

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)
3 de Abril de 2003 *

No processo T-342/00,

Petrolessence SA, estabelecida em Nancy (França),

Société de gestion de restauration routière SA (SG2R), estabelecida em Nancy,

representadas por F. Puel e M. Troncoso Ferrer, advogados, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrentes,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por W. Mölls, F. Siredey-Garnier e F. Lelièvre, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

* Língua do processo: francês.

apoiada por

República Francesa, representada por G. de Bergues e F. Million, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

interveniente,

que tem por objecto um pedido de anulação da decisão da Comissão, de 13 de Setembro de 2000, que rejeita a proposta da TotalFina Elf relativa à aprovação das recorrentes como cessionárias de seis estações de serviço de auto-estrada,

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

composto por: J. D. Cooke, presidente, R. García-Valdecasas e P. Lindh, juízes,

secretário: B. Pastor, secretária adjunta,

vistos os autos e após a audiência de 11 de Abril de 2002,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do litígio

- 1 A Petrolescence SA, criada em 1992, era um distribuidor e importador de produtos petrolíferos nas regiões da Lorena e na região parisiense até final dos anos 80. Desde o início dos anos 70, a Petrolescence seguiu uma política de diversificação das suas actividades relativas às estações de serviço e passou a oferecer prestações de restauração. Em 1980, criou uma filial especializada na gestão de restaurantes, a Sociedade de Gestão de Restauração Rodoviária SA (SG2R), cujos estabelecimentos operam sob a insígnia «Le Mirabellier». Em 1987, a Petrolescence cedeu as suas actividades petrolíferas.
- 2 Em 24 de Agosto de 1999, a Comissão recebeu a notificação de um projecto de concentração, no âmbito do qual a empresa TotalFina, sociedade anónima de direito francês, que exerce as suas actividades nos domínios da produção de petróleo e de gás, da refinação, da distribuição de produtos petrolíferos, da petroquímica e da química de especialidades, adquire o controlo do conjunto da empresa Elf Aquitaine, sociedade anónima de direito francês, que exerce as suas actividades nos domínios da produção de petróleo e de gás, da refinação, da distribuição de produtos petrolíferos, da petroquímica e da química de especialidades no sector da saúde, através de uma oferta pública de aquisição anunciada em 5 de Julho de 1999. As actividades das duas sociedades em causa são exercidas a nível mundial.

- 3 Pela Decisão 2001/402/CE, de 9 de Fevereiro de 2000 (processo COMP/M.1628 — TotalFina/Elf) (JO 2001, L 143, p. 1, a seguir «decisão de 9 de Fevereiro de 2000»), tomada, nomeadamente, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO 1990, L 257, p. 13), a Comissão declarou a operação de concentração notificada compatível com o mercado comum e o funcionamento do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, na condição de certos compromissos propostos pelas partes notificantes e reproduzidos em anexo à referida decisão serem integralmente respeitados (a seguir «compromissos») (v., nomeadamente, artigo 1.º da decisão de 9 de Fevereiro de 2000).

- 4 Na decisão de 9 de Fevereiro de 2000, a Comissão identificou vários mercados em causa, entre os quais o da venda de combustíveis nas auto-estradas em França. No que respeita a este mercado, único pertinente no caso vertente, concluiu que existia uma procura distinta para os combustíveis nas auto-estradas, cujas características são diferentes das da procura fora das auto-estradas, e que a oferta de combustíveis nas auto-estradas não era afectada pela oferta de combustíveis fora das auto-estradas. Afirmou que as diferenças de preços significativas e duradouras entre os combustíveis vendidos fora das auto-estradas e nas auto-estradas confirmavam esta conclusão e que o mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas constituía um mercado distinto (v., nomeadamente, n.º 176). A situação actual da concorrência nesse mercado seria próxima de uma situação de domínio exercido unicamente ou conjuntamente pela TotalFina, desempenhando esta empresa o papel de líder (n.º 216).

- 5 A Comissão referiu, na decisão de 9 de Fevereiro de 2000, que a operação de concentração em causa daria origem a uma posição dominante no mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas francesas e que, após esta operação, a TotalFina/Elf seria fortemente incitada a aumentar os seus preços e/ou a diminuir a qualidade dos seus serviços (n.ºs 220 e 221 da decisão de 9 de Fevereiro de 2000). Os compromissos apresentados destinavam-se a eliminar os problemas de concorrência identificados pela Comissão.

- 6 Nos termos do ponto 1 dos compromissos, a TotalFina devia proceder à cessão de activos, a fim de preservar uma concorrência efectiva nos mercados afectados

pela operação de concentração. Tratava-se, nomeadamente, de ceder, em determinado prazo, 70 estações de serviço das marcas Elf, Total e Fina, situadas nas auto-estradas francesas (v. ponto 36 dos compromissos).

7 Os cessionários das estações de serviço deviam ser aprovados pela Comissão e satisfazer, para esse efeito, as condições enunciadas no ponto 1 dos compromissos. As condições pertinentes no caso vertente estão redigidas como segue:

«b) O ou os cessionários deverão ser operadores viáveis, potencial ou realmente presentes nos mercados em causa, capazes de manter ou de desenvolver uma concorrência efectiva;»

8 O ponto 2 dos compromissos prevê:

«A parte notificante apresentará à Comissão, o mais rapidamente possível:

a) O ou os projectos de documento de informação relativos à cessão de cada categoria de activos (depósitos de produtos refinados, participações nos oleodutos; estações de serviço de auto-estrada, activos do sector GPL), destinados a serem entregues aos potenciais adquirentes;

b) A lista dos adquirentes potenciais que a parte notificante pretende contactar.

Se a Comissão, num prazo de cinco (5) dias úteis a contar da data da entrega desses documentos, não se pronunciar sobre os documentos em questão, os mesmos deverão ser considerados aceites pela Comissão.»

9 O ponto 4 dispõe:

«A escolha do ou dos cessionários estará sujeita à aprovação da Comissão. O pedido de aprovação do ou dos cessionários incluirá as informações necessárias para permitir à Comissão verificar se o ou os candidatos satisfazem as condições referidas no [ponto] 1 *supra*. A Comissão informará a parte notificante da sua aprovação ou da sua rejeição do ou dos candidatos cessionários propostos num prazo de dez (10) dias úteis a contar da recepção do pedido de aprovação. A ausência de reacção da Comissão neste prazo de dez (10) dias será considerada uma circunstância excepcional a título do [ponto] 6 *infra*.»

10 O ponto 5 dos compromissos prevê:

«A parte notificante compromete-se a concluir acordos irrevogáveis de cessão dos activos num prazo de [...] a contar da data de recepção da decisão que autoriza a concentração ao abrigo do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento n.º 4064/89 (a seguir denominado o primeiro prazo). A cessão efectiva dos activos ocorrerá num prazo de [...], no máximo, após a conclusão do acordo de cessão (a seguir denominado o segundo prazo).»

11 O ponto 6 dos compromissos dispõe:

«Em caso de circunstâncias excepcionais que tenham impedido a conclusão do acordo de cessão ou a cessão efectiva, respectivamente, no primeiro ou no segundo prazo supra-referidos, o prazo em questão poderá ser prorrogado, à discricção da Comissão, mediante pedido devidamente justificado da parte notificante.»

12 O conteúdo e as modalidades particulares de execução dos compromissos no mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas figuram nos pontos 36 e 37 dos compromissos. O ponto 37, alínea c), prevê: «A fim de permitir o restabelecimento imediato de uma concorrência efectiva e duradoura, a parte notificante compromete-se a propor aos adquirentes do todo ou parte das estações de serviço cedidas a transferência do pessoal necessário à gestão administrativa, comercial e contabilística. [...]» O ponto 37, alínea e), dispõe nomeadamente: «[...] os operadores que pretendam apresentar uma proposta de aquisição deverão poder comprovar uma experiência directa ou indirecta na exploração de uma rede de estações de serviço, qualquer que ela seja.»

13 Para dar cumprimento a este compromisso, a TotalFina Elf apresentou à Comissão, em 12 de Agosto de 2000, um pedido de aprovação de compradores para a totalidade das 70 estações de serviço em causa. Entre os compradores propostos, a TotalFina Elf seleccionou as recorrentes, sob a sua insígnia comercial, para a cessão de seis estações de serviço. Seleccionou igualmente a sociedade Agip para a cessão de 33 estações de serviço. Para este efeito, as recorrentes haviam apresentado à TotalFina Elf, em 6 de Julho de 2000, uma oferta firme respeitante à aquisição de um certo número de estações de serviço de auto-estrada, em que indicaram o nome e o preço das estações de serviço pretendidas. Em anexo, comunicaram um projecto de protocolo relativo à distribuição nas auto-estradas, cujo ponto 3.2 recorda que, em aplicação da decisão de 9 de Fevereiro de 2000, a TotalFina Elf deve submeter os cessionários das estações de serviço à aprovação da Comissão, e cujo ponto 3.3, alínea b), estipula as circunstâncias em que os compromissos das partes caducarão.

- 14 Em 29 de Agosto de 2000, a Comissão recebeu da TotalFina Elf informações suplementares consideradas necessárias por aquela instituição para se poder pronunciar sobre o pedido de aprovação.

- 15 Por decisão de 13 de Setembro de 2000, dirigida à TotalFina Elf (a seguir «decisão impugnada»), a Comissão considerou que as recorrentes não satisfaziam uma das condições indicadas no ponto 1, alínea b), dos compromissos para se obter a aprovação necessária. Mais particularmente, considerou que, no âmbito do grupo dos compradores propostos, a sua candidatura não permitia manter e desenvolver uma concorrência efectiva, nomeadamente em relação à TotalFina Elf (n.º 32 da decisão impugnada).

- 16 Assim, ao rejeitar a proposta da TotalFina Elf relativa às recorrentes, a Comissão referiu nos n.ºs 18 e 19 da decisão impugnada que:

«À luz das informações fornecidas pela TotalFina Elf, a Le Mirabellier não será capaz de exercer uma concorrência efectiva. O projecto deste operador assenta essencialmente na sua capacidade de gerar sinergias entre a sua actividade actual de restaurador e a distribuição de combustíveis. A estratégia que a Le Mirabellier pretende seguir distingue-se, portanto, da que é seguida pelos outros operadores nas auto-estradas.

Todavia, esta sociedade terá de ultrapassar dificuldades consideráveis para obter margens de manobra concorrenciais. Desde logo, não dispõe actualmente de restaurantes nas estações de serviço que se propõe adquirir. As sinergias previstas não poderão, por conseguinte, ser geradas de imediato. Seguidamente, trata-se de um operador novo, sem experiência recente do mercado da venda a retalho de combustíveis. Não há a certeza de que os volumes globais de combustíveis que serão vendidos confirmem à Le Mirabellier um poder de negociação importante face às refinarias francesas junto das quais prevê satisfazer 70% das suas

necessidades. A este título, deve notar-se que a TotalFina Elf é a refinaria preponderante na zona Norte da França, onde a Le Mirabellier pretende estabelecer-se. Além disso, o reduzido número de estações de serviço limitará as economias de escala e de logística de que beneficiam as suas concorrentes. Acresce que este actor deverá, desde o início das suas operações, praticar uma política de preços atractivos para consolidar a sua credibilidade junto dos consumidores. Em suma, a Le Mirabellier não terá capacidade para manter e desenvolver uma concorrência efectiva, nomeadamente em relação à TotalFina Elf. Esta empresa não satisfaz, portanto, o segundo critério de aprovação enunciado no [ponto] 1, [alínea] b), dos compromissos.»

- 17 Através da decisão impugnada, a Comissão rejeitou igualmente a proposta da TotalFina relativa à Agip.
- 18 No n.º 32 da decisão impugnada, a Comissão acrescentou que «[n]ão sendo apresentadas observações pela TotalFina Elf, no prazo de cinco dias úteis, a sua proposta respeitante [às candidaturas das recorrentes] será, por conseguinte, rejeitada». A Comissão precisou que só poderia pronunciar-se definitivamente sobre as outras candidaturas no quadro de uma nova proposta global.
- 19 Por carta de 20 de Setembro de 2000, após terem tomado conhecimento das passagens da decisão impugnada que lhes diziam respeito, as recorrentes transmitiram informações complementares à Comissão.
- 20 Em 20 de Outubro de 2000, a TotalFina Elf submeteu à aprovação da Comissão um novo grupo de compradores potenciais que incluía a Agip, mas não as recorrentes. A Comissão concedeu a sua aprovação a estes compradores em 7 de Novembro de 2000 (a seguir «decisão de 7 de Novembro de 2000»).

Tramitação processual

- 21 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 13 de Novembro de 2000, as recorrentes interpuseram o presente recurso.
- 22 Por requerimento separado, apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no mesmo dia, as recorrentes introduziram um pedido de medidas provisórias destinado, por um lado, a obter a suspensão da execução da decisão impugnada, na parte em que rejeita a proposta da TotalFina Elf relativa à sua aprovação como cessionárias de seis estações de serviço de auto-estrada e, por outro, a obrigar a Comissão a ordenar à TotalFina Elf que suspenda a execução do compromisso contido no ponto 36 dos compromissos, no que se refere às seis estações de serviço em causa.
- 23 Por despacho de 17 de Janeiro de 2001 do presidente do Tribunal de Primeira Instância, foi indeferido o pedido de medidas provisórias e reservada para final a decisão quanto às despesas.
- 24 Por requerimento entregue na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 1 de Fevereiro de 2001, a República Francesa solicitou a sua admissão como interveniente, no presente processo, em apoio do pedido da Comissão.
- 25 Por despacho de 5 de Março de 2001 do presidente da Quinta Secção do Tribunal de Primeira Instância, este pedido foi deferido.
- 26 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) decidiu dar início à fase oral.

- 27 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal de Primeira Instância na audiência de 11 de Abril de 2002.

Pedidos das partes

- 28 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:

- declarar o presente recurso admissível;

- anular a decisão impugnada na parte em que indica que as recorrentes não preenchem as condições enunciadas no ponto 1, alínea b), dos compromissos e que rejeita a sua candidatura à aquisição de seis estações de serviço;

- condenar a Comissão nas despesas.

- 29 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- a título principal, declarar o recurso inadmissível;

- a título subsidiário, negar provimento ao recurso;

— condenar as recorrentes nas despesas.

30 A República Francesa conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar as recorrentes nas despesas.

Quanto à admissibilidade

Argumentação das partes

31 A Comissão alega que o presente recurso é inadmissível por falta de interesse em agir das recorrentes. Considera impossível estabelecer qualquer nexo de causalidade entre a decisão impugnada e a eliminação das recorrentes no quadro das posteriores negociações comerciais com a TotalFina Elf. Ao invés, não contesta que as recorrentes são directa e individualmente afectadas pela decisão impugnada.

32 A Comissão entende que a decisão impugnada não afastou definitivamente as recorrentes enquanto candidatas cessionárias, tendo-se limitado a concluir que, no quadro do «pacote» proposto pela TotalFina Elf em 12 de Agosto de 2000, as

candidaturas da Agip e das recorrentes não interessavam (v., nomeadamente, n.ºs 18 e 32 da decisão impugnada). Assim, não obstante a decisão impugnada, a TotalFina Elf poderia ter seleccionado a candidatura das recorrentes, no quadro do novo pacote que teve de negociar com os candidatos à aquisição. A Comissão sublinha que só então lhe coube decidir sobre as candidaturas seleccionadas no quadro do novo pacote. Observa que a Agip, afastada como as recorrentes no quadro do pacote inicial de 12 de Agosto de 2000, foi de novo proposta pela TotalFina Elf e aceite pela Comissão no quadro do segundo pacote.

- 33 A Comissão entende que resulta igualmente da carta que lhe foi dirigida pelas recorrentes em 20 de Setembro de 2000 (v. n.º 19 *supra*) que estas estavam plenamente conscientes de que conservavam as hipóteses de ver a sua candidatura reexaminada, e até aprovada. Salienta que, no último parágrafo dessa carta, as recorrentes indicam:

«Esperamos que estas informações vos permitam apreciar melhor a nossa capacidade de exercer uma concorrência efectiva e duradoura.»

- 34 As recorrentes alegam que o presente recurso é admissível e que a decisão impugnada constitui um acto definitivo que produz efeitos obrigatórios de natureza a afectar os seus interesses. Salientam que a Comissão precisou, no n.º 32 da decisão impugnada: «Não sendo apresentadas observações pela TotalFina, no prazo de cinco dias úteis, a sua proposta respeitante [às recorrentes] será, por conseguinte, rejeitada». Em 20 de Setembro de 2000, enviaram, à cautela, uma carta à Comissão, onde responderam a cada uma das críticas contidas na decisão impugnada. Apesar destas observações, a Comissão manteve a sua decisão de rejeitar as recorrentes, que se tornou definitiva em 20 de Setembro de 2000.

- 35 As recorrentes consideram que têm interesse em agir no caso vertente, pois, na sequência da adopção da decisão impugnada, ficaram impedidas de adquirir as

estações de serviço que a TotalFina Elf aceitara vender-lhes. Acrescentam que a adopção da decisão impugnada reduz significativamente as suas hipóteses no âmbito dos concursos públicos que vão ser lançados após 2005 com vista à renovação das concessões de áreas de auto-estrada.

Apreciação do Tribunal

- 36 Pelo presente recurso, as recorrentes pretendem obter a anulação da decisão contida na carta da Comissão de 13 de Setembro de 2000 dirigida à TotalFina Elf, informando-a que a sua proposta de 12 de Agosto de 2000 relativa à aprovação dos cessionários de estações de serviço de auto-estrada, em França, que incluía, nomeadamente, as recorrentes, havia sido rejeitada.
- 37 É jurisprudência constante que constituem actos ou decisões susceptíveis de serem objecto de recurso de anulação, na acepção do artigo 230.º CE, as medidas que produzem efeitos jurídicos vinculativos susceptíveis de afectar os interesses da parte recorrente, alterando de modo caracterizado a sua situação jurídica (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, 60/81, Recueil, p. 2639, n.º 9, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Janeiro de 2002, Van Parys e Pacific Fruit Company/Comissão, T-160/98, Colect., p. II-233, n.º 60). Para determinar se um acto ou uma decisão produz esses efeitos, há que atender à sua substância. À luz deste postulado, o enunciado da decisão impugnada deve ser interpretado tendo em conta o contexto factual e jurídico no qual esta decisão foi redigida e comunicada à TotalFina Elf.
- 38 Para determinar se o presente recurso é admissível, importa referir, desde logo, que o respeito da totalidade dos compromissos submetidos à Comissão era uma condição da declaração de compatibilidade do projecto de concentração da TotalFina Elf com o mercado comum (v. artigo 1.º da decisão de 9 de Fevereiro de 2000) e que a escolha dos cessionários por esta última estava sujeita à

aprovação da Comissão (v. ponto 4 dos compromissos). A este respeito, resulta, nomeadamente, dos n.ºs 18 e 19 da decisão impugnada que as recorrentes não foram consideradas capazes de exercer uma competência efectiva no mercado em causa e que, por conseguinte, não preenchiam uma das condições exigidas no ponto 1, alínea b), dos compromissos. Deve concluir-se que, perante os termos da decisão impugnada, a TotalFina Elf não podia, de acordo com os compromissos, ceder, nessa fase, às recorrentes as seis estações de serviço referidas, sem pôr em causa o projecto de concentração. Daqui decorre que a decisão impugnada constitui uma recusa, por parte da Comissão, de aprovar a candidatura das recorrentes, que, nessa medida, modificou de forma caracterizada a situação jurídica destas últimas.

39 Além disso, a Comissão não pode pretender que a sua rejeição da candidatura das recorrentes não era definitiva. Na decisão impugnada, a Comissão indica expressamente que, caso a TotalFina Elf não apresentasse observações no prazo de cinco dias úteis, a candidatura das recorrentes seria rejeitada (v. n.º 32 da decisão impugnada e n.º 18 *supra*). Nenhum outro acto da Comissão era, portanto, necessário para tornar definitiva a sua rejeição das candidaturas das recorrentes.

40 Resulta igualmente do projecto de protocolo relativo à distribuição nas auto-estradas, redigido pela TotalFina Elf e anexo à oferta firme das recorrentes de 6 de Julho de 2000, que, se, no termo do prazo de seis meses a contar da assinatura, a Comissão não aprovar a cessão em causa, o compromisso de vender da TotalFina Elf e o compromisso de adquirir das recorrentes «caducarão de pleno direito, pelo simples decurso do prazo, sem necessidade de qualquer formalidade seja de que natureza for e sem direito a qualquer indemnização ou pagamento de qualquer montante, a qualquer título». É evidente que as reservas manifestadas pela Comissão na decisão impugnada quanto à candidatura das recorrentes tiveram por efeito colocar a TotalFina Elf na posição, até mesmo na obrigação, de se desvincular do seu compromisso de vender as seis estações de serviço às recorrentes. O facto de que a TotalFina Elf poderia ter, teoricamente, voltado a propor as recorrentes no quadro de um novo pacote de compradores não é relevante uma vez que não tinha qualquer obrigação contratual de o fazer e decidiu não o fazer.

- 41 Daqui decorre que as observações da Comissão, na decisão impugnada, quanto à candidatura das recorrentes e a sua recusa de aprovar a venda das seis estações de serviço em causa deram origem à eliminação das recorrentes do quadro das posteriores negociações comerciais com a TotalFina Elf. Por conseguinte, as recorrentes dispõem de interesse em agir.
- 42 Face a estas considerações, deve concluir-se que o recurso é admissível.

Quanto ao mérito

- 43 As recorrentes invocam dois fundamentos de recurso, que consistem, em primeiro lugar, numa violação do ponto 4 dos compromissos e, em segundo lugar, numa violação dos artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 211.º CE e do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 4064/89.

Quanto ao primeiro fundamento, baseado numa violação do ponto 4 dos compromissos

Argumentação das partes

- 44 As recorrentes alegam que a decisão impugnada deve ser anulada por violação de formalidades essenciais na aceção do artigo 230.º, segundo parágrafo, CE. Ao adoptar esta decisão em 13 de Setembro de 2000, a Comissão ultrapassou o prazo de dez dias úteis a contar da recepção de um pedido de aprovação, fixado no ponto 4 dos compromissos, para adopção de uma decisão de aprovação ou de

rejeição do ou dos candidatos cessionários propostos pela TotalFina Elf. Além disso, entendem que, não tendo sido derogado esse prazo, como previsto no ponto 6 dos compromissos, por superveniência de circunstâncias especiais, e uma vez que o pedido de aprovação foi apresentado em 12 de Agosto de 2000, a Comissão deveria ter-se pronunciado sobre este pedido, o mais tardar, até 28 de Agosto de 2000. As recorrentes sublinham que, embora o ponto 4 dos compromissos não forneça indicações quanto às consequências desta omissão imputável à Comissão, o resultado que dela decorre deve, porém, ser analisado como uma decisão tácita de aceitação do ou dos candidatos propostos, por analogia com o ponto 2 dos compromissos, que prevê que, se a Comissão não se tiver pronunciado sobre certos documentos no prazo de cinco dias úteis a contar da data da sua entrega, os referidos documentos deverão ser considerados por ela aceites.

45 Na réplica, as recorrentes alegam que, regra geral, o respeito de um prazo razoável por parte da Comissão, aquando da tomada de decisões no termo dos procedimentos administrativos em matéria de política de concorrência, constitui um princípio geral do direito comunitário (acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1997, Guérin automobiles/Comissão, C-282/95 P, Colect., p. I-1503). Salientam que a interpretação dos compromissos seguida pela Comissão ignora as garantias conferidas pela ordem jurídica comunitária nos procedimentos administrativos. Não reconhecer efeitos jurídicos à ultrapassagem do prazo de dez dias imposto pelo ponto 4 dos compromissos conduziria, de facto, a deixar aberta a possibilidade de um adiamento *sine die* da tomada de posição pela Comissão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1993, Asia Motor France e o./Comissão, T-7/92, Colect., p. II-669).

46 As recorrentes consideram que o argumento da República Francesa segundo o qual o prazo de dez dias só começa a contar a partir do momento em que a Comissão toma posse de todos os elementos necessários para se pronunciar é infundado. A Comissão não pode basear-se numa falta de informações para adiar o início da contagem do prazo. Nesse caso, efectivamente, o prolongamento do prazo ficaria à inteira discrição da Comissão. Acrescentam que o facto de o prazo ter sido apenas ligeiramente ultrapassado não pode justificar uma inexistência de consequências jurídicas.

- 47 A Comissão sustenta que o facto de os efeitos de uma abstenção sua de se pronunciar no prazo de cinco dias úteis terem sido efectivamente indicados no ponto 2 dos compromissos demonstra que a inexistência de uma indicação da mesma natureza no ponto 4 dos compromissos não pode, em caso algum, significar uma aceitação tácita dos cessionários propostos. Além disso, entende que, no plano dos princípios, não podem ser aceites raciocínios por analogia, uma vez que se trata de duas disposições perfeitamente independentes uma da outra, que regulam duas situações totalmente distintas. Acresce que resulta do ponto 3.2 do projecto de protocolo relativo à distribuição nas auto-estradas, anexo à oferta firme das recorrentes de 6 de Julho de 2000, onde estas referiram que a Comissão podia prolongar o prazo de dez dias «à sua discrição», que as mesmas estavam conscientes do carácter não vinculativo e, sobretudo, da inexistência de efeitos jurídicos do referido prazo quanto à aprovação ou à rejeição das propostas formuladas. A Comissão sustenta, por outro lado, que o prazo de dez dias úteis a contar de 29 de Agosto de 2000 só foi ultrapassado em um dia e que, por conseguinte, agiu com toda a celeridade necessária. Consequentemente, a ultrapassagem do prazo não tem qualquer relevância quanto à legalidade da decisão impugnada.
- 48 A República Francesa considera que as recorrentes estão enganadas a respeito da fixação do início da contagem do prazo de dez dias, que não é 12 de Agosto de 2000, data em que a primeira lista de candidatos foi apresentada, mas sim 29 de Agosto de 2000, data em que a Comissão recebeu informações complementares por parte da TotalFina Elf e tomou posse de todos os elementos necessários para se pronunciar [y., por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2001, Áustria/Comissão, C-99/98, Colect., p. I-1101, n.º 56, e artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento (CEE) n.º 4064/89, JO L 61, p. 1]. Acrescenta que um exame da jurisprudência em matéria de violação de formalidades essenciais revela que apenas violações de uma certa gravidade são susceptíveis de afectar a legalidade de uma decisão da Comissão com esse fundamento (acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1991, Interhotel/Comissão, C-291/89, Colect., p. I-2257, n.º 17, e de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o., C-137/92, Colect., p. I-2555, n.ºs 75 e 76). Assim, a República Francesa entende que a ultrapassagem marginal de um prazo de dez dias não pode constituir violação de uma formalidade essencial, susceptível de acarretar a anulação da decisão impugnada.

- 49 A Comissão considera que a tese das recorrentes relativa à violação do princípio do prazo razoável é inadmissível, pois constitui um fundamento novo aduzido pela primeira vez na fase da réplica (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1999, Atlanta/Comunidade Europeia, C-104/97, Colect., p. I-6983). Em qualquer dos casos, resulta claramente dos pontos 4 e 6 dos compromissos que a ultrapassagem do prazo apenas tem por efeito jurídico uma eventual prorrogação, à discrição da Comissão e a pedido devidamente justificado da parte notificante, do prazo de execução dos compromissos. No caso vertente, uma vez que não foi apresentado qualquer pedido pela TotalFina Elf, o prazo de execução dos compromissos continua a ser o que foi fixado inicialmente na decisão de 9 de Fevereiro de 2000, não tendo havido, portanto, qualquer «adiamento *sine die*» da realização da operação de concentração.

Apreciação do Tribunal

- 50 O argumento das recorrentes segundo o qual a ultrapassagem do prazo de resposta previsto no ponto 4 dos compromissos gerou uma decisão tácita de aprovação do ou dos candidatos, por analogia com o ponto 2 dos compromissos, deve ser julgado improcedente.
- 51 Com efeito, contrariamente ao que as recorrentes sustentam, o ponto 4 dos compromissos prevê as consequências da não reacção da Comissão relativamente a um pedido de aprovação, no prazo de dez dias úteis a contar desse pedido, a saber, esse silêncio deve ser considerado uma circunstância excepcional nos termos do ponto 6 dos compromissos, do qual é possível deduzir que, em situações como a do caso vertente, o prazo em causa pode ser prorrogado pela Comissão. De facto, embora a redacção do ponto 6 pareça destinar-se a cobrir as situações em que a TotalFina Elf fique impedida de executar os seus contratos de cessão nos prazos impostos pela Comissão, e não os casos de não reacção por

parte desta última, a remissão expressa do ponto 4 para o ponto 6 deve ser interpretada no sentido de que permite a prorrogação legítima do prazo. Consequentemente, a não aprovação da Comissão no prazo prescrito não pode ser equiparada a uma decisão de aprovação.

- 52 Além disso, importa referir que o ponto 6 dos compromissos se destina a proteger os interesses da parte notificante, isto é, a TotalFina Elf, no caso vertente. Deste modo, a remissão operada no ponto 4 dos compromissos para o ponto 6 acima referido permite apenas à parte notificante, em caso de não resposta da Comissão dentro do prazo prescrito, pedir a esta última a prorrogação do mesmo prazo, o que não foi feito no caso vertente, uma vez que a TotalFina Elf tomou conhecimento da decisão da Comissão após o termo do referido prazo. Daqui decorre que as recorrentes não têm o direito de invocar, contra a Comissão, a ultrapassagem desse prazo.
- 53 Nestas circunstâncias, não há lugar ao exame do argumento, invocado pelas recorrentes na réplica, baseado numa violação das garantias conferidas pela ordem jurídica comunitária nos procedimentos administrativos.
- 54 O primeiro fundamento das recorrentes deve, em consequência, ser julgado improcedente.

Quanto ao segundo fundamento, baseado numa violação dos artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 211.º CE e do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 4064/89

- 55 As recorrentes baseiam o presente fundamento em duas arguições, para demonstrar que a decisão impugnada está viciada. A primeira assenta numa aplicação de uma condição não prevista pelos compromissos e a segunda, numa apreciação errónea da sua candidatura pela Comissão.

Quanto à primeira arguição, assente numa aplicação de uma condição não prevista pelos compromissos

— Argumentação das partes

- 56 As recorrentes sustentam que os compromissos não impõem aos operadores interessados em apresentar uma oferta de aquisição uma presença no sector petrolífero, mas sim, no ponto 37, alínea e), que possuam uma experiência directa ou indirecta na exploração de uma rede de estações de serviço. A menção, no n.º 8 da decisão impugnada, de que os recorrentes não estão «presente[s] no sector petrolífero», constitui, conseqüentemente, um elemento novo no qual a Comissão procurou basear-se para rejeitar a sua candidatura. Indicam igualmente que, se essa condição tivesse sido imposta inicialmente pela Comissão na decisão de 9 de Fevereiro de 2000, não teriam feito um investimento tão vultoso em tempo e em recursos humanos para se apresentarem junto da TotalFina Elf como adquirentes credíveis.
- 57 Na réplica, as recorrentes alegam que o facto de a Comissão ter aplicado critérios, na decisão impugnada, que não foram indicados na decisão de 9 de Fevereiro de 2000 não é consentâneo com os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.
- 58 A Comissão alega que não introduziu qualquer condição não prevista pela decisão de 9 de Fevereiro de 2000 ao referir, no n.º 8 da decisão impugnada, que as recorrentes não estão presentes no sector petrolífero. Na realidade, essa referência tem carácter meramente descritivo. Afirma que a decisão impugnada não se baseou na circunstância de as recorrentes não satisfazerem essa condição específica mas sim na condição geral respeitante à sua capacidade, e à da Agip, de manterem ou de desenvolverem uma concorrência efectiva. A Comissão

acrescenta que, de qualquer modo, o facto de um candidato beneficiar de uma experiência recente no mercado da venda a retalho de combustíveis constitui um elemento particularmente pertinente na avaliação das suas capacidades para manter e desenvolver uma concorrência efectiva, nomeadamente face à situação de quase domínio do mercado em causa por parte da TotalFina Elf. Além disso, os compromissos não enumeravam taxativamente os aspectos a ter em conta na apreciação das capacidades dos candidatos para manter e desenvolver uma concorrência efectiva.

- 59 A República Francesa afirma que o conceito de presença no sector petrolífero «não é evocado pela Comissão no quadro do exame das candidaturas, mas sim no da apresentação dos candidatos à aquisição». Segundo ela, «a Comissão não se apoiou, portanto, na não presença no sector petrolífero» para rejeitar a proposta da TotalFina Elf. Refere igualmente que, salvo se demonstrarem o carácter manifestamente erróneo dos critérios escolhidos, as recorrentes não podem contestar validamente a escolha dos elementos de apreciação utilizados pela Comissão.
- 60 A Comissão e a República Francesa sustentam que os argumentos das recorrentes relativos à violação dos princípios da confiança legítima ou da segurança jurídica (v. n.º 57 *supra*) são inadmissíveis, nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, pois foram aduzidos pela primeira vez na fase da réplica.

— Apreciação do Tribunal

- 61 No que respeita, em primeiro lugar, ao argumento da Comissão e da República Francesa relativo à introdução de um fundamento novo (v. n.º 60 *supra*), deve entender-se que as referências, na réplica, aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima constituem um desenvolvimento do argumento das recorrentes, que consta da petição, segundo o qual não teriam feito um

investimento tão vultoso em tempo e em recursos humanos para se apresentarem junto da TotalFina Elf como adquirentes credíveis, se a Comissão tivesse imposto, desde o início, a condição de uma presença no sector petrolífero na decisão de 9 de Fevereiro de 2000. Importa sublinhar que estes argumentos estão estreitamente ligados ao que foi invocado na petição e devem, conseqüentemente, ser considerados admissíveis.

- 62 Quanto à argumentação das recorrentes relativa à aplicação, no n.º 8 da decisão impugnada, de uma condição não prevista pelos compromissos, importa referir que esta condição respeita à forma como aquela decisão se encontra redigida e à interpretação a dar-lhe.
- 63 Ora, deve referir-se que resulta de uma simples leitura da decisão impugnada que a Comissão não introduziu, no n.º 8 da decisão impugnada, qualquer condição adicional. Com efeito, os n.ºs 1 a 8 da decisão impugnada são de natureza puramente introdutória, limitando-se a recordar os antecedentes do pedido de aprovação da TotalFina Elf de 12 de Agosto de 2000 e a descrever os cessionários das 70 estações de serviço em causa propostos por esta última. A este respeito, os n.ºs 5, 7 e 8 da decisão impugnada contêm uma simples descrição de três dos cessionários propostos pela TotalFina Elf, a saber, a Agip, a AVIA e as recorrentes. O n.º 8 contêm uma descrição muito sumária das recorrentes e da sua actividade principal e apenas faz uma referência, sem a menor apreciação, ao facto, aliás não contestado, de não estarem, nessa época, presentes no sector petrolífero.
- 64 Diversamente, os n.ºs 18 e 19 da decisão impugnada contêm uma apreciação da candidatura das recorrentes, em aplicação dos compromissos. Desde logo, deve referir-se que, aquando da avaliação desta candidatura, a Comissão concluiu, no n.º 18 da decisão impugnada, que as recorrentes não tinham condições para exercer uma concorrência efectiva no mercado em causa. Para sustentar esta conclusão, sublinhou, no n.º 19 da decisão impugnada, que as mesmas teriam de ultrapassar dificuldades consideráveis, devido, nomeadamente, ao facto de constituírem um operador novo, sem experiência recente do mercado da venda a retalho de combustíveis.

- 65 Ora, importa observar que, embora o critério da presença actual no sector petrolífero não seja explicitamente previsto, enquanto tal, pelos compromissos, o ponto 1, alínea b), destes últimos prevê que «os cessionários deverão ser operadores viáveis, potencial ou realmente presentes nos mercados em causa, capazes de manter ou de desenvolver uma concorrência efectiva». Deve concluir-se que, confrontada com a necessidade de avaliar se um candidato seria capaz de garantir uma concorrência efectiva e duradoura [v. ponto 37, alínea c), dos compromissos] no mercado em causa, a Comissão podia legitimamente ou era obrigada a ter em conta, nomeadamente, o facto de o candidato ser um operador novo no mercado da venda a retalho de combustíveis, ainda que a presença no sector petrolífero não seja explicitamente exigida pelos compromissos (v., neste sentido, n.ºs 170 a 120 *infra*, relativos à apreciação feita pela Comissão, no n.º 19 da decisão impugnada, do facto de as recorrentes serem um operador novo no mercado).
- 66 Daqui decorre que a primeira arguição do segundo fundamento é infundada e deve ser julgada improcedente.

Quanto à segunda arguição, assente numa apreciação errónea da candidatura das recorrentes pela Comissão

— Argumentação das partes

- 67 As recorrentes consideram que a apreciação da sua candidatura, levada a cabo pela Comissão nos n.ºs 18 e 19 da decisão impugnada, é manifestamente errónea. Contestam, sob quatro aspectos, as observações aí expostas pela Comissão em apoio da afirmação de que as recorrentes não seriam capazes de exercer uma concorrência efectiva no mercado em causa.

- 68 Em primeiro lugar, alegam que o argumento da Comissão segundo o qual não dispõem de restaurantes nas estações de serviço que se propõem adquirir, o que impediria a criação imediata das sinergias previstas, não pode ser acolhido.
- 69 Sublinham que, dada a experiência da SG2R no mercado da restauração nas auto-estradas, onde detém a terceira posição, e a da Petrolessence no domínio da distribuição de combustíveis, a aquisição das seis estações de serviço da TotalFina Elf seria efectuada no quadro de uma estreita parceria entre si, com o objectivo de implementar uma política comum de marketing e de gestão. Sustentam que as sinergias entre a distribuição de combustíveis e os outros serviços foram reconhecidas pela Comissão, no n.º 168 da decisão de 9 de Fevereiro de 2000, e que, no caso delas, se baseiam em elementos quantificados. Enquanto as estações de serviço nas auto-estradas praticam margens de cerca de 900 francos franceses (FF) por metro cúbico de combustível, as recorrentes previram na sua oferta à TotalFina Elf margens de 450 FF a 500 FF por m³ de combustível. Avaliam as margens geradas pelas lojas e pelos restaurantes (convertidas em m³ de combustível) num montante entre 300 FF e 350 FF por m³. A soma destas margens, comparadas com a totalidade dos encargos, revela um resultado bruto francamente positivo.
- 70 As recorrentes acrescentam que, embora quatro das estações de serviço que desejam adquirir não disponham, de facto, de restaurante, propuseram na sua oferta firme à TotalFina Elf criar unidades de restauração, a fim de gerar as sinergias previstas. Estaria prevista a abertura de um restaurante no prazo de 18 meses a dois anos a contar da cessão dos activos.
- 71 As recorrentes sublinham, na réplica, nunca ter pretendido que a viabilidade do seu projecto só dependia da abertura imediata de restaurantes nas estações de serviço que desejavam adquirir. As sinergias apresentadas na sua oferta firme deviam ser analisadas ao longo do tempo. Acrescentam que: «Das 70 estações de serviço que [a TotalFina Elf] devia ceder, nenhuma dispunha de uma unidade de restauração pertencente à Le Mirabellier. É, portanto, difícil descortinar como é

que a escolha da Le Mirabellier no seu pedido à [TotalFina Elf] poderia ter recaído nessas estações». Em qualquer dos casos, os valores citados no n.º 69 *supra* demonstram que a venda de combustíveis e a restauração nas auto-estradas já são, por si só, inteiramente rentáveis, sem ser necessário subsidiar uma actividade através de outra. Esta confiança é partilhada pelos bancos que apoiaram financeiramente as recorrentes com base nesses valores. Além disso, as recorrentes indicam que, embora quatro das seis estações de serviço não disponham de restaurante, dispõem de uma loja para a qual prevêm margens (convertidas em m³ de combustível) de 300 FF a 350 FF por m³ de combustível. Deste modo, as margens que deveriam ser obtidas com os restaurantes, durante a fase da sua construção, seriam compensadas pelas receitas realizadas por outro lado. Relativamente às duas outras estações de serviço que dispõem de restaurantes, as sinergias previstas pelas recorrentes seriam imediatamente geradas após a cessão dos activos, uma vez que aquelas estações ficariam sob a alçada da Le Mirabellier, número três da restauração nas auto-estradas francesas e capaz de atrair particularmente a clientela.

- 72 Na réplica, as recorrentes referem que, na decisão de 9 de Fevereiro de 2000, a Comissão fixou como condição que os cessionários sejam capazes de manter «ou» de desenvolver uma concorrência efectiva. Ora, no n.º 19 da decisão impugnada e na contestação, passou a indicar que os mesmos deveriam ser capazes de manter «e» de desenvolver uma concorrência efectiva. Segundo as recorrentes, esta diferença não é neutra, pois a leitura cumulativa dos dois critérios faz pesar sobre elas uma exigência não imposta pela decisão de 9 de Fevereiro de 2000.
- 73 Em segundo lugar, as recorrentes entendem que a afirmação feita pela Comissão no n.º 19 da decisão impugnada, segundo a qual, atendendo aos volumes globais dos combustíveis que serão vendidos, aquelas disporão de um fraco poder de negociação, aquando da sua compra, face às refinarias francesas junto das quais prevêm satisfazer 70% das suas necessidades, é manifestamente infundada.

- 74 Sustentam que resulta de um exame das condições do mercado que as diferenças entre os diversos preços de compra praticados no mercado dos combustíveis em França são extremamente reduzidas, pelo que não existe concorrência através dos preços no que respeita ao abastecimento junto das refinarias. Nestas condições, não se pode afirmar que a capacidade de um operador comprar grandes quantidades é determinante para lhe conferir uma situação concorrencial através dos preços. Assim, a diferença entre o preço de compra de um operador com uma grande capacidade de compra e o preço de um operador independente solvente, com uma única estação de serviço, situa-se entre 5 FF e 20 FF por m³ de combustível, isto é, um máximo de 2 cêntimos por litro na bomba.
- 75 As recorrentes alegam que o facto de os bancos aceitarem financiar o seu projecto prova que as margens por elas previstas são credíveis. Sublinham igualmente que existem apenas diferenças marginais entre os preços fora da rede praticados em cada uma das regiões francesas (v. n.º 35 da decisão de 9 de Fevereiro de 2000). Além disso, após a decisão de 9 de Fevereiro de 2000, a TotalFina Elf continua a controlar a refinaria de Mardyck, o que coloca todos os compradores fora da rede, na zona onde se encontram as seis estações de serviço em causa, numa posição de igualdade. Acrescentam ter auscultado o CPA (entrepósito de importação independente situado em Dunquerque), que lhes confirmou o seu interesse em trabalhar de forma conjunta no abastecimento de combustíveis das seis estações de serviço em causa, e outros fornecedores independentes, como a Martens.
- 76 As recorrentes sustentam igualmente que o argumento da Comissão segundo o qual se expõem a riscos de represálias por parte das refinarias francesas, caso tenham de praticar uma política activa através dos preços relativamente a essas refinarias, não pode ser validamente utilizado como fundamento da decisão impugnada. Nenhum princípio de direito comunitário autoriza a Comissão a recusar a aprovação de um operador com o fundamento de que o mesmo corre o risco de ser vítima de uma prática anticoncorrencial potencial por parte de outro operador.
- 77 Em terceiro lugar, as recorrentes alegam que a afirmação feita pela Comissão no n.º 19 da decisão impugnada, segundo a qual não poderão realizar economias de

escala dado o seu reduzido número de estações de serviço e deverão praticar uma política de «preços atractivos» para consolidar a sua credibilidade junto dos consumidores, é manifestamente infundada. Entendem que a Comissão favorece implicitamente os operadores já instalados no mercado da distribuição de combustíveis, em violação da decisão de 9 de Fevereiro de 2000.

78 As recorrentes sustentam que a Comissão não teve em conta a compensação entre as actividades de distribuição de combustíveis e de loja/restaurante. As economias de escala não decorrem apenas do reabastecimento em combustíveis, devendo antes ser globalizadas com os diferentes serviços efectivamente utilizados pelo automobilista na auto-estrada. A Comissão reconheceu essas economias de escala no n.º 168 da decisão de 9 de Fevereiro de 2000. Além disso, contrariamente ao que a Comissão alega, os custos de coordenação das grandes redes de distribuição são muito elevados, o que explica o recurso aos contratos de *franchising* como forma de os minimizar. Quanto aos custos de logística, o transporte de combustível por camião, em França, diminui as diferenças entre operadores integrados e operadores independentes.

79 As recorrentes alegam igualmente que a decisão impugnada não tem em conta a compensação entre o mercado da distribuição de combustíveis nas auto-estradas e o da distribuição fora das auto-estradas. Sustentam que esses dois mercados são distintos e que, enquanto, no primeiro, a concorrência através dos preços é praticamente inexistente, no segundo, é relativamente efectiva. A prática de preços elevados nas auto-estradas deve-se não apenas à quase inexistência de outros operadores que não as grandes refinarias integradas neste mercado mas também à necessidade destas últimas de compensarem o custo dos combustíveis nas auto-estradas no mercado de distribuição de combustíveis fora das auto-estradas. Portanto, o facto de não disporem de estações de serviço fora das auto-estradas constitui um elemento que as recorrentes podem apresentar como uma vantagem relativamente aos outros candidatos à aquisição que dispõem de estações de serviço fora das auto-estradas, e não um inconveniente, como refere a Comissão na decisão impugnada.

80 As recorrentes invocam a sua intenção de desenvolver uma política de «preços atractivos» a fim de consolidarem a sua credibilidade junto dos consumidores e de, para o efeito, se apoiarem nas sinergias entre a distribuição de combustíveis e os outros serviços. Entendem que esta prática de «preços atractivos» deveria ter levado a Comissão a considerar prioritária a sua candidatura. Ao não fazê-lo, a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação do mercado e da concorrência potencial que pode ser exercida pelas recorrentes.

81 Em quarto lugar, as recorrentes sustentam que a crítica formulada pela Comissão no n.º 19 da decisão impugnada, que consiste no facto de serem um operador novo no mercado, está em total contradição com a sua missão de garantir uma concorrência efectiva no mercado em causa. Na decisão de 9 de Fevereiro de 2000, a Comissão fizera referência ao carácter muito concentrado do mercado em causa (v. n.º 360) e às dificuldades dos novos operadores (v. n.ºs 207 a 211). Contudo, na decisão de 7 de Novembro de 2000, na qual pelo menos duas das estações de serviço anteriormente atribuídas às recorrentes passaram a estar atribuídas à Shell e à Esso, a Comissão não apenas contribuiu para restringir o acesso de novos operadores ao mercado como favoreceu igualmente as grandes sociedades petrolíferas integradas, ao permitir-lhes duplicar o número de estações de serviço que lhes tinham sido inicialmente concedidas. As recorrentes alegam que, no que toca ao mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas em França, existem várias justificações económicas que militam a favor de cessionários não necessariamente presentes actualmente nesse mercado, a fim de desenvolver ou de manter uma concorrência efectiva. A este respeito, sustentam que empresas concorrentes entre si em diversos mercados são capazes de se entender melhor do que quando se encontram em concorrência num único mercado. Quanto maiores são as capacidades de financiamento das empresas presentes num mercado, mais elevados são os riscos de conluio e maior é a tendência de empresas com perfil idêntico se envolverem em práticas concertadas.

82 Quanto à exigência de uma experiência directa ou indirecta na exploração de uma rede de estações de serviço [v. ponto 37, alínea e), dos compromissos], que é a única coerente com a decisão de 9 de Fevereiro de 2000, as recorrentes afirmam

dispor, em todo o caso, da experiência exigida, como revela o historial da Petrolesence. Chamam a atenção, nomeadamente, para o facto de a Petrolesence ter explorado estações de serviço nos anos 80.

- 83 As recorrentes sustentam ainda que a decisão impugnada não favorece a entrada de novos operadores no mercado, contrariamente à lógica da decisão de 9 de Fevereiro de 2000. Sublinham que a decisão impugnada não só lhes causa o prejuízo imediato de não poderem aceder ao mercado das estações de serviço nas auto-estradas como põe totalmente em causa o projecto de desenvolvimento das suas actividades nesse sector por ocasião dos concursos públicos que vão ser lançados após 2005 nesse mesmo mercado.
- 84 A Comissão alega que os argumentos das recorrentes são infundados e devem ser julgados improcedentes. Sublinha que o objectivo dos compromissos relativos à cessão das estações de serviço é impedir a criação de uma posição dominante da TotalFina Elf no mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas francesas (v. n.ºs 157 a 221 da decisão de 9 de Fevereiro de 2000).
- 85 Além disso, a Comissão e a República Francesa concluem que a maior parte dos argumentos invocados pelas recorrentes no presente litígio comportam uma análise económica oposta à que foi levada a cabo pela Comissão. Ora, é jurisprudência constante que a Comissão dispõe de um certo poder discricionário que deve ser tido em conta aquando da fiscalização jurisdicional (acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão, C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.ºs 223 e 224; e acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão, T-102/96, Colect., p. II-753, n.ºs 164 e 165, de 28 de Abril de 1999, Endemol/Comissão, T-221/95, Colect., p. II-1299, e de 15 de Dezembro de 1999, Kesko/Comissão, T-22/97, Colect., p. II-3775, n.º 142).
- 86 A Comissão e a República Francesa alegam que as recorrentes não tinham condições para criar, com efeito imediato, as sinergias previstas entre as suas

actividades de restauração e de distribuição de combustíveis. A Comissão sublinha que a finalidade dos compromissos era impedir a criação de uma posição dominante no mercado em causa e que, por conseguinte, devia garantir que o grupo de compradores proposto pela TotalFina Elf podia assegurar uma concorrência efectiva com efeito imediato.

- 87 A Comissão e a República Francesa referem que as recorrentes, ao mesmo tempo que não contestam que o seu projecto, e, em especial, a sua alegada capacidade de desenvolver uma concorrência activa no mercado em causa, assenta na expectativa de poderem gerar sinergias entre essas actividades, reconhecem que quatro das seis estações de serviço objecto da sua proposta de aquisição não dispõem, até à data, de unidades de restauração e que são necessários 18 meses a dois anos para a sua abertura. Quanto às duas outras estações de serviço que dispõem de «bar bufete», trata-se de unidades de pequena restauração onde o volume de negócios mal ultrapassa 50% do potencial da área. Além disso, as recorrentes precisam do acordo do concessionário da auto-estrada (SEMCA) para colocar a sua insígnia nessas unidades. A Comissão alega igualmente que a presença das recorrentes nos mercados da distribuição de combustíveis e da restauração nas auto-estradas não tem nada de especial relativamente à das suas concorrentes, uma vez que todas as estações de serviço nas auto-estradas dispõem de uma loja e muitas delas de uma unidade de pequena restauração. Consequentemente, as recorrentes não beneficiam de uma vantagem concorrencial específica a este respeito.
- 88 A Comissão entende que as referências feitas pelas recorrentes à possibilidade de adquirirem, em 2005, outras estações de serviço (v. n.º 83 *supra*) devem ser interpretadas no sentido de que as sinergias previstas dependem também dessas aquisições suplementares, o que contribui mais para reforçar as suas conclusões do que para questioná-las. Quanto ao argumento das recorrentes relativo ao facto de que, das 70 estações de serviço que a TotalFina Elf devia ceder, nenhuma dispunha de uma unidade de restauração pertencente à Le Mirabellier e de que, por conseguinte, era difícil descortinar como é que a escolha das recorrentes, na sua oferta à TotalFina Elf, poderia ter recaído em estações com essas unidades, a Comissão afirma que o mesmo não só é novo como carece de pertinência. A Comissão não podia, evidentemente, renunciar ao exame da possibilidade de as recorrentes desenvolverem as referidas sinergias, sob pretexto de que poderiam deparar com dificuldades por não disporem de restaurantes numa ou mais das 70 estações de serviço em causa.

89 A Comissão considera que a asserção das recorrentes segundo a qual podiam permitir-se aplicar, na venda de combustíveis, margens inferiores às dos outros operadores nas auto-estradas, tendo em conta o carácter lucrativo da sua actividade de restauração, carece de pertinência. Entende que há que distinguir entre a possibilidade de fazer subsídios cruzados entre duas actividades exercidas paralelamente e a existência de uma sinergia entre elas, que tem uma influência directa na rentabilidade de pelo menos uma das actividades, actuando, por exemplo, sobre os custos que ela implica. Estas sinergias podem contribuir para que o interessado tenha, simultaneamente, a possibilidade de e um incentivo para fazer concorrência activa através dos preços. Em princípio, não existe interesse em investir fundos provenientes de uma actividade para subsidiar a menor rentabilidade de outra. A Comissão entende igualmente que a afirmação das recorrentes segundo a qual os bancos consideram que os seus projectos são rentáveis não é pertinente. A abordagem dos bancos, marcada pela solvabilidade do cliente, difere largamente da que deve ser seguida pela Comissão e que é marcada pela preocupação de preservar a concorrência efectiva no mercado em causa.

90 A Comissão lamenta o erro de escrita verificado no n.º 19 da decisão impugnada, por força do qual exigiu a presença cumulativa das condições destinadas a «manter e desenvolver» uma concorrência efectiva. Contudo, entende que esta formulação em nada altera a exigência de uma concorrência efectiva imediata, tal como está prevista nos compromissos, em conformidade com o Regulamento n.º 4064/89.

91 A Comissão sustenta que lhe assiste o direito de considerar o poder de negociação das recorrentes muito incerto, atendendo ao facto de que, aquando da adopção da decisão impugnada, não dispunham de uma oferta escrita por parte da Shell, o fornecedor junto do qual as mesmas previram satisfazer 70% das suas necessidades. Segundo a Comissão, «a este respeito, as recorrentes reconheceram que esta incerteza persistirá enquanto existir 'concorrência quanto às aquisições em curso', isto é, enquanto as recorrentes forem candidatas, paralelamente à Shell, à aquisição das estações de serviço». Acrescenta ser incontestável que a capacidade de um operador comprar grandes volumes é determinante para lhe conferir uma situação concorrencial através dos preços. Além disso, a concorrência no mercado em causa assenta essencialmente nos preços. Assim, mesmo as

diferenças de preços previstas pelas recorrentes e referidas no n.º 74 *supra*, aparentemente limitadas, podem desempenhar um papel decisivo na competitividade de um operador. Por outro lado, a Comissão entende que os cálculos das recorrentes demonstram apenas que estas são viáveis, sem fornecer indicações sobre a capacidade da sua proposta de conduzir a uma situação de concorrência efectiva.

- 92 A Comissão sustenta igualmente que é errado circunscrever a comparação entre o poder de negociação das centrais de compras e o das recorrentes a uma comparação de preços. Entende que, se as recorrentes praticarem uma política activa de preços relativamente às refinarias francesas, existe um risco de represália por parte destas últimas, sob a forma de um aumento do preço dos aprovisionamentos ou de uma ameaça de não renovação dos contratos de fornecimento. Sustenta que esta conclusão pode constituir um fundamento válido para a sua recusa de aprovação das recorrentes, uma vez que lhe cabe verificar se as candidaturas dos potenciais compradores permitem atingir o objectivo dos compromissos, a saber, impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante. A incapacidade, para um candidato, de resistir a represálias de intervenientes mais poderosos, cujo domínio importa impedir, constitui um elemento manifestamente pertinente para esse exame.
- 93 A República Francesa sublinha que a problemática das «represálias» não figura na decisão impugnada, a qual se limita a indicar que não há a certeza de que os volumes de combustíveis vendidos às recorrentes lhes confeririam um poder de negociação importante face às refinarias francesas. A Comissão afirma que, contrariamente ao que sustentam as recorrentes, o controlo da TotalFina Elf sobre a refinaria de Mardyk não coloca todos os compradores fora da rede no Norte da França, onde esta refinaria se encontra, num plano de igualdade. As recorrentes não possuem qualquer meio de pressão contra a TotalFina Elf, da qual correm o risco de depender para uma parte das suas compras, no que respeita às condições de aprovisionamento. Diversamente, as centrais de compras e as outras refinarias estão largamente presentes nesses mercados e são capazes de exercer pressão neles com vista a obter da TotalFina Elf condições de fornecimento aceitáveis.
- 94 A Comissão refere que as recorrentes, ao mesmo tempo que não negam que o reduzido número de estações de serviço que desejam adquirir possa contribuir

para uma falta de economias de escala e de logística, pretendem que este critério favorece a manutenção de uma situação oligopolística. Entende não existir contradição entre a sua decisão de 9 de Fevereiro de 2000 e as preocupações que nela estão expressas a respeito da situação oligopolística do mercado, por um lado, e a sua afirmação, na decisão impugnada, segundo a qual o reduzido número de estações de serviço que as recorrentes se propõem adquirir limitará as economias de escala e de logística de que as suas concorrentes beneficiam, por outro. Este critério respeita exclusivamente à existência (ou inexistência) de economias de escala e de logística e é independente do conceito de mercado pertinente. A Comissão alega que, «em particular, [esse critério] não respeita à presença do candidato no mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas, que se distingue do mercado da venda desses produtos fora das auto-estradas (n.ºs 157 a 176 da decisão de 9 de Fevereiro de 2000)». Sublinha que a proposta da TotalFina Elf, aceite em 7 de Novembro de 2000, inclui a aquisição de um elevado número estações de serviço por operadores que, até aí, ainda não tinham (ou tinham muito marginalmente) estado presentes nas auto-estradas francesas. Acrescenta que, ao mesmo tempo, o número de estações cedidas a cada um dos operadores que já estiveram presentes no mercado continua a ser muito limitado.

95 A Comissão considera que a simples possibilidade teórica aberta às recorrentes, de subsidiar, graças às suas actividades de restauração, as suas actividades no mercado da venda de combustíveis, não constitui uma economia de escala ou de logística. De uma forma geral, tal possibilidade também não torna mais provável a hipótese de as recorrentes contribuírem para uma concorrência efectiva neste último mercado.

96 A Comissão sustenta que o argumento das recorrentes respeitante à compensação entre os mercados da distribuição de combustíveis nas auto-estradas e fora das auto-estradas carece de pertinência no presente contexto. Afirma que as recorrentes não dispõem dos meios necessários para praticar uma política de preços atractivos a longo prazo. As recorrentes não podem ser, por si só, um motor da concorrência, limitando-se a desempenhar um papel de seguidor, e isto no quadro de um pacote desprovido de outros operadores susceptíveis de agir como esse motor.

- 97 A Comissão entende que o argumento das recorrentes relativo ao facto de serem um operador novo no sector petrolífero deve ser rejeitado. Refere que tinha podido legitimamente basear a sua apreciação da capacidade das recorrentes para preencher as condições impostas pelo ponto 1, alínea b), dos compromissos no facto de serem um operador novo, sem experiência recente do mercado da venda a retalho de combustíveis.
- 98 A Comissão sustenta que as asserções das recorrentes segundo as quais favoreceu as grandes sociedades petrolíferas (v. n.º 81 *supra*) são infundadas. Na realidade, nos termos da decisão de 7 de Novembro de 2000, mais de 85% das estações de serviço foram cedidas a outros tipos de sociedades. Acresce que os elementos apresentados pelas recorrentes para justificar a sua experiência se baseiam ou em situações obsoletas, e, portanto, inoperantes, ou em situações desprovidas de interesse à luz das exigências muito rigorosas a que está subordinada a aprovação da Comissão.
- 99 Por outro lado, a Comissão contesta o argumento das recorrentes segundo o qual a decisão impugnada porá em causa os seus projectos no sector, aquando dos concursos públicos que vão ser lançados em 2005. Sublinha que este argumento é de natureza teórica e que nada indica que as hipóteses de sucesso das recorrentes dependam da sua qualidade de titular das seis estações de serviço.

— Apreciação do Tribunal

- 100 As recorrentes entendem, no essencial, que a Comissão apreciou de forma manifestamente errónea a sua candidatura, apresentada pela TotalFina Elf. Sustentam que a decisão impugnada não tem em conta nem a estrutura real do mercado em causa nem a concorrência potencial que as mesmas representam, pelo que a execução da decisão de 9 de Fevereiro de 2000 não se traduzirá no

desenvolvimento de uma concorrência efectiva no mercado das estações de serviço nas auto-estradas, em violação do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 4064/89 e dos artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 211.º CE.

- 101 É jurisprudência constante que as disposições fundamentais do Regulamento n.º 4064/89, em especial o seu artigo 2.º, relativo à apreciação das operações de concentração, conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, a fiscalização, pelo órgão jurisdicional comunitário, do exercício desse poder, que é essencial na aplicação das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuada tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações (v. acórdãos França e o./Comissão, já referido, n.ºs 223 e 224, e Gencor/Comissão, já referido, n.ºs 164 e 165; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Junho de 2002, Airtours/Comissão, T-342/99, Colect., p. II-2585, n.º 64). Daqui decorre que a fiscalização exercida pelo juiz comunitário sobre as apreciações económicas complexas efectuadas pela Comissão no exercício do poder de apreciação que lhe é conferido pelo Regulamento n.º 4064/89 se deve limitar à verificação do respeito das regras processuais e da fundamentação, bem como da exactidão da matéria de facto, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder. Mais especificamente, não cabe ao Tribunal substituir a apreciação económica da Comissão pela sua própria apreciação.
- 102 No quadro da fiscalização das operações de concentração, estabelecido pelo Regulamento n.º 4064/89, a Comissão deve apreciar, segundo uma análise prospectiva do mercado de referência, se a operação de concentração que lhe é notificada leva a uma situação em que sejam causados entraves significativos à concorrência efectiva nesse mercado, nomeadamente, por parte das empresas que intervêm na concentração. Além disso, a Comissão pode, em aplicação do artigo 8.º deste regulamento, acompanhar de condições e de obrigações a sua decisão de compatibilidade de uma operação de concentração. É dado assente que estas diligências exigem uma análise atenta, designadamente, das circunstâncias que, segundo cada caso concreto, se mostrem relevantes para a apreciação dos efeitos da operação de concentração sobre o funcionamento da concorrência no mercado de referência.

- 103 Daqui decorre que a presente argumentação das recorrentes só pode ser acolhida se estas demonstrarem que a apreciação da sua candidatura, levada a cabo pela Comissão nos n.ºs 18 e 19 da decisão impugnada, é manifestamente errónea. Ora, impõe-se concluir que as recorrentes não provaram que a apreciação da Comissão está viciada de um erro manifesto e considerar que a presente argumentação das recorrentes consiste num convite ao Tribunal para que substitua essa apreciação da sua candidatura por outra.
- 104 A este respeito, deve recordar-se um certo número de factos pertinentes no caso vertente e, em especial, o contexto e o objectivo da cessão pela TotalFina Elf de 70 estações de serviço. Na sua decisão de 9 de Fevereiro de 2000, a Comissão referiu que a situação da concorrência no mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas, mesmo antes da concentração da TotalFina e da Elf Aquitaine, era próxima de uma situação de domínio (v. n.º 216). Após a operação de concentração, a TotalFina Elf teria incentivos fortes para aumentar os seus preços e/ou para diminuir a qualidade dos seus serviços no mercado em causa, o que, seguidamente, lhe daria meios para punir qualquer concorrente que não seguisse ou mesmo que se opusesse à sua política (v. n.º 220). Deste modo, a Comissão considerou que a operação notificada daria origem à criação de uma posição dominante no mercado em causa e a uma nova degradação significativa da estrutura da concorrência nesse mercado, sendo a concorrência aí já limitada (v. n.º 221 da decisão de 9 de Fevereiro de 2000).
- 105 Ao longo do procedimento administrativo relativo a esta operação, a TotalFina Elf propôs determinados compromissos a fim de eliminar os problemas de concorrência que a Comissão identificara, compromissos que esta última aceitou após modificação pois pareciam «de natureza a permitir o restabelecimento imediato de uma concorrência efectiva e duradoura dos mercados em causa» (v. n.º 362 da decisão). A Comissão declarou, assim, a operação de concentração compatível com o mercado comum desde que os compromissos sejam inteiramente respeitados. A fim de preservar uma concorrência efectiva no mercado da venda de combustíveis nas auto-estradas em França, a TotalFina Elf com-

prometeu-se a proceder à cessão de 70 estações de serviço a cessionários que respondessem a determinadas condições, entre as quais as condições previstas no ponto 1, alínea b), dos compromissos.

106 Resulta claramente da decisão impugnada e dos compromissos que a Comissão considerou que o objectivo do restabelecimento de uma concorrência efectiva e duradoura no mercado em causa apenas poderia ser atingido se os cessionários das 70 estações de serviço em causa tivessem condições para as adquirir sem interromper a sua actividade e para as tornar imediatamente rentáveis e concorrenciais [v., nomeadamente, as referências ao restabelecimento de uma concorrência efectiva no ponto 1, alínea c), dos compromissos e a obrigação imposta à TotalFina Elf, no ponto 37, alínea c), dos referidos compromissos, de ceder as 70 estações de serviço bem como de transferir o pessoal de exploração directamente afecto ao ponto de venda]. Deste modo, a Comissão examinou a candidatura de cada cessionário proposto pela TotalFina Elf à luz deste objectivo e baseou a sua rejeição da candidatura das recorrentes num certo número de elementos considerados no seu conjunto.

107 A este respeito, a Comissão salientou, no n.º 19 da decisão impugnada, que, aquando da respectiva adopção, as recorrentes não dispunham de restaurantes nas estações de serviço que se propunham adquirir e daí concluiu que as sinergias previstas pelas recorrentes não podiam ser imediatamente geradas. A Comissão sublinhou que a capacidade das recorrentes para desenvolver uma concorrência activa no mercado em causa dependia da abertura imediata de restaurantes nas estações de serviço que desejavam adquirir. Ora, é dado assente que quatro das seis estações de serviço para as quais a sua candidatura tinha sido aceite pela TotalFina Elf não dispunham de restaurantes e que eram necessários, pelo menos, 18 meses a dois anos para a sua abertura. Além disso, resulta dos autos que as duas outras estações de serviço em causa apenas dispunham de pequenas unidades de restauração. As recorrentes entendem, porém, que as sinergias apresentadas na sua oferta firme devem ser analisadas no tempo. Tentam igualmente demonstrar que, no intervalo da construção dos restaurantes, as seis estações de serviço em causa seriam rentáveis. Por outro lado, afirmam que as quatro estações de serviço que não dispõem de restaurantes possuem uma loja cujas margens de receitas são idênticas às de um restaurante. Sustentam que os

valores citados no n.º 69 *supra* demonstram que a venda de combustíveis e a restauração nas auto-estradas, consideradas isoladamente, são rentáveis.

- 108 Deve recordar-se que os compromissos exigem que os cessionários sejam capazes de exercer uma concorrência efectiva e duradoura no mercado em causa. À este respeito, importa referir que as recorrentes basearam explicitamente a sua oferta de aquisição das estações de serviço na possibilidade de realizarem sinergias entre a venda de combustíveis e a restauração. Ora, está provado que estas sinergias só podem ser geradas num determinado prazo, a saber, 18 meses a dois anos. Impõe-se, portanto, concluir que a Comissão não abusou da sua margem de apreciação na matéria, perante o objectivo dos compromissos, ao ter em consideração, aquando da avaliação da candidatura das recorrentes, o facto de que estas só seriam capazes de cumprir essa previsão, na melhor das hipóteses, a médio prazo. A este respeito, não pode ser exigido à Comissão que considere não prejudicial o facto de ter de se esperar, no mínimo, 18 meses para que a referida previsão se concretize. Seja como for, mesmo admitindo que a proposta das recorrentes na sua oferta firme seja rentável no intervalo indicado, esta circunstância não seria determinante, uma vez que a escolha de cessionários viáveis não constitui a finalidade dos compromissos. Por conseguinte, há que concluir que os argumentos das recorrentes relativos às sinergias previstas devem ser julgados improcedentes.
- 109 As recorrentes acusam igualmente a Comissão de ter fixado como condição que os cessionários devem ser capazes de manter «e» de desenvolver uma concorrência efectiva no mercado, quando as mesmas condições estavam expressas sob forma alternativa na decisão de 9 de Fevereiro de 2000. A Comissão teria, deste modo, introduzido uma exigência não imposta pela decisão de 9 de Fevereiro de 2000.
- 110 Importa considerar que este argumento é infundado. Deve considerar-se que, independentemente da natureza cumulativa ou alternativa destas duas condições, se mantém a exigência do estabelecimento, pelos cessionários, de uma concorrência efectiva no mercado. Ora, como é referido no n.º 121 *infra*, a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que as recorrentes não satisfazem esta exigência.

- 111 A Comissão afirmou, no n.º 19 da decisão impugnada, que «[n]ão há a certeza de que os volumes globais de combustíveis que serão vendidos confirmam [às recorrentes] um poder de negociação importante face às refinarias francesas junto das quais [elas pensam] satisfazer 70% das suas necessidades». As recorrentes entendem que esta afirmação é manifestamente infundada, pois não existe concorrência de preços no que respeita ao abastecimento junto das refinarias. Sublinham que a capacidade de um operador comprar grandes quantidades não é determinante para lhe conferir uma situação concorrencial através dos preços, pois a diferença de preços entre os operadores com uma grande capacidade e um operador com uma única estação de serviço é «mínima».
- 112 Importa considerar que o argumento da Comissão segundo o qual as diferenças de preços indicadas no n.º 74 *supra* devem desempenhar um papel decisivo para a competitividade de um operador, pois a concorrência no mercado em causa assenta essencialmente nos preços, deve ser aceite. No n.º 191 da sua decisão de 9 de Fevereiro de 2000, que respeita à venda de combustíveis, a Comissão refere: «A concorrência exerce-se essencialmente a nível dos preços. Existe pouca margem de manobra sobre os outros parâmetros da concorrência. Os combustíveis são produtos homogêneos com um reduzido grau de inovação tecnológica». Por outro lado, contrariamente ao que sustentam as recorrentes no n.º 76 *supra*, deve considerar-se que a Comissão pode validamente invocar o argumento de que aquelas seriam incapazes de resistir às represálias das refinarias francesas caso praticassem uma política activa de preços, para basear a sua decisão de rejeição da candidatura das recorrentes. Uma vez que se trata de uma análise prospectiva por parte da Comissão, ela só pode ser posta em causa por estar viciada de um erro manifesto de apreciação com base em elementos concretos apresentados pelas recorrentes, o que estas não fizeram no caso vertente.
- 113 Acresce que o argumento das recorrentes segundo o qual os bancos consideram o seu projecto rentável (v. n.º 75 *supra*) não é pertinente, no caso vertente. A abordagem dos bancos está centrada na solvabilidade do cliente, ao passo que a da Comissão assenta no objectivo de preservar a concorrência efectiva no mercado em causa.

114 A Comissão afirmou igualmente, no n.º 19 da decisão impugnada, que, face ao reduzido número de estações de serviço que as recorrentes se propõem adquirir, estas últimas não poderiam beneficiar de economias de escala, como as suas concorrentes, e deveriam praticar uma política de «preços atractivos» para consolidar a sua credibilidade junto dos consumidores. Resulta dos autos que a expressão «preços atractivos» significa que as recorrentes devem adoptar uma política de preços reduzidos para captar clientela. Além disso, a Comissão afirma que as recorrentes não dispõem dos meios necessários para praticar essa política a longo prazo (v. n.º 96 *supra*). Por conseguinte, as recorrentes entendem que a viabilidade desta prática não pode ser posta em causa, nomeadamente à luz dos dados apresentados no n.º 69 *supra*, que revelam, segundo elas, que, mesmo realizando margens menos elevadas que os seus concorrentes sobre os preços dos combustíveis, a soma destas margens com as da restauração, comparadas com o total dos custos, revela um balanço bruto francamente positivo.

115 A este respeito, importa referir que as recorrentes não negam o facto de que devem seguir uma prática de «preços atractivos» para captar clientela, como sustenta a Comissão no n.º 19 da decisão impugnada. Na realidade, é outra a via pela qual tentam pôr em causa a afirmação da Comissão de que não poderiam beneficiar de economias de escala. Voltam a sublinhar, nomeadamente, que a Comissão favorece implicitamente os operadores já instalados no mercado em causa em detrimento dos recém-chegados, em violação da decisão de 9 de Fevereiro de 2000. Entendem que as economias não decorrem exclusivamente do reabastecimento em combustíveis, devendo antes ser globalizadas com os diferentes serviços efectivamente utilizados pelo automobilista na auto-estrada. Ora, sem prejuízo do facto de o Tribunal considerar que o argumento relativo às economias de escala já foi tratado e afastado no n.º 108 *supra*, deve referir-se que, ao contrário do que alegam as recorrentes, a simples possibilidade teórica de subsidiarem, graças às suas actividades de restauração, as actividades no mercado da venda de combustíveis não pode constituir uma economia de escala. Quanto ao argumento das recorrentes relativo ao favoritismo relativamente a operadores já instalados no mercado em causa, deve também ser afastado pelos motivos expostos no n.º 118 *supra*. Além disso, o facto de que as recorrentes teriam seguido uma prática de «preços atractivos», a saber, uma prática aparentemente pró-concorrencial, não pode ser, em si mesmo, uma prova suficiente da sua capacidade para desenvolver uma concorrência efectiva e duradoura no mercado

em causa. De igual modo, a Comissão não pode favorecer a candidatura das recorrentes pela simples razão de que não dispõem de estações de serviço fora das auto-estradas, criando o risco de comprometer o objectivo dos compromissos, ou seja, manter uma concorrência efectiva no mercado e impedir a criação de uma posição dominante por parte da TotalFina Elf.

- 116 Acresce ser incontestável que as recorrentes não dispunham de outras estações de serviço nas auto-estradas ou fora delas, que se propunham adquirir apenas dez estações de serviço à TotalFina Elf e que a sua candidatura só foi aceite por esta última para seis estações de serviço. Daqui decorre que a Comissão não abusou da sua margem de apreciação ao invocar, nomeadamente, a inexistência de economias de escala para justificar a sua convicção de que as recorrentes não têm capacidade para desenvolver uma concorrência efectiva no mercado em causa.
- 117 Importa a este respeito recordar que foi anteriormente considerado, no n.º 65 *supra*, que a experiência recente do mercado da venda a retalho de combustíveis constitui um elemento particularmente pertinente das capacidades de um candidato para satisfazer o objectivo explícito dos compromissos, isto é, manter ou desenvolver uma concorrência efectiva e duradoura, nomeadamente tendo em conta a situação de quase domínio do mercado por parte da TotalFina Elf, mesmo antes da presente operação de concentração, e que a Comissão pode legitimamente ter em consideração, nomeadamente, o facto de um cessionário ser um operador novo no mercado em causa, para fundamentar uma recusa de aprovação da sua candidatura.
- 118 Impõe-se concluir que, embora a decisão de 9 de Fevereiro de 2000 se refira ao carácter muito concentrado do mercado em causa e às dificuldades dos novos operadores que nele comecem a exercer a sua actividade (v. n.ºs 207 a 210), não se pode condenar o facto de, aquando da avaliação da candidatura das recorrentes, a Comissão ter tido em conta que estas são um operador novo, sem experiência recente do mercado da venda a retalho de combustíveis. Seria contrário ao objectivo dos compromissos favorecer um candidato pela simples razão de que é um operador novo, se, pesadas todas as circunstâncias, o mesmo

não for capaz de atingir esse objectivo. No que respeita ao argumento das recorrentes segundo o qual a decisão impugnada beneficia as grandes sociedades petrolíferas, importa observar que a asserção da Comissão, no n.º 98 *supra*, de que mais de 85% das estações de serviço cedidas foram atribuídas a outros cessionários que não essas sociedades, não é contestada pelas recorrentes. Além disso, estas últimas acusam a Comissão do facto de a TotalFina Elf ter vendido à Shell e à Esso duas das estações de serviço que lhes haviam sido inicialmente atribuídas. O Tribunal observa que deste simples facto não se pode concluir que a Comissão favorece as grandes sociedades petrolíferas. Daqui decorre que este argumento deve ser julgado improcedente.

119 Quanto ao argumento das recorrentes segundo o qual, embora não estejam presentes no mercado em causa, dispõem da experiência exigida pela Comissão, como revela o seu historial, importa observar que as recorrentes saíram deste mercado, segundo elas próprias, «no final dos anos 80, [na] sequência [da] evolução do mercado francês». Daqui decorre que não se pode acusar a Comissão de, na avaliação das candidaturas das recorrentes, ter tido em conta o facto de que não possuíam experiência recente no mercado em causa, experiência esta que, aliás, a Comissão considerou necessária para contrabalançar a situação de quase domínio do mercado por parte da TotalFina Elf. Por outro lado, o facto de as recorrentes serem um operador novo no mercado da venda a retalho de combustíveis não é mais do que um elemento da apreciação da Comissão e, embora, considerado isoladamente, este elemento possa eventualmente ser insuficiente para afastar a candidatura das recorrentes, a Comissão pode legitimamente tê-lo em conta, juntamente com outros elementos, para efeitos dessa apreciação.

120 De igual modo, quanto ao argumento das recorrentes (v. n.º 83 *supra*) relativo à possibilidade de adquirirem, em 2005, outras estações de serviço em locais onde já dispõem de restaurantes, deve ser rejeitado, pois, como sustenta a Comissão no n.º 99 *supra*, trata-se de um argumento puramente teórico, baseado apenas em projectos das recorrentes. Seja como for, embora a possibilidade de melhorar a concorrência no mercado em causa num futuro relativamente afastado, a saber,

na melhor das hipóteses, em 2005, seja um factor que a Comissão pode ter em conta em determinadas circunstâncias, tal não se verifica no caso vertente, uma vez que se trata de uma candidatura bastante fraca, cujo sucesso futuro, pelo menos como motor ou estímulo de uma concorrência efectiva, é relativamente aleatório.

- 121 Daqui decorre que as recorrentes não demonstraram que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que não teriam podido manter ou desenvolver, sozinhas ou conjuntamente com outros cessionários, uma concorrência efectiva no mercado, como exigem os compromissos.
- 122 Por conseguinte, resulta das considerações precedentes que a segunda arguição das recorrentes deve ser julgada improcedente, uma vez que estas não provaram que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação no caso vertente.
- 123 Daqui decorre que deve ser negado provimento ao presente recurso, na íntegra.

Quanto às despesas

- 124 Por força do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo as recorrentes sido vencidas, há que condená-las nas despesas da instância, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias, conforme os pedidos da Comissão.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

decide:

- 1) É negado provimento ao recurso.
- 2) As recorrentes suportarão as suas próprias despesas bem como as da Comissão, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 3 de Abril de 2003.

O secretário

H. Jung

O presidente

R. García-Valdecasas