bovendien worden aangenomen dat de Commissie haar besluit om hun kandidatuur af te wijzen mocht baseren op het argument dat zij niet bestand zullen zijn tegen vergeldingsmaatregelen van de Franse raffinadeurs indien zij een actieve prijspolitiek voeren. Nu het om een prognose van de Commissie gaat, kan slechts worden gesteld dat daarbij een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt indien verzoeksters daarvoor concrete elementen aanvoeren, hetgeen zij in casu niet hebben gedaan.
- 113 Bovendien is verzoeksters’ argument dat de banken hun project rendabel achten (zie punt 75 van dit arrest) in casu niet relevant. De benadering van de banken gaat uit van de solvabiliteit van verzoeksters, terwijl die van de Commissie is gebaseerd op het doel van handhaving van een effectieve concurrentie op de betrokken markt.

- 114 In punt 19 van de bestreden beschikking heeft de Commissie ook vastgesteld dat verzoeksters, gelet op het kleine aantal stations dat zij wilden overnemen, niet evenals hun concurrenten konden profiteren van schaalvoordelen, en dat zij een beleid van „lokprijzen” moesten voeren om bij de consument geloofwaardig over te komen. Blijkens de stukken betekent de term „lokprijzen” dat verzoeksters een beleid van lage prijzen moeten voeren om klanten te lokken. Verder stelt de Commissie dat verzoeksters niet de middelen hebben om dit beleid lang vol te houden (zie punt 96 van dit arrest). Verzoeksters menen dat de levensvatbaarheid van die praktijk niet kan worden betwijfeld, met name gelet op de in punt 69 van dit arrest vermelde gegevens, waaruit volgens hen blijkt dat zelfs met kleinere winstmarges voor brandstoffen dan hun concurrenten, de som van die marges en die van de restaurants na aftrek van alle kosten een ruimschoots positief saldo te zien geeft.
- 115 Verzoeksters ontkennen niet dat zij een beleid van „lokprijzen” moeten voeren om klanten aan te trekken, zoals de Commissie in punt 19 van de bestreden beschikking heeft gesteld. In werkelijkheid pogen zij de stelling van de Commissie te ontcrachten als zouden zij geen andere schaalvoordelen hebben. Zij stellen met name opnieuw dat de Commissie in strijd met de beschikking van 9 februari 2000 impliciet de reeds op de betrokken markt aanwezige marktdeelnemers bevoordeelt tegenover de nieuwkomers. Zij menen dat de voordelen niet enkel voortvloeien uit de bevoorrading met brandstoffen, maar dat zij moeten worden gezien in samenhang met de verschillende diensten waarvan de automobilist langs de autoweg daadwerkelijk gebruik maakt. Los van het feit dat het Gerecht van oordeel is dat het argument inzake de schaalvoordelen in punt 108 van dit arrest reeds is besproken en afgewezen, moet worden vastgesteld dat, anders dan verzoeksters betogen, de louter theoretische mogelijkheid dat zij hun activiteiten op de markt van de brandstoffenverkoop subsidiëren dankzij hun restaurantactiviteiten, geen schaalvoordeel oplevert. Ook verzoeksters’ argument dat de reeds op de betrokken markt aanwezige marktdeelnemers worden bevoordeeld, moet om de in punt 118 van dit arrest vermelde redenen worden afgewezen. Verder kan het feit dat verzoeksters een beleid van „lokprijzen” zouden hebben gevoerd, dat wil zeggen een praktijk die kennelijk de mededinging bevordert, als zodanig niet volstaan als bewijs van hun vermogen om op de betrokken markt een daadwerkelijke en duurzame mededinging te ontwikkelen. De Commissie kan

verzoeksters' kandidatuur ook niet voortrekken op de enkele grond dat zij niet over tankstations buiten de autowegen beschikken, op gevaar af het doel van de verbintenissen, namelijk de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de markt en het verhinderen van het ontstaan van een machtspositie van TotalFina Elf, op het spel te zetten.

- 116 Bovendien staat vast dat verzoeksters niet over andere tankstations langs of buiten de autowegen beschikten, dat zij er van TotalFina Elf slechts tien wilden overnemen en dat TotalFina Elf slechts voor zes tankstations hun kandidatuur had aanvaard. De Commissie heeft de grenzen van haar beoordelingsvrijheid dus niet overschreden toen zij met name het ontbreken van schaalvoordelen aanvoerde tot staving van haar overtuiging dat verzoeksters niet in staat waren op de betrokken markt een daadwerkelijke mededinging te ontwikkelen.
- 117 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat in punt 65 van dit arrest reeds is overwogen dat recente ervaring op de markt van de detailhandel in brandstoffen een bijzonder relevant aspect is van het vermogen van een kandidaat om het uitdrukkelijke doel van de verbintenissen te bereiken, namelijk het handhaven of ontwikkelen van een daadwerkelijke en duurzame mededinging, met name gelet op het feit dat TotalFina reeds vóór de concentratie op de betrokken markt bijna een machtspositie had, en dat de Commissie onder meer het feit dat een overnemer een nieuwkomer is op de betrokken markt, in aanmerking mag nemen om goedkeuring voor zijn kandidatuur te weigeren.
- 118 Vastgesteld moet worden dat zelfs indien in de beschikking van 9 februari 2000 wordt gewezen op het zeer geconcentreerde karakter van de betrokken markt en op de moeilijkheden die nieuwkomers op die markt ondervinden (zie met name punten 207-210), het feit dat de Commissie er bij de beoordeling van verzoeksters' kandidatuur rekening mee houdt dat zij nieuwkomers zijn zonder recente ervaring op de markt van de detailverkoop van brandstoffen, niet kan worden afgekeurd. Het zou indruisen tegen het doel van de verbintenissen, een kandidaat voor te trekken op de enkele grond dat hij een nieuwkomer is, indien hij gelet op

alle omstandigheden niet in staat is dat doel te bereiken. Aangaande verzoeksters' argument dat de bestreden beschikking de grote oliemaatschappijen bevoordeelt, moet worden opgemerkt dat verzoeksters de in punt 98 van dit arrest weergegeven bewering van de Commissie dat meer dan 85 % van het totale aantal overgedragen tankstations is toegewezen aan andere overnemers dan die maatschappijen, niet betwisten. Bovendien verwijten verzoeksters de Commissie dat TotalFina Elf aan Shell en Esso twee tankstations heeft verkocht die aanvankelijk voor hen waren bestemd. Volgens het Gerecht kan uit dat enkele feit niet worden afgeleid dat de Commissie de grote oliemaatschappijen bevoordeelt. Dit argument moet dan ook worden afgewezen.

- 119 Inzake verzoeksters' argument dat ook al waren zij niet aanwezig op de betrokken markt, zij blijkens hun voorgeschiedenis over de door de Commissie vereiste ervaring beschikken, zij opgemerkt dat verzoeksters naar eigen zeggen de markt hebben verlaten „aan het eind van de jaren 80, ten gevolge van de evolutie van de Franse markt”. De Commissie kan dan ook niet worden verweten dat zij bij de beoordeling van verzoeksters' kandidatuur rekening heeft gehouden met het feit dat zij geen recente ervaring hadden op de betrokken markt, welke ervaring de Commissie noodzakelijk achtte om een tegengewicht te bieden aan de bijna-machtspositie van TotalFina Elf op die markt. Bovendien was het feit dat verzoeksters nieuwkomers waren op de markt van de detailverkoop van brandstoffen slechts één element voor de beoordeling door de Commissie en, voorzover dit element op zich in voorkomend geval niet kan volstaan om verzoeksters' kandidatuur af te wijzen, kan het door de Commissie samen met andere elementen bij die beoordeling in aanmerking worden genomen.

- 120 Ook het argument van verzoeksters (zie punt 83 van dit arrest) dat zij in 2005 andere tankstations zullen kunnen verwerven op plaatsen waar zij reeds restaurants hebben, moet worden afgewezen. Zoals de Commissie stelt (zie punt 99 van dit arrest), is het immers louter theoretisch en enkel gebaseerd op verzoeksters' projecten. De mogelijkheid om de mededinging op de betrokken markt in een vrij verre toekomst, namelijk ten vroegste in 2005, te verbeteren, is

weliswaar een factor die de Commissie in bepaalde omstandigheden in aanmerking kan nemen, maar dat is hoe dan ook niet zo in het onderhavige geval, waarin zij wordt geconfronteerd met een vrij zwakke kandidatuur waarvan het succes in de toekomst, althans als motor of stimulans van een daadwerkelijke mededinging, erg onzeker is.

- 121 Verzoeksters hebben dan ook niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door het standpunt in te nemen dat zij noch alleen, noch samen met andere overnemers op de markt een daadwerkelijke mededinging hadden kunnen handhaven of ontwikkelen, zoals door de verbintenissen wordt vereist.
- 122 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat verzoeksters' tweede grief moet worden afgewezen, aangezien zij niet hebben aangetoond dat de Commissie in casu een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.
- 123 Bijgevolg moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

- 124 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de conclusies van de Commissie worden verwezen in de kosten van het geding, daaronder begrepen die van de procedure in kort geding.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.

- 2) Verwijst verzoeksters in hun eigen kosten en in die van de Commissie, met inbegrip van de kosten van de procedure in kort geding.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 3 april 2003.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

H. Jung

R. García-Valdecasas