RETTENS DOM (Anden Udvidede Afdeling)

15. december 1999 *

I sag T-22/97,

Kesko Oy, Helsinki, ved advokat Gerwin van Gerven, Bruxelles, og solicitor Sarah Beeston, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokatfirmaet Loesch & Wolter, 11, rue Goethe,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Klaus Wiedner, Kommissionens Juridiske Tjeneste, bistået af solicitor Stephen Kinsella, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af

Republikken Finland ved juridisk konsulent Tuula Pynnä, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, bistået af David Vaughan, QC, England og Wales, og med valgt adresse i Luxembourg på Finlands ambassade, 2, rue Heinrich Heine,

og

Den Franske Republik ved kontorchef Jean-François Dobelle, fuldmægtig Frédérik Million, og kontorchef Kareen Rispal-Bellanger, alle Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg på Frankrigs ambassade, 8 B, boulevard Joseph II,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 97/277/EF af 20. november 1996 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet (sag IV/M.784 — Kesko/Tuko, EFT 1997 L 110, s. 53),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Potocki, og dommerne K. Lenaerts, C.W. Bellamy, J. Azizi og A.W.H. Meij,

justitssekretær: fuldmægtig A. Mair,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 11. november 1998 og den 2. juni 1999,

afsagt følgende

Dom

De relevante retsregler

1 Det bestemmes i artikel 22 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, berigtiget i EFT L 257, s. 14, herefter »forordning nr. 4064/89«):

»3. Hvis Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat fastslår, at en fusion efter artikel 3, som er uden fællesskabsdimension i henhold til artikel 1, skaber eller styrker en dominerende stilling, således at den faktiske

konkurrence hæmmes betydeligt på denne medlemsstats område, kan den, for så vidt fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, vedtage de i artikel 8, stk. 2, andet afsnit, samt stk. 3 og 4, omhandlede beslutninger.

4. Artikel 2, stk. 1, litra a) og b), samt artikel 5, 6, 8 og artikel 10 til 20 finder anvendelse. Den frist for indledning af proceduren, der er fastsat i artikel 10, stk. 1, løber fra datoen for modtagelsen af medlemsstatens anmodning. Proceduren skal iværksættes inden en måned fra den dato, hvor fusionen er anmeldt medlemsstaten eller gennemført. Denne frist løber fra den dato, hvor den første af disse begivenheder finder sted.

5. Kommissionen træffer kun de foranstaltninger efter stk. 3, som er strengt nødvendige for at sikre eller genoptage en effektiv konkurrence i den medlemsstat, på hvis anmodning den har grebet ind.«

2 Det hedder i artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser:

»Fusioner, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af følgende bestemmelser med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked.

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til:

a) nødvendigheden af at bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet navnlig på baggrund af alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder, der er beliggende i eller uden for Fællesskabet

b) de deltagende virksomheders position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, retlige eller faktiske hindringer for adgang til markedet, udbuds- og efterspørgselsudviklingen for de enkelte varer og tjenesteydelser, de interesser, som forbrugerne i mellemleddene og de endelige forbrugere har, samt udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som dette er til fordel for forbrugerne, og det ikke udgør en hindring for konkurrencen.«

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

3 Sagsøgeren, Kesko Oy (herefter »Kesko«), er et finsk aktieselskab, som driver virksomhed med detailhandel med dagligvarer og udvalgsvarer. Selskabet er endvidere aktivt inden for »cash and carry«-salg af disse varer. Kesko's selskabskapital er fordelt på A-aktier og B-aktier. De førstnævnte indehaves direkte eller indirekte af Kesko's detailhandlere (herefter »K-detailhandlere«). Som følge af de tillægsstemmer, der i henhold til sagsøgerens vedtægter er knyttet til A-aktierne, har K-detailhandlerne i kraft af A-aktierne den faktiske kontrol med flertallet af stemmerne på generalforsamlingen. Ifølge Kesko's vedtægter er

alle medlemmerne af tilsynsorganet, som udpeger medlemmerne i andre beslutningstagende og ledende organer, K-detailhandlere.

4 Kesko's hovedformål er at organisere indkøb og fremme af afsætningen for K-detailhandlere i større omfang, end de er i stand til individuelt. Kesko's virksomhed omfatter således forhandling om gunstige indkøbsbetingelser med leverandørerne, forsyning af detailhandlere og levering af en række andre tillægsydelser.

5 K-detailhandlere er retligt set selvstændige erhvervsdrivende, som er kontraktligt bundet til Kesko. De er aktive inden for salg af dagligvarer og/eller udvalgsvarer, og har siden 1995 været organiseret i fem kæder, som omfatter butikker med fælles træk, nærmere bestemt »Neighbourhood Stores«, »Supermarkets Kesko«, »Superstores Kesko«, »Citymarkets Kesko« og »Rimi«-butikkerne. En væsentlig del af butikslokalerne tilhører Kesko.

6 Tuko Oy (herefter »Tuko«) er ligeledes et finsk aktieselskab, der er aktivt inden for engros- og detailsalg af dagligvarer og udvalgsvarer. Ud over sine helejede detailbutikker har Tuko også kontrakter med et stort antal detailhandlere (herefter »T-detailhandlere«), der retligt set er selvstændige erhvervsdrivende. T-detailhandlerne var organiseret i tre grupper, nærmere bestemt Spar-kæden, Anttila-varehusene og Tarmo-butikkerne. Tuko var også aktivt på markedet for »cash and carry«-salg af dagligvarer.

7 Den 27. maj 1996 indgik Kesko visse aftaler med henblik på at overtage 56,3% af Tuko's selskabskapital, svarende til 59,3% af stemmerne. Siden har Kesko overtaget mere end 99% af Tuko's selskabskapital.

8 Den 26. juni 1996 anmodede det finske Konkurrenceråd (herefter »FK«) Kommissionen om at undersøge Kesko's overtagelse af Tuko i overensstemmelse med artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

9 Den 28. juni 1996 anlagde Kesko sag ved Korkein hallinto-oikeus (den øverste forvaltningsdomstol, herefter »forvaltningsdomstolen«), idet den anfægtede, at FK havde kompetence til at indgive en anmodning til Kommissionen i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

10 Den 19. juli 1996 fremsendte det finske ministerium for handel og industri (herefter »MHI«) en kopi til Kommissionen af det processkrift, som ministeriet havde indgivet til forvaltningsdomstolen, og hvori MHI havde nedlagt påstand om, at det blev fastslået, at FK havde kompetence til at indgive den pågældende anmodning.

11 Da Kommissionen fandt, at der bestod alvorlig tvivl om den pågældende fusions forenelighed med fællesmarkedet, besluttede den ved beslutning af 26. juli 1996 at indlede proceduren i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89 »i afventning af den endelige dom fra Finlands øverste forvaltningsdomstol«.

12 Den 17. september 1996 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til sagsøgeren i overensstemmelse med artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 4064/89. Sagsøgeren svarede på denne meddelelse den 2. oktober 1996.

13 Forvaltningsdomstolen afsagde dom den 1. januar 1996. Den undlod at tage stilling til sagens realitet, idet den afviste sagen.

14 Ved skrivelse af 23. oktober 1996 fremsatte Kesko forslag til de tilsagn, som selskabet ville afgive med henblik på at fjerne tvivlen angående fusionens forenelighed med fællesmarkedet.

15 Den 20. november 1996 vedtog Kommissionen, navnlig på grundlag af artikel 8, stk. 3, og artikel 22 i forordning nr. 4064/89, beslutning 97/277/EF om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet (sag IV/M.784 — Kesko/Tuko, EFT 1997 L 110, s. 53, herefter »den omtvistede beslutning«).

16 I den omtvistede beslutning fastslog Kommissionen navnlig

— at den pågældende fusion ikke alene burde vurderes på grossistniveauet, men også på detailniveauet, på grund af tilknytningen mellem på den ene side Kesko og Tuko og på den anden side deres respektive detailhandlere, som beskrevet i betragtning 39-66 til beslutningen

— at fusionen mellem Kesko og Tuko ville føre til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling på det finske marked for detailhandel med dagligvarer, som ville bevirke, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt (jf. navnlig betragtning 93-138 til beslutningen)

— at fusionen ville skabe en dominerende stilling på udbudssiden, som ville bevirke, at den effektive konkurrence på det finske marked for »cash and carry«-salg af dagligvarer blev betydeligt hæmmet (betragtning 139-145)

— at den dominerende stilling på det finske marked for detailsalg og for »cash and carry«-salg af dagligvarer, som ville følge af fusionen, ville øge Kesko's indkøbsstyrke og dermed styrke dens dominerende stilling på disse markeder (betragtning 146-153)

— at fusionen ville øge barriererne for adgangen til markedet, og at det var yderst usandsynligt, at en ny konkurrent ville kunne trænge ind på markedet efter fusionen (betragtning 154-161)

— at ændringerne i strukturen af det finske marked for engros- og detailsalg af dagligvarer direkte eller indirekte ville få mærkbare faktiske eller potentielle virkninger for samhandelsmønsteret inden for Fællesskabet (betragtning 10-13).

17 Kommissionen har endvidere afvist de forslag til tilsagn, som Kesko fremsatte i sin skrivelse af 23. oktober 1996, idet den navnlig har henvist til, at det var utvivlsomt, at de ikke kunne føre til at fjerne selskabets dominerende stilling på det finske marked for detailsalg af dagligvarer (betragtning 162-172 til den omtvistede beslutning).

18 Kommissionen anførte navnlig i betragtning 173 til den omtvistede beslutning, at den »ved en særskilt beslutning vedtaget i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning (EØF) nr. 4064/89 [ville] vedtage foranstaltninger, der [kunne] genoprette den effektive konkurrence«.

19 Det bestemmes i den omtvistede beslutnings artikel 1: »Den fusion, hvorved Kesko Oy har erhvervet enekontrollen med Tuko Oy ved køb af aktierne i denne virksomhed, erklæres uforenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalen.«

20 Den omtvistede beslutning blev meddelt Kesko samme dag, som den blev vedtaget, dvs. den 20. november 1996.

21 Den 21. november 1996 fremsendte Kommissionen en meddelelse til Kesko i henhold til artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, hvori den anførte, at den fandt det påkrævet at træffe en beslutning i henhold til forordningens artikel 8, stk. 4, hvorved den pålagde Kesko at afhænde alle Tuko's aktiviteter på dagligvareområdet.

22 Den 30. januar 1997 foreslog Kesko Kommissionen, at Kesko overdrog visse af Tuko's aktiviteter på dagligvareområdet, med undtagelse af Anttila-varehusene, til et udenforstående virksomhedskonsortium.

23 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 31. januar 1997 har Kesko anlagt denne sag, idet selskabet har nedlagt påstand om annullation af den omtvistede beslutning. Sagen er registeret som sag T-22/97.

24 Den 7. februar 1997 indgik Kesko, Tuko og visse af Tuko's datterselskaber en rammeaftale (herefter »aftalen om afhændelse«) med udenforstående virksomheder om afhændelsen af Tuko's aktiviteter på dagligvareområdet, med undtagelse af Anttila-varehusene, i overensstemmelse med det forslag, som var fremsat over for Kommissionen den 30. januar 1997.

25 Det fremgik af stk. 4 i aftalen om afhændelse, at de pågældende transaktioner kun ville blive realiseret, såfremt Kommissionen tilsluttede sig eller ikke fremsatte indvendinger imod forslaget inden den 30. april 1997.

26 Den 19. februar 1997 vedtog Kommissionen beslutning 97/409/EF om foranstaltninger til genoprettelse af en effektiv konkurrence (sag IV/M.784 — Kesko/Tuko, EFT L 174, s. 47, herefter »beslutningen om afhændelse«) i henhold til artikel 8, stk. 4, og artikel 22 i forordning nr. 4064/89. Det fremgår af betragtning 13 til beslutningen, at Kesko's forslag om at afhænde visse af Tuko's aktiviteter til et konsortium blev fremlagt på et meget sent stadium i sagsbehandlingen, og at Kommissionen var forbeholden over for denne afhændelse.

27 Det bestemmes i beslutningen om afhændelse:

»*Artikel 1:*

Kesko påbydes at afhænde Tuko's dagligvareaktiviteter til en køber, der skal være en levedygtig nuværende eller potentiel konkurrent, som er uafhængig af og uden tilknytning til Kesko-gruppen, og som er i besiddelse af de fornødne økonomiske ressourcer og erfaring til at kunne opretholde og videreudvikle de afhændede aktiviteter som en aktiv konkurrent til Kesko's dagligvareaktiviteter (disse krav benævnes herefter 'udvælgelseskriterierne') [...]

Artikel 2:

1. Kesko skal senest 30 dage efter meddelelsen af nærværende beslutning udpege en uafhængig administrator, som skal godkendes af Kommissionen, til at føre tilsyn med driften og administrere de aktiver, der skal afhændes i henhold til artikel 1.

2. Kesko skal drage omsorg for, at denne administrators uigenkaldelige fuldmagt omfatter følgende rettigheder og forpligtelser:

[...]

d) Administratoren skal til Kommissionen [...] hver måned [indgive] skriftlige rapporter om driften og forvaltningen af afhændelsespakken samt om enhver relevant udvikling i forhandlinger med potentielle købere af afhændelsespakken, bl.a. med oplysning om, inden for hvilken frist en aftale med en sådan køber vil blive gennemført, og navnlig give Kommissionen tilstrækkelige oplysninger til, at den kan vurdere, om de enkelte interesserede købere opfylder de fastsatte kriterier.

Hvis et tilbud, der ikke opfylder kriterierne i artikel 1, efter administratorens opfattelse vil give samme resultat som en samlet afhændelse, skal han begrunde dette i sin rapport til Kommissionen. Har Kommissionen ikke i overensstemmelse med litra e) erklæret sig uenig heri, skal det pågældende tilbud i forbindelse med nærværende beslutning betragtes som gyldigt.

[...]

Artikel 4

1. Den i artikel 1 påbudte afhændelse skal være tilendebragt senest 6 måneder efter meddelelsen af denne beslutning. Kesko skal anses for at have efterkommet denne beslutning, såfremt der inden for nævnte frist er undertegnet en bindende

aftale om afhændelse af pakken, forudsat at afhændelsen afsluttes senest tre måneder efter undertegnelsen.

[...]

3. Viser det sig at være umuligt at undertegne en bindende aftale inden for den i stk. 1 fastsatte frist på 6 måneder, kan Kommissionen, efter anmodning fra Kesko støttet af en behørig begrundelse fra administratoren, forlænge fristen. I så fald skal Kesko give administratoren uigenkaldelig fuldmagt til at afhænde pakken på de bedst mulige betingelser og vilkår [...]. Afhændelsen skal under alle omstændigheder være tilendebragt den 31. december 1997.«

28 Den 3. marts 1997 forelagde Kesko Kommissionen et forslag, som indeholdt en definition af administratorens rettigheder og forpligtelser i overensstemmelse med beslutningen om afhændelse. Ifølge dette forslag kunne Kesko navnlig pålægge administratoren at indføje en bestemmelse i aftalen om afhændelse af Tuko's aktiviteter på dagligvareområdet, hvorefter gennemførelsen af afhændelsen var betinget af, at Kesko ikke fik medhold i det annullationssøgsmål, som selskabet havde anlagt ved Retten til prøvelse af den omtvistede beslutning. Ved telefax af samme dag meddelte Kommissionen, at den ikke kunne tilslutte sig en sådan bestemmelse.

29 Den 3. april 1997 forelagde den administrator, som var udpeget i overensstemmelse med beslutningen om afhændelse, en rapport til Kommissionen, hvori han anbefalede den at tiltræde aftalen om afhændelse med den modifikation, at de lokaler, som var ejet af Kesko og udlejet til to K-detailhandlere, blev solgt til den ene af de to pågældende udenforstående virksomheder mod at Kesko beholdt Anttila-varehusene.

30 Ved telefax af 17. april 1997 meddelte Kommissionen i overensstemmelse med artikel 2, stk. 2, litra d), i beslutningen om afhændelse Kesko, at den ikke ville modsætte sig administratorens forslag.

31 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 25. april 1997 har Kesko anlagt et annullationssøgsmål, som er indført i Rettens register under sagsnummer T-134/97.

32 Ved skrivelse af 14. august 1997 meddelte administratoren Kommissionen, at de forskellige transaktioner, som var beskrevet i rapporten, var blevet gennemført.

33 Ved skrivelse af 26. august 1997 meddelte Kommissionen Kesko, at selskabet havde opfyldt sine forpligtelser i henhold til beslutningen om afhændelse.

34 Ved dokument indleveret til Justitskontoret den 1. september 1997 meddelte Kesko Retten, at den ønskede at hæve den sag, som var registreret under nr. T-134/97.

35 Ved kendelse afsagt den 9. oktober 1997 af formanden for Anden Afdeling er sag T-134/97, i overensstemmelse med procesreglementets artikel 99, blevet slettet af registret.

36 Ved kendelse afsagt den 8. juni 1998 af formanden for Anden Afdeling har Republikken Finland og Den Franske Republik fået tilladelse til at intervenere i sag T-22/97 til støtte for Kommissionens påstande. Afdelingsformanden har endvidere imødekommet en begæring om fortrolig behandling i forhold til intervenienterne, som er indgivet af sagsøgeren.

37 Efter at have hørt parterne har Retten i overensstemmelse med procesreglementets artikel 51 henvist sag T-22/97 til en afdeling bestående af fem dommere.

38 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten indledt den mundtlige forhandling, som i overensstemmelse med artikel 113 og artikel 114, stk. 3 og 4, er begrænset til formaliteten og spørgsmålet om sagsøgerens søgsmålsinteresse. Parterne har i offentligt retsmøde den 11. november 1998 afgivet indlæg i sagen og svaret på spørgsmål fra Retten vedrørende disse to spørgsmål.

39 Ved kendelse af 1. december 1998 traf Retten bestemmelse om, at sagen skulle genoptages, således at parterne kunne fremsætte deres bemærkninger vedrørende sagens realitet, og gav Republikken Finland tilladelse til at uddybe sit skriftlige indlæg i sagen.

40 Republikken Finland har den 28. december 1998 indleveret sit andet skriftlige indlæg.

41 På grundlag af den refererende dommers rapport har parterne i offentligt retsmøde den 2. juni 1999 afgivet mundtlige indlæg i sagen og svaret på Rettens spørgsmål vedrørende sagens realitet.

Parternes påstande

42 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den omtvistede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

43 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Afvisning.

— Subsidiært, at der ikke gives sagsøgeren medhold, idet sagen er uden genstand.

— Mere subsidiært frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

44 Republikken Finland har nedlagt påstand om, at Kommissionen frifindes.

45 Den Franske Republik har nedlagt påstand om, at Kommissionen frifindes.

Formaliteten og genstanden for søgsmålet

Parternes argumenter

46 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgeren har mistet enhver retlig interesse i at anlægge sag om annullation af den omtvistede beslutning og har på den baggrund nedlagt påstand om afvisning eller frifindelse på grund af sagens manglende genstand.

47 Med aftalen om afhændelse af 7. februar 1997 har sagsøgeren således uigenkaldeligt forpligtet sig til at skille sig af med visse aktiver. Kesko har valgt at indgå denne aftale, idet selskabet ikke var forpligtet til at træffe nogen foranstaltninger med henblik på at efterkomme den omtvistede beslutning. I øvrigt var aftalen om afhændelse ikke betinget af andet end, at Kommissionen tilsluttede sig den, hvilket skete ved skrivelse af 17. april 1997.

48 I den forbindelse har Kommissionen gjort gældende, at det kun er en beslutnings konklusion og ikke dens begrundelse, som kan anfægtes som sådan (Rettens dom af 17.9.1992, sag T-138/89, NBV og NVB mod Kommissionen, Sml. II, s. 2181, præmis 31).

49 I øvrigt er det ikke tilstrækkeligt til støtte for en søgsmålsinteresse at påberåbe sig fremtidige og uvisse situationer (dommen i sagen NBV og NVB mod Kommissionen, præmis 33). Såfremt Kommissionen hypotetisk set i en sag om anvendelse af forordning nr. 4064/89 eller af EF-traktatens artikel 85 eller 86 (nu artikel 81 og 82 EF) skulle tage stilling til arten af en tilknytning mellem Kesko og dens detailhandlere, skulle den tage alle de forhold i betragtning, som var gældende på

dette tidspunkt. Ifølge Kommissionen skulle sagsøgeren således anlægge annullationssøgsmål til prøvelse af denne nye beslutning, såfremt selskabet anfægtede dennes lovlighed.

50 Efter Kommissionens opfattelse er sagsøgerens argumentation vedrørende henholdsvis spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede beslutning har indflydelse på FK's fremtidige handlinger, den påståede krænkelse af sagsøgerens omdømme og spørgsmålet, om en eventuel annullationsdom kan danne grundlag for et senere erstatningssøgsmål, irrelevant.

51 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens argumentation, hvorefter en virksomhed mister sin søgsmålsinteresse, når den afhænder den virksomhed, som den har erhvervet, som følge af, at denne fusion er blevet erklæret for uforenelig med fællesmarkedet, og såfremt der ikke tages forbehold for tilbagekøb, hvis virksomheden får medhold i sagen, fører til en afskæring af alle retsmidler.

52 Sagsøgeren har i stævningen anført, at selskabet ikke havde til hensigt at overtage kontrollen med Tuko. Imidlertid har det sagsøgende selskab i retsmødet den 11. november 1998 oplyst, at det ønskede at få mulighed for at erhverve enten en del af eller samtlige Tuko's aktiver, såfremt lejlighed bød sig. Under alle omstændigheder er sagsøgerens hovedformål med sagsanlægget at forhindre Kommissionen eller FK i at lægge den efter selskabets opfattelse fejlagtige vurdering til grund, som er indeholdt i den omtvistede beslutning, for den fremtidige vurdering af dets egen og K-detailhandlernes situation. Sagsøgeren ønsker også at genoprette sit omdømme og forbeholde sig at kunne rejse erstatningskrav.

53 Republikken Finland har i det væsentlige tilsluttet sig Kommissionens argumentation.

54 Den Franske Republik har hverken fremsat bemærkninger vedrørende formaliteten eller vedrørende spørgsmålet om sagens genstand.

Rettens bemærkninger

55 Først bemærkes med hensyn til formaliteten, at søgsmålsinteressen i forbindelse med et annullationssøgsmål må bedømmes ud fra tidspunktet for sagsanlægget (Domstolens dom af 16.12.1963, sag 14/63, Forges de Clabecq mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 453, org. ref.: Rec. s. 719, på s. 748).

56 På tidspunktet for sagens anlæg, dvs. den 31. januar 1997, havde Kesko stadig kontrol over Tuko, idet denne kontrol var en følge af fusionen af 27. maj 1996. Selv om selskabet den 30. januar 1997 havde forelagt Kommissionen et forslag til en transaktion med henblik på afhændelse af Tuko's aktiviteter på dagligvareområdet med undtagelse af Anttila-varehusene, var de aftaler, som var nødvendige for at gennemføre denne transaktion, endnu ikke indgået.

57 Den omstændighed, at sagsøgeren er adressat for den omtvistede beslutning, er tilstrækkelig til, at selskabet har en retlig interesse i at få beslutningens lovlighed prøvet ved Fællesskabets retsinstanser (jf. Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 40, 41 og 42). Heraf følger, at Kesko på tidspunktet for sagens anlæg havde en allerede eksisterende interesse i, at den omtvistede beslutning blev annulleret.

58 Med hensyn til spørgsmålet, om sagsøgeren derefter bevarer retten til at fortsætte sagen (jf. Domstolens dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319, præmis 13), bemærkes, at det forhold, at det kontraktmæssige grundlag for fusionen er bortfaldet, ikke i sig selv er en omstændighed, der kan udelukke legalitetskontrol af en kommissionsbeslutning, hvorved en fusion erklæres for uforenelig med fællesmarkedet (dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 45).

59 Med hensyn til Kommissionens anbringende om, at sagsøgeren efter sagens anlæg frivilligt har opgivet fusionen, skal det bemærkes, at såfremt et selskab blot opfylder sin forpligtelse til at efterkomme den anfægtede beslutning, kan denne adfærd ikke på nogen måde bevirke, at virksomhedens interesse i at påstå beslutningen annulleret bortfalder (Domstolens dom af 19.9.1985, forenede sager 172/83 og 226/83, Hoogovens Groep mod Kommissionen, Sml. s. 2831, præmis 19).

60 I den foreliggende sag indgik sagsøgeren først aftalen om afhændelse den 7. februar 1997, dvs. efter udstedelsen af den omtvistede beslutning den 20. november 1986, som i betragtning 173 indeholder en angivelse af, at Kommissionen havde til hensigt — ved en særskilt beslutning vedtaget i henhold til artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 — at træffe foranstaltninger, der kunne genoprette den effektive konkurrence (jf. ovenfor i præmis 15-18).

61 Herefter blev sagsøgeren ved aftalen om afhændelse af 19. februar 1997 pålagt en specifik forpligtelse til under tilsyn af en administrator at afhænde Tuko's aktiviteter på dagligvareområdet inden for en frist på seks måneder eller senest den 31. december 1997 (jf. ovenfor i præmis 27).

62 Den 3. marts 1997 afviste Kommissionen sagsøgerens forslag, hvorefter administratoren kunne pålægges at træffe bestemmelse om, at afhændelsen kun ville blive gennemført, såfremt sagsøgeren ikke fik medhold i at annullationssøgsmål til prøvelse af den omtvistede beslutning (jf. ovenfor i præmis 28).

63 Den ubetingede afhændelse af Tuko's aktiviteter i overensstemmelse med administratorens indstillinger og Kommissionens tilslutning blev først gennemført i august 1997 (jf. ovenfor i præmis 31, 32 og 33).

64 Under disse omstændigheder kan hverken aftalen om afhændelse af 7. februar 1997 eller de efterfølgende transaktioner, hvorved sagsøgeren gennemførte afhændelsen af Tuko's aktiviteter på dagligvareområdet, i modsætning til det af Kommissionen anførte, betragtes som en »frivillig opgivelse« af fusionen. Tværtimod er disse transaktioner en direkte konsekvens af den omtvistede beslutning og derefter af beslutningen om afhændelse og af sagsøgerens bestræbelser for at efterkomme dem.

65 På den baggrund skal det fastslås, at sagen kan antages til realitetsbehandling, og at sagsøgeren fortsat har søgsmålsinteresse med henblik på annullation af den omtvistede beslutning.

Realiteten

66 Sagsøgeren har i stævningen fremført fire anbringender. Således har Kommissionen for det første ikke kompetence til at udstede den omtvistede beslutning, for det andet har den foretaget et åbenbart urigtigt skøn eller en urigtig retsanvendelse ved at antage, at den pågældende fusion kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og for det tredje har den foretaget et åbenbart urigtigt skøn eller en urigtig retsanvendelse ved at antage, at der forelå misbrug af dominerende stilling som følge af tilknytningen mellem Kesko og K-detailhandlerne og T-detailhandlerne. For det fjerde foreligger der manglende begrundelse, idet dette forhold vil blive gennemgået i forbindelse med de to første anbringender.

Første anbringende: Kommissionens manglende kompetence

Parternes argumenter

67 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 samt princippet om god forvaltningsskik, da den besluttede at iværksætte proceduren i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, litra c), som følge af FK's anmodning af 26. juni 1996.

68 Ifølge sagsøgeren er det for det første ifølge den finske forfatnings artikel 40, stk. 1, alene det finske statsråd, der er kompetent til at udøve de beføjelser, der efter fællesskabsretten er tillagt medlemsstaterne, medmindre andet følger af særlige lovbestemmelser om, at disse beføjelser udtrykkeligt er overdraget til et andet organ. Selv om FK i medfør af artikel 10 i den finske lov til gennemførelse af EØS-aftalen, som senere er erstattet af artikel 20 i den finske konkurrencelov, er overdraget visse af de beføjelser, der ifølge forordning nr. 4064/89 skal udøves af en »kompetent myndighed« (jf. f.eks. forordningens artikel 9, 12, 13, 18 og 19), indeholder finsk ret ingen bestemmelse om, at FK kan indgive anmodninger i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

69 Eftersom FK ikke havde kompetence til at indgive en sådan anmodning, har Kommissionen ifølge sagsøgeren heller ikke kompetence til at iværksætte en undersøgelse af den pågældende fusion.

70 For det andet tilsidesatte Kommissionen artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 samt princippet om god forvaltningsskik ved at undlade at undersøge, om anmodningen var indgivet forskriftsmæssigt af en medlemsstat.

Selv om det følger af Domstolens praksis, at »det ikke [tilkommer] Kommissionen at udtale sig om kompetencefordelingen i medlemsstaterne i henhold til deres institutionelle forskrifter« (Domstolens dom af 12.6.1990, sag C-8/88, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 2321, præmis 13), kunne Kommissionen ikke imødekomme en anmodning i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 uden at undersøge, om den var indgivet forskriftsmæssigt.

71 Det sagsøgende selskab har udtalt, at det ved skrivelse af 10. juli 1996 samt i dets løbende korrespondance med Kommissionen har gjort opmærksom på den tvivl, der forelå med hensyn til FK's kompetence. I ovennævnte skrivelse orienterede selskabet endvidere Kommissionen om, at det havde indbragt sagen for forvaltningsdomstolen, idet det bestred FK's kompetence (jf. ovenfor i præmis 11). Under disse omstændigheder kunne Kommissionen ifølge sagsøgeren — end ikke ved første øjekast — anse sig for kompetent til at behandle sagen.

72 Kommissionen har med urette lagt en rapport fra MHI af 19. juli 1996 til grund, hvori det fastslås, at FK er kompetent til at indgive en anmodning i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Således er MHI ifølge finsk ret hverken kompetent til at træffe afgørelse vedrørende omfanget af FK's beføjelser eller til at afgive en upartisk udtalelse, hvori den selv bemyndiger FK til at indgive en anmodning til Kommissionen. Kommissionen tilsidesatte således princippet om ikke-indblanding ved at lægge FK's og MHI's udtalelser til grund.

73 Ifølge sagsøgeren bekræfter forvaltningsdomstolens dom af 1. oktober 1996 stiltiende argumentationen om, at FK ikke er kompetent, selv om der ikke i dommen tages stilling til sagens realitet. Forvaltningsdomstolens henvendelse af 20. december 1996 til det finske Statsråd, hvori den henleder dettes opmærksomhed på manglerne i den finske konkurrencelovgivning for så vidt angår indgivelse af anmodninger i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, bekræfter også denne antagelse.

74 Selv om Kommissionen i sin beslutning af 26. juli 1996, som er truffet i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, lod forstå, at den anså sig for at være kompetent i afventning af forvaltningsdomstolens endelige dom, burde den under alle omstændigheder have iværksat nye tiltag med henblik på at undersøge, om den fortsat var kompetent efter forvaltningsdomstolens dom af 1. oktober 1996, hvori der ikke blev taget stilling til, om FK kunne indgive en anmodning i henhold til forordningens artikel 22, stk. 3.

75 Ifølge sagsøgeren burde Kommissionen navnlig have kontaktet Finlands Faste Repræsentation ved De Europæiske Fællesskaber. Efter finsk ret kan repræsentationen således iværksætte en procedure, hvorved der indhentes en udtalelse fra den finske præsident eller fra præsidenten for det finske Statsråd angående en finsk institutions beføjelser. Desuden tilkommer det Kommissionen at godtgøre, at den var kompetent til at iværksætte en undersøgelse af den pågældende fusion.

76 Endelig har Kommissionen tilsidesat EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF), idet den i den omtvistede beslutning ikke har angivet grundene til, at den anså sig for kompetent til at behandle sagen. Under hensyn til, at den konklusion vedrørende sin kompetence, som Kommissionen var nået frem til i beslutningen af 26. juli 1996, var foreløbig, var den forpligtet til på ny at behandle dette spørgsmål i den omtvistede beslutning.

77 Kommissionen har ikke taget stilling til, om FK har kompetence i henhold til finsk ret, og har med henvisning til dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen gjort gældende, at det ikke tilkommer Retten at tage stilling til dette spørgsmål.

78 Det er Kommissionens opfattelse, at eftersom der umiddelbart var gode grunde til at antage, at det organ, som havde forfattet anmodningen i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, var beføjet til at indgive en sådan anmodning i

den pågældende medlemsstats navn — hvilket skete i den foreliggende sag — var Kommissionen også beføjet til at iværksætte en undersøgelse af den fusion, der var omhandlet i anmodningen. Med hensyn til spørgsmålet om begrundelsen har Kommissionen gjort gældende, at den i beslutningen af 26. juli 1996 i tilstrækkelig grad har angivet grundene til, at den er kompetent til at behandle sagen.

79 Republikken Finland har i det væsentlige tilsluttet sig Kommissionens argumentation. Den har navnlig gjort gældende, at søgsmålet for Retten alene kan angå en prøvelse af Kommissionens — men ikke FK's — kompetence, og at henvisningen til de tiltag, som er iværksat i Finland, herunder navnlig søgsmålet ved forvaltningsdomstolen, i princippet er uden relevans.

80 Den Franske Republik har understreget, at det i medfør af princippet om ikke-indblanding ikke tilkom Kommissionen at undersøge, om FK efter finsk ret havde anlagt sag forskriftsmæssigt.

Rettens bemærkninger

81 I den foreliggende sag må det lægges til grund, at FK den 26. juni 1996 anmodede Kommissionen om at undersøge Kesko's overtagelse af Tuko på grundlag af artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

82 Det følger af Domstolens praksis, at det ikke tilkommer Kommissionen at udtale sig om kompetencefordelingen i medlemsstaterne i henhold til deres institutionelle forskrifter (jf. dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 13).

83 Det bemærkes endvidere, at Fællesskabets retsinstanser inden for rammerne af et sagsanlæg i medfør af EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF) ikke har kompetence til at træffe afgørelse om lovmæssigheden af en retsakt udstedt af en national myndighed (Domstolens dom af 3.12.1992, Oleificio Borelli mod Kommissionen, C-97/91, Sml. I, s. 6313, præmis 9).

84 Herefter tilkom det ikke Kommissionen under den administrative procedure at udtale sig om FK's kompetence ifølge finsk ret til at indgive en anmodning i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, idet det alene tilkom den at undersøge, om den anmodning, den havde fået forelagt, umiddelbart måtte antages at hidrøre fra en medlemsstat, jf. ovennævnte artikel 22.

85 Det påhviler Retten at foretage en prøvelse af, om Kommissionen fuldt ud har opfyldt sin forpligtelse til at foretage denne undersøgelse.

86 I den forbindelse bemærkes for det første, at udtrykket anmodning fra en »medlemsstat« i artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ikke er begrænset til kun at omfatte anmodninger hidrørende fra en regering eller fra et ministerium, men at det også omfatter anmodninger fra en national myndighed som FK.

87 For det andet skal det bemærkes, at Kommissionen på det tidspunkt, hvor den udstedte den omtvistede beslutning, rådede over følgende oplysninger:

— oplysningen om, at FK er den finske myndighed, som i almindelighed har kompetence på området for anvendelse af konkurrenceretten

— indholdet af processkriftet fra det finske ministerium for handel og industri (MHI), som var indgivet i den for forvaltningsdomstolen verserende sag, og hvori MHI gjorde gældende, at FK havde kompetence til at indgive en anmodning i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 (jf. ovenfor i præmis 10)

— forvaltningsdomstolens dom, hvorved sagen blev afvist (jf. ovenfor i præmis 13). Sagsøgeren har således ikke kunnet fremlægge en afgørelse fra en finsk retsinstans, hvori det fastslås, at FK ikke var beføjet til at indgive den pågældende anmodning

— den omstændighed, at sagsøgeren havde ikke fremsat bemærkninger til spørgsmålet om FK's kompetence i sit svar på meddelelsen af klagepunkter af 2. oktober 1996 og heller ikke var fremkommet med nye oplysninger efter forvaltningsdomstolens dom.

88 På grundlag af alle disse omstændigheder må det fastslås, at Kommissionen på tidspunktet for udstedelsen af den omtvistede beslutning, dvs. den 20. november 1996, med rette kunne antage, at FK umiddelbart var beføjet til at indgive en anmodning i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Derfor var der ikke anledning for Kommissionen til at anmode de finske myndigheder om yderligere oplysninger vedrørende dette spørgsmål.

89 På denne baggrund er det ikke godtgjort, at Kommissionen gjorde sig skyldig i urigtig retsanvendelse, da den besluttede at iværksætte proceduren i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89. Der kan således ikke gives sagsøgeren medhold i anbringendet om Kommissionens manglende kompetence.

90 Med hensyn til den omtvistede beslutnings begrundelse angående Kommissionens kompetence fremgår det af Domstolens praksis, at det ikke kan kræves, at alle de

faktiske og retlige elementer, som retsakten består af, er specificeret i begrundelsen, når retsakten indgår i en generel ordning af foranstaltninger for det pågældende område, idet begrundelseskravet i øvrigt skal fastlægges i forhold til den konkrete sags omstændigheder (Domstolens dom af 14.5.1998, sag C-48/96 P, Windpark Groothusen mod Kommissionen, Sml. I, s. 2873, præmis 34 og 35).

91 Således anførte Kommissionen i sin beslutning af 26. juli 1996, som var udstedt i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89:

»Kesko Oy har ved Finlands øverste finske forvaltningsdomstol anlagt sag til prøvelse af anmodningen fra det finske Konkurrenceråd (FK) med påstand om, at FK ikke var beføjet til at indgive anmodningen i henhold til artikel 22. Kommissionen har fået meddelelse om udtalelsen fra det finske ministerium for handel og industri, hvoraf det fremgår, at FK's anmodning var i overensstemmelse med reglerne. I fravær af beviser for det modsatte går Kommissionen ud fra, at den er kompetent i den foreliggende sag i afventning af den endelige dom fra Finlands øverste forvaltningsdomstol.«

92 Som allerede bemærket, er sagsøgeren ikke fremkommet med nye omstændigheder vedrørende FK's kompetence til at indgive den pågældende anmodning, efter at forvaltningsdomstolen havde afvist sagen den 1. oktober 1996 (jf. ovenfor i præmis 91). Under disse omstændigheder var Kommissionen ikke forpligtet til i den omtvistede beslutning at give en yderligere begrundelse vedrørende dette spørgsmål.

93 Sagsøgerens første anbringende må herefter forkastes.

Det andet anbringende: Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn eller et urigtig retsanvendelse med hensyn til den pågældende fusions påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne

Parternes argumenter

94 Sagsøgeren finder, at Kommissionen med sin vurdering i betragtning 11, 12 og 13 til den omtvistede beslutning ikke har godtgjort fusionens påståede påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, og at begrundelsespligten i henhold til traktatens artikel 190 dermed er tilsidesat.

95 For det første skal der tages højde for, at Kommissionens kompetence i henhold til artikel 22 i forordning nr. 4064/89 med henblik på vurderingen af, om en fusion påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, har karakter af en undtagelse. Under hensyn til, at Kesko og Tuko har realiseret 99% af deres samlede omsætning i Finland, burde Kommissionen på særlig overbevisende måde have godtgjort, at den pågældende fusion påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne, hvilket ikke er tilfældet.

96 For det andet finder den erklæring, som Kommissionen afgav i forbindelse med udstedelsen af forordning nr. 4064/89 (jf. *Nittende Beretning om Konkurrencepolitikken*, s. 263-266), og hvorefter samhandelen mellem medlemsstaterne normalt ikke påvirkes, når de virksomheder, som er berørt af fusionen, hver især har mere end to tredjedele af deres samlede EF-omsætning i en og samme medlemsstat, også anvendelse på den foreliggende sag. Det er således ukorrekt, når Kommissionen i betragtning 10 til den omtvistede beslutning anfører, at denne erklæring kun omhandler udøvelsen af dens øvrige beføjelser i henhold til EF-traktatens artikel 89 (efter ændring nu artikel 85 EF). Desuden er Kommis-

sionen bundet af sin egen erklæring (jf. Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711).

97 For det tredje har Kommissionen foretaget en fejlagtig anvendelse af artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ved at bringe den vurdering, den normalt foretager i relation til traktatens artikel 85 og 86, i anvendelse på den foreliggende sag med henblik på at vurdere påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne. Ifølge sagsøgeren kan det udledes af forskellen mellem på den ene side ordlyden af disse to artikler, som omhandler aftaler eller praksis, som »kan påvirke« handelen mellem medlemsstaterne, og på den anden side artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, som finder anvendelse »for så vidt fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«, at det er en betingelse for at anvende forordningens artikel 22, at der skal være tale om en reel påvirkning, hvorimod der i henhold til traktatens artikel 85 og 86 blot skal være tale om en potentiel påvirkning. Denne forskel skyldes dels, at Kommissionens beføjelser i forbindelse med indgivelse af anmodninger i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 har karakter af en undtagelse, dels ønsket om at undgå, at medlemsstater, som ikke har fastsat nationale kontrolprocedurer over for fusioner, indfører en sådan kontrol ad omveje ved at anmode Kommissionen om at tage stilling til disse fusioner. Imidlertid er fusionens påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, således som den er beskrevet i betragtning 11, 12 og 13 til den omtvistede beslutning, rent potentiel.

98 For det fjerde er Kommissionens argumentation i den omtvistede beslutning til støtte for, at fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, ikke i overensstemmelse med dens egen vurdering af konkurrenceforholdene ifølge samme beslutning. Således antager Kommissionen i betragtning 21 og 22 til den omtvistede beslutning, at de relevante geografiske markeder overvejende er i Finland. Eftersom 70% af de varer, der sælges i detailleddet, er fremstillet i Finland, og alle de store leverandører af varer, der er etableret i udlandet, med en enkelt undtagelse har deres egne distributionscentre i Finland, mærkes fusionens virkninger alene hos de finske erhvervsdrivende.

99 For det femte burde Kommissionen have undersøgt markedet i forhold til hvert enkelt produkt på dagligvareområdet med henblik på at kunne foretage en

korrekt vurdering, idet visse af de pågældende markeder er lokale, mens andre er landsdækkende eller internationale, alt efter hvilket produkt det drejer sig om. Kommissionen har imidlertid ikke foretaget en sådan undersøgelse.

100 Endelig erkender Kommissionen selv i betragtning 154 til den omtvistede beslutning, at visse hindringer for udenlandske virksomheders indtrængen på det finske marked, såsom Kesko's styrke som indkøber og Finlands geografiske beliggenhed, ikke nødvendigvis skyldes fusionen. Disse påståede hindringer kan således ikke udgøre noget bevis for, at fusionen påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne.

101 Kommissionen har gjort gældende, at betingelsen om, at en fusion skal påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, i de sjældne tilfælde, hvor en sag indbringes for Kommissionen i medfør af artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, bør fortolkes på samme måde som i relation til traktatens artikel 85 og 86. Kommissionen har på grundlag af begrebet potentielle virkninger i betragtning 11, 12 og 13 til den omtvistede beslutning fastslået, at fusionen vil gøre det vanskeligere for nye virksomheder at komme ind på markedet, og at fusionen også har virkninger på udbudssiden. Dermed påvirkes samhandelen mellem medlemsstaterne.

102 Den Franske Republik og Republikken Finland har i det væsentlige tilsluttet sig Kommissionens argumentation.

Rettens bemærkninger

103 Det fremgår af Domstolens og Rettens faste praksis vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86, at en aftale mellem virksomheder på samme måde som et misbrug af en dominerende stilling, for at kunne påvirke handelen mellem

medlemsstater, skal gøre det muligt på grundlag af en række objektive retlige eller faktiske omstændigheder med en tilstrækkelig grad af sikkerhed at forudse, at den kan udøve direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne på en måde, som kan skade virkeliggørelsen af formålene med et fælles marked mellem medlemsstaterne (Domstolens dom af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641, præmis 54, og Rettens dom af 8.10.1996, forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1201, præmis 201). Det er således ikke nødvendigt, at den anfægtede adfærd faktisk har påvirket samhandelen mærkbart. Det er tilstrækkeligt, at det bevises, at den omhandlede adfærd kan have en sådan virkning (jf. for så vidt angår traktatens artikel 86 Domstolens dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 69, og for så vidt angår traktatens artikel 85 Rettens dom af 21.2.1995, sag T-29/92, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 289, præmis 235).

104 Det fremgår endvidere af Domstolens og Rettens praksis, at en aftale, som gør det vanskeligere for producenter eller forhandlere fra andre medlemsstater at virke i eller få adgang til det nationale marked, eller som forhindrer konkurrenter fra andre medlemsstater i at vinde indpas på det relevante marked, påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. Domstolens dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société technique minière, Sml. 1965-1968, s. 211, org. ref.: Rec. s. 337, på s. 359, af 17.10.1972, sag 8/72, Cementhandelaren mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 251, org. ref.: Rec. s. 977, præmis 29 og 30, af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 12, 13 og 14, og Rettens dom af 8.6.1995, sag T-9/93, Schöller mod Kommissionen, Sml. II, s. 1611, præmis 76, 77 og 78, og af 14.5.1997, sag T-77/94, VGB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 759, præmis 132 og 140).

105 Med hensyn til traktatens artikel 86 har Retten og Domstolen også fastslået, at når en virksomhed, der har en dominerende stilling, spærrer konkurrenterne adgangen til markedet, er det uden betydning, om der er tale om en adfærd, der kun udfolder sig på én medlemsstats område, når adfærden dog kan indvirke på handelstrømmene og konkurrencen på det fælles marked (Domstolens dom af

9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 103, jf. også Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 134 og 135).

106 Det må antages, at denne retspraksis også finder anvendelse på betingelsen om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne i artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. I den forbindelse fremgår det navnlig af de første otte betragtninger til forordning nr. 4064/89, at forordningen, EF-traktatens artikel 85 og 86 og deres gennemførelsesforordninger udgør en integreret del af den fællesskabsordning, der skal sikre, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes, jf. EF-traktatens artikel 3, litra g) [efter ændring nu artikel 3, litra g), EF]. Betingelsen om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, skal således fortolkes på en måde, der falder i tråd med fortolkningen af den samme betingelse i traktatens artikel 85 og 86.

107 Det ændrer ikke noget herved, at ordene »kan påvirke« i traktatens artikel 85 og 86 ikke forekommer i artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Således følger det af selve arten af den kontrol med fusioner, som er indført ved forordning nr. 4064/89, at Kommissionen er forpligtet til at udarbejde et overslag over den pågældende fusions virkninger og dermed for så vidt angår forordningens artikel 22, stk. 3, over den fremtidige påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne. Kommissionen er derfor inden for disse rammer berettiget til at tage højde for den potentielle påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, på betingelse af, at påvirkningen er tilstrækkelig mærkbar og forudsigelig. I den forbindelse er det ufornødent at påvise, at den pågældende fusion faktisk har påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne.

108 Med hensyn til den foreliggende sag har Kommissionen i betragtning 11, 12 og 13 til den omtvistede beslutning fastslået, at den pågældende fusion påvirker handelsstrukturen på dagligvareområdet i Finland, således at den kan udøve en

mærkbar direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne (jf. dommen i sagen Société technique minière, på s. 216, org. ref.: Rec. s. 359). Kommissionen har nærmere bestemt fremhævet følgende forhold:

»11 ... Kesko's overtagelse af Tuko vil afskære andre virksomheder, herunder også virksomheder fra andre medlemsstater, fra at trænge ind på i særdeleshed de finske dagligvaremarkeder. Desuden stammer en stor del (ca. 30 %) af de varer, som sælges af både Kesko og Tuko, fra lande uden for Finland. At fusionen vil påvirke samhandelen mellem medlemsstater, beror også på, at leverandører fra andre medlemsstater i praksis er nødt til at have adgang til Kesko's distributionskanaler for at opnå et tilstrækkeligt stort salg af deres varer i Finland.

12 Desuden er begge selskaber medlemmer af flere internationale indkøbsorganisationer sammen med tilsvarende selskaber i andre medlemsstater. Siden foråret 1996 har Kesko også udvidet sit virkefelt ved at åbne detailbutikker i Sverige.«

109 Således fremgår det af en anvendelse af ovennævnte retspraksis på den foreliggende sag (jf. ovenfor i præmis 103, 104, 105 og 108), at samtlige faktiske omstændigheder, som Kommissionen har redegjort for i betragtning 11 til den omtvistede beslutning — nemlig at den pågældende fusion vil afskære udenlandske virksomheder fra at trænge ind på i særdeleshed de finske dagligvaremarkeder, at en stor del af de varer, som sælges af Kesko og Tuko, hidrører fra lande uden for Finland, og at leverandører fra andre medlemsstater er nødt til at rette henvendelse til Kesko med henblik på at opnå en tilstrækkelig stor afsætning af deres varer i Finland — er tilstrækkelige til, at det må anses for godtgjort, at der foreligger en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

110 Desuden bekræfter de faktiske forhold, der er beskrevet i betragtning 12 til den omtvistede beslutning, nemlig at både Kesko og Tuko er medlemmer af flere internationale indkøbsorganisationer, og at Kesko har udvidet sit virkefelt til også at omfatte aktiviteter i Sverige, at der i den foreliggende sag er tale om en sådan påvirkning.

111 Med hensyn til argumentationen om, at Kommissionen ikke har løftet bevisbyrden med hensyn til fusionens påståede påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, bemærkes, at den finske detailhandel var kendetegnet ved, at der kun fandtes to frivillige detailhandelskæder, nærmere bestemt Kesko-blokken (herefter »K-blokken«) og Tuko-blokken (herefter »T-blokken«). I den omtvistede beslutning fastslog Kommissionen bl.a., at

— Kesko og Tuko på dagligvareområdet tilsammen havde en markedsandel på mindst 55%, uanset om denne markedsandel blev beregnet på lokalt, regionalt eller nationalt plan (betragtning 106). Denne position var yderligere forstærket af, at Kesko og Tuko rådede over 69% af salgsstederne på over 1 000 m^2, idet de kontrollerede et betydeligt antal handelslokaler til detailsalg af dagligvarer, samt af en række andre faktorer såsom kundeloyalitetssystemer, betydningen af egne mærkevarer og fordelene ved forøgelsen af indkøbsstyrken (jf. betragtning 106-138)

— Kesko's og Tuko's samlede markedsandel på markedet for »cash and carry«-salg af dagligvarer var på mellem 50% og 100% i alle regioner i Finland, og på landsplan var den tæt ved 80%. De rådede over 56 »cash and carry«-depoter, hvorimod deres tre andre konkurrenter kun havde 11 i alt. I hele den nordlige del af Finland, nærmere bestemt i ni regioner, var sagsøgeren den

eneste erhvervsdrivende på markedet for og »cash and carry«-salg (jf. betragtning 139-146)

— de distributionskanaler, som ikke var styret af Kesko og Tuko, udgjorde — navnlig på non-food området — ikke noget brugbart alternativ for de fleste leverandører (betragtning 146-153)

— fusionen ville skabe en dominerende stilling på markedet for detailsalg og »cash and carry«-salg af dagligvarer og forbedre Kesko's indkøbsstyrke, hvilket yderligere ville forstærke denne position (betragtning 144 og 153)

— det efter fusionen ville være yderst tvivlsomt, om udenlandske virksomheder kunne trænge ind på det finske marked for dagligvarer, hvad enten der var tale om detailsalg eller »cash and carry«-salg (jf. betragtning 154-161).

112 Uden at der herved er taget stilling til, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår Kesko's tilknytning til sine detailhandlere, må det fastslås, at ovennævnte oplysninger er tilstrækkelige til, at Kommissionen kunne fastslå, at fusionen bl.a. ville afskære potentielle konkurrenter fra andre medlemsstater fra at trænge ind på det finske marked, og tvinge leverandører fra andre medlemsstater til at benytte Kesko's distributionskanaler for at sikre afsætningen af deres produkter i Finland.

113 I lyset af disse forhold foretog Kommissionen ikke noget åbenbart urigtigt skøn, da den — uden forinden at have undersøgt markedet for hvert enkelt produkt på dagligvareområdet — vurderede, at der forelå en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

114 Selv om der som anført af sagsøgeren før fusionen bestod visse hindringer for adgangen til det finske marked, følger det også af ovenstående oplysninger, at fusionen ville forstærke disse hindringer væsentligt, navnlig til skade for leverandører fra andre medlemsstater.

115 I modsætning til det af sagsøgeren anførte er den omstændighed, at Kommissionen i forbindelse med vurderingen af påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne undersøgte fusionens virkninger i forhold til leverandører fra andre medlemsstater, hvorimod den i forbindelse med bedømmelsen af fusionens konkurrencemæssige indvirkning alene tog det finske marked i betragtning, ikke selvmodsigende. Der er tale om to forskellige problemstillinger. Med henblik på at fastlægge påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne måtte Kommissionen nødvendigvis vurdere denne på grundlag af samhandelsmønsteret inden for Fællesskabet. Derimod omhandler spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende fusion ville skabe eller styrke en dominerende stilling, som bevirkede, at den effektive konkurrence blev hæmmet betydeligt på denne medlemsstats område, jf. artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, efter sin karakter fusionens virkninger på det nationale marked.

116 Med hensyn til sagsøgerens argument om Kommissionens erklæring, som findes i den *Nittende Beretning om Konkurrencepolitikken*, s. 263-266, har denne følgende ordlyd:

»*Ad artikel 22*

— Kommissionen erklærer, at den under normale omstændigheder kun vil anvende artikel 85 og 86 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske

Økonomiske Fællesskab på sammenslutninger efter artikel 3 gennem denne forordning.

Den forbeholder sig dog ret til efter procedurerne i traktatens artikel 89 at gribe ind over for sammenslutninger efter artikel 3, som er uden fællesskabsdimension i henhold til artikel 1, i tilfælde, der ikke er omhandlet af artikel 22.

Den agter under ingen omstændigheder at gribe ind over for sammenslutninger, som har en omsætning på verdensplan på mindre end 2 mia. ECU eller en minimumsomsætning på fællesskabsplan på under 100 mio. ECU [eller som ikke overstiger den i artikel 1, stk. 2, sidste punktum, indeholdte tærskel på to tredjedele], da sammenslutninger under disse niveauer normalt ikke vil have nogen mærkbar indvirkning på medlemsstaternes samhandel.

— Rådet og Kommissionen fastslår, at traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab ikke indeholder nogen speciel bestemmelse om forudgående kontrol med sammenslutninger.

Rådet har derfor på forslag af Kommissionen og i overensstemmelse med fremgangsmåden i traktatens artikel 235 vedtaget at indføre nye kontrolregler for sammenslutninger.

Rådet og Kommissionen mener ud fra det nødvendige hensyn til retssikkerheden, at udelukkende denne nye forordning skal finde anvendelse på sammenslutninger efter artikel 3.

— Rådet og Kommissionen erklærer, at bestemmelserne i artikel 22, stk. 3, 4 og 5, på ingen måde berører medlemsstaternes beføjelse til at anvende deres nationale lovgivninger på deres respektive områder, undtagen for den medlemsstat, på hvis anmodning Kommissionen griber ind.«

117 Det skal bemærkes, at andet afsnit af bemærkningerne udtrykkeligt omhandler Kommissionens indgriben efter proceduren i traktatens artikel 89 »i tilfælde, der ikke er omhandlet i artikel 22« i forordning nr. 4064/89. Formålet med andet og tredje afsnit af disse bemærkninger må således antages at være at præcisere betingelserne for, hvornår Kommissionen kan gribe ind over for fusioner ud over hvad der følger af forordningen. Heraf følger, at erklæringen ifølge ovennævnte bemærkninger ikke omhandler den situation, hvor en medlemsstat indgiver en anmodning i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

118 Under alle omstændigheder er Kommissionen ikke bundet af en sådan erklæring, såfremt det i forbindelse med en sag, som er omfattet af artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, viser sig, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes mærkbart af fusionen på trods af, at hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat, jf. artikel 1, stk. 2, sidste afsnit, i forordning nr. 4064/89. Således indeholder erklæringen for det første blot en angivelse af, hvilken holdning Kommissionen »under normale omstændigheder« vil indtage, hvilket ikke udelukker, at den vil indtage en anden holdning i en konkret sag. For det andet kan en sådan erklæring ikke have forrang frem for Kommissionens forpligtelse til at fortolke betingelsen om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne i overensstemmelse med Domstolens og Rettens praksis (jf. ovenfor i præmis 103, 104, 105 og 108).

119 Det følger heraf, at Kommissionen ikke har tilsidesat begrundelsespligten i traktatens artikel 190 med hensyn til fusionens påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

120 Sagsøgerens andet anbringende kan således ikke tiltrædes.

Det tredje anbringende: Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn eller en urigtig retsanvendelse med hensyn til, om der foreligger en dominerende stilling

Parternes argumenter

121 Med anbringendets første led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i betragtning 13, 65 og 66 til den omtvistede beslutning med urette har fastslået, at engros-sælgerne Tuko og Kesko er vertikalt forbundet med de detailhandlerne, som de leverer varer og tjenesteydelser til. Herefter har Kommissionen fejlagtigt vurderet, at alle disse virksomheder efter fusionen ville udgøre en økonomisk enhed, og at denne ville skabe en dominerende stilling på markedet for detailsalg af dagligvarer.

122 Ifølge sagsøgeren var Kommissionen ikke beføjet til lægge Kesko's og Tuko's markedsandele sammen og lægge dem til sagsøgerens markedsandel uden forinden at godtgøre, at der var tale om »kontrol« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3 i forordning nr. 4064/89. Således er det væsentligt at sondre mellem på den ene side det vertikale kontrolbaserede samarbejde i en gruppe af selskaber eller i forbindelse med en franchise-aftale og på den anden side det horisontale samarbejde mellem uafhængige detailhandlere i frivillige kæder.

123 Kontrolbegrebet, som navnlig er defineret i artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, bygger ifølge sagsøgeren på forestillingen om en afgørende indflydelse på en anden virksomheds aktiviteter. Det er ulogisk at tage betingelsen

om »kontrol« i artikel 3 i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger en fusion, og derefter se bort fra den i forbindelse med undersøgelsen af den pågældende virksomheds økonomiske og finansielle styrke på markedet, jf. artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 4064/89.

124 Såvel Kommissionens meddelelse om begrebet fusion (EFT 1994 C 385, s. 5) som Kommissionens praksis i forbindelse med beslutninger viser, hvor vigtig betingelsen om kontrol er (jf. Domstolens dom af 14.7.1972, sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. s. 151, org. ref.: Rec. s. 619, og Rettens dom af 12.1.1995, sag T-102/92, Viho mod Kommissionen, Sml. II, s. 17). Desuden betragter de finske og svenske konkurrencemyndigheder de frivillige kæder som en form for horisontalt samarbejde mellem uafhængige videresælgere. Disse myndigheder må antages at have kendskab til de pågældende markeder.

125 I øvrigt finder sagsøgeren, at fusionens parter skal identificeres efter ordlyden af artikel 3 i forordning nr. 4064/89, og at Kommissionen således kun kan iværksætte analysen i henhold til artikel 2 i forordning nr. 4064/89 over for den fusion mellem Kesko og Tuko, som skete inden for engroshandelen. Dermed foretog den en urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at fusionen omfattede K-blokken og T-blokken, og dermed også detailhandlerne. Såfremt Kommissionen, som den burde, havde foretaget en vurdering af engroshandelen, ville den være nået til et helt andet resultat, idet Kesko's og Tuko's samlede andele inden for denne sektor udgør ca. 25%.

126 Med anbringendets andet led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen begik fejl i forbindelse med sin undersøgelse af tilknytningen mellem sagsøgeren og detailhandlerne.

127 For det første har Kommissionen overvurderet Kesko's indflydelse på detailhandlerne i kraft af ejerskabet til butikslokalerne og til visse andre aktiver, som de

anvender. Således tilhører størstedelen af disse aktiver (kapital, lagerbeholdning, møbler mv.) de enkelte detailhandlere, som beskæftiger deres egne medarbejdere, i hvert fald i de fleste tilfælde. Kesko ejer således kun ca. 32% af detailhandlernes butikslokaler (hvilket svarer til ca. 60% af selskabets omsætning), mens Tuko kun ejer ca. 20% af de butikker, som drives af dens detailhandlerne. Desuden giver de af Kesko ejede aktiver, herunder navnlig retten til Kesko's logo og ejerskabet til visse lokaler, kun Kesko en begrænset mulighed for indflydelse på detailhandlerne.

128 Sagsøgeren har for det andet anført, at Kommissionen på grundlag af en vis retlig og faktisk tilknytning, som er ubestridt, fejlagtigt har udledt, at Kesko og dens detailhandlerne udgør en økonomisk enhed, og at denne tilknytning giver Kesko muligheden for at kontrollere dem. Imidlertid er »aftalen for K-detailhandlere« (»K retailer agreement«) ikke retligt bindende, og det følger desuden af aftalen, at detailhandleren er uafhængig og skal acceptere konkurrencen fra de øvrige K-detailhandlere. »Samarbejdsaftalen« (»Collaboration Agreement«) underskrives kun af de detailhandlere, som anvender Kesko's lokaler, og den tillægger ikke sagsøgeren kontrol over disse detailhandlere. Endelig er »kædeaftalerne« (»Chain Agreements«) horisontale, og de udgør således ikke et middel for Kesko til at kontrollere detailhandlerne. I øvrigt deltager færre end 50% af detailhandlerne i disse aftaler.

129 For det tredje har Kommissionen ifølge sagsøgeren overvurderet Kesko's betydning som grossist for K-detailhandlerne. De køber ca. 63% af deres varer direkte hos fabrikanten og er ikke forpligtet til at indkøbe deres forsyninger hos Kesko, hvis priser kun er en smule lavere end konkurrenternes. Desuden er den centrale faktureringstjeneste og den dertil knyttede rabatordning ikke karakteristiske indicier for, at der er tale om en sammensmeltning mellem sagsøgeren og K-detailhandlerne, når henses til de begrænsede rabatter, der ydes, og til, at denne ordning er frivillig for detailhandlerne. Kesko's overtagelse af faktureringen giver hverken selskabet ret til at påvirke prisdannelsen eller andre handelsforhold hos detailhandlerne.

130 For det fjerde har Kommissionen fejlfortolket betydningen af, at varer sælges under mærket Kesko. Disse produkter er i almindelighed efterligninger af eksisterende mærkevarer, som sælges til lavere priser, hvilket medfører en forøgelse og ikke en begrænsning af konkurrencen i detailleddet.

131 For det femte udgør sagsøgerens K-kort, i modsætning til det af Kommissionen anførte, ikke noget »kundeloyalitetssystem«. Dette kort er alene et betalingsmiddel og giver lejlighedsvis ret til særlige tilbud, og for de fleste forbrugere har det ikke nogen væsentlig betydning. Desuden kan de oplysninger om indkøbsvaner, som kan udledes af brugen af kortene, ikke anvendes til konkurrencestridige formål.

...

132 For det sjette har sagsøgeren gjort gældende, at selv om K-detailhandlerne råder over stemmer i Kesko's aktionærkreds og dermed udøver kontrol over Kesko, er der tale om en »teoretisk« kontrol, eftersom detailhandlernes interesser ofte er divergerende. Desuden har den forpligtelse til at eje Kesko-aktier (til en samlet værdi af ca. 12 280 EUR), som pålægges detailhandlere, hovedsagelig til formål at sikre den kredit, Kesko yder dem, og den forhindrer dem ikke i at forlade K-blokken ved at sælge aktierne.

133 For det syvende har Kommissionen ikke påvist, at der er tale om en ensartet adfærd hos kæderne af K-detailhandlere. Selv om konkurrencen inden for kæderne er begrænset, er der ikke nogen strukturel tilknytning mellem dem, og hver enkelt kæde fungerer uafhængigt. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til en undersøgelse foretaget af det finske Forbrugerråd og til to undersøgelser foretaget af London Economics.

134 Endelig har Kommissionen ifølge sagsøgeren ikke påvist, at der findes hindringer for adgangen til markedet for engrosvarer.

135 Kommissionen anfægter sagsøgerens fortolkning af fællesskabsretten med hensyn til betingelsen om kontrol i relation til vurderingen af, om der foreligger en dominerende stilling. Således er kun de faktorer, som er indeholdt i artikel 2 i forordning nr. 4064/89, navnlig i stk. 1, litra b), relevante på dette stadium af undersøgelsen. Kommissionen bestrider endvidere sagsøgerens indsigelser med hensyn til vurderingen af de faktiske omstændigheder, idet de konstaterede forhold efter dens opfattelse er tilstrækkelige til, at det kan fastslås, at der foreligger en dominerende stilling. De tre undersøgelser, sagsøgeren har omtalt, belyser udelukkende forskellene mellem K-blokkens kæder, som Kommissionen mener at have taget højde for.

136 Den Franske Republik og Republikken Finland har i det væsentlige tilsluttet sig Kommissionens argumenter.

Rettens bemærkninger

— Anbringendets første led

137 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke kunne lægge Kesko's og Tuko's detailhandleres markedsandele sammen med henblik på vurderingen af den pågældende fusions virkninger uden at påvise, at Kesko og Tuko havde »kontrollen« med disse detailhandlere i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordning nr. 4064/89, og at det kun er fusionen mellem Kesko og Tuko, der udgør en fusion i artikel 3's forstand, idet vurderingen af denne fusions virkninger kun kan omhandle det marked, hvor Kesko og Tuko opererer, dvs. engroshandelen.

138 I den forbindelse bemærkes, at artikel 3 i forordning nr. 4064/89 udelukkende opstiller betingelserne for, hvornår der foreligger en »fusion«. Såfremt Kommissionen imidlertid i forbindelse med en procedure i henhold til artikel 22, stk. 3, i

forordning nr. 4064/89 fastslår, at en transaktion reelt udgør en fusion i artikel 3's forstand, skal spørgsmålet om, hvorvidt denne fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt på den pågældende medlemsstats område i overensstemmelse med forordningens artikel 22, stk. 4, første punktum, vurderes under hensyntagen til de betingelser, som er opstillet i artikel 2, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 4064/89.

139 Ved bedømmelsen af fusionens påvirkning af konkurrencen var Kommissionen således på ingen måde forpligtet til at anvende betingelsen om kontrol, jf. artikel 3 i forordning nr. 4064/89, med henblik på at fastslå, om der var grund til at lægge K- og T-detailhandlernes markedsandele sammen. Eftersom det var godtgjort, at der forelå en fusion mellem Kesko og Tuko, skulle Kommissionen tage alle sagens omstændigheder i betragtning, herunder navnlig tilknytningen mellem på den ene side Kesko og Tuko, og på den anden side deres respektive detailhandlere, med henblik på vurderingen af, om denne fusion ville skabe eller styrke en dominerende stilling, som bevirkede, at den effektive konkurrence blev hæmmet betydeligt på de relevante markeder i Finland. Endvidere var Kommissionen ikke forpligtet til at begrænse vurderingen til alene at omfatte engroshandelen, eftersom den havde fastslået, at fusionen af Kesko og Tuko også ville påvirke detailsalget på dagligvareområdet, nemlig på grund af den tætte tilknytning mellem på den ene side Kesko og Tuko og på den anden side deres detailhandlere.

140 Heraf følger, at anbringendets første led, hvorved sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en urigtig retsanvendelse derved, at den har tilsidesat artikel 2, artikel 3 og artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, ikke kan tiltrædes.

— Anbringendets andet led

141 Med hensyn til det åbenbart urigtige skøn, som Kommissionen påstås at have foretaget ved vurderingen af tilknytningen mellem Kesko og dets detailhandlere,

bemærkes, at Kommissionen i forbindelse med en anmodning i henhold til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er forpligtet til at udarbejde et overslag over referencemarkederne med henblik på at undersøge, om den fusion, den skal tage stilling til, vil skabe eller styrke en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt på den pågældende medlemsstats område.

142 I denne forbindelse bemærkes, at de materielle bestemmelser i forordningen, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger. Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (jf. i denne retning 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 221-224, og Rettens dom i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 164 og 165).

143 I den foreliggende sag har Kommissionen i betragtning 39-66 til den omtvistede beslutning redegjort for, at K-blokken og T-blokken på grund af adskillige faktiske omstændigheder må betragtes som »et centralt planlagt strukturelt træk ved det finske detailmarked«, og at fusionen skal vurderes på detailplanet og ikke udelukkende på engrosplanet (betragtning 15 og 66 til den omtvistede beslutning). Desuden har Kommissionen i betragtning 93-135 og 146-161 til den omtvistede beslutning redegjort for en række faktiske omstændigheder til støtte for, at Kesko efter fusionen ville have en dominerende stilling på det finske detailmarked (betragtning 136, 137, 138, 153 og 161 til den omtvistede beslutning).

144 Kommissionen har således i sin beslutning fremhævet følgende forhold: De kontrakter, hvorved detailhandlerne tilknyttes Kesko (betragtning 40 og 44); den omstændighed, at detailhandlerne pålægges at benytte Kesko's logotyper

(betragtning 45); den bonus og de rabatter, som udgør et incitament til at bevare loyaliteten over for Kesko-gruppens strategi (betragtning 46); de beføjelser, Kesko råder over med henblik på at sikre sig, at hver enkelt detailhandler følger de fælles målsætninger (betragtning 41); den omstændighed, at K-detailhandlerne råder over halvdelen af stemmerne i forhold til Kesko's aktionærkreds og alle er medlemmer af Kesko's bestyrelse, som udpeger alle medlemmerne i Kesko's andre beslutningstagende organer (betragtning 4 og 43); Kesko's inddeling i fem frivillige kæder med en indkøbs- og handelspolitik, som er koordineret centralt, navnlig ved en fælles logotype for hver kæde, og som bl.a. er udstyret med moderne edb-systemer, som ejes af Kesko (betragtning 47-50, 54-57 og 67-72); den omstændighed, at leverandørerne opfatter Kesko og dets detailhandlere som én samlet virksomhed, navnlig på grund af faktureringssystemet (betragtning 51, 52, 53 og 148); Kesko's strategi med hensyn til ejerskabet til de lokaler, som detailsalget foregår i (betragtning 58-61 og 116, 117 og 118), og de økonomiske forpligtelser, som K-detailhandlerne har påtaget sig over for Kesko (betragtning 62).

145 Kommissionen har endvidere understreget, at størstedelen af ovenstående analyse også gælder forholdet mellem Tuko og T-detailhandlerne, og at Kesko under alle omstændigheder efter fusionen ville få mulighed for at organisere T-detailhandlerne på samme måde som K-detailhandlerne (betragtning 65).

146 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt fusionen under disse omstændigheder ville skabe eller styrke en dominerende stilling, som ville bevirke, at den effektive konkurrence blev hæmmet betydeligt på det finske marked for dagligvarer, har Kommissionen i den omtvistede beslutning navnlig understreget følgende: Den fremtrædende rolle, som de frivillige detailkæder i Finland spiller, idet K-blokken og T-blokken dog er de to eneste kæder på dagligvareområdet (betragtning 39); den omstændighed, at K-blokken efter fusionen ville stå for mindst 55% af det samlede salg af disse varer i Finland, hvilket svarer til en markedsandel, som er næsten tre gange så stor som deres største konkurrents (betragtning 93-98 og 106); Kesko's og Tuko's stærke position på området for de store detailbutikker i Finland (betragtning 107-115); det store antal lokaler, som er bestemt til drift af dagligvarebutikker (betragtning 116, 117 og 118); kundeloyalitetssystemet, som er indført ved K-kortet (betragtning 119-125); betydningen af Kesko's og Tuko's

salg af produkter af egne mærker samt de heraf følgende konkurrencefordele (betragtning 126-130); Kesko's og Tuko's distributionssystemer, navnlig for så vidt angår frostvarer (betragtning 131 og 132); forøgelsen af Kesko's indkøbsstyrke efter overtagelsen af Tuko (betragtning 133, 134, 135 og 146-153) og det forhold, at det er yderst usandsynligt, at en udenlandsk virksomhed vil forsøge at trænge ind på det finske detailmarked for dagligvarer (betragtning 154-161).

147 På baggrund af ovenstående kan sagsøgerens argumentation ikke rejse tvivl om Kommissionens konklusioner, hvorefter der skal foretages en vurdering af fusionens påvirkning af konkurrencen i detailleddet (betragtning 39-66 til den omtvistede beslutning), alle K-blokken's og T-blokken's detailhandleres markedsandele skal lægges sammen og lægges sammen med Kesko's (betragtning 93-105), og for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt fusionen ville skabe eller styrke en dominerende stilling, som ville bevirke, at den effektive konkurrence blev hæmmet betydeligt på det finske marked for dagligvarer (betragtning 106-161). Således har sagsøgeren alene anført, at Kommissionen burde have foretaget en anden analyse, men ikke fremført konkrete oplysninger, som kan rokke ved den økonomiske analyse af fusionens virkninger, som er indeholdt i betragtning 39-161 til den omtvistede beslutning.

148 For så vidt angår sagsøgerens første argument, om at Kommissionen har overvurderet Kesko's indflydelse på detailhandlerne gennem ejerskabet til de lokaler og aktiver, som de benytter, bemærkes, at over 60% af alle K-detailhandlernes samlede omsætning realiseres i lokaler, Kesko ejer (betragtning 59 til den omtvistede beslutning). Endvidere følger det af betragtning 59, 60 og 61 til beslutningen, at detailhandlere, som driver virksomhed i sagsøgerens lokaler, har indgået en samarbejdsaftale med sagsøgeren, hvori der er fastsat de principper, der skal overholdes i forbindelse med benyttelsen af butikslokalerne, samt beregningsmetoden for lejen, som er baseret på omsætningen eller

fortjenesten. I øvrigt kan detailhandlerne ikke sælge deres virksomhed uden Kesko's tilladelse.

149 Under disse omstændigheder må det forhold, at Kesko ejer en væsentlig del af de butikslokaler, som benyttes af K-detailhandlerne, betragtes som en væsentlig faktor med henblik på at gøre dem loyale. Sagsøgeren har således ikke godtgjort, at Kommissionen har overvurderet denne faktor ved bedømmelsen af tilknytningen mellem Kesko og dets detailhandlere.

150 Sagsøgerens første argument kan således ikke tiltrædes.

151 For så vidt angår sagsøgerens andet argument om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til betydningen af de forskellige aftaler mellem Kesko og selskabets detailhandlere, bemærkes:

— Ifølge Kesko's detailhandleraftale forpligter detailhandlerne sig navnlig til »at bestræbe sig på at udnytte alle fordelene ved Kesko-gruppens fællesindkøb og egne mærker. Detailhandleren må ikke uden grund stille Kesko ringere end andre leverandører« (betragtning 44 til den omtvistede beslutning).

— En væsentlig del af K-detailhandlerne er desuden bundet af en »kædeaftale«, som er indgået mellem den pågældende detailhandler og den Kesko-kæde, som denne indgår i (jf. præmis 5 ovenfor). Hovedformålet med kædeaftalerne er at fremme vareomsætningen mellem Kesko og detailhandlerne. I henhold

til disse aftaler er K-detailhandleren bundet af afgørelser, som træffes af kædens bestyrelse vedrørende handelspolitikken, vedrørende de produkter, som skal høre til basissortimentet, og vedrørende detailpriserne for tilbudsprodukterne (jf. betragtning 44, 47-50 og 54-57 til den omtvistede beslutning).

— De K-detailhandlere, som benytter lokaler, som tilhører Kesko, er bundet af en »samarbejdsaftale«, hvis indhold er gennemgået ovenfor i præmis 148.

K-detailhandlerne er desuden forpligtet til at benytte Kesko's logotyper, og de modtager også serviceydelser fra Kesko (betragtning 45 til den omtvistede beslutning).

— K-detailhandlerne får bonus og rabatter fra Kesko på basis af, hvor meget de køber hos Kesko (betragtning 45 til den omtvistede beslutning).

152 Under disse omstændigheder må det fastslås, at selv om K-detailhandlerne er retligt uafhængige og bærer den økonomiske risiko for deres forretningsaktiviteter, foretog Kommissionen ikke et åbenbart urigtigt skøn, da den i betragtning 164 til den omtvistede beslutning fastslog, at de aftaler, der var indgået mellem Kesko og K-detailhandlerne, førte til, at detailhandlerne var tvunget til at følge den handelspolitik, som Kesko havde defineret, og at være loyale over for Kesko og den Kesko-kæde, de var tilknyttet.

153 Sagsøgerens andet argument kan således ikke tiltrædes.

154 Med hensyn til sagsøgerens tredje argument, hvorefter Kommissionen har overvurderet Kesko's betydning som grossistvirksomhed, må det som anført af sagsøgeren understreges, at K-detailhandlerne foretager 37% af deres indkøb direkte hos Kesko. I øvrigt faktureres 46% af disse detailhandleres samlede indkøb, som foretages hos andre leverandører, af sagsøgeren, således at kun 17% af K-detailhandlernes samlede indkøb foretages uafhængigt af Kesko. For så vidt angår de indkøb, der faktureres af Kesko, har Kommissionen i øvrigt i betragtning 52 til den omtvistede beslutning anført: a) at disse faktureringer sker på basis af aftaler indgået mellem Kesko og Kesko's leverandører; b) at ejendomsretten til de pågældende varer overgår til Kesko, før varerne sælges videre til de pågældende detailhandlere, idet disse transaktioner bogføres under Kesko's salg i dennes årsregnskab, c) at de tilskud og rabatter, som leverandørerne yder Kesko, er baseret på alle de indkøb, der er foretaget af hele Kesko-gruppen, dvs. både salg til sagsøgeren i dennes egenskab af grossist og indkøb foretaget direkte af K-detailhandlere i henhold til ovennævnte faktureringsaftaler, og d) at Kesko's faktureringsvirksomhed giver Kesko en betydelig viden om de priser og andre forretningsvilkår, de enkelte leverandører anvender.

155 Under disse omstændigheder finder sagsøgeren ikke at have godtgjort, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn, da den i betragtning 53 til den omtvistede beslutning fastslog, at K-detailhandlernes indkøb, der faktureres, men ikke fysisk leveres af Kesko, ikke kunne betragtes som værende foretaget uafhængigt af Kesko.

156 Sagsøgeren tredje argument kan således ikke tiltrædes.

157 For så vidt angår sagsøgerens fjerde argument bemærkes, at det af sagsøgeren oplyste ikke afkræfter Kommissionens konklusioner med hensyn til betydningen af, at varer sælges som Kesko-mærkevarer. Selv om en forhandlers råden over egne mærker ganske vist udgør et yderligere konkurrenceelement over for producenternes mærkevarer, giver den stærke position, Kesko's og Tuko's egne mærker indtager, disse selskaber visse fordele med hensyn til kundeloyalitet og en mulighed for at prissætte en større del af deres salg uden at skulle tage hensyn til konkurrenternes reaktioner (betragtning 130 til den omtvistede beslutning). I øvrigt har sammenlægningen af Kesko's og Tuko's egne mærker, som er meget populære blandt kunderne, forstærket sagsøgerens forhandlingsposition over for leverandørerne, idet der dermed er åbnet mulighed for at opnå nye og gunstigere vilkår, herunder navnlig en nedsættelse af priserne til skade for konkurrenterne (betragtning 129-133 til den omtvistede beslutning).

158 Sagsøgerens fjerde argument må således forkastes.

159 For så vidt angår det femte argument om, at Kommissionen har overdrevet betydningen af K-kortet, skal det bemærkes, at selv om dette kort ikke i sig selv er en afgørende faktor, har Kommissionen med rette anført — og sagsøgeren har ikke været i stand til at argumentere for det modsatte — at kortet tilskynder

kunden til at udvise loyalitet og også fungerer som et vigtigt narkedsførings-instrument for Kesko (betragtning 119-125 til den omtvistede beslutning).

160 Sagsøgerens femte argument kan således ikke tiltrædes.

161 For så vidt angår sagsøgerens sjette argument, hvorefter K-detailhandlernes stemmer samt detailhandlernes forpligtelse til at eje mindst et bestemt antal af Kesko's A-aktier kun har ringe betydning i praksis, bemærkes, at A-aktier, som tilhører K-detailhandlerne og deres medejere, sikrer dem den faktiske kontrol med stemmeflertallet i virksomheden (betragtning 4 til den omtvistede beslutning). Dette forhold gør det navnlig muligt for K-detailhandlerne at udøve kontrol med Kesko's bestyrelse, der udpeger medlemmerne af alle de andre beslutningstagende og ledende organer i Kesko (betragtning 43 til den omtvistede beslutning). I øvrigt er de pågældende aktier pantsat hos Kesko som sikkerhed for detailhandlerens køb hos/via Kesko (betragtning 62 til den omtvistede beslutning).

162 På baggrund heraf må det fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af K-blokkens retlige struktur og af de af K-detailhandlerne påtagne finansielle forpligtelser. Nærmere bestemt kan sagsøgerens argumenter ikke ændre noget ved Kommissionens vurdering, hvorefter K-blokken i realiteten udgør et centralt planlagt strukturelt træk ved det finske detailmarked, som hovedsagelig bygger på aftaler, der opstiller et horisontalt samarbejde mellem K-detailhandlerne og tager sigte på at standardisere de enkelte detailhandleres adfærd, således at deres frihed begrænses i fælles interesse på forskellige områder, såsom indkøb, mærker,

salgskampagner og salgspolitik (betragtning 39, 40, 41 og 63-66 til den omtvistede beslutning).

163 Sagsøgerens sjette argument kan således ikke tiltrædes.

164 Med hensyn til sagsøgerens syvende argument om, at Kommissionen ikke har påvist, at der er tale om en ensartet adfærd hos kæderne af K-detailhandlere, bemærkes for det første, at sagsøgeren ikke har anfægtet Kommissionens vurdering, hvorefter der ikke er nogen væsentlig konkurrence inden for hver af de fem landsdækkende Kesko-kæder (betragtning 47-50 og 54-57 til den omtvistede beslutning). Således fremgår det af den omtvistede beslutning, at hver enkelt landsdækkende kæde af K-detailhandlere har en kædeledelse bestående af detailhandlere fra kæden samt en »kædekontrolenhed«, som udelukkende består af Kesko-ansatte. Denne struktur gør det bl.a. muligt at koordinere kædemedlemmernes indkøb, markedsførings- og salgspolitik (betragtning 48 til den omtvistede beslutning). Denne koordinering skulle styrkes ved, at K-detailhandlernes butikker blev udstyret med moderne edb-systemer ejet af Kesko (betragtning 50 til den omtvistede beslutning).

165 For så vidt angår konkurrencen mellem de forskellige berørte kæder er det korrekt, at den af sagsøgeren fremlagte undersøgelse fra det finske Forbrugerråd umiddelbart synes at vise, at der er forskel på priserne for samme produkt, som sælges hos de forskellige K-detailhandlere, og at der således er en vis konkurrence

mellem dem. Imidlertid er den omstændighed, at Kesko's struktur medfører, at der kan være en vis konkurrence, navnlig mellem de forskellige Kesko-kæder — hvilket ifølge punkt 133 i sagsøgerens stævning tilsyneladende skal sikre, at den finske konkurrencelovgivning overholdes — ikke i sig selv tilstrækkelig til at ændre noget ved Kommissionens vurdering, hvorefter det under hensyn til alle de forhold, der er redegjort for i betragtning 39-66 til den omtvistede beslutning må lægges til grund, at Kesko og selskabets detailhandlere i realiteten udgør et centralt planlagt strukturelt træk ved det finske detailmarked.

166 Det følger af ovenstående, at sagsøgeren ikke har påvist, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at virkningen af fusionen mellem Kesko og Tuko skulle bedømmes såvel i relation til engroshandelen som detailhandelen i Finland, når henses til tilknytningen mellem på den ene side Kesko og Tuko, og på den anden side deres respektive detailhandlere.

167 Endelig har sagsøgeren ikke redegjort for forhold, som kan ændre noget ved Kommissionens vurdering i betragtning 154-161 til den omtvistede beslutning, hvorefter fusionen forstærker hindringerne for adgangen til det finske marked for engros- og detailsalg af dagligvarer.

168. Det følger heraf, at det tredje anbringendes andet led ikke kan tiltrædes.

169 På den baggrund skal Kommissionen frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

170 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, første afsnit, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør sagsøgeren betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand.

171 I medfør af procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Det følger heraf, at Republikken Finland og Den Franske Republik hver bærer deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Udvidede Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.

3) Republikken Finland og Den Franske Republik bærer hver deres egne sagsomkostninger.

Potocki Lenaerts Bellamy

Azizi Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. december 1999.

H. Jung A. Potocki

Justitssekretær Afdelingsformand