

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)

den 3 april 2003 *

I mål T-342/00,

Petrolessence SA, Nancy (Frankrike),

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

företrädna av advokaterna F. Puel och M. Troncoso Ferrer, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av W. Mölls, F. Siredey-Garnier och F. Lelièvre, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

med stöd av

Republiken Frankrike, företrädd av G. de Bergues och F. Million, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 13 september 2000 att inte anta TotalFina Elfs förslag om godkännande av sökandena som förvärvare av sex bensinstationer belägna vid motorvägar,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden J.D. Cooke, samt domarna R. García-Valdecasas och P. Lindh,

justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren B. Pastor,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 11 april 2002,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Petrolescence SA bildades år 1922 och var verksamt som distributör och importör av oljeprodukter i Lorraine och i Parisregionen till och med slutet av åttiotalet. Redan i början av sjuttioalet breddades Petrolescences bensinstationsverksamhet genom att bolaget även började med restaurangverksamhet. År 1980 bildade Petrolescence dotterbolaget Société de gestion de restauration routière SA (SG2R), som specialiserade sig på restaurangdrift och vars verksamhet bedrivs under beteckningen Le Mirabellier. Petrolescence överlät sin oljeverksamhet år 1987.
- 2 Den 24 augusti 1999 mottog kommissionen en anmälan av en planerad koncentration genom vilken företaget TotalFina, aktiebolag bildat enligt fransk rätt som är verksamt inom produktion av olja och gas, raffinering, distribution av oljeprodukter, petrokemi och specialkemikalier, förvärvade fullständig kontroll över företaget Elf Aquitaine, aktiebolag bildat enligt fransk rätt som är verksamt inom produktion av olja och gas, raffinering, distribution av oljeprodukter, petrokemi, specialkemikalier och inom hälso- och sjukvårdssektorn, genom ett offentligt bud tillkännagivet den 5 juli 1999. Verksamheten i de båda bolagen är världsomfattande.

- 3 Genom beslut 2001/402/EG av den 9 februari 2000 (ärende COMP/M.1628 — TotalFina/Elf) (EGT L 143, s. 1, nedan kallat beslutet av den 9 februari 2000), antaget särskilt med stöd av artikel 8.2 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, Annex s. 16), förklarade kommissionen den anmälda koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden och avtalets om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet funktion under förutsättning att vissa åtaganden, som de anmälade parterna hade presenterat och som angavs i en bilaga till nämnda beslut, fullgjordes (nedan kallade åtagandena) (se bland annat artikel 1 i beslutet av den 9 februari 2000).
- 4 I beslutet av den 9 februari 2000 identifierade kommissionen flera relevanta marknader, bland annat marknaden för försäljning av motorbränsle vid de franska motorvägarna. Vad beträffar denna marknad, som är den enda som är föremål för prövning i detta mål, konstaterade kommissionen att det fanns en särskild efterfrågan på motorbränsle vid motorvägar med andra kännetecken än efterfrågan utanför motorvägar, och att utbudet av motorbränsle vid motorvägar inte påverkades av utbudet av motorbränsle utanför motorvägar. Kommissionen angav att de stora och ihållande prisskillnaderna mellan det motorbränsle som såldes vid respektive utanför motorvägarna bekräftade detta och att marknaden för försäljning av motorbränsle vid motorvägarna utgjorde en särskild marknad (se särskilt punkt 176). Konkurrenssituationen på denna marknad liknar en situation med ensam eller gemensam dominerande ställning för TotalFina, där det företaget är ledare (punkt 216).
- 5 Kommissionen konstaterade i beslutet av 9 februari 2000 att den aktuella koncentrationen skulle leda till att det skapades en dominerande ställning på marknaden för försäljning av motorbränsle vid de franska motorvägarna och att TotalFina Elf efter denna koncentration skulle ha starka incitament att höja sina priser och/eller att sänka kvaliteten på sina tjänster (punkterna 220 och 221 i beslutet av den 9 februari 2000). De föreslagna åtagandena syftade till att undanröja de konkurrensproblem som identifierats av kommissionen.
- 6 Enligt punkt 1 i åtagandena skulle TotalFina överlåta tillgångar i syfte att upprätthålla en effektiv konkurrens på de för koncentrationen relevanta

marknaderna. Det var bland annat fråga om att inom en viss tidsfrist överlåta sjuttio vid franska motorvägar belägna bensinstationer av märkena Elf, Total och Fina (se punkt 36 i åtagandena).

7 Förvärvarna av bensinstationerna skulle godkännas av kommissionen och därvid uppfylla de villkor som anges i punkt 1 i åtagandena. De villkor som är relevanta i förevarande mål har följande lydelse:

”b Förvärvaren/förvärvarna skall vara dugliga aktörer, vara etablerade på de relevanta marknaderna eller ha kapacitet att etablera sig där samt kunna vidmakthålla eller skapa en effektiv konkurrens.”

8 I punkt 2 i åtagandena anges följande:

”Den anmälade parten skall till kommissionen utan dröjsmål lämna

a) befintliga informationshandlingar om överlåtelsen av varje kategori tillgångar (depåer för raffinerade produkter, andelar i rörledningar, bensinstationer vid motorvägarna, tillgångar inom LPG-sektorn) som skall överlätas till potentiella förvärvare,

b) en förteckning över de potentiella förvärvare som den anmälade parten avser att kontakta.

Om inte kommissionen inom fem (5) arbetsdagar från inlämnandet av dessa dokument har yttrat sig över handlingarna i fråga, skall kommissionen anses ha godtagit dessa.”

9 I punkt 4 anges följande:

”Valet av förvärvare måste godkännas av kommissionen. Ansökan om godkännande av förvärvare skall innehålla sådan information att kommissionen kan kontrollera om de kandiderande förvärvarna uppfyller kraven enligt punkt 1 ovan. Kommissionen skall informera den anmälade parten om sitt godkännande eller förkastande av de föreslagna kandidaterna inom tio (10) arbetsdagar från mottagandet av begäran om godkännande. Om kommissionen inte har yttrat sig inom tio (10) dagar skall detta ses som en sådan särskild situation som avses i punkt 6 nedan.”

10 I punkt 5 i åtagandena anges följande:

”Den anmälade parten åtar sig att ingå bindande avtal om överlåtelse av tillgångarna inom [...] från dagen för mottagandet av det beslut varigenom koncentrationen godkänns i enlighet med artikel 8.2 i förordning (EEG) nr 4064/89 (första fristen). Den faktiska överlåtelsen av tillgångarna skall äga rum inom högst [...] från det att överlåtelseavtalet ingicks (andra fristen).”

11 I punkt 6 i åtagandena anges följande:

”Om särskilda omständigheter har förhindrat avtalets ingående eller den faktiska överlåtelsen under den första respektive den andra fristen enligt vad som nämnts ovan, skall fristen i fråga kunna förlängas efter kommissionens gottfinnande, på motiverad begäran från den anmälade parten.”

12 Innehållet i och de särskilda villkoren för genomförandet av åtagandena på marknaden för försäljning av motorbränsle vid motorvägar återfinns i punkterna 36 och 37 i åtagandena. I punkt 37 c anges följande: ”För att möjliggöra att en effektiv och hållbar konkurrens återupprättas omedelbart, åtar sig den anmälade parten att föreslå förvärvarna av hela eller delar av de avyttrade stationerna att de övertar den personal som behövs för administration, affärsverksamhet och räkenskapshandling. ...” I punkt 37 e anges bland annat följande: ”... de företag som önskar lägga fram ett förvärvserbjudande [skall] kunna uppvisa direkt eller indirekt erfarenhet när det gäller att driva ett nät av bensinstationer, oavsett vilket”.

13 För att fullgöra detta åtagande ingav TotalFina Elf den 12 augusti 2000 till kommissionen en begäran om godkännande av förvärvare av samtliga berörda 70 bensinstationer. Bland de förvärvare som föreslogs hade TotalFina angett sökandena, under deras kommersiella beteckning, som förvärvare av 6 bensinstationer. TotalFina hade även angett bolaget Agip som förvärvare av 33 bensinstationer. Sökandena hade i detta avseende den 6 juli 2000 gett in ett bindande anbud till TotalFina angående förvärvet av ett visst antal bensinstationer belägna vid motorvägar. I detta anbud redovisade sökandena namnet och priset på de bensinstationer som avsågs i anbudet. Som bilaga översände sökandena ett förslag till överenskommelse rörande distributionen på motorvägar, och där det i punkt 3.2 erinrades om att TotalFina Elf med tillämpning av beslutet av den 9 februari 2000 skulle begära kommissionens godkännande av dem som förvärvat bensinstationerna och i punkt 3.3 b angavs de omständigheter som skulle föreligga för att parternas åtaganden skulle anses förfallna.

- 14 Den 29 augusti 2000 erhöll kommissionen från TotalFina Elf ytterligare information som kommissionen ansåg erforderlig för att den skulle kunna uttala sig om begäran om godkännande.
- 15 Genom beslut av den 13 september 2000, som riktades till TotalFina Elf (nedan kallat det ifrågasatta beslutet), fastslog kommissionen att sökandena inte uppfyllde ett av de villkor som anges under punkt 1 b i åtagandena för att erhålla det nödvändiga godkännandet. Kommissionen ansåg närmare bestämt att deras ansökan mot bakgrund av den grupp förvärvare som föreslagits inte gjorde det möjligt att vidmakthålla och skapa en effektiv konkurrens, bland annat i förhållande till TotalFina Elf (punkt 32 i det ifrågasatta beslutet).
- 16 Kommissionen avslög TotalFina Elfs förslag beträffande sökandena och konstaterade därvid följande i punkterna 18 och 19 i det ifrågasatta beslutet:

”Mot bakgrund av vad TotalFina Elf uppgett finner kommissionen att Le Mirabellier inte har kapacitet att konkurrera på ett effektivt sätt. Förslaget från denna aktör grundas huvudsakligen på möjligheten att få synergieffekter mellan den nuvarande restaurangverksamheten och distributionen av motorbränsle. Den strategi som Le Mirabellier avser att tillämpa skiljer sig således från den strategi som de andra aktörerna vid motorvägarna tillämpar.

Bolaget kommer att lida av mycket stora handikapp som måste övervinnas för att det skall kunna få handlingsutrymme i konkurrenshänseende. För det första har bolaget för tillfället inte några restauranger på de bensinstationer som det vill förvärva. De beräknade synergieffekterna kan således inte uppkomma omedelbart. Vidare är bolaget en ny aktör utan nyligen förvärvad erfarenhet avseende marknaden för detaljförsäljning av motorbränsle. Det är inte säkert att den totala motorbränsleförsäljningsvolymen kommer att ge Le Mirabellier en stark förhandlingsposition gentemot de franska raffinaderiägare från vilka bolaget

avser att införskaffa 70 procent av sitt totala behov. I detta avseende kan det noteras att TotalFina Elf är den största raffinaderiägaren i norra Frankrike, där Le Mirabellier har för avsikt att etablera sig. Det ringa antalet bensinstationer begränsar också bolagets möjlighet att uppnå de stordrifts- och logistik fördelar som konkurrenterna har. Dessutom måste aktören redan från verksamhetens början tillämpa en politik med lockpriser för att vinna konsumenternas förtroende. Sammantaget finner kommissionen att Le Mirabellier inte kommer att ha tillräcklig kapacitet för att vidmakthålla eller skapa en effektiv konkurrens bland annat i förhållande till TotalFina Elf. Bolaget uppfyller således inte det andra villkoret för godkännande som anges i [punkt] 1 b i åtagandena.”

- 17 Genom det ifrågasatta beslutet avslog kommissionen även TotalFinas förslag i den del det rörde Agip.
- 18 I punkt 32 i det ifrågasatta beslutet tillade kommissionen att ”i avsaknad av yttrande från TotalFina Elf inom fem arbetsdagar skall dess förslag rörande [sökandenas ansökan] således avslås”. Kommissionen slog fast att den skulle kunna fatta slutligt beslut beträffande de andra ansökningarna först inom ramen för ett nytt heltäckande förslag.
- 19 Efter att ha tagit del av de avsnitt i det ifrågasatta beslutet som berörde dem, översände sökandena genom skrivelse av den 20 september 2000 kompletterande uppgifter till kommissionen.
- 20 Den 20 oktober 2000 lade TotalFina Elf för kommissionens godkännande fram en ny grupp potentiella förvärvare, där Agip, men inte sökandena, ingick. Kommissionen godkände dessa förvärvare den 7 november 2000 (nedan kallat beslutet av den 7 november 2000).

Förfarandet

- 21 Sökandena har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 13 november 2000.
- 22 Genom särskild handling, som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag, ansökte sökandena dels om uppskov med verkställigheten av det ifrågasatta beslutet till den del det innebar avslag på TotalFina Elfs förslag om att sökandena skulle godkännas som förvärvare av sex bensinstationer vid motorvägar, dels om att kommissionen skulle förpliktas att ålägga TotalFina Elf att skjuta upp verkställigheten av det åtagande som anges i punkt 36 i åtagandena till den del det avsåg de sex aktuella bensinstationerna.
- 23 Genom beslut av den 17 januari 2001 avtog förstainstansrättens ordförande ansökan om interimistiska åtgärder och förordnade att beslut om rättegångskostnader skulle komma att meddelas senare.
- 24 Republiken Frankrike begärde genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 1 februari 2001 att få intervensera i målet till stöd för kommissionens yrkanden.
- 25 Ansökan bifölls genom beslut av den 5 mars 2001 meddelat av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning.
- 26 Förstainstansrätten (femte avdelningen) beslutade på grundval av referentens rapport att inleda det muntliga förfarandet.

27 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 11 april 2002.

Parternas yrkanden

28 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

- fastställa att talan kan upptas till sakprövning,

- ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet i den del kommissionen fastställer att sökandena inte uppfyller villkoren i punkt 1 b i åtagandena och i den del kommissionen avslår sökandenas ansökan om att förvärva sex bensinstationer, och

- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

29 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- avvisa talan,

- i andra hand, ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Republiken Frankrike har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

31 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan tas upp till sakprövning på grund av att sökandena inte har något berättigat intresse av att få saken prövad. Kommissionen anser att det inte finns något faktiskt orsakssamband mellan det ifrågasatta beslutet och den omständigheten att sökandena valdes bort under de affärsförhandlingar som senare ägde rum med TotalFina Elf. Kommissionen har emellertid inte bestritt att det ifrågasatta beslutet berör sökandena direkt och personligen.

32 Kommissionen anser att sökandena genom det ifrågasatta beslutet inte definitivt valts bort som kandidater till att förvärva bensinstationerna. I nämnda beslut anges endast att sökandena och Agip inte bedömdes som lämpliga inom ramen

för det ”paket” som föreslagits av TotalFina Elf den 12 augusti 2000 (se särskilt punkterna 18 och 32 i det ifrågasatta beslutet). Trots det ifrågasatta beslutet hade TotalFina Elf på nytt kunnat beakta sökandenas ansökan inom ramen för det nya paket som skulle förhandlas fram mellan bolaget och dem som ansökt om att ta över verksamheten. Kommissionen har påpekat att det var först vid det tillfället som den skulle fatta beslut i fråga om vilken sökande som skulle godkännas inom ramen för det nya paketet. Agip, som liksom sökandena valdes bort inom ramen för det ursprungliga paketet av den 12 augusti 2000, föreslogs på nytt av TotalFina Elf och godkändes av kommissionen inom ramen för det andra paketet.

- 33 Kommissionen anser att det även framgår av sökandenas skrivelse av den 20 september 2000 till kommissionen (se punkt 19 ovan) att sökandena hade full kännedom om att det fortfarande förelåg en möjlighet att deras ansökan skulle komma att omprövas och till och med att den skulle komma att godkännas. Sökandena angav nämligen följande i det sista stycket i nämnda skrivelse:

”Vi hoppas att dessa upplysningar gör det möjligt för kommissionen att på ett bättre sätt göra en bedömning av vår kapacitet att konkurrera på ett effektivt och hållbart sätt.”

- 34 Sökandena har gjort gällande att talan kan tas upp till sakprövning och att det ifrågasatta beslutet utgör en slutlig rättsakt med bindande rättsverkningar som kan påverka sökandenas intressen. I punkt 32 i det ifrågasatta beslutet angav kommissionen att ”i avsaknad av yttrande från TotalFina Elf inom fem arbetsdagar skall dess förslag rörande [sökandenas ansökan] således avslås”. I syfte att ta tillvara sina rättsliga intressen tillställde sökandena kommissionen en skrivelse av den 20 september 2000, i vilken de på punkt efter punkt besvarade den kritik som kommissionen hade framfört i det ifrågasatta beslutet. Trots denna skrivelse vidhöll kommissionen sitt beslut att inte godkänna sökandena, och det beslutet blev slutgiltigt den 20 september 2000.

- 35 Sökandena anser att de har ett berättigat intresse av att få saken prövad. På grund av det ifrågasatta beslutet har de nämligen inte längre någon möjlighet att

förvärva de bensinstationer som TotalFina Elf hade gått med på att sälja till dem. Sökandena har även tillagt att deras möjligheter inom ramen för den anbudsinfordran som kommer att äga rum efter år 2005 för förnyelse av tillstånd beträffande rastplatser på motorvägar har försämrats avsevärt på grund av det ifrågasatta beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

- 36 Genom denna talan har sökandena yrkat ogiltigförklaring av beslutet i kommissionens skrivelse av den 13 september 2000 till TotalFina Elf, i vilken TotalFina Elf informeras om att dess förslag av den 12 augusti 2000 om godkännande av bland annat sökandena som förvärvare av bensinstationer belägna vid de franska motorvägarna inte hade antagits.
- 37 Åtgärder som har bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligt förändra dennes rättsliga ställning utgör enligt fast rättspraxis rättsakter och beslut som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring i den mening som avses i artikel 230 EG (domstolens dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen, REG 1981, s. 2639, punkt 9, svensk specialutgåva, volym 6, s. 225, och förstainstansrättens dom av den 29 januari 2002 i mål T-160/98, Van Parys och Pacific Fruit Company mot kommissionen, REG 2002, s. II-233, punkt 60). Vid bedömningen av om en rättsakt eller ett beslut ger upphov till sådana verkningar skall hänsyn tas till dess innehåll i sak. Det ifrågasatta beslutet skall i detta avseende tolkas med beaktande av den faktiska och den rättsliga bakgrund mot vilken beslutet fattats och meddelats TotalFina Elf.
- 38 För att avgöra om talan kan tas upp till sakprövning skall det först påpekas att det fulla iakttagandet av de åtaganden som gjorts till kommissionen utgjorde ett villkor för att den anmälda koncentrationen TotalFina Elf skulle förklaras förenlig med den gemensamma marknaden (se artikel 1 i beslutet av den 9 februari 2000) och att TotalFina Elfs val av förvärvare skulle godkännas av

kommissionen (se punkt 4 i åtagandena). I detta avseende framgår, bland annat av punkterna 18 och 19 i det ifrågasatta beslutet, att sökandena inte bedömdes ha kapacitet att på ett effektivt sätt konkurrera på den relevanta marknaden och att sökandena därför inte uppfyllde ett av de villkor som uppställs i punkt 1 b i åtagandena. Mot bakgrund av det ifrågasatta beslutet kunde TotalFina Elf inte på det stadiet överlåta de sex bensinstationerna till sökandena utan att riskera den anmälda koncentrationen i enlighet med åtagandena. Härav följer att kommissionen genom det ifrågasatta beslutet avlog sökandenas ansökan om godkännande, och att detta väsentligt förändrade sökandenas rättsliga ställning.

39 Vidare saknas grund för kommissionen att påstå att avslaget på sökandenas ansökan inte var ett slutligt avslag. Kommissionen föreskrev uttryckligen i det ifrågasatta beslutet att i avsaknad av yttrande från TotalFina Elf inom fem arbetsdagar skulle sökandenas ansökan avslås (se punkt 32 i det ifrågasatta beslutet och punkt 18 ovan). Kommissionen behövde inte anta ytterligare en rättsakt för att avslaget på sökandenas ansökan skulle bli slutligt.

40 Det framgår även av förslaget till överenskommelse angående distributionen på motorvägarna som upprättats av TotalFina Elf och som bilagts sökandenas bindande anbud av den 6 juli 2000 att om kommissionen inte inom sex månader från undertecknandet godkänner den aktuella överlåtelsen innebär det att TotalFina Elfs åtagande att sälja och sökandenas åtagande att köpa ”förfaller genom att tidsfristen går ut utan några formella krav och utan att någon förpliktas att utge någon form av ersättning till någon av någon som helst anledning”. Det är uppenbart att kommissionens förbehåll i det ifrågasatta beslutet beträffande sökandenas ansökan medförde att TotalFina Elf såg sig föranlett — eller till och med förpliktad — att inte sälja de sex bensinstationerna till sökandena. Att TotalFina Elf i teorin på nytt hade kunnat föreslå sökandena inom ramen för ett nytt paket med förvärvare är inte relevant, eftersom TotalFina Elf inte var bundet av något avtal att göra det. Dessutom beslutade TotalFina Elf att inte på nytt föreslå sökandena.

- 41 Kommissionens påpekanden i det ifrågasatta beslutet angående sökandenas ansökan och kommissionens beslut att inte godkänna försäljningen av de sex bensinstationerna medförde således att sökandena inte fick delta i de affärsförhandlingar som senare ägde rum med TotalFina Elf. Sökandena har därför ett berättigat intresse av att få saken prövad.
- 42 Talan kan således tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

- 43 Sökandena har åberopat två grunder till stöd för sin talan. Genom den första grunden har sökandena gjort gällande att punkt 4 i åtagandena har åsidosatts och genom den andra grunden att artikel 3.1 g EG, artikel 211 EG och artikel 2.1 a i förordning nr 4064/89 har åsidosatts.

Den första grunden: Åsidosättande av punkt 4 i åtagandena

Parternas argument

- 44 Sökandena har gjort gällande att det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras, eftersom väsentliga formföreskrifter åsidosatts i den mening som avses i artikel 230 andra stycket EG. Genom att fatta det ifrågasatta beslutet den 13 september 2000 överskred kommissionen den frist på tio arbetsdagar från mottagandet av en begäran om godkännande som föreskrivs i punkt 4 i

åtagandena för att fatta beslut om att godkänna eller inte godkänna de kandiderande förvärvare som föreslagits av TotalFina Elf. Vidare anser sökandena att kommissionen borde ha yttrat sig angående begäran om godkännande senast den 28 augusti 2000. Anledningen till detta är att begäran om godkännande lämnades in den 12 augusti 2000 och att det inte finns något undantag till den föreskrivna tidsfristen, såsom det som finns i punkt 6 i åtagandena vid särskilda omständigheter. Även om det i punkt 4 i åtagandena inte föreskrivs någon rättsföljd i det fallet då kommissionen underlåter att agera, anser sökandena att en sådan underlåtenhet borde medföra att kommissionen skall anses ha fattat ett tyst beslut att godkänna den eller de sökande som föreslagits. Detta följer av en analog tolkning med stöd av punkt 2 i åtagandena där det föreskrivs att om kommissionen inte inom fem arbetsdagar från inlämnandet av vissa dokument yttrat sig över handlingarna i fråga, skall kommissionen anses ha godtagit dessa.

- 45 I sin replik har sökandena gjort gällande att den omständigheten att kommissionen skall handla inom rimlig tid då den fattar beslut efter administrativa förfaranden inom konkurrensområdet utgör en allmän gemenskapsrättslig princip (domstolens dom av den 18 mars 1997 i mål C-282/95 P, Guérin automobiles mot kommissionen, REG 1997, s. I-1503). Kommissionens tolkning av åtagandena innebär ett åsidosättande av de skyddsregler i administrativa förfaranden som föreskrivs i gemenskapernas rättsordning. Om överskridande av tiodagarsfristen som anges i punkt 4 i åtagandena inte skulle medföra några rättsverkningar, skulle kommissionen på obestämd tid ges möjlighet att ompröva sin inställning (förstainstansrättens dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. II-669; svensk specialutgåva, volym 14, s. II-81).

- 46 Vad gäller Republiken Frankrikes argument att tiodagarsfristen börjar löpa då kommissionen får tillgång till samtliga handlingar som behövs för att kunna uttala sig, anser sökandena att detta argument inte är välgrundat. Kommissionen får inte åberopa bristande informationsunderlag för att skjuta fram börjedagen för tidsfristen. Om det skulle vara möjligt skulle kommissionen efter eget gottfinnande kunna förlänga tidsfristen. Att tidsfristen endast överskridits med kort tid kan inte utgöra en grund för att några rättsverkningar inte skall anses ha uppkommit.

- 47 Kommissionen har gjort gällande följande. I punkt 2 i åtagandena anges vilka rättsverkningar som följer av att kommissionen underlåter att yttra sig inom tidsfristen på fem dagar. Detta visar att avsaknaden av en dylik föreskrift i punkt 4 i åtagandena inte i något fall kan medföra att kommissionen skall anses ha fattat ett tyst beslut att godta de föreslagna förvärvarna. Av principiella skäl kan det i detta fall inte heller göras en analog tolkning, eftersom det är fråga om två helt oberoende bestämmelser som reglerar helt olika situationer. Vidare följer av punkt 3.2 i förslaget till överenskommelse angående distribution vid motorvägar som bilagts sökandenas bindande anbud av den 6 juli 2000, i vilket de konstaterat att kommissionen fick förlänga tiodagarsfristen "efter eget gottfinnande", att de hade kännedom om att bestämmelsen inte var bindande och framför allt om att nämnda tidsfrist inte medförde några rättsverkningar i fråga om godkännande av eller avslag på framlagda förslag. För övrigt överskreds fristen på tio arbetsdagar från och med den 29 augusti 2000 endast med en dag, och kommissionen har således handlat med erforderlig skyndsamhet. Att fristen överskreds har således inte någon inverkan på det ifrågasatta beslutets lagenlighet.
- 48 Republiken Frankrike anser att sökandena misstar sig angående börjedagen för tiodagarsfristen. Denna börjedag är inte den 12 augusti 2000 då den första förteckningen över sökande lades fram, utan i stället den 29 augusti 2000 då kommissionen erhöll kompletterande information från TotalFina Elf och då den hade tillgång till samtliga handlingar som var nödvändiga för att kunna yttra sig (se analogt domstolens dom av den 15 februari 2001 i mål C-99/98, Österrike mot kommissionen, REG 2001, s. I-1101, punkt 56, och artikel 4 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt rådets förordning nr 4064/89, EGT L 61, s. 1). En genomgång av rättspraxis angående åsidosättande av väsentliga formföreskrifter visar enligt Republiken Frankrike att det endast är grova åsidosättanden som kan leda fram till att ett kommissionsbeslut är olagligt (domstolens dom av den 7 maj 1991 i mål C-291/89, Interhotel mot kommissionen, REG 1991, s. I-2257, punkt 17, och av den 15 juni 1994 i mål C-137/92 P, kommissionen mot BASF m.fl., REG 1994, s. I-2555, punkterna 75 och 76; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-201. Ett ringa överskridande av en tiodagarsfrist utgör inte ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift som medför att det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras.

- 49 Kommissionen anser att sökandenas påstående angående åsidosättande av principen om skälig tidsfrist inte kan tas upp till sakprövning. Det är nämligen fråga om en ny grund som för första gången åberopades i repliken (domstolens dom av den 14 oktober 1999 i mål C-104/97, Atlanta mot Europeiska gemenskapen, REG 1999, s. I-6983). I vart fall framgår det tydligt av punkterna 4 och 6 i åtagandena att den enda rättsverkningen som följer av att fristen överskrids är att fristen för genomförandet av åtagandena kan förlängas efter kommissionens gottfinnande, på motiverad begäran från den anmälade parten. Eftersom TotalFina Elf i förevarande fall inte framställde någon sådan begäran, förblev fristen för genomförandet av åtagandena fortfarande den som fastställdes inledningsvis i beslutet av den 9 februari 2000. Något ”uppskjutande på obestämd tid” av genomförandet av koncentrationen har det därför inte varit fråga om.

Förstainstansrättens bedömning

- 50 Sökandena har gjort gällande att överskridandet av den i punkt 4 i åtagandena föreskrivna fristen i analogi med punkt 2 i åtagandena skall anses utgöra ett tyst beslut att godta förvärvaren eller förvärvarna. Förstainstansrätten finner att detta argument inte kan godtas.

- 51 Till skillnad från vad som gjorts gällande av sökandena finner förstainstansrätten att det i punkt 4 i åtagandena föreskrivs vilka konsekvenserna blir av att kommissionen inte reagerar inom tio arbetsdagar från mottagande av begäran om godkännande. Konsekvensen är att detta skall ses som en sådan särskild situation som avses i punkt 6 i åtagandena, och av den bestämmelsen framgår att i en situation som den i förevarande fall kan kommissionen förlänga den aktuella fristen. Även om syftet med punkt 6 synes vara att täcka de situationer där TotalFina förhindrats att genomföra överlåtelsekontrakten inom de frister som kommissionen föreskrivit, och inte de situationer där kommissionen underlåtit att

reagera, finner förstainstansrätten att den uttryckliga hänvisningen i punkt 4 till punkt 6 skall tolkas så att kommissionen lagligen får förlänga fristen. Att kommissionen underlåtit att inom den föreskrivna fristen godkänna begäran kan således inte likställas med att kommissionen fattat ett beslut om godkännande.

- 52 Det är även viktigt att notera att syftet med punkt 6 i åtagandena är att skydda den anmälande partens intressen, det vill säga TotalFina. Hänvisningen i punkt 4 i åtagandena till punkt 6 innebär således att det endast är den anmälande parten som får begära att kommissionen förlänger fristen om kommissionen underlåtit att svara inom den föreskrivna fristen. Detta har emellertid inte skett i förevarande fall, eftersom TotalFina beaktat kommissionens beslut som fattades efter det att fristen gick ut. Av vad anförs följer att sökandena inte äger åberopa den omständigheten att fristen överskridits gentemot kommissionen.
- 53 Mot denna bakgrund saknas anledning att pröva det av sökandena i repliken åberopade argumentet att kommissionen åsidosatt skyddsregler som enligt gemenskapernas rättsordning är tillämpliga på administrativa förfaranden.
- 54 Talan kan således inte vinna bifall på sökandenas första grund.

Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 3.1 g EG, artikel 211 EG och artikel 2.1 a i förordning nr 4064/89

- 55 Sökandena har åberopat två anmärkningar till stöd för den andra grunden och för att visa att det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras. Genom den första anmärkningen har sökandena gjort gällande att kommissionen tillämpade ett villkor som inte återfinns i åtagandena. Genom den andra anmärkningen har det gjorts gällande att kommissionen gjorde en oriktig bedömning av sökandenas ansökan.

Den första anmärkningen: Huruvida kommissionen tillämpade ett villkor som inte återfinns i åtagandena

— Parternas argument

- 56 Sökandena har gjort gällande följande. I åtagandena uppställs inte något krav på att de aktörer som önskar lägga fram ett förvärvserbjudande är etablerade inom oljesektorn. Däremot uppställs i punkt 37 e i åtagandena krav på att de kan uppvisa direkt eller indirekt erfarenhet när det gäller att driva ett nät av bensinstationer. I punkt 8 i det ifrågasatta beslutet har det slagits fast att sökandena inte "är etablerade inom oljesektorn", och detta utgör således en ny omständighet som kommissionen försöker stödja sig på för att avslå deras ansökan. För det fall kommissionen hade uppställt ett sådant villkor redan i beslutet av den 9 februari 2000, hade sökandena inte investerat så mycket tid och arbetskraft på att presentera sig hos TotalFina Elf som en trovärdig förvärvare.
- 57 I sin replik har sökandena gjort gällande att kommissionen åsidosatte rätts-säkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar genom att i det ifrågasatta beslutet beakta kriterier som inte lagts fast i beslutet av den 9 februari 2000.
- 58 Kommissionen har gjort gällande följande. Kommissionen tillämpade inte ett villkor som inte föreskrivs i beslutet av den 9 februari 2000 genom att i punkt 8 i det ifrågasatta beslutet hänvisa till att sökandena inte var etablerade inom oljesektorn. Denna hänvisning är i själva verket endast beskrivande. Skälen för det ifrågasatta beslutet utgjordes inte av att sökandena inte uppfyllde detta särskilda villkor, utan av att varken sökandena eller Agip uppfyllde det allmänna villkoret att de skulle ha kapacitet att vidmakthålla eller skapa en effektiv konkurrens. Att inneha nyligen förvärvad erfarenhet av marknaden för detalj-

försäljning av motorbränsle utgör i vart fall ett synnerligen relevant kriterium för att bedöma en kandidats kapacitet att vidmakthålla och skapa en effektiv konkurrens, särskilt mot bakgrund av att TotalFina Elf nästan innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Åtagandena utgör inte heller någon uttömmande uppräknig av vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av om en kandidat har kapacitet att vidmakthålla eller skapa en effektiv konkurrens.

- 59 Republiken Frankrike har gjort gällande följande. Begreppet etablerad inom oljesektorn ”har inte använts av kommissionen inom ramen för dess prövning av ansökningarna, utan inom ramen för dess presentation av dem som ansökt om att förvärva bensinstationerna”. Republiken Frankrike anser att ”kommissionen inte grundade sig på att sökandena inte var etablerade inom oljesektorn” för att avslå TotalFina Elfs förslag. Vidare kan sökandena inte vinna framgång genom att kritisera kommissionens val av bedömningskriterier, om de inte kan visa att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning vid det valet.
- 60 Kommissionen och Republiken Frankrike har hävdad att sökandenas argument angående åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar och av rättssäkerhetsprincipen (se punkt 57 ovan) inte skall läggas till grund för sakprövningen i enlighet med artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler. Dessa argument har nämligen åberopats för första gången i repliken.

— Förstainstansrättens bedömning

- 61 Förstainstansrätten gör följande bedömning av kommissionens och Republiken Frankrikes argument att sökandena åberopat en ny grund (se punkt 60 ovan). De hänvisningar som görs i repliken till rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar utvecklar de av sökandena i ansökan anförda argumenten. Dessa argument går ut på att sökandena inte hade lagt ner så mycket

tid och arbetskraft på att för TotalFina Elf framställa sig som en trovärdig förvärvare om kommissionen i sitt beslut av den 9 februari 2000 hade angett villkoret att förvärvaren skall vara etablerad inom oljesektorn. Dessa argument har ett nära samband med det argument som angetts i ansökan, varför de kan läggas till grund för sakprövningen.

- 62 Förstainstansrätten gör följande bedömning av sökandenas argument att kommissionen i punkt 8 i det ifrågasatta beslutet tillämpade ett villkor som inte föreskrivs i åtagandena. Detta argument avser på vilket sätt som det ifrågasatta beslutet avfattats och hur nämnda beslut skall tolkas.
- 63 Redan av lydelsen av det ifrågasatta beslutet framgår emellertid att kommissionen inte införde något ytterligare villkor i punkt 8 i det ifrågasatta beslutet. Punkterna 1—8 i det ifrågasatta beslutet utgör nämligen bara en inledning, och däri beskrivs endast dels vad som förevarit innan TotalFina den 12 augusti 2000 gav in begäran om godkännande, dels de aktörer som TotalFina föreslagit som förvärvare av de 70 aktuella bensinstationerna. Punkterna 5, 7 och 8 i det ifrågasatta beslutet innehåller endast en beskrivning av tre av de förvärvare som TotalFina föreslagit, nämligen AGIP, AVIA och sökandena. I punkt 8 lämnas en mycket kort beskrivning av sökandena och deras huvudsakliga verksamhet, och det nämns — dock utan att någon bedömning görs, vilket för övrigt inte är tvistigt — att sökandena vid den aktuella tidpunkten inte var etablerade inom oljesektorn.
- 64 Däremot görs i punkterna 18 och 19 i det ifrågasatta beslutet en bedömning av sökandenas ansökan med tillämpning av åtagandena. Först och främst kan nämnas att kommissionen då den prövade denna ansökan i punkt 18 i det ifrågasatta beslutet konstaterade att sökandena inte hade kapacitet att på ett effektivt sätt konkurrera på den relevanta marknaden. Kommissionen betonade i detta avseende i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet att sökandena hade mycket stora handikapp som måste övervinnas på grund av bland annat att sökandena skulle vara en ny marknadsaktör utan nyligen förvärvad erfarenhet avseende marknaden för detaljförsäljning av motorbränsle.

- 65 Det är visserligen riktigt att det i åtagandena inte uttryckligen nämns något villkor att förvärvaren skall vara etablerad inom oljesektorn. Dock anges i punkt 1 b i åtagandena att "... förvärvarna skall vara dugliga aktörer, vara etablerade på de relevanta marknaderna eller ha kapacitet att etablera sig där samt kunna vidmakthålla eller skapa en effektiv konkurrens". Kommissionen, som måste göra en bedömning av huruvida en kandidat hade kapacitet att säkerställa en effektiv och hållbar konkurrens på den relevanta marknaden (se punkt 37 c i åtagandena), fick eller till och med skulle beakta bland annat den omständigheten att en kandidat var ny aktör på marknaden för detaljförsäljning av motorbränsle, trots att det enligt åtagandena inte uttryckligen erfordras att aktören skall vara etablerad inom oljesektorn (se i detta avseende punkterna 117—120 nedan angående kommissionens bedömning i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet av den omständigheten att sökandena är ny marknadsaktör).
- 66 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den första anmärkningen i den andra grunden.

Den andra anmärkningen: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av sökandenas ansökan

— Parternas argument

- 67 Sökandena anser att kommissionen i punkterna 18 och 19 i det ifrågasatta beslutet gjorde en uppenbart oriktig bedömning av deras ansökan. Sökandena har på fyra punkter bestritt kommissionens slutsats i nämnda punkter att sökandena inte hade kapacitet att på ett effektivt sätt konkurrera på den relevanta marknaden.

68 Vad först och främst gäller kommissionens argument att sökandena inte har tillgång till några restauranger på de bensinstationer som de önskar förvärva, vilket innebär att de beräknade synergieffekterna inte lär uppkomma omedelbart, har sökandena gjort gällande att detta argument inte kan godtas.

69 Sökandena har i detta avseende gjort gällande följande. Mot bakgrund av SG2R:s erfarenheter från marknaden för motorvägsrestauranger, där bolaget är den tredje största aktören, och Petrolessences erfarenheter från marknaden för motorbränsledistribution är avsikten att TotalFina Elfs sex bensinstationer skall förvärfvas av de båda bolagen i nära samarbete så att verksamheten kan marknadsföras och drivas gemensamt. Kommissionen har i punkt 168 i beslutet av den 9 februari 2000 medgett att synergieffekter uppkommer mellan motorbränsledistributionen och de andra tjänsterna, vilket i sökandenas fall även påvisats med hjälp av uträkningar. Trots att bensinstationer belägna vid motorvägar har en marginal på plus minus 900 franska franc (FF) per kubikmeter motorbränsle, räknade sökandena i sitt anbud till TotalFina Elf med en marginal på 450—500 FF per kubikmeter motorbränsle. Marginalerna för butikerna/restaurangerna (som anges i kubikmeter motorbränsle) beräknades till 300—350 FF per kubikmeter. Samtliga dessa marginaler jämförda med beräknade utgifter utvisade ett mycket positivt bruttoresultat.

70 Det är enligt sökandena visserligen riktigt att det inte finns någon restaurang på fyra av de bensinstationer som de vill förvärva, men i sitt bindande anbud till TotalFina Elf föreslog de att restaurangenheter skulle byggas för att uppnå de beräknade synergieffekterna. En restaurang beräknades stå färdig inom 18—24 månader efter det att tillgångarna överlåtits.

71 I sin replik har sökandena betonat att de aldrig påstått att projektets lönsamhet endast berodde på att restauranger byggs omedelbart vid de bensinstationer som de önskade förvärva. De synergieffekter som presenterades i det bindande anbudet borde bedömas i ett tidsperspektiv. Sökandena har tillagt att "[i]ngen av de 70 bensinstationer som [TotalFina Elf] skulle överlåta hade restaurangenheter tillhörande Le Mirabellier. Det är därför svårt att se hur Le Mirabelliers val i sin

begäran till [TotalFina Elf] skulle kunna avse dessa stationer.” I vart fall framgår av de sifferuppgifter som nämnts i punkt 69 ovan att både motorbränsleförsäljningen och restaurangverksamheten vid motorvägarna tagna för sig skulle vara lönsamma utan behov av att den ena verksamheten får stöd från den andra. Denna bedömning delades av de banker som gått med på att finansiera sökandena på grundval av dessa uppgifter. Det är visserligen riktigt att det inte finns någon restaurang på fyra av de sex bensinstationerna, men det finns en affär på var och en av dessa fyra bensinstationer beträffande vilka marginalerna (angivna i kubikmeter motorbränsle) beräknades uppgå till 300—350 FF per kubikmeter motorbränsle. De marginaler från restaurangerna som måste räknas bort under den tid då restaurangerna byggs skulle kompenseras av vinster från annat håll. Sökandena skulle uppnå synergieffekter beträffande de två andra bensinstationerna med restaurang redan från och med överlåtelsen av tillgångarna. Dessa bensinstationer skulle nämligen drivas under beteckningen Le Mirabellier, som är den tredje största motorvägsrestaurangkedjan i Frankrike, och skulle därmed vara attraktiva för kunderna.

- 72 I sin replik har sökandena påpekat att kommissionen i sitt beslut av den 9 februari 2000 angav att ett villkor är att förvärvarna skall ha kapacitet att vidmakthålla ”eller” skapa en effektiv konkurrens. Kommissionen angav emellertid såväl i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet som i sitt svaromål att förvärvarna fortsättningsvis skulle ha kapacitet att vidmakthålla ”och” skapa en effektiv konkurrens. Denna skillnad är inte oviktig. Om båda villkoren skall vara uppfyllda innebär det nämligen att sökandena åläggs ett krav som inte uppställs i beslutet av den 9 februari 2000.
- 73 Vad för det andra gäller kommissionens påstående i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet att den totala motorbränsleförsäljningsvolymen kommer att ge sökandena en svag förhandlingsposition vid inköp av motorbränsle gentemot de franska raffinaderiägarna, från vilka bolaget avser att införskaffa 70 procent av sitt totala behov, har sökandena gjort gällande att det är uppenbart att detta påstående inte kan godtas.

- 74 Sökandena har i detta avseende gjort gällande följande. En undersökning av marknadsvillkoren utvisar att inköspriserna på den franska motorbränslemarknaden skiljer sig åt i mycket ringa utsträckning. Därför konkurrerar raffinaderiägarna inte genom sina priser på motorbränsle. Mot denna bakgrund saknas grund att anse att en aktörs kapacitet att köpa in stora volymer är avgörande för dennes möjlighet att konkurrera genom prissättning. Skillnaden i inköspris för den aktör som kan köpa in stora volymer och för den oberoende solvente aktör som endast innehar en bensinstation ligger på mellan 5 och 20 FF per kubikmeter motorbränsle, det vill säga maximalt 0,02 FF per liter vid bensinpumpen.
- 75 Sökandena har vidare gjort gällande att den omständigheten att bankerna gått med på att finansiera projektet visar att de av sökandena framräknade marginalerna är trovärdiga. Det föreligger endast marginella skillnader mellan priserna utanför distributionsnätet i var och en av de franska regionerna (se punkt 35 i beslutet av den 9 februari 2000). Dessutom fortsätter TotalFina Elf efter beslutet av den 9 februari 2000 att kontrollera raffinaderiet Mardyck, vilket innebär att alla inköpare utanför distributionsnätet i det område där de sex aktuella bensinstationerna finns hamnar i samma situation. Vidare har sökandena tagit kontakt med CPA (oberoende importlager i Dunkerque), som uppgav sig vara intresserat av att samarbeta vad avser leverans av motorbränsle till de sex aktuella bensinstationerna. Dessutom har sökandena kontaktat andra oberoende leverantörer, såsom Martens.
- 76 Vad beträffar kommissionens argument att sökandena riskerar att bli föremål för vedergällningsåtgärder från de franska raffinaderiägarna om de driver en aktiv prispolitik riktad mot nämnda raffinaderiägare, har sökandena gjort gällande att detta argument inte kan ligga till grund för det ifrågasatta beslutet. Det finns inte någon gemenskapsrättslig princip som gör det möjligt för kommissionen att inte godkänna en aktör på den grunden att aktören riskerar att utsättas för konkurrensbegränsande förfarande från en annan aktör.
- 77 Vad för det tredje gäller kommissionens argument i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet att det ringa antalet bensinstationer omintetgör sökandenas möjlighet att

uppnå stordriftsfördelar och att sökandena kommer att tvingas tillämpa en politik med "lockpriser" för att vinna konsumenternas förtroende, har sökandena gjort gällande att det är uppenbart att detta argument inte kan godtas. Kommissionen gynnar på detta sätt implicit de aktörer som redan är etablerade på marknaden för distribution av motorbränsle, vilket utgör ett åsidosättande av beslutet av den 9 februari 2000.

- 78 Sökandena har gjort gällande att kommissionen inte beaktade kompensations-systemet mellan å ena sidan motorbränsledistributionen och å andra sidan butikerna/restaurangerna. Fördelarna uppkommer inte enbart från motorbränsle- leverksamheten, utan skall bedömas tillsammans med de olika tjänster som motorvägsbilisten faktiskt utnyttjar. Kommissionen vitsordade dessa stordrifts- fördelar i punkt 168 i beslutet av den 9 februari 2000. Till skillnad från vad kommissionen gjort gällande är det dessutom förenat med mycket höga kostnader att samordna de stora distributionsnäten, vilket förklarar varför man övergått till franchising för att minimera dessa kostnader. Vad beträffar logistikkostnaderna innebär den i Frankrike använda lastbilstransporten av motorbränsle att skillnaderna minskar mellan de aktörer som är integrerade i distributionsnät och de aktörer som är oberoende.
- 79 Sökandena anser vidare att kommissionen i det ifrågasatta beslutet inte beaktade kompensationssystemet mellan marknaden för distribution av motorbränsle vid respektive utanför motorväg. Det är här fråga om två separata marknader, och priskonkurrensen på den senare marknaden är relativt effektiv medan det nästan inte råder någon sådan priskonkurrens på den förra marknaden. Att priserna är höga på motorvägarna förklaras inte bara av att det nästan inte finns några andra aktörer på marknaden än de stora integrerade raffinaderiägarna. De höga priserna förklaras också av att dessa aktörer måste kompensera kostnaderna för motorbränsle på motorvägarna på marknaden för distribution av motorbränsle utanför motorvägar. Att sökandena inte har några bensinstationer utanför motorvägarna kan snarare åberopas som en fördelaktig omständighet för sökandena i förhållande till de andra förvärvskandidaterna som har bensin- stationer utanför motorvägarna. Detta utgör således inte någon nackdel, vilket kommissionen ansåg i det ifrågasatta beslutet.

80 Sökandena har uppgett att de avser att tillämpa en politik med "lockpriser" för att vinna konsumenternas förtroende, och för att möjliggöra detta tänker de dra nytta av synergieffekterna mellan motorbränsledistributionen och de andra tjänsterna. Denna politik med "lockpriser" borde ha utgjort ett incitament för kommissionen att prioritera deras ansökan. Genom att inte göra detta gjorde kommissionen en uppenbart oriktig bedömning av marknaden och av sökandenas potentiella konkurrensförmåga.

81 Vad för det fjärde gäller kommissionens påstående i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet angående den omständigheten att sökandena är nya marknadsaktörer, har sökandena gjort gällande att detta påstående står i strid med kommissionens uppgift att säkerställa en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. I beslutet av den 9 februari 2000 hänvisade kommissionen till den mycket höga koncentrationsnivån på den relevanta marknaden (se punkt 360) och till de svårigheter som föreligger för nya marknadsaktörer (se punkterna 207—211). Genom beslutet av den 7 november 2000 att tilldela Shell och Esso åtminstone två av de bensinstationer som tidigare tilldelats sökandena, bidrog kommissionen inte bara till att begränsa marknadstillgången för nya marknadsaktörer utan gynnade även de stora integrerade oljebolagen genom att göra det möjligt för dem att fördubbla det antal bensinstationer som de inledningsvis hade beviljats. Vad gäller marknaden för försäljning av motorbränsle vid de franska motorvägarna har sökandena gjort gällande att det finns fler ekonomiska skäl för att bensinstationerna skall överlåtas till aktörer som inte nödvändigtvis just nu är etablerade på marknaden, detta för att skapa eller vidmakthålla en effektiv konkurrens. Företag som konkurrerar med varandra på flera marknader har större benägenhet att samverka än vad som är fallet om de bara konkurrerar på en marknad. Ju större finansiella resurser företag på en marknad har, desto större synes risken vara för att de ingår samförståndsavtal. Vidare förefaller det som om företag med identisk profil har större benägenhet att samverka på ett konkurrensbegränsande sätt.

82 Vad gäller kravet på att förvärvare skall ha direkt eller indirekt erfarenhet när det gäller att driva ett nät av bensinstationer (se punkt 37 e i åtagandena), vilket är det enda villkoret som överensstämmer med beslutet av den 9 februari 2000, har

sökandena gjort gällande att de i vart fall har erforderlig erfarenhet, vilket framgår av Petrolessences tidigare verksamhet. Bland annat drev Petrolessence bensinstationer under åttiotalet.

- 83 Sökandena har dessutom gjort gällande att kommissionen genom det ifrågasatta beslutet inte gör det lättare för nya aktörer att komma in på marknaden, vilket strider mot logiken i beslutet av den 9 februari 2000. Genom det ifrågasatta beslutet tillfogas sökandena omedelbar skada på så sätt att de nekas tillträde till marknaden för bensinstationer belägna vid motorvägar. Dessutom innebär det ifrågasatta beslutet att sökandenas projekt att utveckla verksamheten inom den aktuella sektorn med anledning av den anbudsinfordran som kommer att äga rum på marknaden efter år 2005 äventyras.
- 84 Kommissionen har gjort gällande följande. Sökandenas argument är inte välgrundade och skall inte godtas. Syftet med åtagandena beträffande överlåtelsen av bensinstationerna var att hindra TotalFina Elf från att få en dominerande ställning på marknaden för försäljning av motorbränsle vid de franska motorvägarna (se punkterna 157—221 i beslutet av den 9 februari 2000).
- 85 Vidare har kommissionen och Republiken Frankrike konstaterat att de flesta argument som sökandena framfört i detta mål bygger på ekonomiska bedömningar som ställs mot den bedömning som gjordes av kommissionen. Enligt fast rättspraxis har kommissionen emellertid ett visst utrymme för skönsmässig bedömning som skall beaktas vid domstolsprövningen (domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1375, punkterna 223 och 224, och förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkterna 164 och 165, av den 28 april 1999 i mål T-221/95, Endemol mot kommissionen, REG 1999, s. II-1299, och av den 15 december 1999 i mål T-22/97, Kesko mot kommissionen, REG 1999, s. II-3775, punkt 142).
- 86 Kommissionen och Republiken Frankrike har gjort gällande att det inte var möjligt för sökandena att omedelbart få till stånd de synergieffekter mellan

restaurangverksamheten och motorbränsledistributionen som förväntats. Kommissionen har betonat att syftet med åtagandena var att förhindra uppkomsten av en dominerande ställning på den relevanta marknaden, varför kommissionen var skyldig att säkerställa att den grupp förvärvare som föreslogs av TotalFina Elf omedelbart hade kapacitet att konkurrera på ett effektivt sätt.

87 Kommissionen och Republiken Frankrike har konstaterat att sökandena, samtidigt som de inte bestritt att deras projekt och i synnerhet deras påstådda kapacitet att skapa en aktiv konkurrens på den relevanta marknaden grundas på förväntningar om att tillgodogöra sig synergieffekter mellan de olika verksamheterna, har vitsordat att det ännu inte finns någon restaurangenheter på fyra av de sex bensinstationer som ansökan avser och att det krävs 18—24 månader för att bygga upp sådana restaurangenheter. Vad gäller de två andra bensinstationerna med ”bar och buffet-avdelning” är det fråga om små restaurangenheter vars omsättning knappt uppgår till 50 procent av rastplatsens potential. Sökandena skulle dessutom behöva SEMCA:s (koncessionsinnehavaren på motorvägarna) tillstånd att sätta upp sina skyltar på dessa enheter. Kommissionen har även hävdad att sökandenas närvaro på marknaden för motorbränsledistribution och marknaden för vägre restauranger inte skulle innebära något särskilt i förhållande till konkurrenterna, eftersom samtliga bensinstationer belägna vid motorvägar har en butik. Dessutom har flera av bensinstationerna även en liten restaurangenheter. Sökandena skulle således inte få någon särskild konkurrensfördel i detta avseende.

88 Kommissionen anser att sökandenas hänvisning till möjligheten att år 2005 förvärva andra bensinstationer (se punkt 83 ovan) skall tolkas så att de beräknade synergieffekterna även förutsätter att ytterligare förvärv görs, vilket snarare talar för och inte emot kommissionens slutsatser. Vad gäller sökandenas argument angående den omständigheten att ingen av de 70 bensinstationer som TotalFina Elf skulle överlåta har någon restaurangenheter som tillhör Le Mirabellier och att det är svårt att se hur sökandenas val i anbudet till TotalFina Elf skulle avse de bensinstationer som har sådana restaurangenheter, har kommissionen hävdad att det är fråga om ett nytt argument som dessutom är irrelevant. Det är uppenbart att kommissionen inte kunde underlåta att pröva huruvida det var möjligt för sökandena att utveckla de aktuella synergieffekterna, under förvärandning att detta skulle innebära svårigheter för sökandena, utan tillgång till restauranger på en eller flera av de 70 aktuella bensinstationerna.

- 89 Vad beträffar sökandenas påstående att de, tack vare sin lönsamma restaurangverksamhet, skulle kunna tillämpa lägre marginaler på motorbränsleförsäljningen än de andra aktörerna på motorvägarna, har kommissionen genmält att detta inte är relevant. Det är nödvändigt att skilja mellan å ena sidan möjligheten att göra korsvisa subventioneringar mellan två parallella verksamheter och å andra sidan de synergieffekter som uppkommer mellan verksamheterna och som direkt påverkar åtminstone en av verksamheternas lönsamhet, exempelvis genom att påverka beträffande kostnaderna för verksamheterna. Dessa synergieffekter skulle kunna medföra att den berörde både har möjligheten och incitamentet att aktivt konkurrera med hjälp av sin prissättning. I normala fall saknas anledning att överföra medel från en verksamhet för att stödja en annan mindre lönsam verksamhet. Inte heller sökandenas påstående att bankerna anser att projektet skulle bli lönsamt är enligt kommissionen relevant. Bankernas agerande styrs av kundens betalningsförmåga. Detta skiljer sig i stor utsträckning från vad som styr kommissionens agerande, nämligen att vidmakthålla en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden.
- 90 Kommissionen har beklagat skrivfelet i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet. Genom detta skrivfel uppställde kommissionen det kumulativa villkoret att "vidmakthålla och skapa" en effektiv konkurrens. Denna formulering förändrar emellertid inte kravet på en omedelbar och effektiv konkurrens som anges i åtagandena i överensstämmelse med syftet med förordning nr 4064/89.
- 91 Enligt kommissionen hade den rätt att anse att sökandenas förhandlingsposition var mycket osäker på grund av att de då det ifrågasatta beslutet fattades inte hade fått något skriftligt anbud från den leverantör som skulle leverera 70 procent av motorbränslebehovet, nämligen Shell. Kommissionen har därvid uppgett följande: "Sökandena har i detta avseende vitsordat att denna osäkerhet kommer att råda så länge som 'man konkurrerar om de aktuella förvärven', det vill säga så länge som både sökandena och Shell kandiderar till att få köpa de sex bensinstationerna." Det är notoriskt att en aktörs kapacitet att köpa betydande volymer är avgörande för hans möjlighet att kunna konkurrera genom låga priser. Aktörerna på den relevanta marknaden konkurrerar dessutom med

varandra huvudsakligen genom prissättningen. Även de till synes små prisskillnaderna som sökandena uppgett i punkt 74 ovan kan vara avgörande för en aktörs konkurrensförmåga. Av sökandenas beräkningar framgår dessutom endast att sökandena är livskraftiga. Dock lämnas inte några närmare uppgifter om huruvida sökandenas förslag kan leda till effektiv konkurrens.

92 Kommissionen har även gjort gällande att det inte är korrekt att begränsa jämförelsen av förhandlingssituationen mellan inköpscentralerna och sökandena till att endast avse en prisjämförelse. För det fall sökandena driver en aktiv prispolitik i förhållande till de franska raffinaderiägarna, riskerar sökandena vedergällningar från raffinaderiägarna i form av höjda leveranspriser eller hot om uppsägning av leveranskontrakt. Detta utgör en giltig grund för kommissionen att inte godkänna sökandena, eftersom kommissionen skall kontrollera att de som ansökt om att förvärva bensinstationerna kan uppnå det syfte som uppställs i åtagandena, nämligen att hindra att en dominerande ställning uppkommer eller förstärks ytterligare. För denna bedömning är det uppenbart relevant att en sökande inte kan stå emot represalier från starkare aktörer, vars dominans skall förhindras.

93 Republiken Frankrike har påpekat att frågeställningen om ”vedergällningar” inte återfinns i det ifrågasatta beslutet. I nämnda beslut anges endast att det inte är säkert att den totala motorbränsleförsäljningsvolymen kommer att ge sökandena en stark förhandlingsposition gentemot de franska raffinaderiägarna. Kommissionen har, till skillnad från vad sökandena har uppgett, angett att TotalFina Elfs kontroll över raffinaderiet Mardyck inte innebär att samtliga köpare utanför distributionsnät i norra Frankrike där nämnda raffinaderi är beläget hamnar i samma situation. Sökandena skulle inte ha något påtryckningsmedel gentemot TotalFina Elf, och det finns en risk att de beträffande en del av sina inköp skulle bli beroende av TotalFina Elf vad gäller leveransvillkoren. Inköpscentralerna och de andra raffinaderiägarna är däremot i högsta grad etablerade på dessa marknader och har kapacitet att utöva påtryckningar mot TotalFina Elf för att få godtagbara leveransvillkor.

94 Kommissionen har konstaterat att samtidigt som sökandena inte bestritt att det ringa antal bensinstationer som sökandena vill förvärva kan leda till att

stordrifts- och logistikfördelar uteblir, så har de påstått att detta kriterium bidrar till bibehållandet av ett oligopol. Beslutet av den 9 februari 2000 och de däri angivna farhågorna angående oligopolet på marknaden överensstämmer enligt kommissionen till fullo med konstaterandet i det ifrågasatta beslutet att det ringa antalet bensinstationer som sökandena vill förvärva skulle innebära en begränsning av sökandenas möjlighet att uppnå sådana stordrifts- och logistikfördelar som konkurrenterna har. Detta kriterium avser endast huruvida stordrifts- eller logistikfördelar kan (eller inte kan) uppnås och hänger inte samman med begreppet relevant marknad. Kommissionen har i detta avseende uppgett följande: "Kriteriet avser inte en kandidats närvaro på marknaden för försäljning av motorbränsle vid motorvägar. Denna marknad skiljer sig från marknaden för försäljning av dylika produkter utanför motorvägar" (punkterna 157—176 i beslutet av den 9 februari 2000). Enligt det den 7 november 2000 antagna förslaget från TotalFina Elf skall ett stort antal bensinstationer förvärfvas av aktörer som fram till den tidpunkten ännu inte (eller endast i mycket liten utsträckning) var etablerade vid de franska motorvägarna. Vidare var det endast ett mycket begränsat antal bensinstationer som överläts till var och en av de aktörer som redan var etablerade på marknaden.

95 Enbart den teoretiska möjligheten för sökandena att tack vare sin restaurangverksamhet subventionera sin verksamhet på marknaden för försäljning av motorbränsle innebär enligt kommissionen inte att några stordrifts- eller logistikfördelar föreligger. I ett allmänt perspektiv gör detta det inte heller mer troligt att sökandena skulle bidra till en effektiv konkurrens på sistnämnda marknad.

96 Sökandenas argument angående kompenationssystemet mellan marknaden för distribution av motorbränsle vid motorvägar och utanför motorvägar är enligt kommissionen inte relevant. Sökandena har inte medel att på lång sikt tillämpa en politik med lockpriser. Sökandena skulle inte själva kunna driva konkurrensen på marknaden, utan skulle endast ha kapacitet att följa konkurrenternas priser i en omgivning utan andra aktörer med kapacitet att driva konkurrensen.

- 97 Sökandenas argument angående den omständigheten att de skulle vara en ny aktör inom oljesektorn kan enligt kommissionen inte godtas. Kommissionens bedömning av sökandenas kapacitet att uppfylla de i punkt 1 b i åtagandena föreskrivna villkoren kunde lagligen grundas på den omständigheten att sökandena var en ny marknadsaktör utan nyligen förvärvad erfarenhet från marknaden för detaljförsäljning av motorbränsle.
- 98 Kommissionen har bestritt sökandenas påståenden att kommissionen skulle ha gynnat de stora oljebolagen (se punkt 81 ovan). I enlighet med beslutet av den 7 november 2000 överläts i själva verket mer än 85 procent av de aktuella bensinstationerna till bolag i andra bolagskategorier. De omständigheter som åberopats av sökandena för att visa att de har erfarenhet på området är enligt kommissionen antingen obsoleta, och därmed utan verkan, eller utan betydelse med avseende på de mycket strikta krav som skall vara uppfyllda för att kommissionen skall ge sitt godkännande.
- 99 Kommissionen har vidare bestritt sökandenas argument att det ifrågasatta beslutet äventyrar sökandenas projekt inom den aktuella sektorn beträffande den anbudsinfordran som kommer att äga rum år 2005. Detta är ett rent teoretiskt resonemang och ingenting tyder på att sökandenas innehav av de sex bensinstationerna skulle vara avgörande för deras möjligheter att vinna framgång i detta avseende.

— Förstainstansrättens bedömning

- 100 Sökandena har i huvudsak gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning av sökandenas ansökan, som presenterades av TotalFina Elf. Det har gjorts gällande att kommissionen i det ifrågasatta beslutet underlät att beakta såväl den faktiska strukturen på den relevanta marknaden som sökandenas konkurrensförmåga. Detta skall i sin tur ha medfört att verkstäl-

landet av beslutet av den 9 februari 2000 inte leder till att en effektiv konkurrens skapas på marknaden för bensinstationer belägna vid motorvägar, vilket utgör ett åsidosättande av artikel 2.1 a i förordning nr 4064/89 och av artiklarna 3.1 g EG och 211 EG.

- 101 Enligt fast rättspraxis har kommissionen genom de materiella reglerna i förordning nr 4064/89, i synnerhet genom artikel 2 angående bedömningen av koncentrationer, givits en viss befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är av väsentlig betydelse för tillämpningen av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som utgör grund för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (se domen i de ovannämnda förenade målen Frankrike m.fl. mot kommissionen, punkterna 223 och 224, och domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkterna 164 och 165, förstainstansrättens dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002, s. II-2585, punkt 64). Härav följer att gemenskapsdomstolens prövning av de komplicerade ekonomiska bedömningar som kommissionen har gjort med utövande av sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt förordning nr 4064/89 skall begränsas till att endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk. I synnerhet får förstainstansrätten inte ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen bedömning.

- 102 Inom ramen för den i förordning nr 4064/89 föreskrivna kontrollen av koncentrationer skall kommissionen, utifrån en analys av den relevanta marknadens kommande utveckling, bedöma om den koncentration som undersökningen gäller kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på marknaden påtagligt hämmas, bland annat av de företag som är parter i koncentrationen. Kommissionen kan vidare med tillämpning av artikel 8 i förordningen förena beslutet att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden med villkor och ålägganden. Sådana bedömningar förutsätter en noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som i varje enskilt fall visar sig relevanta för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen på den relevanta marknaden.

103 Förstainstansrätten kan således godta sökandenas argument endast om de visar att kommissionen i punkterna 18 och 19 i det ifrågasatta beslutet gjorde en uppenbart oriktig bedömning av deras ansökan. Sökandena har emellertid inte visat att kommissionen gjorde någon sådan uppenbart oriktig bedömning. Vidare är sökandenas argument utformade på så sätt att förstainstansrätten anmodas att ersätta kommissionens bedömning av deras ansökan med en annan bedömning.

104 Det finns i detta avseende anledning att erinra om vissa relevanta omständigheter i målet, särskilt bakgrunden till och syftet med TotalFina Elfs överlåtelse av 70 bensinstationer. I beslutet av den 9 februari 2000 konstaterade kommissionen att konkurrenssituationen på marknaden för försäljning av motorbränsle på motorvägar, till och med före koncentrationen mellan TotalFina och Elf, liknade en situation med dominerande ställning (se punkt 216). Efter koncentrationen skulle TotalFina Elf ha starka incitament att höja sina priser och/eller att sänka kvaliteten på sina tjänster på den relevanta marknaden, vilket skulle ge TotalFina Elf möjlighet att bestraffa konkurrenter som inte följer, eller till och med motarbetar, dess politik (se punkt 220). Kommissionen ansåg således att den anmälda koncentrationen skulle leda till att det skapades en dominerande ställning på den relevanta marknaden och till en ny kraftig försämring av konkurrensstrukturen på denna marknad, där konkurrensen redan var försämrad (se punkt 221 i beslutet av den 9 februari 2000).

105 Under det administrativa förfarandet angående koncentrationen lade TotalFina fram vissa förslag till åtaganden för att eliminera de av kommissionen påpekade konkurrensproblemen. Kommissionen godtog dessa åtaganden efter vissa förändringar, eftersom de föreföll ”vara av sådan art att de omedelbart kan återupprätta en effektiv och varaktig konkurrens på de relevanta marknaderna” (se punkt 362 i beslutet). Kommissionen förklarade därför koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden under förutsättning att åtagandena iakttas fullt ut. För att vidmakthålla en effektiv konkurrens på marknaden för

försäljning av motorbränsle vid de franska motorvägarna åtog TotalFina sig att avyttra 70 bensinstationer till sådana förvärvare som uppfyller vissa villkor, bland annat de som återfinns i punkt 1 b i åtagandena.

106 Av det ifrågasatta beslutet och åtagandena framgår tydligt att kommissionen ansåg att det endast var möjligt att uppnå syftet att återupprätta en effektiv och hållbar konkurrens på den relevanta marknaden om förvärvarna av de 70 bensinstationerna hade kapacitet att förvärva dem utan att tvingas att avbryta verksamheten och att omedelbart få dem lönsamma och konkurrenskraftiga (se bland annat hänvisningen till återupprättandet av en effektiv konkurrens i punkt 1 c i åtagandena samt TotalFina Elfs skyldighet enligt artikel 37 c i åtagandena att inte bara avyttra de 70 bensinstationerna utan även överföra den personal som behövs för driften och som var direkt anställd vid försäljningsstället). Kommissionen prövade således ansökningarna från varje förvärvare som TotalFina föreslagit med beaktande av detta syfte. Vidare grundade kommissionen sitt beslut att inte godta sökandenas ansökan på en sammantagen bedömning av ett visst antal omständigheter.

107 I punkt 19 i det ifrågasatta beslutet angav kommissionen att sökandena då beslutet fattades inte hade några restauranger på de bensinstationer som de ville förvärva. Utifrån detta gjorde kommissionen bedömningen att de av sökandena beräknade synergieffekterna således inte kunde uppkomma omedelbart. Kommissionen betonade att det var en förutsättning för sökandenas kapacitet att skapa aktiv konkurrens på den relevanta marknaden att restauranger omedelbart installerades i de bensinstationer som de ville förvärva. Det är emellertid utrett att det inte fanns någon restaurang i fyra av de sex bensinstationer till vilka sökandena av TotalFina Elf föreslagits som förvärvare. Det är vidare utrett att det skulle ta åtminstone 18—24 månader att installera restauranger på de fyra bensinstationerna. Av handlingarna i målet framgår vidare att det på de två andra bensinstationerna endast fanns små restaurangenheter. Sökandena anser emellertid att de synergieffekter som redovisats i deras bindande anbud skall bedömas i ett tidsperspektiv. Vidare har de försökt att visa att de sex bensinstationerna skulle bli lönsamma även under den tid som byggnationen av restaurangerna pågick. Dessutom har de påstått att de fyra bensinstationerna utan restaurang dock hade var sin butik med samma marginaler som för en restaurang. Sökandena har gjort gällande att det av siffrorna ovan i punkt 69 framgår att

det är lönsamt att sälja motorbränsle och bedriva restaurangverksamhet vid motorvägar som separata verksamheter.

108 Förstainstansrätten erinrar om att det i åtagandena uppställs krav på att förvärvarna har kapacitet att konkurrera på ett effektivt och hållbart sätt på den relevanta marknaden. Sökandena grundade uttryckligen sitt anbud beträffande bensinstationerna på att det var möjligt att uppnå synergieffekter mellan motorbränsleförsäljningen och restaurangverksamheten. Det är emellertid utrett att dessa synergieffekter kan uppstå först efter en viss tidsperiod, nämligen efter 18—24 månader. Mot bakgrund av syftet med åtagandena finner förstainstansrätten att kommissionen inte överskred sitt utrymme för skönsmässig bedömning, då den vid sin prövning av sökandenas ansökan kom fram till att de i bästa fall skulle ha kapacitet att uppfylla detta villkor först på medellång sikt. Det går inte att kräva av kommissionen att den skall anse att en tidsutdräkt på åtminstone 18 månader innan villkoret uppfylls inte är till men för konkurrensen. Även om det antas att sökandenas förslag i deras bindande anbud verkligen skulle vara lönsamt under den aktuella tidsperioden, är detta under alla omständigheter inte av avgörande betydelse. Syftet med åtagandena var nämligen inte att finna en livskraftig förvärvare. Förstainstansrätten godtar därför inte sökandenas argument angående de beräknade synergieffekterna.

109 Sökandena har även klandrat kommissionen för att den uppställde villkoret att förvärvarna skall ha kapacitet att vidmakthålla ”och” skapa en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, trots att dessa villkor enligt beslutet av den 9 februari 2000 är alternativa. Enligt sökandena uppställde kommissionen på detta sätt ett krav som inte återfinns i beslutet av den 9 februari 2000.

110 Förstainstansrätten finner att detta argument inte är välgrundat. Oavsett om de båda villkoren är kumulativa eller alternativa, kvarstår kravet på att förvärvarna på ett effektivt sätt skall kunna konkurrera på marknaden. I enlighet med vad som slagits fast i punkt 121 ovan gjorde kommissionen emellertid inte någon uppenbart oriktig bedömning då den ansåg att sökandena inte uppfyllde detta krav.

- 111 I punkt 19 i det ifrågasatta beslutet konstaterade kommissionen att "[d]et... inte [är] säkert att den totala motorbränsleförsäljningsvolymen kommer att ge [sökandena] en stark förhandlingsposition gentemot de franska raffinaderiägare från vilka [de] avser att införskaffa 70 procent av sitt totala behov". Sökandena anser att detta konstaterande är uppenbart ogrundat, eftersom det inte råder någon priskonkurrens just vad gäller införskaffande från raffinaderiägarna. En aktörs kapacitet att köpa stora volymer är enligt sökandena inte avgörande för dennes möjlighet att konkurrera med låga priser. Skillnaden är nämligen "minimal" mellan de priser som aktörer med stor kapacitet får betala och de priser som aktörer med endast en bensinstation får betala.
- 112 Kommissionen har gjort gällande att de ovan i punkt 74 redovisade prisskillnaderna kan vara avgörande för i vilken utsträckning en aktör är konkurrenskraftig, eftersom aktörerna på den relevanta marknaden huvudsakligen konkurrerar med varandra med priser. Förstainstansrätten godtar detta argument. Kommissionen angav i punkt 191 i beslutet av den 9 februari 2000 avseende försäljningen av motorbränsle att "man i huvudsak [konkurrerar] med priser. Det finns endast ett litet manöverutrymme för de andra konkurrensparametrarna. Motorbränslen är homogena produkter med en låg teknisk innovationsgrad." Till skillnad från vad sökandena har gjort gällande i punkt 76 ovan, finner förstainstansrätten dessutom att kommissionen ägde grunda sitt beslut att avslå sökandenas ansökan på att sökandena inte skulle kunna stå emot vedergällningar från de franska raffinaderiägarna för det fall sökandena bedrev en aktiv prispolitik. Eftersom kommissionen gjorde en bedömning av den kommande utvecklingen på marknaden, kan denna bedömning ogiltigförklaras såsom uppenbart oriktig endast om sökandena åberopat konkreta omständigheter till stöd för detta. Sökandena har emellertid inte åberopat några sådana omständigheter.
- 113 Inte heller sökandenas argument att bankerna bedömt projektet som lönsamt (se punkt 75 ovan) är relevant. Bankernas intresse riktas mot att sökandena har betalningsförmåga, medan kommissionens syfte är att vidmakthålla en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden.

- 114 I punkt 19 i det ifrågasatta beslutet konstaterade kommissionen vidare att sökandenas möjligheter att uppnå de stordriftsfördelar som konkurrenterna har omintetgör av det ringa antalet bensinstationer som sökandena vill förvärva. Vidare anges i nämnda punkt att sökandena måste tillämpa en politik med "lockpriser" för att vinna konsumenternas förtroende. Av handlingarna i målet framgår att begreppet lockpriser innebär att sökandena tvingas att ha låga priser för att attrahera kunder. Kommissionen har vidare påstått att sökandena inte har medel för att på lång sikt tillämpa en politik med lockpriser (se punkt 96 ovan). Sökandena anser att det inte finns grund för att ifrågasätta huruvida detta tillvägagångssätt skulle bli lönsamt, särskilt mot bakgrund av de uppgifter som redovisats ovan i punkt 69. Av dessa uppgifter framgår enligt sökandena att även om sökandena har mindre marginaler på motorbränslepriserna än konkurrenterna, skulle dessa marginaler tillsammans med marginalerna från restaurangverksamheten, jämförda med samtliga kostnader, ge ett mycket positivt bruttoresultat.
- 115 Förstainstansrätten gör i detta avseende följande bedömning. Sökandena har inte bestritt kommissionens påstående i punkt 19 i det ifrågasatta beslutet att de måste tillämpa en politik med "lockpriser" för att attrahera kunder. Sökandena har i själva verket angripit kommissionens påstående att de inte skulle uppnå några stordriftsfördelar med andra medel. Sökandena har åter igen hävdat att kommissionen implicit gynnade de aktörer som redan var etablerade på den relevanta marknaden till nackdel för nya marknadsaktörer, och att detta står i strid med beslutet av den 9 februari 2000. Fördelarna uppkommer enligt sökandena inte enbart från motorbränsleverksamheten, utan skall bedömas tillsammans med de olika tjänster som motorvägsbilisten faktiskt utnyttjar. Förstainstansrätten finner att argumentet rörande stordriftsfördelar redan har prövats och underkänts i punkt 108 ovan. Utöver detta konstaterar förstainstansrätten, till skillnad från vad sökandena har gjort gällande, att enbart den omständigheten att det finns en teoretisk möjlighet att med hjälp av restaurangverksamheten subventionera verksamheten på marknaden för försäljning av motorbränsle inte kan anses utgöra en stordriftsfördel. Av samma skäl som anges i punkt 118 nedan finner förstainstansrätten att den inte heller kan godta sökandenas argument att kommissionen gynnade de aktörer som redan var etablerade på den relevanta marknaden. Att sökandena hade för avsikt att tillämpa "lockpriser", vilket synes vara bra för konkurrensen, kan inte heller i sig utgöra ett tillräckligt bevis på deras kapacitet att skapa en effektiv och hållbar

konkurrens på den relevanta marknaden. Kommissionen får inte heller gynna sökandenas ansökan på enbart den grunden att de inte har några bensinstationer utanför motorvägsnätet och därmed äventyra syftet med åtagandena, vilket är att vidmakthålla en effektiv konkurrens på marknaden och på så sätt förhindra att TotalFina Elf får en dominerande ställning.

- 116 Det är vidare utrett att sökandena inte hade några andra bensinstationer vid eller utanför motorvägarna, att de endast erbjöd sig att förvärva tio bensinstationer från TotalFina Elf och att TotalFina Elf tillmötesgick deras ansökan endast i fråga om sex bensinstationer. Mot denna bakgrund finner förstainstansrätten att kommissionen inte överskred sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att till grund för sin bedömning att sökandena inte hade kapacitet att skapa en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden lägga bland annat den omständigheten att sökandena inte skulle få några stordriftsfördelar.
- 117 I punkt 65 ovan har det slagits fast att nyligen förvärvad erfarenhet från marknaden för detaljförsäljning av motorbränsle i högsta grad är relevant vad avser den kapacitet som en kandidat skall ha för att uppfylla syftet med åtagandena, nämligen att vidmakthålla eller utveckla en effektiv och hållbar konkurrens. Detta gäller särskilt som TotalFina Elf hade en nästan dominerande ställning på den relevanta marknaden redan före den aktuella koncentrationen. Vidare har det slagits fast att kommissionen lagligen får beakta bland annat den omständigheten att en förvärvare är ny aktör på den relevanta marknaden och lägga detta till grund för sitt beslut att inte godkänna aktörens ansökan.
- 118 Det är visserligen riktigt att kommissionen i beslutet av den 9 februari 2000 hänvisade till den mycket höga koncentrationsgrad som kännetecknar den relevanta marknaden och till de svårigheter som kan uppkomma för nya marknadsaktörer (se bland annat punkterna 207—210). Att kommissionen vid sin bedömning av sökandenas ansökan beaktade att de var en ny marknadsaktör utan nyligen förvärvad erfarenhet från marknaden för detaljförsäljning av motorbränsle kan dock enligt förstainstansrätten inte kritiseras. Det skulle stå i strid med syftet med åtagandena att gynna en kandidat på enbart den grunden att

han är en ny marknadsaktör, om det av en helhetsbedömning framgår att han inte har kapacitet att uppfylla nämnda syfte. Vad gäller sökandenas argument att kommissionen med det ifrågasatta beslutet gynnade de stora oljebolagen, noterar förstainstansrätten att sökandena inte bestritt kommissionens påstående i punkt 98 ovan att mer än 85 procent av det totala antalet överlåtna bensinstationer tilldelats förvärvare som inte är stora oljebolag. Sökandena har vidare klandrat kommissionen för att TotalFina Elf till Shell och Esso sålde två av de bensinstationer som sökandena ursprungligen hade tilldelats. Förstainstansrätten finner att det enbart av denna omständighet inte är möjligt att dra slutsatsen att kommissionen gynnade de stora oljebolagen. Förstainstansrätten kan därför inte godta detta argument.

- 119 Sökandena har vidare gjort gällande att även om de inte var etablerade på den relevanta marknaden, har de den av kommissionen erfordrade erfarenheten vilket framgår av sökandenas tidigare verksamhet. Vad gäller detta argument konstaterar förstainstansrätten att sökandena själva har uppgett att de upphörde med sin verksamhet på denna marknad ”i slutet av åttiotalet till följd av att den franska marknaden utvecklades”. Av vad anförts följer att kommissionen inte kan klandras för att den vid sin bedömning av sökandenas ansökan beaktade att sökandena inte hade någon nyligen förvärvad erfarenhet av den relevanta marknaden. Kommissionen ansåg för övrigt att sådan erfarenhet var nödvändig för att skapa motvikt mot den nästan dominerande ställning som TotalFina Elf innehade på denna marknad. Att sökandena var en ny aktör på marknaden för försäljning av motorbränsle var dessutom endast en av de omständigheter som kommissionen lade till grund för sin bedömning. Även om denna omständighet separat inte skulle utgöra tillräcklig grund för att avslå sökandenas ansökan, får kommissionen beakta nämnda omständighet tillsammans med andra omständigheter inom ramen för sin bedömning.

- 120 Vad gäller sökandenas argument (se punkt 83 ovan) angående möjligheten att år 2005 förvärva andra bensinstationer som är belägna på platser där sökandena redan driver restauranger, finner förstainstansrätten att detta argument inte kan godtas. I likhet med vad som anförts av kommissionen i punkt 99 ovan är detta argument nämligen enbart av teoretisk natur och det grundas endast på sökandenas planer. Även om kommissionen under vissa omständigheter får

beakta möjligheterna att förbättra konkurrensen på den relevanta marknaden inom en relativt avlägsen framtid, nämligen tidigast år 2005, finner förstainstansrätten att några sådana omständigheter inte föreligger i förevarande mål. Föremålet för kommissionens bedömning i förevarande mål var nämligen en ansökan som var tämligen vag, och det var relativt osäkert om sökandena skulle kunna vara framgångsrika i framtiden, i vart fall vad gäller att driva eller stimulera konkurrensen.

- 121 Sökandena har således inte visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning då den ansåg att sökandena varken på egen hand eller tillsammans med andra förvärvare skulle kunna vidmakthålla eller skapa en effektiv konkurrens på marknaden, vilket är ett krav enligt åtagandena.
- 122 Av vad anförts följer att förstainstansrätten inte heller kan godta sökandenas andra anmärkning, eftersom de inte har visat att kommissionen i förevarande mål gjorde en uppenbart oriktig bedömning.
- 123 Av vad anförts följer att talan inte kan vinna bifall.

Rättegångskostnader

- 124 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandena skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet, skall sökandena förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.

- 2) Sökandena skall bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 3 april 2003.

H. Jung

Justitiesekreterare

R. García-Valdecasas

Ordförande