

RETTENS DOM (Femte Afdeling)

den 3. april 2003 *

I sag T-342/00,

Petrolessance SA,

Société de gestion de restauration routière SA (SG2R),

Nancy (Frankrig), ved advokaterne F. Puel og M. Troncoso Ferrer, og med valgt
adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved W. Mölls, F. Siredey-Garnier
og F. Lelièvre, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

støttet af

Den Franske Republik ved G. de Bergues og F. Million, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient,

hvor der er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 13. september 2000, hvorved denne afslog TotalFina Elfs forslag om, at sagsøgerne godkendes som erhververe af seks servicestationer på motorvej,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.D. Cooke, og dommerne R. García-Valdecasas og P. Lindh,

justitssekretær: assisterende justitssekretær B. Pastor,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 11. april 2002,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

- 1 Petrolessence SA, som blev stiftet i 1922, var distributør og importør af olieprodukter i Lorraine og i Paris-området indtil slutningen af 1980'erne. Fra begyndelsen af 1970'erne fulgte Petrolessence en politik med differentiering af sin virksomhed vedrørende servicestationer og begyndte også at drive restaurationsvirksomhed. I 1980 oprettede det et datterselskab, som var specialiseret i restaurationsdrift, société de gestion de restauration routière SA (SG2R), og hvis virksomheder drives under navnet »Le Mirabellier«. I 1987 afhændede Petrolessence olievirksomheden.

- 2 Den 24. august 1999 modtog Kommissionen anmeldelse af en fusionsplan, hvorved TotalFina, et fransk aktieselskab, der driver virksomhed med produktion af olie og gas, raffinering, distribution af olieprodukter, petrokemiske produkter samt specialkemikalier, skulle erhverve kontrollen med hele selskabet Elf Aquitaine — et fransk aktieselskab, der driver virksomhed inden for produktion af olie og gas, raffinering, distribution af olieprodukter, petrokemiske produkter samt specialkemikalier inden for sundhedssektoren — ved et offentligt tilbud om køb, der blev fremsat den 5. juli 1999. De to virksomheder opererer på verdensplan.

- 3 Ved beslutning 2001/402/EF af 9. februar 2000 (sag COMP/M.1628 — TotalFina/Elf) (EFT L 143, s. 1, herefter »beslutningen af 9. februar 2000«), der navnlig blev truffet i medfør af artikel 8, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomheds-overtagelser (EFT 1990 L 257, s. 13), erklærede Kommissionen den anmeldte fusion for at være forenelig med det fælles marked og med aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde på den betingelse, at visse af de tilsagn, som var afgivet af anmelderne, og som er gengivet i beslutningens bilag, fuldt ud blev opfyldt (herefter »betingelserne« (jf. navnlig artikel 1 i beslutningen af 9. februar 2000).
- 4 I beslutningen af 9. februar 2000 beskriver Kommissionen flere af de pågældende markeder, herunder markedet for salg af brændstoffer på motorveje i Frankrig. Hvad angår dette marked, som er det eneste relevante i den foreliggende sag, fastslår den, at der findes en særskilt efterspørgsel efter brændstoffer på motorvej, som adskiller sig fra efterspørgslen uden for motorvej, og at udbuddet af brændstoffer på motorvej ikke påvirkes af udbuddet af brændstoffer uden for motorvej. Den finder, at dette bekræftes af de store vedvarende prisforskelle mellem brændstoffer solgt på og uden for motorvej, og at markedet for salg af brændstoffer på motorvej udgør et særskilt marked (jf. navnlig punkt 176). Konkurrencesituationen på dette marked ligger tæt op ad en situation, hvor TotalFina har en dominerende stilling alene eller sammen med andre, og TotalFina er førende på dette marked (punkt 216).
- 5 I beslutningen af 9. februar 2000 fastslår Kommissionen, at den omhandlede fusion vil føre til skabelse af en dominerende stilling på markedet for salg af brændstoffer på motorvej i Frankrig, og at TotalFina Elf efter fusionen vil have et stærkt incitament til at forhøje sine priser og/eller reducere sin servicekvalitet (beslutningens punkt 220 og 221). De afgivne tilsagn skulle løse de konkurrenceproblemer, som Kommissionen har fremdraget.
- 6 Ifølge punkt 1 i tilsagnene skulle TotalFina for at bevare en effektiv konkurrence på de markeder, som var berørt af fusionen, forpligte sig til at afhænde visse

aktiver. Bl.a. skulle virksomheden inden for en nærmere angivet frist afhænde 70 servicestationer af mærkerne Elf, Total og Fina, der er beliggende på franske motorveje (tilsagnenes punkt 36).

7 Erhververne af servicestationerne skulle godkendes af Kommissionen og opfylde de betingelser, der er fastsat i tilsagnenes punkt 1. De her i sagen relevante betingelser er formuleret således:

»b) Køberen eller køberne skal være levedygtige aktører eller potentielle aktører på de relevante markeder, som vil være i stand til at opretholde eller oparbejde en effektiv konkurrence.«

8 Tilsagnenes punkt 2 bestemmer:

»Anmelderen vil snarest muligt forelægge Kommissionen:

a) udkast til det salgsmateriale for hver kategori af aktiver (raffinaderiproduktlagre, interesser i rørledninger, motorvejstankstationer, aktiver i LPG-sektoren), som de potentielle købere vil få udleveret

b) en liste over de potentielle købere, som anmelderen agter at kontakte.

Har Kommissionen ikke inden for en frist på fem (5) arbejdsdage efter at have fået forelagt disse dokumenter udtalt sig om dem, skal de betragtes som værende godkendt af Kommissionen.«

9 Punkt 4 bestemmer:

»Valget af køber eller købere skal forelægges Kommissionen til godkendelse. Anmodningen om godkendelse af køber skal omfatte alle oplysninger, der er nødvendige for, at Kommissionen kan efterprøve, om vedkommende opfylder de under punkt 1 ovenfor nævnte betingelser. Kommissionen vil underrette anmelderen om sin godkendelse eller afvisning af de foreslåede købere senest ti (10) arbejdsdage efter at have modtaget anmodningen. Manglende reaktion fra Kommissionens side inden for denne frist på ti (10) dage skal betragtes som en ekstraordinær omstændighed, jf. punkt 6.«

10 Tilsagnenes punkt 5 bestemmer:

»Anmelderen forpligter sig til at indgå uigenkaldelige aftaler om afhændelse af aktiverne inden for en frist på [...] fra datoen for meddelelsen af beslutningen om fusionens godkendelse efter artikel 8, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 4064/89 (i det følgende betegnet »første frist«). Den effektive afhændelse af aktiverne finder sted senest [...] efter indgåelse af købsaftalen (i det følgende betegnet »anden frist«).«

11 Tilsagnet punkt 6 bestemmer:

»Såfremt ekstraordinære omstændigheder har forhindret indgåelsen af købsaftalen eller den effektive afhændelse inden for henholdsvis den første og den anden frist, kan fristen efter behørigt begrundet anmodning fra anmelderen forlænges af Kommissionen efter dennes skøn.«

12 Bestemmelserne om indholdet af og de særlige vilkår for opfyldelsen af tilsagnet på markedet for salg af brændstoffer på motorveje er indeholdt i tilsagnet punkt 36 og 37. Punkt 37, litra c), bestemmer: »For at opnå mulighed for omgående genoprettelse af en effektiv og varig konkurrence forpligter anmelderen sig til at tilbyde køberne af alle eller nogle af tankstationerne at overføre det personale, der er nødvendigt for den administrative, forretningsmæssige og regnskabsmæssige drift. [...]« Punkt 37, litra e), bestemmer bl.a.: »[...] de aktører, der ønsker at byde på aktiverne, må derfor kunne godtgøre at have direkte eller indirekte erfaring med drift af et tankstationnet, uanset hvilket«.

13 For at efterkomme dette tilsagn indgav TotalFina Elf den 12. august 2000 en ansøgning til Kommissionen om godkendelse af køberne af alle de pågældende 70 servicestationer. Blandt de foreslåede købere havde TotalFina valgt sagsøgerne til at overtage seks servicestationer og drive dem under deres handelsmærke. Det havde endvidere valgt selskabet Agip til at overtage 33 servicestationer. Sagsøgerne havde med henblik herpå fremsat et bindende tilbud den 6. juli 2000 over for TotalFina Elf vedrørende erhvervelsen af et vist antal servicestationer på motorveje, hvori de bl.a. angav navn og pris på de servicestationer, som tilbuddet vedrørte. I bilaget fremsendte de et udkast til retningslinjer vedrørende fordelingen på motorveje, hvoraf det fremgår af punkt 3.2, at TotalFina Elf i medfør af beslutningen af 9. februar 2000 skal indhente Kommissionens godkendelse til erhverve af servicestationerne, og hvori punkt 3.3, litra b), fastlægger, under hvilke betingelser parternes forpligtelser bortfalder.

- 14 Den 29. august 2000 modtog Kommissionen de yderligere oplysninger fra TotalFina Elf, som Kommissionen fandt var nødvendige for at kunne træffe afgørelse vedrørende ansøgningen om godkendelse.
- 15 I beslutning af 13. september 2000, som var rettet til TotalFina Elf (herefter »den anfægtede beslutning«), fandt Kommissionen, at sagsøgerne ikke opfyldte en af betingelserne i tilsagnetenes punkt 1, litra b), for at opnå den ønskede godkendelse. Den fandt navnlig, at sagsøgerne ikke ifølge deres ansøgning havde mulighed for at fastholde og udvikle en effektiv konkurrence i den foreslåede gruppe af købere, navnlig ikke over for TotalFina Elf (den anfægtede beslutnings punkt 32).
- 16 Kommissionen afslog derfor TotalFina Elfs forslag vedrørende sagsøgerne, idet den fastslog følgende i den anfægtede beslutnings punkt 18 og 19:

»På grundlag af de oplysninger, som er afgivet af TotalFina Elf, fremgår det, at Le Mirabellier ikke vil være i stand til at udøve en effektiv konkurrence. Denne aktørs projekt er i det væsentlige baseret på vedkommendes evne til at skabe synergi mellem dennes nuværende virksomhed som restauratør og distributør af brændstoffer. Den strategi, som Le Mirabellier agter at følge, adskiller sig altså fra den, som anvendes af de øvrige aktører på motorveje.

Dette selskab skal imidlertid overvinde betydelige handicaps for at have konkurrencemæssig manøvredygtighed. For det første råder det ikke i øjeblikket over nogen restauranter på de servicestationer, som det foreslår at erhverve. De forventede synergier kan derfor ikke umiddelbart realiseres. Desuden er der tale om en ny markedsdeltager, som ikke har nogen nyere erfaring på markedet for salg af brændstoffer. Det er ikke sikkert, at Le Mirabellier i kraft af den globale mængde brændstoffer, som bliver solgt, vil få nogen væsentlig forhandlingsposition i forhold til de franske raffinaderier, fra hvem Le Mirabellier regner med

at aftage ca. 70% af sit forbrug. I så henseende må der tages hensyn til, at TotalFina Elf er det vigtigste raffinaderi i det nordlige område af Frankrig, hvor Le Mirabellier agter at etablere sig. Desuden vil det ringe antal servicestationer begrænse de fordele i henseende til stordrift og logistik, som dets konkurrenter råder over. Denne aktør må fra begyndelsen af sin virksomhed føre en politik med lokkepriser for at opnå troværdighed over for forbrugerne. Alt i alt vil Le Mirabellier ikke have kapacitet til at opretholde og udvikle en effektiv konkurrence, navnlig ikke over for TotalFina Elf. Dette selskab opfylder derfor ikke den anden betingelse for at opnå godkendelse, som er nævnt i tilsagnetenes punkt 1, litra b).«

- 17 Ved den anfægtede beslutning afslog Kommissionen endvidere TotalFinas forslag vedrørende Agip.
- 18 Kommissionen tilføjede i den anfægtede beslutnings punkt 32, »at TotalFina Elfs forslag vedrørende [sagsøgernes ansøgninger] derfor afslås, hvis ikke det har fremsat bemærkninger inden en frist på fem arbejdsdage«. Kommissionen præciserede, at den kun kunne træffe endelig afgørelse om de øvrige ansøgninger som led i et nyt helhedsforslag.
- 19 Ved skrivelse af 20. september 2000 fremsendte sagsøgerne yderligere oplysninger til Kommissionen efter at have gjort sig bekendt med de passager i den anfægtede beslutning, som vedrørte dem.
- 20 Den 20. oktober 2000 anmodede TotalFina Elf Kommissionen om godkendelse af en ny gruppe potentielle købere, som omfattede Agip, men ikke sagsøgerne. Kommissionen godkendte disse købere den 7. november 2000 (herefter »beslutningen af 7. november 2000«).

Retsforhandlinger

- 21 Ved stævning indleveret til Justitskontoret den 13. november 2000 har sagsøgerne anlagt denne sag.
- 22 Ved særskilt dokument indleveret til Justitskontoret samme dag har sagsøgerne indgivet en begæring om foreløbige forholdsregler, hvorved gennemførelsen af den anfægtede beslutning dels udsættes i det omfang, den vedrører afslaget på TotalFina Elfs forslag om, at sagsøgerne godkendes som købere af de seks servicestationer på motorvej, dels, at Kommissionen for så vidt angår de pågældende seks servicestationer tilpligtes at pålægge TotalFina Elf at udsætte gennemførelsen af forpligtelsen efter tilsagnenes punkt 36.
- 23 Ved kendelse af 17. januar 2001 har Rettens præsident bestemt, at begæringen om foreløbige forholdsregler ikke tages til følge, og at afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.
- 24 Ved dokument indleveret til Justitskontoret den 1. februar 2001 har Den Franske Republik anmodet om at måtte indtræde i sagen til støtte for Kommissionens påstande.
- 25 Ved kendelse af 5. marts 2001 har formanden for Rettens Femte Afdeling imødekommet denne anmodning.
- 26 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet af indlede den mundtlige forhandling.

- 27 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 11. april 2002.

Parternes påstande

- 28 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

- Sagen antages til realitetsbehandling.

- Den anfægtede beslutning annulleres i det omfang det heri angives, at sagsøgerne ikke opfylder betingelserne i tilsagnenes punkt 1, litra b), og i det omfang den afslår sagsøgernes ansøgning om overtagelse af seks service-stationer.

- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 29 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Principalt antages sagen til realitetsbehandling.

- Subsidiært frifindes Kommissionen.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30 Den Franske Republik har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgte frifindes.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

31 Kommissionen har gjort gældende, at sagen må afvises, da sagsøgerne mangler retlig interesse. Den finder, at det er umuligt at fastslå en årsagsforbindelse mellem den anfægtede beslutning og den omstændighed, at sagsøgerne ikke blev udvalgt under de efterfølgende forhandlinger med TotalFina Elf. Derimod bestrider Kommissionen ikke, at sagsøgerne er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning.

32 Kommissionen finder, at den anfægtede beslutning ikke endeligt udelukker sagsøgerne som købere, men at Kommissionen har begrænset sig til at fastslå, at Agips og sagsøgernes ansøgninger ikke stemte overens med den »pakke«, som

TotalFina Elf havde foreslået den 12. august 2000 (jf. bl.a. den anfægtede beslutnings punkt 18 og 32). TotalFina Elf ville derfor på trods af den anfægtede beslutning på ny kunne have valgt sagsøgerne som led i den nye pakke, som den skulle forhandle med de potentielle købere. Først på dette tidspunkt skulle Kommissionen træffe afgørelse vedrørende de ansøgere, der var valgt som led i den nye pakke. Således blev Agip, der ligesom sagsøgerne ikke blev udvalgt som led i den oprindelige pakke af 12. august 2000, på ny foreslået af TotalFina Elf og accepteret af Kommissionen som led i den anden pakke.

- 33 Kommissionen anfører, at det ligeledes fremgår af den skrivelse, som sagsøgerne tilsendte den 20. september 2000 (jf. ovenfor i præmis 19), at sagsøgerne var helt klar over, at de bevarede muligheden for at få en fornyet vurdering af deres ansøgning og for også at blive godkendt. I sidste afsnit af skrivelsen angiver de således, at

»[v]i håber, at De på grundlag af disse oplysninger bedre vil kunne påskønne vores muligheder for at udøve en effektiv og varig konkurrence«.

- 34 Sagsøgerne har gjort gældende, at sagen bør antages til realitetsbehandling, og at den anfægtede beslutning udgør en endelig og bindende retsakt, der kan berøre deres interesser. Sagsøgerne fremhæver, at Kommissionen i den anfægtede beslutnings præmis 32 præciserede, at »TotalFina Elfs forslag vedrørende [sagsøgernes ansøgninger] derfor afslås, hvis ikke det har fremsat bemærkninger inden en frist på fem arbejdsdage«. For at sikre deres rettigheder tilsendte sagsøgerne Kommissionen en skrivelse den 20. september 2000, hvori de imødegik hver af de kritikpunkter, som var indeholdt i den anfægtede beslutning. Trods disse bemærkninger fastholdt Kommissionen sit afslag over for sagsøgerne, der blev endeligt den 20. september 2000.

- 35 Sagsøgerne finder, at de har en retlig interesse i sagen, da de på grund af vedtagelsen af den anfægtede beslutning er afskåret fra at erhverve de service-

stationer, som TotalFina Elf havde accepteret at sælge. De tilføjer, at vedtagelsen af den anfægtede beslutning væsentligt begrænser deres muligheder i forbindelse med de udbud, som vil blive lanceret efter 2005 med henblik på fornyelse af koncessionerne på rasteanlæg.

Rettens bemærkninger

- 36 Under denne sag har sagsøgerne nedlagt påstand om annullation af den beslutning, som er indeholdt i Kommissionens skrivelse til TotalFina Elf af 13. september 2000, og hvori Kommissionen informerede TotalFina Elf om, at virksomhedens forslag af 12. august 2000 om godkendelse af købere af servicestationer på motorveje i Frankrig, herunder sagsøgerne, var blevet afslået.
- 37 Ifølge fast retspraksis foreligger der en retsakt eller en beslutning, som kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 230 EF, når foranstaltningen har retligt bindende virkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling (Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9, og Rettens dom af 29.1.2002, sag T-160/98, Van Parys og Pacific Fruit Company mod Kommissionen, Sml. II, s. 233, præmis 60). Ved afgørelsen af, om en retsakt eller en beslutning har sådanne virkninger, må der lægges vægt på dens indhold. I så henseende må ordlyden af den anfægtede beslutning fortolkes under hensyn til den faktiske og retlige sammenhæng, hvori den er udfærdiget og meddelt TotalFina Elf.
- 38 For at afgøre, om sagen bør realitetsbehandles, må det fremhæves, at overholdelsen af alle de tilsagn, som var afgivet over for Kommissionen, var en betingelse for at erklære TotalFina Elfs fusionsprojekt for at være foreneligt med det fælles marked (jf. artikel 1 i beslutningen af 9. februar 2000), og at dennes udvælgelse af køberne var betinget af Kommissionens godkendelse (jf. punkt 4 i

tilsagnene). I så henseende fremgår det navnlig af den anfægtede beslutnings præmis 18 og 19, at sagsøgerne ikke blev skønnet at være i stand til at udøve en effektiv konkurrence på det pågældende marked, og derfor ikke opfyldte en af betingelserne i tilsagnenes punkt 1, litra b). Det må fastslås, at TotalFina Elf ikke på dette stadium, når henses til betingelserne i den anfægtede beslutning, kunne afhænde de pågældende seks servicestationer til sagsøgerne uden at bringe fusionsprojektet i fare, således som det var stipuleret i tilsagnene. Følgelig udgør den anfægtede beslutning en nægtelse fra Kommissionens side af at godkende sagsøgernes ansøgning, som væsentligt ændrer disses retsstilling.

39 Desuden kan det ikke antages, som hævdet af Kommissionen, at afslaget på sagsøgernes ansøgning ikke var endeligt. Kommissionen bestemte udtrykkeligt i den anfægtede beslutning, at sagsøgernes ansøgning måtte anses for afslået, hvis ikke TotalFina Elf fremsendte bemærkninger inden en frist på fem dage (jf. den anfægtede beslutnings punkt 32 og præmis 18 ovenfor). Det var derfor ikke nødvendigt, at Kommissionen traf andre foranstaltninger, for at dens afslag på sagsøgernes ansøgning blev endeligt.

40 Det fremgår endvidere af det udkast til retningslinjer for fordelingen på motorvejene, som var udfærdiget af TotalFina Elf og bilagt sagsøgernes bindende tilbud af 6. juli 2000, at hvis Kommissionen ikke godkendte den pågældende overdragelse inden en frist på seks måneder efter underskrivelsen, ville TotalFina Elfs forpligtelse til at sælge og sagsøgernes forpligtelse til at købe »uden videre bortfalde efter fristens udløb, uden at det kræver nogen formaliteter, og uden at der er retligt grundlag for at kræve betaling af erstatning eller noget andet beløb«. Det er klart, at de forbehold vedrørende sagsøgernes ansøgning, som Kommissionen gav udtryk for i den anfægtede beslutning, medfører, at TotalFina Elf har mulighed for og endog forpligtelse til at frigøre sig fra sin pligt til at sælge de seks servicestationer til sagsøgerne. Den omstændighed, at TotalFina Elf teoretisk set på ny kunne have foreslået sagsøgerne som købere som led i en ny pakke, er ikke relevant, da det ikke var kontraktligt forpligtet hertil, og da det besluttede ikke at gøre det.

- 41 Følgelig har Kommissionens bemærkninger i den anfægtede beslutning vedrørende sagsøgernes ansøgning og dens afslag på at godkende salget af de pågældende seks servicestationer medført, at sagsøgerne ikke blev udvalgt i forbindelse med de efterfølgende af TotalFina Elf førte forhandlinger. Sagsøgerne har derfor en retlig interesse.
- 42 På grundlag af disse betragtninger må det konkluderes, at sagen skal fremmes til realitetsbehandling.

Realiteten

- 43 Sagsøgerne har fremført to anbringender til støtte for deres påstande, nemlig for det første, at tilsagnenes punkt 4 er tilsidesat, og for det andet, at artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 211 EF samt artikel 2, stk. 1, litra a), i forordning nr. 4064/89 er tilsidesat.

Det første anbringende om tilsidesættelse af tilsagnenes punkt 4

Parternes argumenter

- 44 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede beslutning bør annulleres, da der er tilsidesat væsentlige formforskrifter i artikel 230, stk. 2, EF's forstand. Med vedtagelsen af denne beslutning den 13. september 2000 overskred Kommissionen den frist på ti arbejdsdage fra modtagelsen af en anmodning om godkendelse, som er fastsat i tilsagnenes punkt 4 for vedtagelse af en beslutning

om godkendelse eller afvisning af de[n] af TotalFina Elf foreslåede køber[e]. Da denne frist ikke var forlænget, således som der er mulighed for efter tilsagnenes punkt 6 i tilfælde af ekstraordinære omstændigheder, burde Kommissionen desuden have taget stilling til anmodningen om godkendelse senest den 28. august 2000, da denne blev indgivet den 12. august 2000. Selv om tilsagnenes punkt 4 ikke bestemmer, hvilke følger det skal have, at Kommissionen undlader at tage stilling, må en sådan undladelse efter sagsøgernes opfattelse anses for en stiltiende beslutning om accept af den eller de foreslåede købere ud fra en analogi med tilsagnenes punkt 2, som bestemmer, at visse dokumenter skal betragtes som værende godkendt af Kommissionen, såfremt denne ikke har udtalt sig om dem inden for en frist på fem arbejdsdage efter at have fået dem forelagt.

45 I replikken har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ifølge et fællesskabsretligt princip som hovedregel skal vedtage beslutninger, hvormed den administrative procedure i konkurrencesager afsluttes inden for en rimelig frist (Domstolens dom af 18.3.1997, sag C-282/95 P, Guérin automobiles mod Kommissionen, Sml. I, s. 1503). Kommissionens fortolkning af tilsagnene er i strid med fællesskabsrettens garantier i administrative procedurer. Hvis ikke der knyttes retsvirkninger til en overtrædelse af tidagesfristen i tilsagnenes punkt 4, vil Kommissionen kunne udsætte sin stillingtagen på ubestemt tid (jf. Rettens dom af 29.6.1993, sag T-7/92, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 669).

46 Sagsøgerne anfører, at Den Franske Republiks argument om, at tidagesfristen løber fra det tidspunkt, da Kommissionen råder over alle de elementer, som er nødvendige for at tage stilling, er ubegrundet. Kommissionen kan ikke udskyde det tidspunkt, hvor fristen begynder at løbe, under henvisning til, at den mangler informationer. I så tilfælde ville Kommissionen vilkårligt kunne udsætte fristen. Den omstændighed, at fristen kun er overskredet med en mindre periode, kan ikke begrunde, at overskridelsen ingen retlige følger har.

- 47 Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at tilsagnenes punkt 2 præciserer følgerne af, at Kommissionen ikke tager stilling inden en frist på fem dage, viser, at den manglende præcision heraf i tilsagnenes punkt 4 ikke kan tages som udtryk for Kommissionens stiltiende accept af de foreslåede købere. Desuden kan der efter Kommissionens opfattelse principielt ikke foretages en analogislutning, da de to bestemmelser er helt uafhængige af hinanden og regulerer helt forskellige situationer. Desuden fremgår det af punkt 3.2 i udkastet til retningslinjerne vedrørende fordelingen på motorvej, som var bilagt sagsøgernes bindende tilbud af 6. juli 2000, hvori de konstaterede, at Kommissionen »skønsmæssigt« kunne forlænge tidagesfristen, at sagsøgerne var klar over, at fristen ikke havde nogen bindende karakter og navnlig ingen retlige følger hvad angår accepten eller afvisningen af de indsendte forslag. Endvidere fremhæver Kommissionen, at fristen på ti arbejdsdage fra den 29. august 2000 kun blev overskredet med en dag, hvorfor Kommissionen reagerede med den nødvendige hurtighed. Følgelig påvirker fristens overskridelse ikke den anfægtede beslutnings lovlighed.
- 48 Den Franske Republik har gjort gældende, at sagsøgerne tager fejl hvad angår bestemmelsen af det tidspunkt, tidagesfristen løber fra, som ikke var den 12. august 2000, hvor den første liste over ansøgere blev fremlagt, men den 29. august 2000, hvor Kommissionen modtog supplerende oplysninger fra TotalFina Elf og rådede over alle nødvendige elementer til at kunne tage stilling (jf. ved en analogi Domstolens dom af 15.2.2001, sag C-99/98, Østrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1101, præmis 56, og artikel 4 i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1.3.1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1)). Den tilføjer, at en gennemgang af retspraksis om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter viser, at kun tilsidesættelser af en vis grovhed kan påvirke gyldigheden af en kommissionsbeslutning (Domstolens dom af 7.5.1991, sag C-291/89, Interhotel mod Kommissionen, Sml. I, s. 2257, præmis 17, og af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 75 og 76). Den Franske Republik mener således ikke, at en mindre overskridelse af en frist på ti dage kan anses for en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift, som kan medføre annullation af den anfægtede beslutning.

49 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgerens argument om, at princippet om iagttagelse af en rimelig frist er tilsidesat, må afvises fra realitetsbehandling, da det udgør et nyt anbringende, som blev fremført i replikken for første gang (Domstolens dom af 14.10.1999, sag C-104/97, Atlanta mod Det Europæiske Fællesskab, Sml. I, s. 6983). Under alle omstændigheder fremgår det klart af tilsagnenes punkt 4 og 6, at en overskridelse af fristen alene har den retlige følge, at Kommissionen skønsmæssigt eventuelt kan forlænge fristen for tilsagnenes opfyldelse efter en behørigt begrundet anmodning fra anmelderen. I den foreliggende sag var fristen for tilsagnenes opfyldelse den, som oprindeligt var fastsat i beslutningen af 9. februar 2000, så længe TotalFina Elf ikke havde indgivet nogen anmodning, og der var derfor ikke inddrømmet nogen »opsættelse på ubestemt tid« af fristen for fusionens gennemførelse.

Rettens bemærkninger

50 Der kan ikke gives sagsøgerne medhold i argumentet om, at tilsidesættelsen af fristen for afgivelse af svar i henhold til tilsagnenes punkt 4 ud fra en analogi med tilsagnenes punkt 2 må anses for ensbetydende med, at der er truffet en beslutning om stiltiende accept af den eller de foreslåede købere.

51 Tilsagnenes punkt 4 fastsætter nemlig, i modsætning til hvad sagsøgerne hævder, følgerne af, at Kommissionen ikke reagerer på en anmodning om godkendelse inden ti arbejdsdage efter dennes indgivelse — hvilke følger er, at den manglende reaktion skal betragtes som en ekstraordinær omstændighed i henhold til tilsagnenes punkt 6 — hvoraf må udledes, at den pågældende frist kan forlænges af Kommissionen i en situation som den foreliggende. Selv om punkt 6 efter sin affattelse tilsyneladende omfatter situationer, hvor TotalFina forhindres i at gennemføre sine kontrakter om afhændelse inden for de af Kommissionen fastsatte frister, og ikke omfatter den situation, hvor Kommissionen ikke

reagerer, må den udtrykkelige henvisning i punkt 4 til punkt 6 fortolkes således, at den muliggør en lovlig forlængelse af fristen. Følgelig kan den omstændighed, at Kommissionen ikke godkender anmodningen inden for den fastsatte frist, ikke anses for en accept.

- 52 Desuden må det fastslås, at tilsagnenes punkt 6 har til formål at beskytte anmelderens interesser, dvs. i det foreliggende tilfælde TotalFina. Henvisningen i tilsagnenes punkt 4 til punkt 6 giver således alene anmelderen mulighed for at anmode Kommissionen om at forlænge den fastsatte frist, såfremt denne ikke har reageret inden for fristen, hvilket ikke er sket her i sagen, da TotalFina tog Kommissionens beslutning, der blev truffet efter fristens udløb, til efterretning. Følgelig kan sagsøgerne ikke over for Kommissionen påberåbe sig, at fristen er overskredet.
- 53 Det er derfor uforholdsmæssigt at tage stilling til det argument, som sagsøgerne har fremført i replikken, og hvorefter fællesskabsrettens garantier i administrative procedurer er tilsidesat.
- 54 Følgelig må sagsøgernes første anbringende forkastes.

Andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 211 EF samt artikel 2, stk. 1, litra a), i forordning nr. 4064/89

- 55 Sagsøgerne har fremført to argumenter til støtte for dette anbringende til godtgørelse af, at den anfægtede beslutning er ulovlig. Det første argument er, at der er anvendt en betingelse, som ikke er indeholdt i tilsagnene, og det andet, at Kommissionen har foretaget en fejlagtig vurdering af deres ansøgning.

Det første anbringende om, at der er anvendt en betingelse, som ikke er fastsat i tilsagnene

— Parternes argumenter

- 56 Sagsøgerne anfører, at de erhvervsdrivende, som ønsker at fremsætte et tilbud om køb, ikke ifølge tilsagnene behøver at udøve virksomhed inden for oliesektoren, men ifølge punkt 37, litra e), må kunne godtgøre at have direkte eller indirekte erfaring med drift af et tankstationnet. Konstateringen i den anfægtede beslutnings punkt 8 om, at sagsøgerne ikke »udøver virksomhed inden for oliesektoren«, er derfor et nyt element, som Kommissionen har forsøgt at støtte sig på som grundlag for at afvise deres ansøgninger. Hvis Kommissionen havde stillet denne betingelse helt fra begyndelsen af i sin beslutning af 9. februar 2000, ville sagsøgerne ikke have brugt så meget tid og så mange menneskelige ressourcer på at afgive tilbud over for TotalFina Elf som troværdige købere.
- 57 I replikken anfører sagsøgerne, at det er i strid med retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, at Kommissionen i den anfægtede beslutning anvender kriterier, som ikke er præciseret i dens beslutning af 9. februar 2000.
- 58 Kommissionen anfører, at den ikke ved i den anfægtede beslutnings punkt 8 at anføre, at sagsøgerne ikke er aktive inden for oliesektoren, har anvendt nogen betingelser, som ikke er indeholdt i dens beslutning af 9. februar 2000. Dette er en ren beskrivende omstændighed, og den anfægtede beslutning er ikke baseret på, at sagsøgerne ikke opfyldte denne særlige betingelse, men på den generelle betingelse om deres og Agips evne til at opretholde eller udvikle en effektiv konkurrence. Kommissionen tilføjer, at en nyere erfaring på markedet for

detailsalg af brændstoffer under alle omstændigheder er et forhold af særlig relevans for vurderingen af en ansøgers evne til at opretholde og udvikle en effektiv konkurrence navnlig under hensyn til TotalFina Elfs nærmest dominerende stilling på det pågældende marked. Desuden indeholder tilsagnene ikke nogen udtømmende opregning af de forhold, som der skal tages hensyn til ved vurderingen af en ansøgers evne til at opretholde og udvikle en effektiv konkurrence.

- 59 Den Franske Republik anfører, at angivelsen af, at den pågældende er aktiv inden for oliesektoren, »ikke er et forhold, som Kommissionen har nævnt i forbindelse med behandlingen af ansøgningerne, men i forbindelse med præsentationen af de foreslåede købere«. Når Kommissionen forkastede TotalFina Elfs forslag, »lagde [den] følgelig ikke vægt på, om den pågældende var aktiv inden for oliesektoren«. Den Franske Republik fremhæver endvidere, at sagsøgerne ikke kan bestride valget af de skønsmæssige elementer, som Kommissionen har lagt til grund, medmindre det godtgøres, at de valgte kriterier er åbenbart urigtige.
- 60 Kommissionen og Den Franske Republik anfører, at sagsøgernes argumenter om tilsidesættelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet (jf. ovenfor, præmis 57), må afvises fra realitetsbehandling i medfør af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, da de først blev gjort gældende i replikken.

— Rettens bemærkninger

- 61 Hvad for det første angår Kommissionens og Den Franske Republiks argument om, at der er fremsat et nyt anbringende (jf. ovenfor, præmis 60), må det konstateres, at henvisningerne i replikken til retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning er en udvikling af sagsøgernes argumenter i stævningen, som går ud på, at de ikke ville have brugt så meget tid og så mange menneskelige ressourcer på at afgive tilbud over for

TotalFina Elf som troværdige købere, hvis Kommissionen i sin beslutning af 9. februar 2000 havde nævnt betingelsen om, at den pågældende skulle være aktiv inden for oliesektoren. Disse argumenter har en tæt forbindelse med det, som er fremført i stævningen, hvorfor de må realitetsbehandles.

- 62 Hvad angår sagsøgernes argumentation om, at der anvendes en betingelse i den anfægtede beslutnings punkt 8, som ikke er fastsat i tilsagnene, må det konstateres, at denne vedrører den måde, hvorpå den anfægtede beslutning er redigeret, og hvorledes den skal fortolkes.
- 63 Det fremgår ved den blotte gennemlæsning af den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke har fastsat nogen supplerende betingelse i den anfægtede beslutnings punkt 8. Den anfægtede beslutnings punkt 1-8 udgør nemlig kun en indledning, idet de begrænser sig til at resumere baggrunden for TotalFinas anmodning om godkendelse af 12. august 2000 og til at beskrive de af denne foreslåede købere af 70 servicestationer. Den anfægtede beslutnings punkt 5, 7 og 8 indeholder blot en beskrivelse af tre af de af TotalFina foreslåede købere, nemlig Agip, AVIA og sagsøgerne. Punkt 8 indeholder en meget kort beskrivelse af sagsøgerne og deres hovedvirksomhed og nævner blot — uden den mindste vurdering heraf — den uomtvistede omstændighed, at de på daværende tidspunkt var aktive inden for oliesektoren.
- 64 Derimod indeholder den anfægtede beslutnings punkt 18 og 19 en vurdering af sagsøgernes ansøgning på grundlag af tilsagnene. Der er her først grund til at fremhæve, at Kommissionen i forbindelse med vurderingen af denne ansøgning fastslog i den anfægtede beslutnings punkt 18, at sagsøgerne ikke ville være i stand til at udøve en effektiv konkurrence på det pågældende marked. Til støtte for denne konstatering fremhævede den i den anfægtede beslutnings punkt 19, at sagsøgerne skulle overvinde betydelige handicaps, som navnlig skyldtes, at de var nye deltagere på markedet for detailsalg af brændstoffer uden nyere erfaring på området.

- 65 Det skal bemærkes, at kriteriet om, at den pågældende er virksom inden for oliesektoren, ikke er udtrykkeligt fastsat i tilsagnene, men at det bestemmes i punkt 1, litra b), at »[k]øberen eller køberne skal være levedygtige aktører eller potentielle aktører på de relevante markeder, som vil være i stand til at opretholde eller oparbejde en effektiv konkurrence«. Da Kommissionen var nødt til at vurdere, om en ansøger kunne garantere en effektiv og varig konkurrence [jf. tilsagnenes punkt 37, litra c)] på det omhandlede marked, var den berettiget og endog forpligtet til bl.a. at tage hensyn til, at en ansøger var ny på markedet for detailsalg af brændstoffer, selv om det ikke udtrykkeligt kræves efter tilsagnene, at den pågældende var aktiv inden for oliesektoren (jf. i denne retning nedenfor, præmis 117-120 vedrørende Kommissionens vurdering i den anfægtede beslutnings punkt 19 af, at sagsøgerne var en ny deltager på markedet).
- 66 Følgelig er det første argument af det andet anbringende ubegrundet og må forkastes.

Andet anbringende om Kommissionens fejlvurdering af sagsøgernes ansøgning

— Parternes argumenter

- 67 Sagsøgerne anfører, at Kommissionens vurdering af deres ansøgning i den anfægtede beslutnings punkt 18 og 19 er klart fejlagtig. Sagsøgerne bestrider i fire henseender de forhold, som Kommissionen har anført i disse punkter til støtte for sin opfattelse af, at de ikke er i stand til at udøve en effektiv konkurrence på det pågældende marked.

- 68 For det første gør sagsøgerne gældende, at der ikke kan gives Kommissionen medhold i argumentet om, at de ikke råder over restauranter i de servicestationer, som de foreslår at erhverve, hvilket udelukker en umiddelbar virkeliggørelse af de forventede synergier.
- 69 De anfører, at købet af TotalFina Elfs seks servicestationer vil ske i tæt samarbejde mellem dem indbyrdes på grundlag af SG2R's erfaringer på markedet for motorvejsrestauranter, hvor denne er nummer tre, og Petrolesence' erfaringer på markedet for distribution af brændstoffer, med det formål at føre en fælles marketings- og driftspolitik. Kommissionen har i punkt 168 i sin beslutning af 9. februar 2000 anerkendt, at der er synergier mellem distributionen af brændstoffer og de øvrige tjenesteydelser, hvilket for sagsøgernes vedkommende støttes af de fremlagte tal. Mens servicestationerne på motorveje har fortjenstmarginer på +/- 900 franske francs (FF) pr. m³ brændstof, havde sagsøgerne i deres tilbud til TotalFina Elf kalkuleret med fortjenstmarginer på 450-500 FF/m³ brændstof. De vurderer fortjenstmarginerne for butikker/restauranter (angivet i m³ brændstof) til 300-350 FF/m³. Sammenlægges disse fortjenstmarginer, vil det give et klart positivt resultat i forhold til de samlede udgifter.
- 70 Sagsøgerne tilføjer, at der ganske vist ikke er knyttet nogen restaurant til fire af de servicestationer, som de ønsker at erhverve, men at de foreslog i deres bindende tilbud til TotalFina Elf at oprette restaurationsenheder for at skabe de forventede synergier. De regnede med, at der kunne oprettes restaurant mellem halvandet til to år efter aktivernes overdragelse.
- 71 Sagsøgerne understreger i replikken, at de på intet tidspunkt har hævdet, at gennemførligheden af deres projekt kun afhang af, at der straks blev oprettet restauranter ved de servicestationer, som de ønsker at erhverve. De synergier, som de omtalte i deres bindende tilbud, måtte vurderes over en vis periode. De tilføjer, at »der ikke var knyttet restaurationsenheder tilhørende Le Mirabellier til nogen af de 70 servicestationer, som [TotalFina Elf] skulle afhænde. Det ses derfor ikke, hvorledes det af Le Mirabellier i dennes ansøgning til [TotalFina Elf] trufne valg

kunne vedrøre disses servicestationer«. Under alle omstændigheder viser de ovenfor i præmis 69 nævnte tal efter sagsøgernes opfattelse, at salget af brændstoffer og driften af restaurationer på motorveje hver for sig allerede var fuldt ud rentabel, uden at det var nødvendigt at subventionere en virksomhed med en anden. De banker, som støttede sagsøgerne på grundlag af disse tal, havde tillid hertil. Sagsøgerne præciserer endvidere, at der ganske vist ikke er knyttet nogen restaurant til fire af de pågældende seks servicestationer, men en butik, for hvilken sagsøgerne regner med fortjenstmarginer (angivet i m^3 brændstof) på 300-350 FF/ m^3 . De lavere fortjenstmarginer, der opnås ved restauranterne, så længe de er under opførelse, skal derfor udlignes ved indtjening andersteds. Hvad angår de to øvrige servicestationer, hvortil er knyttet restauranter, ville de af sagsøgerne forventede synergier opnås straks ved aktivernes overdragelse, navnlig fordi sagsøgerne overdrager dem under Le Mirabelliers handelsmærke, som er nummer tre i branchen for motorvejsrestaurationer i Frankrig, og som derfor har særligt gode muligheder for at tiltrække kunder.

- 72 I replikken anfører sagsøgerne, at Kommissionen i sin beslutning af 9. februar 2000 har fastsat det som betingelse, at køberne skal være i stand til at opretholde »eller« udvikle en effektiv konkurrence. I den anfægtede beslutnings punkt 19 og i svarskriftet angiver den imidlertid, at de skal være i stand til at opretholde »og« udvikle en effektiv konkurrence. Efter sagsøgernes opfattelse er denne forskel ikke uden betydning, da kravet om opfyldelsen af begge betingelser indebærer, at sagsøgerne skal opfylde en betingelse, som ikke kræves efter beslutningen af 9. februar 2000.
- 73 For det andet anfører sagsøgerne, at Kommissionens udsagn i den anfægtede beslutnings punkt 19 om, at de i betragtning af den samlede mængde af de brændstoffer, som vil blive solgt, vil have en svag forhandlingsposition ved køb af brændstoffer i forhold til de franske raffinaderier, hos hvem sagsøgerne påtænker at indkøbe 70% af deres forsyninger, er klart ubegrundet.

- 74 De anfører, at det fremgår af en undersøgelse af markedsvilkårene, at forskellene mellem indkøbspriserne på markedet for brændstoffer i Frankrig er meget små, således at der ikke er nogen priskonkurrence i forbindelse med forsyningen hos raffinaderierne. Det kan derfor ikke med rette hævdes, at en erhvervsdrivendes kapacitet med hensyn til indkøb af større mængder er afgørende for vedkommendes prismæssige konkurrencedygtighed. Således udgør forskellen mellem indkøbsprisen for en erhvervsdrivende med en stor indkøbskapacitet og indkøbsprisen for en uafhængig, solvent erhvervsdrivende, som kun ejer én servicestation, mellem 5 og 20 FF/m³ brændstof, dvs. højst to centimer pr. liter ved detailsalg.
- 75 Sagsøgerne gør gældende, at den omstændighed, at banker har accepteret at finansiere deres projekt, beviser, at de af dem anslåede fortjenstmarginer er troværdige. De fremhæver endvidere, at der kun er marginale forskelle mellem de eksterne priser, der anvendes i hver af de franske regioner (jf. punkt 35 i beslutningen af 9. februar 2000). Desuden vil TotalFina Elf efter beslutningen af 9. februar 2000 fortsætte med at kontrollere raffinaderiet i Mardyck, hvilket vil betyde, at alle købere, som er eksterne i forhold til den zone, hvor de pågældende seks servicestationer er beliggende, ligestilles. De tilføjer, at de foretog en tilnærmelse til CPA (et uafhængigt importforsyningscenter i Dunkerque), som bekræftede, at det var interesseret i at arbejde sammen om forsyningen af de pågældende seks servicestationer med brændstoffer, og at de tog kontakt til andre uafhængige leverandører, såsom Martens.
- 76 Endvidere fremhæver sagsøgerne, at Kommissionens argument om, at de udsætter sig for en risiko for repressalier fra de franske raffinaderiers side, hvis de fører en aktiv prispolitik i forhold til dem, ikke kan anvendes som grundlag for den anfægtede beslutning. Kommissionen er ikke efter fællesskabsretten berettiget til at nægte en erhvervsdrivende godkendelse med den begrundelse, at den pågældende risikerer at blive udsat for illoyal konkurrence fra en anden erhvervsdrivendes side.
- 77 For det tredje anfører sagsøgerne, at Kommissionens udsagn i den anfægtede beslutnings punkt 19 om, at de på grund af deres ringe antal servicestationer ikke

vil have nogen stordriftsfordele og bliver nødt til at føre en politik med »lokkepriser« for at opnå troværdighed hos forbrugerne, klart er ubegrundet. De mener, at Kommissionen i strid med beslutningen af 9. februar 2000 stiltiende favoriserer de erhvervsdrivende, som allerede er etableret på markedet for distribution af brændstoffer.

- 78 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til udligningen mellem virksomheden med distribution af brændstoffer og virksomheden med butikker/restauranter. Stordriftsfordelene beror ikke blot på forsyningen med brændstoffer, men skal ses i sammenhæng med de forskellige tjenesteydelser, som motorkøberen benytter på motorvej. Kommissionen har erkendt disse stordriftsfordele i punkt 168 i beslutningen af 9. februar 2000. Desuden er omkostningerne ved koordineringen af de store distributionsnet meget store, i modsætning til det af Kommissionen hævdede, hvilket er grunden til, at der anvendes franchiseaftaler som middel til at begrænse dem. Hvad angår omkostningerne til logistik nedsætter transporten med tankvogne af brændstoffer i Frankrig forskellene mellem de integrerede og de uafhængige erhvervsdrivende.
- 79 Sagsøgerne gør endvidere gældende, at den anfægtede beslutning ikke tager hensyn til udligningen mellem markedet for distribution af brændstoffer på og uden for motorvej. De anfører, at de to markeder er særskilte, og at der næsten ikke er nogen priskonkurrence på det første marked, hvorimod konkurrencen på det andet marked er forholdsvis effektiv. De høje priser på motorvej skyldes ikke blot, at der næsten ikke er andre erhvervsdrivende end de store integrerede raffinaderier på dette marked, men også, at disse erhvervsdrivende bliver nødt til at fordele brændstofomkostninger på motorvej på markedet for distribution af brændstoffer uden for motorvej. Den omstændighed, at sagsøgerne ikke råder over nogen servicestationer uden for motorvej, er derfor snarere et forhold, de kan anføre som fordelagtigt i forhold til andre af de foreslåede købere, som disponerer over servicestationer uden for motorvej, og er ikke nogen ulempe som hævdet af Kommissionen i den anfægtede beslutning.

- 80 Sagsøgerne anfører, at de agter at udvikle en politik med »lokkepriser« for at opnå troværdighed over for forbrugerne og herved støtte sig på synergierne mellem distributionen af brændstoffer og andre tjenesteydelser. De finder, at en sådan praksis med »lokkepriser« burde have foranlediget Kommissionen til at prioritere deres ansøgning højt. Herved har Kommissionen åbenbart fejlvurderet markedet og sagsøgernes potentielle konkurrenceevne.
- 81 For det fjerde anfører sagsøgerne, at Kommissionens kritik i den anfægtede beslutnings punkt 19 om, at sagsøgerne er nye på markedet, er i total modstrid med den opgave, som påhviler den med hensyn til at sikre en effektiv konkurrence på det pågældende marked. I beslutningen af 9. februar 2000 henviser Kommissionen til den stærke koncentration på markedet (jf. punkt 360) og til de nye markedsdeltageres vanskeligheder (jf. punkt 207-211). Ved sin beslutning af 7. november 2000, hvorved mindst to af de servicestationer, der tidligere var tildelt sagsøgerne, fremover blev tildelt Shell og Esso, har Kommissionen imidlertid ikke blot bidraget til at begrænse nye markedsdeltageres adgang til markedet, men også favoriseret de store integrerede olieselskaber ved at give dem mulighed for at fordoble antallet af de servicestationer, som de oprindeligt blev tildelt. Hvad angår markedet for salg af brændstoffer på motorvej i Frankrig hævder sagsøgerne, at der med henblik på at udvikle eller opretholde en effektiv konkurrence findes flere økonomiske grunde til at vælge købere, som ikke på nuværende tidspunkt nødvendigvis er aktive på markedet. I så henseende anfører de, at virksomheder, som konkurrerer indbyrdes på flere markeder, er mere tilbøjelige til at indgå indbyrdes aftaler, end når de kun konkurrerer på et marked. Jo større de markedsdeltagende virksomheders finanskapacitet er, jo større er risikoen for en indbyrdes hemmelig aftale mellem dem og for, at virksomheder med en ens profil indgår kartel.
- 82 Hvad angår betingelsen om, at aktørerne har direkte eller indirekte erfaring med drift af et tankstationnet [jf. tilsagnenes punkt 37, litra e)], som er den eneste betingelse, der har sammenhæng med beslutningen af 9. februar 2000, anfører

sagsøgerne, at de under alle omstændigheder har den nødvendige erfaring, således som Petrolessence' baggrund godtgør. De anfører navnlig, at Petrolessence har drevet servicestationer i 1980'erne.

- 83 Endvidere anfører sagsøgerne, at den anfægtede beslutning ikke fremmer nye markedsdeltageres adgang til markedet i modsætning til, hvad der forudsættes i beslutningen af 9. februar 2000. Den anfægtede beslutning tilføjer dem ikke blot en direkte skade ved ikke at give dem adgang til markedet for servicestationer på motorvej, men kuldkaster helt deres projekt om at udvikle deres virksomhed inden for denne sektor i forbindelse med de udbud, som vil blive lanceret på markedet efter 2005.
- 84 Kommissionen gør gældende, at sagsøgernes argumenter er ubegrundede og ikke kan tages til følge. Formålet med tilsagnene om afhændelsen af servicestationerne var at forhindre, at TotalFina Elf fik en dominerende stilling på markedet for salg af brændstoffer på motorveje i Frankrig (jf. punkt 157-221 i beslutningen af 9. februar 2000).
- 85 Ifølge Kommissionen og Den Franske Republik bygger de fleste af sagsøgernes argumenter i sagen på en økonomisk analyse, der er forskellig fra den, Kommissionen har foretaget. Efter fast retspraksis råder Kommissionen imidlertid over en vis skønsbeføjelse, som der skal tages hensyn til ved den retlige prøvelse (Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1375, præmis 223 og 224, og Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 164 og 165, af 28.4.1999, sag T-221/95, Endemol mod Kommissionen, Sml. II, s. 1299, og af 15.12.1999, sag T-22/97, Kesko mod Kommissionen, Sml. II, s. 3775, præmis 142).
- 86 Efter Kommissionens og Den Franske Republiks opfattelse var sagsøgerne ikke i stand til med øjeblikkelig virkning at tilvejebringe de forventede synergier mellem

restauratørvirksomheden og virksomheden med salg af brændstoffer. Kommissionen understreger, at formålet med tilsagnene var at forhindre, at der opstod en dominerende stilling på det pågældende marked, hvorfor den måtte sikre sig, at den af TotalFina Elf foreslåede gruppe af købere med øjeblikkelig virkning kunne garantere en effektiv konkurrence.

87 Kommissionen og Den Franske Republik konstaterer, at sagsøgerne ikke bestrider, at deres projekt, og navnlig deres påståede evne til at udvikle en aktiv konkurrence på det omhandlede marked, bygger på forventninger om at kunne udvikle synergier mellem disse virksomheder, og erkender, at der endnu ikke er knyttet nogen restaurationsvirksomhed til fire af de seks omhandlede servicestationer, og at man må vente mindst halvandet til to år for at kunne starte en sådan. Hvad angår de to øvrige servicestationer, hvortil der er knyttet en »bar-buffet«, er der tale om små restaurationsenheder, hvor omsætningen udgør mindre end 50% af rasteanlæggets potentiale. Desuden skal sagsøgerne indhente godkendelse fra motorvejens koncessionshavere (SEMCA) for at kunne drive disse enheder under deres handelsmærke. Det var ikke et særskilt krav i forhold til de øvrige konkurrenter, at sagsøgerne skulle være aktive såvel på markedet for distribution af brændstoffer som på markedet for motorvejsrestaurationsenheder, da alle servicestationer på motorvej har en butik og mange af dem en lille restaurationsenhed. Sagsøgerne havde derfor ikke nogen særlig konkurrencefordel på dette punkt.

88 Kommissionen finder, at sagsøgernes omtale af, at der i 2005 vil være mulighed for at erhverve andre servicestationer (jf. ovenfor, præmis 83), må forstås således, at de forventede synergier også afhænger af disse yderligere erhvervelser, hvilket mere støtter end afsvækker denne antagelse. Hvad angår sagsøgernes argument om, at der ikke var knyttet restaurationsenheder tilhørende Le Mirabellier til nogen af de 70 servicestationer, som TotalFina Elf skulle afhænde, og at det var vanskeligt at se, hvorledes det af sagsøgerne i dennes ansøgning til TotalFina Elf trufne valg kunne vedrøre disses servicestationer, anfører Kommissionen, at dette argument ud over at være nyt er irrelevant. Kommissionen kan naturligvis ikke afstå fra at undersøge sagsøgernes mulighed for at udvikle de pågældende synergier under henvisning til, at det kunne volde dem vanskeligheder, da de ikke råder over restauranter på nogen af de 70 servicestationer.

- 89 Sagsøgernes erklæring om, at de vil kunne tillade sig i forbindelse med salg af brændstoffer at anvende lavere fortjenstmarginer end andre erhvervsdrivende, som driver virksomhed på motorvej, under hensyn til deres fortjeneste ved restaurationsvirksomhed, er efter Kommissionens opfattelse helt uden relevans. Den mener, at der bør foretages en sontring mellem muligheden for at foretage krydssubventioner mellem to parallelt udøvede virksomheder, og den omstændighed, at der findes en indbyrdes synergi mellem disse, som direkte påvirker rentabiliteten for mindst en af virksomhederne ved f.eks. at påvirke de omkostninger, som de indebærer. Disse synergier kunne bidrage til, at den pågældende både har mulighed for og incitament til at udøve en aktiv priskonkurrence. Det har normalt ingen interesse at anvende midler fra en virksomhed for at støtte en anden virksomhed, der er mindre rentabel. Efter Kommissionens opfattelse er sagsøgernes erklæring om, at bankerne anser deres projekter for rentable, irrelevant. Det synspunkt, der anlægges af bankerne, og som afhænger af kundens solvens, er forskelligt fra det, som Kommissionen anlægges, og som styres af ønsket om at bevare den effektive konkurrence på det pågældende marked.
- 90 Kommissionen beklager den redaktionelle fejl i den anfægtede beslutnings punkt 19, hvori den stiller krav om, at der både skal »opretholdes og udvikles« en effektiv konkurrence. Denne formulering ændrer imidlertid intet i kravet om en øjeblikkelig, effektiv konkurrence, således som det er fastsat i tilsagnene i overensstemmelse med formålet med forordning nr. 4064/89.
- 91 Kommissionen anfører, at den var berettiget til at antage, at sagsøgernes forhandlingsposition var meget usikker under hensyn til, at de på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning ikke rådede over noget skriftligt tilbud fra Shell, fra hvem de påtænkte at aftage 70% af deres forsyninger. Kommissionen gør gældende, at »sagsøgerne hvad angår dette spørgsmål har erkendt, at denne uvished vil bestå, så længe der er »konkurrence om de verserende køb«, dvs. så længe sagsøgerne ligesom Shell har fremsat tilbud om køb af seks servicestationer«. Den tilføjer, at det er ubestridt, at en erhvervsdrivendes kapacitet med hensyn til at indkøbe større mængder er afgørende for dennes prismæssige konkurrencedygtighed. Desuden vedrører konkurrencen på det pågældende marked i det væsentlige priserne. Således kan selv de af sagsøgerne påregnede prisforskelle, som er omtalt ovenfor i præmis 74, og som tilsyneladende

dende er begrænsede, spille en afgørende rolle for en erhvervsdrivendes konkurrencedygtighed. Desuden mener Kommissionen, at sagsøgernes beregninger alene viser, at de vil kunne overleve, men ikke indeholder nogen præcisioner vedrørende sagsøgernes evne til med sit forslag at sikre en effektiv konkurrence.

- 92 Endvidere anfører Kommissionen, at det er fejlagtigt at begrænse sammenligningen af indkøbscentralernes og sagsøgernes forhandlingsposition til en prissammenligning. Hvis sagsøgerne fører en aktiv prispolitik i forhold til de franske raffinaderier, er der risiko for, at disse iværksætter repressalier i form af en prisforhøjelse på forsyningerne eller en trussel om ikke at forny leveringskontrakterne. Dette er efter Kommissionens opfattelse en gyldig grund for denne til at afslå en godkendelse af sagsøgerne, da den er forpligtet til at efterprøve, om de potentielle købere vil kunne opfylde tilsagnetenes formål, nemlig at forhindre, at der opstår en dominerende stilling, eller at denne befæstes. En potentiel købers evne til at modstå repressalier fra stærkere aktører, hvis dominans bør hindres, er et element, som klart har relevans for denne vurdering.
- 93 Den Franske Republik anfører, at problematikken om »repressalier« ikke er omtalt i den anfægtede beslutning, som alene angiver, at det ikke er sikkert, at sagsøgerne i kraft af de aftagne mængder brændstoffer vil få en tilstrækkelig stærk forhandlingsposition over for de franske raffinaderier. I modsætning til det af sagsøgerne hævdede vil TotalFina Elfs kontrol med raffinaderiet i Mardyck ikke efter Kommissionens opfattelse medføre, at alle de købere, som befinder sig uden for nettet i Nordfrankrig, hvor raffinaderiet er beliggende, ligestilles. Hvad angår leveringsvilkårene vil sagsøgerne ikke have nogen pressionsmidler over for TotalFina Elf, som de risikerer at blive afhængige af for en del af deres indkøbs vedkommende. Derimod er indkøbscentralerne og de øvrige raffinaderier i vidt omfang aktive på disse markeder og er i stand til at udøve pression for at opnå acceptable leveringsvilkår hos TotalFina Elf.
- 94 Kommissionen konstaterer, at sagsøgerne ikke nægter, at det ringe antal servicestationer, som de ønsker at købe, kan indebære, at de ikke opnår de

nødvendige fordele i henseende til stordrift eller logistik, men hævder samtidig, at dette kriterium fremmer opretholdelsen af en oligopolistisk situation. Der er efter Kommissionens opfattelse ingen modstrid mellem dens beslutning af 9. februar 2000 og de betænkeligheder, der er kommet til udtryk i denne hvad angår den oligopolistiske situation på markedet, på den ene side, og dens konstatering, på den anden side, i den anfægtede beslutning af, at det ringe antal servicestationer, som sagsøgerne ønsker at erhverve, vil begrænse de fordele i henseende til stordrift eller logistik, som deres konkurrenter råder over. Dette kriterium vedrører udelukkende spørgsmålet om udnyttelsen (eller manglen på samme) af stordrifts- eller logistiske fordele og er uafhængig af begrebet vedrørende det relevante marked. Kommissionen anfører, at det »navnlig ikke vedrører den potentielle købers tilstedeværelse på markedet for salg af brændstoffer på motorvej, som er forskellig fra markedet for salg af disse produkter uden for motorvej« (punkt 157-176 i beslutningen af 9. februar 2000). Ifølge Kommissionen omfatter TotalFinas forslag, som blev accepteret den 7. november 2000, overtagelsen af et større antal servicestationer af en række erhvervsdrivende, som indtil da endnu ikke havde været aktive (eller meget marginalt) på motorvejene i Frankrig. Den tilføjer, at antallet af servicestationer, som blev overdraget til hver af de erhvervsdrivende, som allerede var aktive på markedet, samtidig er meget begrænset.

- 95 Efter Kommissionens opfattelse udgør den blotte teoretiske mulighed for sagsøgerne for at støtte deres virksomhed på markedet for salg af brændstoffer med deres restaurationsvirksomhed ikke nogen stordrifts- eller logistisk fordel. Generelt gør denne mulighed det ikke mere sandsynligt, at sagsøgerne bidrager til en effektiv konkurrence på det sidstnævnte marked.
- 96 Ifølge Kommissionen er sagsøgernes argument om udligningen mellem markedet for distribution af brændstoffer på motorvej og uden for motorvej irrelevant i denne sammenhæng. Sagsøgerne har ikke midler til at føre en politik med lokkepriser på lang sigt. De kunne ikke selv være motor i konkurrencen, men måtte spille rollen som medløber i en pakkelsesløsning, hvor der ikke var andre erhvervsdrivende, der kunne være motorer i konkurrencen.

- 97 Kommissionen finder, at sagsøgernes argument om, at de er nye markedsdeltagere inden for oliesektoren, ikke kan tillægges betydning. Den tilføjer, at den lovligt kunne basere sin vurdering vedrørende sagsøgernes evne til at opfylde betingelserne i tilsagnenes punkt 1, litra b), på, at sagsøgerne var nye markedsdeltagere uden nyere erfaring på markedet for detailsalg af brændstoffer.
- 98 Kommissionen anfører, at sagsøgernes påstand om, at den favoriserede de store olieselskaber (jf. ovenfor, præmis 81), er grundløs. Ifølge beslutningen af 7. november 2000 var mere end 85% af de overdragne servicestationer blevet afhændet til andre typer af selskaber. Desuden er de omstændigheder, som sagsøgerne har påberåbt sig til støtte for deres erfaring, enten baseret på forhold, som ikke gælder længere, og som derfor ikke kan tillægges vægt, eller er irrelevante for de meget strenge krav, som Kommissionens accept er betinget af.
- 99 Endelig bestrider Kommissionen sagsøgernes argument om, at den anfægtede beslutning vil bringe sagsøgernes projekter inden for den pågældende sektor i fare i forbindelse med de udbud, som vil blive lanceret i 2005. Dette er efter Kommissionens opfattelse et teoretisk argument, og der er intet som helst, som indikerer, at sagsøgernes udsigt til succes afhænger af, at de erhverver de seks servicestationer.

— Rettens bemærkninger

- 100 Det er i det væsentlige sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen åbenbart har fejlbedømt TotalFina Elfs ansøgning. De anfører, at den anfægtede beslutning hverken tager hensyn til det pågældende markeds reelle struktur eller til deres potentielle konkurrenceevne, hvorfor en gennemførelse af beslutningen af 9. februar 2000 ikke vil føre til, at der udvikles en effektiv konkurrence på

markedet for servicestationer på motorvej og dermed være i strid med artikel 2, stk. 1, litra a), i forordning nr. 4064/89 og artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 211 EF.

- 101 Ifølge retspraksis tillægger de materielle bestemmelser i forordning nr. 4064/89, og navnlig artikel 2, om vurdering af fusioner Kommissionen et vist skøn, navnlig for så vidt angår de økonomiske vurderinger. Den kontrol med udøvelsen af dette skøn, som foretages af Fællesskabets retsinstanser, og som er et væsentligt led i reglerne om fusioner, skal derfor foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser af økonomisk karakter, der er indeholdt i ordningen om fusioner (jf. dommen i sagen Frankrig m.fl. mod Kommissionen, præmis 223 og 224, og i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 164 og 165, samt Rettens dom af 6.6.2002, sag T-342/99 Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 64). Følgelig skal den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver med de komplicerede økonomiske vurderinger, Kommissionen foretager som led i sin skønsmargen efter forordning nr. 4064/89, begrænse sig til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart fejlskøn eller er begået magtfordrejning. Navnlig tilkommer det ikke Retten at sætte sit skøn vedrørende økonomiske forhold i stedet for Kommissionens.

- 102 Ved den kontrol med fusioner, som er foreskrevet i forordning nr. 4064/89, skal Kommissionen på grundlag af en analyse af den forventede situation på det pågældende marked vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på dette marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen. Endvidere kan Kommissionen i medfør af forordningens artikel 8 knytte betingelser og påbud til sin beslutning vedrørende fusionens forenelighed med det fælles marked. Ifølge fast praksis forudsætter dette en omhyggelig undersøgelse, bl.a. af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet.

103 Der kan derfor kun gives sagsøgerne medhold i deres argumentation, såfremt de godtgør, at Kommissionens vurdering af deres ansøgning i den anfægtede beslutnings punkt 18 og 19 er åbenbart fejlagtig. Det må imidlertid konstateres, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionens vurdering hvad angår disse punkter er behæftet med en åbenbar fejl, og det må antages, at sagsøgerne med sin argumentation reelt opfordrer Retten til at sætte sit eget skøn af deres ansøgning i stedet for Kommissionens.

104 Der er i denne forbindelse grund til at fremdrage en række for sagen relevante omstændigheder, navnlig baggrunden for og formålet med TotalFina Elfs afhændelse af 70 servicestationer. I sin beslutning af 9. februar 2000 fastslog Kommissionen, at konkurrencesituationen på markedet for brændstofsalg på motorvej lå tæt op ad en situation, hvor TotalFina havde en dominerende stilling, selv før fusionen mellem TotalFina og Elf Aquitaine (jf. punkt 216). Efter fusionen havde TotalFina Elf ifølge Kommissionen et stærkt incitament til at forhøje sine priser og/eller reducere sin servicekvalitet på det pågældende marked, hvilket efterfølgende ville sætte den i stand til at straffe enhver konkurrent, der ikke fulgte selskabets politik eller sågar gik imod denne (jf. punkt 220). Kommissionen fandt derfor, at den anmeldte fusion ville føre til skabelse af en dominerende stilling på det pågældende marked og en ny kraftig forværring i konkurrenceforholdene på dette marked, hvor konkurrencen i forvejen var begrænset (jf. punkt 221 i beslutningen af 9. februar 2000).

105 Under den administrative procedure vedrørende denne fusion foreslog TotalFina at afgive en række tilsagn for at undgå de konkurrenceproblemer, som Kommissionen mente, der bestod, hvilke tilsagn Kommissionen accepterede efter ændring, da de forekom »at muliggøre en omgående genoprettelse af en effektiv og varig konkurrence på de relevante markeder« (beslutningens punkt 362). Kommissionen erklærede herefter den anmeldte fusion forenelig med fællesmarkedet på betingelse af, at tilsagnene blev opfyldt fuldt ud. For at bevare en

effektiv konkurrence på markedet for salg af brændstoffer på motorvej i Frankrig forpligtede TotalFina sig til at overdrage 70 servicestationer til købere, som opfyldte visse betingelser, herunder betingelserne i tilsagnenes punkt 1, litra b).

106 Det fremgår klart af den anfægtede beslutning og af tilsagnene, at Kommissionen antog, at formålet med genoprettelsen af en effektiv og varig konkurrence på det pågældende marked kun kunne opfyldes, såfremt køberne af de 70 servicestationer kunne erhverve dem uden at afbryde deres virksomhed og straks gøre dem rentable og konkurrencedygtige [jf. bl.a. henvisningerne til genoprettelsen af en effektiv konkurrence i tilsagnenes punkt 1, litra c), og TotalFina Elfs forpligtelse efter tilsagnenes punkt 37, litra c), til ikke blot at afhænde 70 servicestationer, men også at overføre det personale, som er direkte knyttet til driften]. Således undersøgte Kommissionen ansøgningen fra hver af de af TotalFina foreslåede købere på grundlag af dette formål og baserede sit afslag på sagsøgernes ansøgning på en helhed af omstændigheder.

107 Kommissionen fremhæver i så henseende i den anfægtede beslutnings punkt 19, at sagsøgerne ikke på tidspunktet for beslutningens vedtagelse rådede over restauranter på de servicestationer, som de foreslog at købe, og drog på grundlag heraf den konklusion, at de af sagsøgerne forventede synergier ikke kunne realiseres straks. Kommissionen understreger, at sagsøgernes evne til at udvikle en aktiv konkurrence på det pågældende marked var betinget af, at der straks blev oprettet restauranter ved de servicestationer, som de ønskede at købe. Det er imidlertid ubestridt, at der ikke var knyttet nogen restauranter til fire af de seks servicestationer, for hvilke TotalFina Elf havde valgt sagsøgerne, og at der ville gå mindst halvandet til to år med at opføre dem. Desuden fremgår det af sagens akter, at der kun var en lille restauration knyttet til de to øvrige servicestationer. Ifølge sagsøgerne skal de synergier, som de beskriver i deres bindende tilbud, vurderes over en længere periode. De forsøger endvidere at godtgøre, at de pågældende seks servicestationer ville være rentable i perioden, indtil restauranterne blev opført. De gør gældende, at de fire servicestationer, hvortil der endnu ikke er knyttet restauranter, har indrettet en butik, hvor fortjenstmarginerne er de samme som for en restaurant. De ovenfor i præmis 69 angivne tal viser ifølge

sagsøgerne, at salg af brændstoffer og restauration på motorvej hver for sig er rentable.

- 108 Der skal erindres om, at tilsagnene kræver, at køberne er i stand til at udøve en effektiv og varig konkurrence på det pågældende marked. Det skal i så henseende fremhæves, at sagsøgerne udtrykkeligt har baseret deres tilbud om køb af servicestationerne på muligheden for at skabe synergier mellem salg af brændstoffer og restauration. Det er imidlertid ubestridt, at disse synergier først kan realiseres efter en vis periode, nemlig halvandet til to år. Kommissionen har derfor ikke, når henses til tilsagnenes formål, overskredet sin skønsmargin på området, da den ved vurderingen af sagsøgernes ansøgning lagde til grund, at de selv i bedste tilfælde kun ville være i stand til at opfylde denne betingelse på mellemlangt sigt. Hvad dette spørgsmål angår kunne det ikke kræves af Kommissionen, at den anså det for at være uden betydning, at man måtte vente mindst halvandet år, før denne betingelse kunne opfyldes. Under alle forhold er denne omstændighed ikke afgørende, selv om det forudsættes, at sagsøgernes forslag i deres bindende tilbud er rentabelt inden for den angivne periode, da det ikke var formålet med tilsagnene at søge overlevelsedygtige købere. Sagsøgernes argumenter om de forventede synergier må derfor forkastes.
- 109 Sagsøgerne kritiserer endvidere Kommissionen for at have fastsat den betingelse, at køberne skulle være i stand til at opretholde »og« udvikle en effektiv konkurrence på markedet, selv om disse betingelser var udformet som alternative i beslutningen af 9. februar 2000. Hermed har Kommissionen efter sagsøgernes opfattelse stillet en betingelse, som ikke kræves efter beslutningen af 9. februar 2000.
- 110 Dette argument findes at være ubegrundet. Det må konstateres, at uanset om disse to betingelser er kumulative eller alternative, skal køberne udøve en effektiv konkurrence på markedet. Som det fremgår ovenfor af præmis 121, har Kommissionen imidlertid ikke begået et åbenbart fejlskøn ved at antage, at sagsøgerne ikke opfyldte dette krav.

- 111 Kommissionen fastslår i den anfægtede beslutnings punkt 19, at »det er ikke sikkert, at den globale mængde brændstoffer, som vil blive solgt, giver [sagsøgerne] nogen væsentlig forhandlingsposition i forhold til de franske raffinaderier, fra hvem [de] regner med at aftage ca. 70% af [deres] forbrug«. Sagsøgerne finder, at denne konstatering er klart ubegrundet, da der ikke findes nogen priskonkurrence vedrørende forsyningen hos raffinaderierne. De fremhæver, at en erhvervsdrivendes kapacitet med hensyn til at indkøbe væsentlige mængder ikke er afgørende for dennes prismæssige konkurrencedygtighed, da prisforskellen mellem erhvervsdrivende med en stor kapacitet og en erhvervsdrivende med kun én servicestation er »ubetydelig«.
- 112 Det må antages, at Kommissionens argument om, at de ovenfor i præmis 74 nævnte prisforskelle kan spille en afgørende rolle for en erhvervsdrivendes konkurrencedygtighed, da konkurrencen på det pågældende marked i det væsentlige vedrører priserne, må accepteres. I punkt 191 i sin beslutning af 9. februar 2000, som vedrører salget af brændstoffer, anfører Kommissionen, at »der i alt væsentligt [konkurreres] på priser. Der er ikke noget større spillerum med hensyn til de andre konkurrenceparametre. Brændstoffer er homogene produkter med et lavt innovationspotentiale«. Endvidere må det i modsætning til det af sagsøgerne hævdede, som er gengivet ovenfor i præmis 76, antages, at Kommissionen gyldigt til støtte for sit afslag på sagsøgernes ansøgning kan påberåbe sig argumentet om, at sagsøgerne vil være ude af stand til at modstå repressalier fra franske raffinaderier, hvis disse fører en aktiv prispolitik. Kommissionens analyse af den forventede udvikling kan kun underkendes med den begrundelse, at den er behæftet med et åbenbart fejlskøn, såfremt sagsøgerne fremfører konkrete elementer til støtte herfor, hvilket ikke er sket i denne sag.
- 113 Desuden er sagsøgernes argument om, at bankerne anser deres projekt for rentabelt (jf. ovenfor, præmis 75), irrelevant i sagen. Bankerne baserer deres opfattelse på sagsøgernes solvens, mens Kommissionens opfattelse er baseret på formålet med at opretholde en effektiv konkurrence på det pågældende marked.

114 Kommissionen fastslår endvidere i den anfægtede beslutnings punkt 19, at sagsøgerne på grund af det begrænsede antal servicestationer, som de foreslår at købe, ikke vil kunne opnå stordriftsfordele som deres konkurrenter, og at de bliver nødt til at føre en politik med »lokkepriser« for at opnå troværdighed over for forbrugerne. Det fremgår af sagens akter, at udtrykket »lokkepriser« betyder, at sagsøgerne må anvende en praksis med lave priser for at tiltrække sig kunder. Endvidere anfører Kommissionen, at sagsøgerne ikke har midler til at føre en sådan politik på lang sigt (jf. ovenfor, præmis 96). Sagsøgerne finder, at der ikke er grund til at sætte spørgsmålstegn ved gennemførligheden af denne praksis, navnlig henset til de forhold, som er nævnt ovenfor i præmis 69, som efter sagsøgernes opfattelse viser, at selv om sagsøgerne opnår lavere fortjenstmarginer på brændstofpriserne end deres konkurrenter, vil disse, når de sammenlægges med fortjenstmarginerne for restaurationsvirksomheden, give klart overskud i forhold til udgifterne som helhed.

115 I så henseende bør fremhæves, at sagsøgerne ikke nægter, at de har anvendt en praksis med »lokkepriser« for at trække kunder til, således som Kommissionen anfører i den anfægtede beslutnings punkt 19. De forsøger således at modbevise Kommissionens påstand om, at de ikke vil kunne opnå stordriftsfordele ved andre midler. De fremhæver på ny bl.a., at Kommissionen i strid med beslutningen af 9. februar 2000 stiltiende favoriserer de erhvervsdrivende, som allerede er etableret på det pågældende marked, til skade for nye markedsdeltagere. Ifølge sagsøgerne afhænger økonomien ikke blot af forsyningen med brændstoffer, men skal ses i sammenhæng med de øvrige tjenesteydelser, som førere af motorkøretøjer anvender på motorvej. Ud over at argumentet om stordriftsfordele allerede er behandlet og forkastet ovenfor i præmis 108, må det konstateres, at sagsøgernes blotte teoretiske mulighed for at understøtte deres virksomhed på markedet for salg af brændstoffer med restaurationsvirksomhed ikke, som hævdet af dem, kan betragtes som en stordriftsfordel. Hvad angår sagsøgernes argument vedrørende favoriseringen af de erhvervsdrivende, som allerede er etableret på det pågældende marked, må også dette argument forkastes af de ovenfor i præmis 118 nævnte grunde. Desuden udgør den omstændighed, at sagsøgerne har anvendt en praksis med »lokkepriser«, dvs. en praksis, som tilsyneladende fremmer konkurrencen, ikke i sig selv noget bevis for, at de har evne til at udvikle en effektiv og varig konkurrence på det pågældende marked.

Endvidere måtte Kommissionen ikke favorisere sagsøgerne på grund af den omstændighed alene, at de ikke råder over nogen servicestationer uden for motorvej, da dette risikerer at bringe formålet med tilsagnene i fare, som er at opretholde en effektiv konkurrence på markedet og dermed forhindre, at TotalFina Elf opnår en dominerende stilling.

- 116 Desuden rådede sagsøgerne uomtvisteligt ikke over andre servicestationer på eller uden for motorvej, og de foreslog kun at købe ti hos TotalFina Elf, der alene samtykkede i at afstå seks servicestationer til dem. Følgelig har Kommissionen ikke overskredet sin skønsmargin ved bl.a. at basere sin opfattelse af, at sagsøgerne ikke var i stand til at udvikle en effektiv konkurrence på det pågældende marked, på den omstændighed, at der ikke var nogen stordriftsfordele.
- 117 I den forbindelse bemærkes, at det er særligt vigtigt for en potentiel købers evne til at opfylde det udtrykkelige formål med tilsagnene, nemlig at opretholde eller udvikle en effektiv og varig konkurrence, at vedkommende har nyere erfaringer på markedet for salg af brændstoffer, navnlig under hensyn til TotalFinas nærmest dominerende stilling på det pågældende marked, selv før den foreliggende transaktion, og at Kommissionen lovligt kan basere et afslag på godkendelse af en køber på, at den pågældende er ny deltager på markedet.
- 118 Det må fastslås, at selv om der i beslutningen af 9. februar 2000 henvises til, at det pågældende marked er meget koncentreret, og at nye markedsdeltagere har vanskeligheder med at komme ind på markedet (jf. bl.a. præmis 207-210), kan den af Kommissionen anlagte vurdering af sagsøgernes tilbud, som tager hensyn til, at de er nye markedsdeltagere uden nyere erfaring på markedet for salg af brændstoffer, ikke underkendes. Det ville være i strid med tilsagnenes formål at favorisere en potentiel køber alene med den begrundelse, at vedkommende er ny

markedsdeltager, hvis ikke han efter en vurdering af samtlige omstændigheder kan opfylde dette formål. Hvad angår sagsøgernes argument om, at den anfægtede beslutning favoriserer de store olieselskaber, bemærkes, at Kommissionens erklæring, som er gengivet ovenfor i præmis 98, om, at mere end 85% af de samlede afhændede servicestationer blev overdraget til andre købere end disse selskaber, ikke bestrides af sagsøgerne. Endvidere kritiserer sagsøgerne Kommissionen for, at TotalFina Elf solgte to af de servicestationer, som de oprindeligt havde fået overdraget, til Shell og Esso. Dette giver efter Rettens opfattelse ikke grundlag for at konkludere, at Kommissionen favoriserer de store olieselskaber. Følgelig må dette argument forkastes.

- 119 Hvad angår sagsøgernes argument om, at de, som deres baggrund viser, har den af Kommissionen krævede erfaring, selv om de ikke var aktive på det pågældende marked, bemærkes, at de ifølge deres eget udsagn forlod dette marked »i slutningen af 1980'erne på grund af udviklingen på det franske marked«. Følgelig kan det ikke bebrejdes Kommissionen, at den ved vurderingen af sagsøgernes tilbud tog hensyn til, at de ikke havde nyere erfaring på det pågældende marked, hvilken erfaring Kommissionen i øvrigt anså for nødvendig for at modstå TotalFina Elfs næsten dominerende stilling på markedet. Desuden er den omstændighed, at sagsøgerne var ny deltager på markedet for salg af brændstoffer, blot et af elementerne i Kommissionens vurdering, og selv om dette element vurderet for sig ikke i sig selv kunne begrunde et afslag på sagsøgernes tilbud, har Kommissionen ved sin vurdering lovligt kunnet tage hensyn til det sammen med andre elementer.

- 120 Også sagsøgernes argument (jf. ovenfor, præmis 83) om muligheden for at erhverve andre servicestationer i 2005 på de områder, hvor de i forvejen har restauranter, må forkastes, da dette argument, som anført af Kommissionen jf. ovenfor i præmis 99, er rent teoretisk og udelukkende baseret på sagsøgernes projekt. Selv om muligheden for at forbedre konkurrencen på det pågældende marked inden for en periode, som ligger relativt langt ud i fremtiden, nemlig

tidligst i 2005, er en faktor, som Kommissionen kan tage hensyn til under visse omstændigheder, er dette i hvert fald ikke tilfældet i denne sag, hvor Kommissionen stod over for et tilbud fra en ret svag potentiel køber, hvis fremtidsudsigter, i hvert fald som motor eller tilskynder til en effektiv konkurrence, er relativt usikker.

121 Følgelig har sagsøgerne ikke godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at antage, at sagsøgerne ikke på egen hånd eller sammen med andre købere kunne opretholde eller udvikle en effektiv konkurrence på markedet, således som de er forpligtet til efter tilsagnene.

122 Det fremgår af samtlige de anførte betragtninger, at der ikke kan gives sagsøgerne medhold i det andet anbringende, da de ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn i denne sag.

123 Følgelig må Kommissionen som helhed frifindes.

Sagens omkostninger

124 Ifølge artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør de i overensstemmelse med Kommissionens påstand pålægges at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Afdeling)

- 1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.
- 2) Sagsøgerne bærer deres egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. april 2003.

H. Jung

R. García-Valdecasas

Justitssekretær

Afdelingsformand