SENTENZA DEL TRIBUNALE (Seconda Sezione ampliata)

15 dicembre 1999 *

Nella causa T-22/97,

Kesko Oy, società di diritto finlandese, con sede in Helsinki, rappresentata dall'avv. Gerwin van Gerven, del foro di Bruxelles, e dalla signora Sarah Beeston, solicitor, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio degli avv.ti Loesch & Wolter, 11, rue Goethe,

ricorrente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal signor Klaus Wiedner, membro del servizio giuridico, assistito dal signor Stephen Kinsella, solicitor, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Carlos Gómez de la Cruz, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

convenuta,

* Lingua processuale: l'inglese.

sostenuta da

Repubblica di Finlandia, rappresentata dalla signora Tuula Pynnä, consigliere giuridico al Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, assistita dal signor David Vaughan, QC, del foro di Inghilterra e Galles, con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'ambasciata di Finlandia, 2, rue Heinrich Heine,

e

Repubblica francese, rappresentata dai signori Jean-François Dobelle, direttore aggiunto presso la direzione degli affari giuridici del Ministero degli Affari esteri, e Frédérik Million, chargé de mission presso la stessa direzione, e dalla signora Kareen Rispal-Bellanger, vice direttore presso la stessa direzione, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'ambasciata di Francia, 8 B, boulevard Joseph II,

intervenienti,

avente ad oggetto una domanda di annullamento della decisione della Commissione 20 novembre 1996, 97/277/CE, che dichiara una concentrazione incompatibile con il mercato comune (Caso n. IV/M.784 — Kesko/Tuko; GU 1997, L 110, pag. 53),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Seconda Sezione ampliata),

composto dai signori A. Potocki, presidente, K. Lenaerts, C.W. Bellamy, J. Azizi e A.W.H. Meij, giudici,

cancelliere: A. Mair, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale dell'11 novembre 1998 e del 2 giugno 1999,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Contesto normativo

1 L'art. 22 del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395, pag. 1, versione rettificata, GU 1990, L 257, pag. 13; in prosieguo: il «regolamento n. 4064/89»), stabilisce:

«3. Qualora la Commissione constati, su richiesta di uno Stato membro, che un'operazione di concentrazione quale è definita all'articolo 3, ma che sia priva di dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1, crea o rafforza una

posizione dominante, tale da ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel territorio dello Stato membro interessato, essa può, nella misura in cui tale concentrazione incida sul commercio tra Stati membri, prendere le decisioni di cui all'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma e paragrafi 3 e 4.

4. Si applicano l'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), nonché gli articoli 5, 6, 8 e da 10 a 20. Il termine per l'avvio della procedura di cui all'articolo 10, paragrafo 1 inizia a decorrere dalla data di ricezione della richiesta dello Stato membro. Tale richiesta deve aver luogo entro e non oltre un mese dalla data in cui l'operazione di concentrazione è stata comunicata allo Stato membro o realizzata. Questo termine inizia a decorrere dal momento in cui si verifica il primo di questi eventi.

5. La Commissione adotta, in applicazione del paragrafo 3, solo le misure strettamente necessarie per preservare o ripristinare una concorrenza effettiva nel territorio dello Stato membro in base alla cui richiesta essa è intervenuta».

2 L'art. 2, n. 1, del regolamento n. 4064/89, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, prevede:

«Le operazioni di concentrazione di cui al presente regolamento sono valutate in relazione alle seguenti disposizioni per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune.

In tale valutazione la Commissione tiene conto:

a) della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce segnatamente della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza reale o potenziale di imprese situate all'interno o all'esterno della Comunità;

b) della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza».

Fatti all'origine della controversia e procedimento

3 La ricorrente, la Kesko Oy (in prosieguo: la «Kesko»), è una società per azioni di diritto finlandese le cui attività riguardano il commercio al minuto di beni di consumo corrente e di prodotti specifici. Essa è anche presente con detti beni nel settore del commercio all'ingrosso self service («cash and carry»). Il capitale sociale della Kesko è diviso tra azioni privilegiate ed azioni ordinarie. Le prime sono detenute direttamente o indirettamente dai dettaglianti della Kesko (in prosieguo: i «dettaglianti Kesko»). Dati i voti supplementari a loro attribuiti dagli statuti della ricorrente, le azioni privilegiate conferiscono ai dettaglianti Kesko il controllo effettivo della maggioranza dei diritti di voto all'assemblea generale degli azionisti. Secondo gli statuti della Kesko, tutti i membri del

consiglio di sorveglianza, il quale nomina gli altri organi di decisione e di direzione della Kesko, sono dettaglianti Kesko.

4 L'obiettivo principale della Kesko è quello di organizzare, a beneficio dei dettaglianti Kesko, gli acquisti e la promozione su scala più ampia di quello che non possano fare i dettaglianti separatamente. Le attività della Kesko comprendono quindi la negoziazione di condizioni di acquisto favorevoli presso i fornitori, il rifornimento dei suoi dettaglianti e la fornitura di numerosi servizi complementari.

5 I dettaglianti Kesko, che sono imprese giuridicamente indipendenti, sono legate alla Kesko con contratto. Essi operano nel settore del commercio al minuto di beni di consumo corrente e/o prodotti specifici, e sono organizzati, dal 1995, in cinque catene che riuniscono negozi aventi caratteristiche comuni, cioè i «Neighbourhood Stores», i «Supermarkets Kesko», i «Superstores Kesko», i «Citymarkets Kesko» e i negozi «Rimi». Una parte considerevole dei locali commerciali è di proprietà della Kesko.

6 La Tuko Oy (in prosieguo: la «Tuko») era anch'essa una società per azioni di diritto finlandese specializzata nel settore del commercio all'ingrosso e al dettaglio di beni di consumo corrente e di prodotti specifici. Oltre ai punti di vendita ad essa appartenenti, la Tuko aveva concluso contratti di cooperazione con un grande numero di dettaglianti giuridicamente indipendenti (in prosieguo: i «dettaglianti Tuko»). I dettaglianti Tuko erano organizzati in tre gruppi, nel caso di specie la catena Spar, i grandi magazzini Anttila e i magazzini Tarmo. La Tuko era anch'essa presente nel settore del commercio dei beni di consumo corrente venduti all'ingrosso in self service.

7 Il 27 maggio 1996, la Kesko concludeva taluni accordi in vista dell'acquisto del 56,3% del capitale sociale della Tuko, rappresentante il 59,3% dei diritti di voto. In seguito la Kesko ha portato la sua partecipazione nella Tuko a più del 99% del capitale sociale.

8 Il 26 giugno 1996, l'Ufficio finlandese della concorrenza (in prosieguo: l'«UFC») chiedeva alla Commissione, ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, di esaminare l'operazione di acquisto della Tuko da parte della Kesko.

9 La Kesko presentava, il 28 giugno 1996, un ricorso dinanzi al Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema; in prosieguo: la «CAS»), per contestare la competenza dell'OLC a presentare una domanda alla Commissione ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89.

10 Il 19 luglio 1996, il ministro finlandese del Commercio e dell'Industria (in prosieguo: l'«MCI») inviava alla Commissione una copia della sua memoria depositata nell'ambito del ricorso della Kesko dinanzi al CAS, che sosteneva la competenza dell'OLC a presentare detta domanda.

11 Con decisione 26 luglio 1996, la Commissione, ritenendo che esistessero seri dubbi riguardo alla compatibilità dell'operazione di concentrazione in esame con il mercato comune, decideva di avviare il procedimento di cui all'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89 «in attesa della sentenza definitiva della Corte amministrativa suprema di Finlandia».

12 Il 17 settembre 1996, la Commissione indirizzava una comunicazione degli addebiti alla ricorrente, conformemente all'art. 18, n. 1, del regolamento n. 4064/89. La ricorrente rispondeva il 2 ottobre 1996.

13 La CAS emetteva la sua sentenza il 1° ottobre 1996. Essa non si pronunciava nel merito della causa poiché il ricorso era irricevibile.

14 Con lettera 23 ottobre 1996, la ricorrente presentava alla Commissione talune proposte di intenti dirette a fugare i dubbi che quest'ultima nutriva riguardo alla compatibilità della concentrazione con il mercato comune.

15 Il 20 novembre 1996, la Commissione adottava la decisione 97/277/CE, che dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato comune (Caso n. IV/M.784 — Kesko/Tuko, GU 1997, L 110, pag. 53; in prosieguo: la «decisione controversa»), sulla base, in particolare, degli artt. 8, n. 3, e 22 del regolamento n. 4064/89.

16 Nella decisione controversa la Commissione accertava in particolare:

— che l'operazione di concentrazione in oggetto non dovrebbe essere valutata solamente nel contesto del commercio all'ingrosso, dovendo l'analisi riguardare anche il settore del commercio al minuto, dati i legami esistenti tra, da un lato, la Kesko e la Tuko e, dall'altro, i loro rispettivi dettaglianti, come descritto ai punti 39-66;

— che la concentrazione della Kesko e della Tuko creerebbe o rinforzerebbe una posizione dominante, con la conseguenza che una concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in modo significativo sul mercato finlandese della vendita al dettaglio dei beni di consumo corrente (v., in particolare, i punti 93-138);

— che la concentrazione creerebbe, sotto l'aspetto della struttura dell'offerta, una posizione dominante, con la conseguenza che una concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in modo significativo sul mercato finlandese della vendita in self-service e all'ingrosso dei beni di consumo corrente (punti 139-145);

— che la posizione dominante sui mercati finlandesi della vendita al dettaglio e della vendita «cash and carry», creata con la concentrazione, aumenterebbe la capacità di acquisto della Kesko, e rinforzerebbe quindi ancora la sua posizione dominante su tali mercati (punti 146-153);

— che la concentrazione rinforzerebbe gli ostacoli per l'accesso al mercato, e renderebbe estremamente improbabile l'entrata di un nuovo concorrente sui mercati di cui trattasi (punti 154-161);

— che il cambiamento relativo alla struttura del commercio al minuto e all'ingrosso in self-service dei beni di consumo corrente in Finlandia eserciterebbe una influenza sensibile, diretta o indiretta, effettiva o potenziale, sui flussi commerciali tra Stati membri (punti 10-13).

17 La Commissione ha anche respinto la proposta di intenti presentata dalla Kesko nella sua lettera 23 ottobre 1996, per il fatto che, in particolare, era manifestamente insufficiente per porre fine alla posizione dominante di cui quest'ultima godrebbe sul mercato finlandese della vendita al dettaglio dei beni di consumo corrente (punti 162-172 della decisione controversa).

18 Al punto 173 della decisione controversa, la Commissione ha, in particolare, indicato che essa intende adottare, «in una decisione distinta a norma dell'articolo 8, paragrafo 4 del regolamento sulle concentrazioni, misure idonee a ripristinare una concorrenza effettiva».

19 L'art. 1 della decisione controversa dispone che «l'operazione di concentrazione con cui la Kesko Oy ha acquisito il controllo esclusivo di Tuko Oy mediante l'acquisto di un pacchetto azionario è dichiarata incompatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE».

20 La decisione controversa è stata notificata alla Kesko il giorno stesso della sua adozione, ossia il 20 novembre 1996.

21 Il 21 novembre 1996, la Commissione ha indirizzato alla Kesko una comunicazione ai sensi dell'art. 18, n. 1, del regolamento n. 4064/89, indicando che essa riteneva appropriato adottare una decisione ai sensi dell'art. 8, n. 4, di detto regolamento obbligando la Kesko a vendere in blocco le attività della Tuko nel settore del commercio dei beni di consumo corrente.

22 Il 30 gennaio 1997, la Kesko proponeva alla Commissione la cessione, ad un consorzio di imprese terze, delle attività della Tuko nel settore del commercio di beni di consumo corrente, ad eccezione dei grandi magazzini Anttila.

23 Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 31 gennaio 1997, la Kesko presentava il presente ricorso, con il quale domanda l'annullamento della decisione controversa. La causa è stata registrata con il numero T-22/97.

24 Il 7 febbraio 1997, la Kesko, la Tuko e talune filiali di quest'ultima hanno concluso con imprese terze un accordo-quadro (in prosieguo: l'«accordo di cessione») avente ad oggetto la cessione delle attività della Tuko nel commercio dei beni di consumo corrente, ad eccezione dei grandi magazzini Anttila, conformemente alla proposta presentata alla Commissione il 30 gennaio 1997.

25 Il paragrafo 4 dell'accordo di cessione prevedeva che tale transazione sarebbe diventata effettiva solo nel caso in cui la Commissione avesse dato il suo accordo o non avesse sollevato obiezioni entro il 30 aprile 1997.

26 Il 19 febbraio 1997, la Commissione adottava la decisione 97/409/CE, recante misure destinate a ripristinare una concorrenza effettiva (Caso n. IV/M.784 — Kesko/Tuko; GU L 174, pag. 47; in prosieguo: la «decisione di cessione»), sulla base degli artt. 8, n. 4, e 22 del regolamento n. 4064/89. Dal punto 13 di detta decisione emergerebbe che la proposta della Kesko di vendere talune attività della Tuko ad un consorzio di imprese terze sia stata presentata tardivamente nel corso del procedimento, e che la Commissione si riservi una decisione in proposito.

27 La decisione di cessione dispone:

«Articolo 1

Kesko è tenuta a cedere l'attività di Tuko nel settore dei beni di consumo corrente ad un acquirente che sia un concorrente economicamente sano, effettivo o potenziale, indipendente dal gruppo Kesko e non collegato ad esso e che possieda inoltre risorse finanziarie e competenze certe atte a conservare e sviluppare le attività acquisite, in modo da costituire un effettivo concorrente di Kesko nel settore dei beni di consumo corrente (di seguito "criteri di selezione dell'acquirente").

[...]

Articolo 2

1. Kesko nomina, entro trenta giorni dalla notificazione della presente decisione, un fiduciario indipendente, la cui designazione sia approvata dalla Commissione e che sovrintenda alla gestione delle attività da dismettere conformemente all'articolo 1.

2. Kesko assicura che il mandato irrevocabile del fiduciario comprenda i diritti e gli obblighi seguenti:

[...]

d) presentare alla Commissione [...] relazioni scritte mensili riguardo alla gestione del pacchetto di dismissioni e allo stato di avanzamento delle trattative con i terzi interessati all'acquisto di tale pacchetto, compresi i tempi di esecuzione dell'accordo con terzi interessati, contenenti in particolare informazioni sufficienti affinché la Commissione possa valutare se le varie offerte soddisfano i criteri di selezione dell'acquirente.

Se ritiene che un'offerta, pur non soddisfacendo i criteri stabiliti nell'articolo 1, produca i medesimi risultati di una vendita in blocco, il fiduciario ne dà spiegazione nella sua relazione alla Commissione. Tale offerta è considerata valida ai fini della presente decisione, salvo che la Commissione comunichi il suo dissenso, secondo le modalità di cui alla lettera e);

[...]

Articolo 4

1. Le dismissioni di cui all'articolo 1 vengono completate entro un termine di sei mesi a decorrere dalla notificazione della presente decisione. La presente decisione si considera eseguita da parte di Kesko se entro detto termine viene

sottoscritto un patto per la vendita del pacchetto di dismissioni, a condizione che queste vengano completate entro [...] dalla data di tale sottoscrizione.

[...]

3. Qualora si dimostri impossibile pervenire a sottoscrivere un patto entro il termine di [...] di cui al paragrafo 1, la Commissione, su richiesta di Kesko e sulla base di opportuna motivazione del fiduciario, può concedere una proroga. In tal caso, Kesko conferisce al fiduciario un mandato irrevocabile a vendere il pacchetto di dismissioni alle migliori condizioni possibili [...]. Le dismissioni vengono comunque completate entro il 31 dicembre 1997».

28 Il 3 marzo 1997, la Kesko ha presentato alla Commissione un progetto che definisce i diritti e gli obblighi del mandatario, come previsti dalla decisione di cessione. Tale progetto prevedeva, in particolare, la possibilità per la Kesko di obbligare il mandatario a far includere nell'accordo di cessione attività della Tuko nel settore del commercio dei beni di consumo corrente una clausola che subordinasse la realizzazione della cessione al rigetto del ricorso d'annullamento della decisione controversa presentata dalla Kesko dinanzi al Tribunale. Con fax dello stesso giorno, la Commissione ha indicato che una tale clausola non sarebbe accettabile.

29 Il 3 aprile 1997 il mandatario, designato conformemente alla decisione di cessione, ha sottoposto alla Commissione un rapporto nel quale si raccomandava l'approvazione dell'accordo di cessione, modificato nel senso che taluni locali appartenenti alla Kesko e affittati a due dettaglianti Kesko dovevano essere venduti ad una delle imprese terze interessate, come contropartita del fatto che la Kesko conservava i grandi magazzini Anttila.

30 Con fax del 17 aprile 1997, la Commissione informava la Kesko, ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. d), della decisione di cessione, di non opporsi alle proposte del mandatario.

31 Con ricorso presentato nella cancelleria del Tribunale il 25 aprile 1997, la Kesko ha chiesto l'annullamento della decisione di cessione. La causa è stata registrata con il numero T-134/97.

32 Con lettera 14 agosto 1997, il mandatario ha informato la Commissione che le differenti transazioni previste nel suo rapporto erano state realizzate.

33 Con lettera 26 agosto 1997, la Commissione ha indicato alla Kesko che quest'ultima aveva adempiuto gli obblighi ad essa incombenti in forza della decisione di cessione.

34 Con atto depositato in cancelleria il 1° settembre 1997, la Kesko ha reso nota al Tribunale la sua intenzione di rinunciare all'istanza nella causa T-134/97.

35 Con ordinanza del presidente della Seconda Sezione del Tribunale 9 ottobre 1997, la causa T-134/97 è stata cancellata dal ruolo del Tribunale, ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura.

36 Con ordinanza del presidente della Seconda Sezione del Tribunale 8 giugno 1998, sono state accolte le richieste di intervento della Repubblica di Finlandia e della Repubblica francese nella causa T-22/97 a sostegno delle conclusioni della Commissione. Il presidente ha anche accolto una richiesta di trattamento confidenziale presentata dalla ricorrente nei riguardi delle parti intervenienti.

37 Sentite le parti, il Tribunale, ai sensi dell'art. 51 del regolamento di procedura, ha rinviato la causa T-22/97 dinanzi ad una sezione composta di cinque giudici.

38 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale ha aperto la fase orale dedicata alle sole questioni della ricevibilità del ricorso e dell'interesse della ricorrente ad agire, conformemente agli artt. 113 e 114, nn. 3 e 4, del regolamento di procedura. Le parti sono state sentite nelle loro difese orali e nelle loro risposte alle domande del Tribunale su tali due questioni durante l'udienza pubblica dell'11 novembre 1998.

39 Con ordinanza 1° dicembre 1998, il Tribunale ha disposto il proseguimento della fase orale affinché le parti fossero sentite riguardo al merito della causa, e ha autorizzato la Repubblica di Finlandia a completare la sua memoria d'intervento riguardo al merito della causa.

40 La Repubblica di Finlandia ha depositato una seconda memoria d'intervento il 28 dicembre 1998.

41 Su relazione del giudice relatore, all'udienza pubblica del 2 giugno 1999 sono state sentite le difese delle parti e le loro risposte alle domande del Tribunale sul merito della causa.

Conclusioni delle parti

42 La ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione controversa;

— condannare la Commissione alle spese.

43 La convenuta conclude che il Tribunale voglia:

— in via principale, dichiarare il ricorso irricevibile;

— in via sussidiaria, dichiarare il ricorso privo di oggetto;

— in via ulteriormente sussidiaria, dichiarare il ricorso infondato;

— condannare la ricorrente alle spese.

44 La Repubblica di Finlandia conclude che il Tribunale voglia respingere il ricorso.

45 La Repubblica francese conclude che il Tribunale voglia dichiarare il ricorso infondato.

Sulla ricevibilità e l'oggetto del ricorso

Argomenti delle parti

46 La Commissione fa valere che la ricorrente ha perduto ogni interesse ad agire per l'annullamento della decisione controversa, e domanda pertanto al Tribunale di dichiarare il ricorso irricevibile o privo di oggetto.

47 Con l'accordo di cessione 7 febbraio 1997, la ricorrente si sarebbe impegnata irrevocabilmente a disfarsi di una certa parte del suo attivo. Essa avrebbe scelto di concludere tale accordo senza che vi fosse un qualsiasi obbligo di adottare misure per conformarsi alla decisione controversa. Inoltre, l'accordo di cessione non sarebbe stato subordinato a nessun'altra condizione salvo quella dell'approvazione da parte della Commissione, data con lettera 17 aprile 1997.

48 A tal proposito, la Commissione sostiene che solo il dispositivo di una decisione può essere contestato, e non la sua motivazione in quanto tale (sentenza del Tribunale 17 settembre 1992, causa T-138/89, NBV e NVB/Commissione, Racc. pag. II-2181, punto 31).

49 D'altra parte, per giustificare un interesse ad agire, non è sufficiente invocare situazioni giuridiche future ed incerte (sentenza NBV e NVB/Commissione, citata, punto 33). Se, in una causa ipotetica relativa all'applicazione del regolamento n. 4064/89 o degli artt. 85 e 86 del Trattato CE (divenuti artt. 81 e 82 CE), la Commissione dovesse valutare la natura dei legami esistenti tra la Kesko e i suoi

dettaglianti, essa dovrebbe farlo in funzione di tutte le circostanze allora presenti. Nel caso la ricorrente contestasse la legittimità di tale nuova decisione, avrebbe l'onere di presentare un ricorso d'annullamento.

50 La Commissione ritiene privi di pertinenza gli argomenti relativi all'influenza della decisione controversa sulle azioni future dell'UFC, al pregiudizio asseritivamente provocato alla reputazione della ricorrente, e al fatto che un'eventuale sentenza di annullamento potrebbe servire come fondamento ad un futuro ricorso per risarcimento.

51 La ricorrente fa valere che la tesi della Commissione secondo cui un'impresa perde il suo interesse ad agire quando essa cede l'impresa acquistata, a seguito della dichiarazione di incompatibilità di tale concentrazione con il mercato comune e senza riservarsi il diritto di riacquistarla in caso di successo del suo ricorso, equivale a un diniego di giustizia.

52 La ricorrente ha precisato, nel suo ricorso, che essa non cercava di riacquistare il controllo della Tuko. Pur tuttavia, durante l'udienza dell'11 novembre 1998, essa ha dichiarato di voler essere libera di riacquistare l'insieme o una parte delle attività della Tuko se si presentava l'opportunità. In ogni caso, lo scopo principale della ricorrente è di impedire alla Commissione o all'UFC di fondarsi, nel valutare in futuro la sua situazione o quella dei dettaglianti Kesko, sull'analisi a suo parere erronea contenuta nella decisione controversa. La ricorrente si augura anche di ripristinare la sua reputazione e riservarsi la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni.

53 La Repubblica di Finlandia si rifà, in sostanza, all'argomentazione della Commissione.

54 La Repubblica Francese non si è pronunciata sulla ricevibilità, né sull'oggetto del ricorso.

Giudizio del Tribunale

55 Riguardo, anzitutto, alla ricevibilità del ricorso, occorre ricordare che l'interesse ad agire per l'annullamento dev'essere valutato con riferimento al giorno in cui il ricorso è stato proposto (sentenza della Corte 16 dicembre 1963, causa 14/63, Clabecq/Alta Autorità, Racc. pag. 703, in particolare pag. 732).

56 Alla data di presentazione del ricorso, il 31 gennaio 1997, la Kesko disponeva sempre del controllo della Tuko, acquisito mediante l'operazione di concentrazione del 27 maggio 1996. Nonostante essa avesse presentato alla Commissione, il 30 gennaio 1997, un progetto di transazione relativo alla cessione delle attività della Tuko nel commercio dei beni di consumo corrente, ad eccezione dei grandi magazzini Anttila, gli accordi necessari alla realizzazione di tale transazione non erano ancora stati conclusi.

57 La circostanza che la ricorrente sia la destinataria della decisione controversa le attribuisce un interesse ad agire e un interesse a che sia esaminata dal giudice comunitario la legittimità di tale decisione (v. sentenza del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punti 40-42). Ne consegue che, al momento della presentazione del ricorso, la Kesko aveva, in ogni caso, un interesse esistente ed attuale all'annullamento della decisione controversa.

58 Quanto alla questione se successivamente la ricorrente avesse conservato il suo interesse a proseguire l'azione (v. sentenza della Corte 19 ottobre 1995, causa C-19/93P, Rendo e a./Commissione, Racc. pag. I-3319, punto 13), occorre rilevare che il venir meno del fondamento contrattuale dell'operazione di concentrazione non è di per sé un elemento idoneo ad escludere il controllo di legittimità su una decisione della Commissione che dichiara l'incompatibilità di una concentrazione con il mercato comune (sentenza Gencor/Commissione, citata, punto 45).

59 Quanto all'argomento della Commissione relativo all'abbandono volontario dell'operazione di concentrazione in esame dopo la presentazione del ricorso, occorre ricordare che, quando una società si è limitata a conformarsi a una decisione della Commissione, come peraltro era tenuta a fare, tale comportamento non può in alcun modo privarla dell'interesse ad ottenere l'annullamento della decisione di cui trattasi (sentenza della Corte 19 settembre 1985, cause riunite 172/83 e 226/83, Hoogovens Groep/Commissione, Racc. pag. 2831, punto 19).

60 Orbene, nel caso di specie, la ricorrente ha concluso l'accordo di cessione il 7 febbraio 1997, cioè dopo l'adozione, avvenuta il 20 novembre 1996, della decisione controversa che, al punto 173, menziona l'intenzione della Commissione di adottare, in una decisione distinta presa sulla base dell'art. 8, n. 4, del regolamento n. 4064/89, misure appropriate per ripristinare le condizioni di una concorrenza effettiva (punti 15-18 supra).

61 Successivamente la decisione di cessione del 19 febbraio 1997 ha imposto alla ricorrente il preciso obbligo di cedere, sotto il controllo di un mandatario, le attività della Tuko nel commercio dei beni di consumo corrente entro il termine di sei mesi o comunque non oltre il 31 dicembre 1997 (punto 27 supra).

62 Il 3 marzo 1997, la Commissione ha respinto la proposta della ricorrente secondo cui il mandatario sarebbe stato obbligato a stipulare la cessione con la condizione che essa sarebbe stata efficace solo nel caso fosse stato respinto il ricorso d'annullamento della decisione controversa (punto 28 supra).

63 La cessione incondizionale delle attività della Tuko, conformemente alle proposte del mandatario, e con l'accordo della Commissione, è stata alla fine realizzata solo nell'agosto del 1997 (punti 31-33 supra).

64 In tali condizioni, contrariamente a quanto affermato dalla Commissione, né l'accordo di cessione del 7 febbraio 1997, né le susseguenti transazioni con le quali la ricorrente ha cercato di cedere le attività della Tuko nel commercio dei beni di consumo corrente, possono essere considerati come «un abbandono volontario» dell'operazione di concentrazione. Al contrario, tali transazioni sono la conseguenza diretta della decisione controversa, e, poi, della decisione di cessione, nonché degli sforzi della ricorrente per conformarvisi.

65 Occorre dunque concludere che il ricorso è ricevibile e che la ricorrente conserva un interesse ad agire per l'annullamento della decisione controversa.

Nel merito

66 Nel suo ricorso, la ricorrente fa valere quattro motivi, relativi, in primo luogo, all'incompetenza della Commissione ad adottare la decisione controversa, in secondo luogo, all'errore manifesto di valutazione o di diritto compiuto dalla Commissione nel concludere che l'operazione di concentrazione in esame poteva avere un effetto sul commercio tra Stati membri, in terzo luogo, all'errore manifesto di valutazione o di diritto compiuto dalla Commissione nel ritenere l'esistenza di una posizione dominante tenuto conto dei legami esistenti tra la Kesko e i dettaglianti Kesko e Tuko e, in quarto luogo, al vizio di motivazione il cui esame verrà compiuto nell'ambito dei due primi motivi.

Sul primo motivo, relativo all'incompetenza della Commissione

Argomenti delle parti

67 La ricorrente fa valere che la Commissione ha violato l'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89 nonché il principio di buona amministrazione nel decidere di intraprendere il procedimento sulla base dell'art. 6, n. 1, lett. c), di detto regolamento a seguito della domanda dell'UFC del 26 giugno 1996.

68 In primo luogo, in mancanza di una disposizione normativa specifica che attribuisca tali funzioni ad un'altra istituzione, solo il Consiglio di Stato sarebbe competente, ai sensi dell'art. 40, n. 1, della Costituzione finlandese, ad esercitare le funzioni che sono attribuite agli Stati membri dal diritto comunitario. Orbene, anche se l'art. 10 della legge finlandese che traspone l'accordo SEE, da allora sostituito dall'art. 20 della legge finlandese sulla concorrenza, attribuisce all'UFC talune delle funzioni che sono esercitate, ai sensi del regolamento n. 4064/89, da un'«autorità competente» (v. per esempio, gli artt. 9, 12, 13, 18 e 19 di tale regolamento), nessuna disposizione di diritto finlandese attribuisce ad esso il diritto di presentare una domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89.

69 Non essendo l'UFC competente per introdurre una tale domanda, neppure la Commissione sarebbe competente a svolgere un'indagine sulla concentrazione in esame.

70 In secondo luogo, la Commissione avrebbe violato l'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89 nonché il principio della buona amministrazione omettendo di verificare se tale domanda fosse stata presentata validamente da parte di una

Stato membro. Anche se, secondo la giurisprudenza della Corte, «non spetta alla Commissione pronunciarsi sulla ripartizione delle competenze mediante norme istituzionali di ciascuno Stato membro» (sentenza della Corte 12 giugno 1990, causa C-8/88, Germania/Commissione, Racc. pag. I-2321, punto 13), la Commissione non potrebbe accogliere una domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89 senza verificare se questa sia stata validamente formata.

71 Orbene, la ricorrente indica di aver attirato l'attenzione della Commissione sui dubbi esistenti riguardo alla competenza dell'UFC nella sua lettera 10 luglio 1996 nonché nei successivi contatti avuti con essa. Con la stessa lettera, essa avrebbe anche informato la Commissione del ricorso introdotto dinanzi alla CAS per contestare la competenza dell'UFC (punto 11 supra). In tali condizioni, secondo la ricorrente, la Commissione non poteva considerarsi competente nemmeno a prima vista.

72 La Commissione, nel ritenere l'UFC competente a presentare la domanda di cui all'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, si sarebbe basata, a torto, sulla memoria dell'MCI del 19 luglio 1996. Infatti l'MCI, da un lato, non sarebbe competente, secondo il diritto finlandese, per decidere sull'ambito di competenza dell'UFC e, dall'altro, non sarebbe nella posizione di poter presentare un parere imparziale avendo esso stesso autorizzato l'UFC a presentare la domanda presso la Commissione. Basandosi sulle affermazioni dell'UFC e dell'MCI, la Commissione avrebbe violato il principio di non interferenza.

73 La sentenza della CAS 1° ottobre 1996 confermerebbe implicitamente la tesi dell'incompetenza dell'UFC, anche se evita di pronunciarsi nel merito della causa. La comunicazione della CAS al Consiglio di Stato del 20 dicembre 1996, che attira l'attenzione di tale giudice sulle lacune del diritto finlandese della concorrenza riguardo all'introduzione di domande ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, corroborerebbe anch'essa detta tesi.

74 In ogni caso, dato che la Commissione aveva lasciato intendere, nella sua decisione 26 luglio 1996 adottata in applicazione dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89, che essa si riteneva competente in attesa della sentenza definitiva della CAS, avrebbe dovuto intraprendere nuove azioni per verificare la sua competenza dopo la sentenza della CAS 1° ottobre 1996 in cui nulla veniva deciso circa la questione della possibilità per l'UFC di presentare una domanda sulla base dell'art. 22, n. 3, di detto regolamento.

75 La Commissione avrebbe dovuto, in particolare, contattare la rappresentanza permanente finlandese presso la Comunità europea. Il diritto finlandese prevederebbe, infatti, una procedura che detta rappresentanza potrebbe avviare, e che permette di ottenere un parere del Presidente della Repubblica o del Consiglio di Stato sulla competenza di una istituzione finlandese. Per di più, spetterebbe alla Commissione fornire la prova della sua effettiva competenza a condurre un'inchiesta sull'operazione di concentrazione in esame.

76 Infine, la Commissione avrebbe violato l'art. 190 del Trattato CE (divenuto art. 253 CE) omettendo di indicare, nella decisione controversa, i motivi per i quali essa si riteneva competente. Inoltre essa avrebbe avuto l'obbligo, tenuto conto della natura provvisoria della conclusione sulla sua competenza di cui alla sua decisione del 26 luglio 1996, di sollevare di nuovo tale questione nella decisione controversa.

77 La Commissione non si è pronunciata sulla competenza dell'UFC nel diritto finlandese e fa valere, riferendosi alla sentenza Germania/Commissione, citata, che non spetta al Tribunale esaminare tale questione.

78 La Commissione è del parere che, dal momento che vi erano, a prima vista, buone ragioni per ritenere che l'organo autore della domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89 fosse competente a presentarla a nome dello Stato

membro interessato — come nella fattispecie —, essa era competente per intraprendere un'inchiesta sulla concentrazione di cui a tale domanda. Per ciò che riguarda la motivazione, la Commissione sostiene aver sufficientemente spiegato le ragioni che giustificano la sua competenza nella sua decisione del 26 luglio 1996.

79 La Repubblica di Finlandia si allinea, in sostanza, all'argomentazione della Commissione. Essa fa valere, in particolare, che il ricorso dinanzi al Tribunale può solo rimettere in causa la competenza della Commissione, e non quella dell'UFC, di modo che il riferimento alle iniziative intraprese in Finlandia, e in particolare il ricorso dinanzi alla CAS, non è, in linea di principio, pertinente.

80 La Repubblica francese sostiene che, in virtù del principio di non interferenza, non spetta alla Commissione controllare la regolarità, rispetto al diritto finlandese, del rinvio ad essa da parte dell'UFC.

Giudizio del Tribunale

81 È accertato che, nella fattispecie, l'UFC ha domandato alla Commissione, il 26 giugno 1996, di esaminare, sulla base dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, l'operazione di acquisto della Tuko da parte della Kesko.

82 In secondo luogo, secondo la giurisprudenza della Corte, non spetta alla Commissione pronunciarsi sulla ripartizione delle competenze mediante norme istituzionali di ciascuno Stato membro (sentenza Germania/Commissione, citata, punto 13).

83 Occorre anche rammentare che, nell'ambito di un ricorso proposto ai sensi dell'art. 173 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230 CE), la Corte non è competente a statuire sulla legittimità di un atto emanato da un'autorità nazionale (sentenza della Corte 3 dicembre 1992, causa C-97/91, Oleificio Borelli/Commissione, Racc. pag. I-6313, punto 9).

84 Date tali condizioni, non spetta alla Commissione, in occasione di un procedimento amministrativo, decidere, rispetto al diritto finlandese, sulla competenza dell'UFC a presentare una domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, ma le spetta solamente verificare se, ai sensi dell'art. 22 citato, la domanda di cui essa è investita sia, a prima vista, quella di uno Stato membro.

85 Spetta al Tribunale controllare se la Commissione ha adempiuto in maniera sufficiente tale obbligo di verifica.

86 A tal proposito occorre rilevare, in primo luogo, che la nozione di domanda di uno «Stato membro» ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89 non si limita alle domande provenienti da un governo o da un ministero, ma comprende anche quelle provenienti da un'autorità nazionale come l'UFC.

87 Occorre ricordare, in secondo luogo, che al momento dell'adozione della decisione controversa, la Commissione disponeva dei seguenti elementi di informazione:

— il fatto che l'UFC è l'autorità finlandese normalmente competente in materia di applicazione del diritto della concorrenza;

— la memoria dell'MCI, ministero finlandese responsabile in materia di concorrenza, presentata nell'ambito del ricorso della Kesko dinanzi al CAS e che affermava la competenza dell'UFC ad introdurre la domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89 (punto 10 supra);

— la sentenza del CAS che dichiarava il ricorso della ricorrente irricevibile (punto 13 supra). La ricorrente non è dunque stata in grado di produrre una decisione di un giudice finlandese che dichiarasse l'UFC incompetente ad introdurre la domanda in esame;

— il fatto che la ricorrente non abbia formulato osservazioni sulla questione della competenza dell'UFC nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti del 2 ottobre 1996, né abbia presentato alcun nuovo elemento dopo la sentenza del CAS.

88 Alla luce dell'insieme di tali elementi occorre concludere che, al momento dell'adozione della decisione controversa, il 20 novembre 1996, la Commissione giustamente ha ritenuto, a prima vista, l'UFC competente a presentare la domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Date tali circostanze, non vi era motivo per la Commissione di invitare le autorità finlandesi a fornirle informazioni complementari su tale questione.

89 Di conseguenza, non è stato dimostrato che la Commissione abbia commesso un errore di diritto nel decidere di intraprendere il procedimento sulla base dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89. Il motivo relativo all'incompetenza della Commissione non è pertanto fondato.

90 Quanto alla motivazione della decisione controversa relativa alla competenza della Commissione, emerge dalla giurisprudenza della Corte che la motivazione

di un atto non deve necessariamente specificare i vari elementi di fatto e di diritto che ne costituiscono l'oggetto, qualora l'atto stesso sia in armonia con il contesto normativo di cui fa parte, la motivazione di una decisione dovendo essere d'altronde valutata alla luce delle circostanze della fattispecie (v. sentenza della Corte 14 maggio 1998, causa C-48/96 P, Windpark Groothusen/Commissione, Racc. pag. I-2873, punti 34 e 35).

91 Orbene, nella sua decisione 26 luglio 1996 adottata ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89, la Commissione ha indicato:

« La Kesko Oy ha presentato un ricorso contro la domanda dell'Ufficio finlandese della concorrenza (UFC) dinanzi alla Corte amministrativa suprema di Finlandia, avente ad oggetto l'incompetenza dell'OLC ad introdurre la domanda ai sensi dell'art. 22. La Commissione è stata informata del parere del Ministero del Commercio e dell'Industria finlandese secondo cui la domanda dell'UFC era valida. In assenza di elementi di prova contrari, la Commissione presume di essere competente nel caso di specie, in attesa della sentenza definitiva della Corte amministrativa suprema di Finlandia ».

92 Come già accertato, la ricorrente non ha presentato alcun nuovo elemento relativo alla competenza dell'UFC ad introdurre la domanda in esame dopo il rigetto, in data 1° ottobre 1996, del suo ricorso dinanzi al CAS (punto 91 supra). In tali condizioni, la Commissione non era tenuta ad inserire, nella decisione controversa, una motivazione supplementare relativa a tale punto.

93 Ne consegue che il primo motivo deve essere respinto.

Sul secondo motivo, relativo all'errore manifesto di valutazione o di diritto riguardo agli effetti della concentrazione sul commercio tra Stati membri

Argomenti delle parti

94 La ricorrente ritiene che la valutazione svolta dalla Commissione ai punti 11-13 della decisione controversa non dimostri l'asserita esistenza di un effetto della concentrazione sul commercio intracomunitario e, pertanto, viola l'obbligo di motivazione di cui all'art. 190 del Trattato.

95 In primo luogo occorrerebbe, al momento dell'esame della condizione relativa all'effetto di una concentrazione sul commercio intracomunitario, tener conto del carattere eccezionale della competenza derivante alla Commissione dall'art. 22 del regolamento n. 4064/89. Tenuto conto del fatto che il 99% del fatturato congiunto della Kesko e della Tuko è realizzato in Finlandia, la Commissione avrebbe dovuto apportare, cosa che non ha fatto, prove particolarmente convincenti del fatto che la concentrazione in esame pregiudica il commercio tra Stati membri.

96 In secondo luogo, la dichiarazione fatta dalla Commissione in occasione dell'adozione del regolamento n. 4064/89 (v. *Diciannovesima Relazione sulla politica di concorrenza*, pag. 281-284), secondo cui il commercio intracomunitario non è normalmente colpito allorché ciascuna delle imprese interessate dalla concentrazione realizza più dei due terzi del suo fatturato totale comunitario all'interno di un solo ed unico Stato membro, si applicherebbe anche nel caso di specie. La Commissione avrebbe a torto affermato, al punto 10 della decisione controversa, che tale dichiarazione riguarda solo l'esercizio delle competenze residuali ad essa riservate dall'art. 89 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 85 CE). Inoltre, la Commissione sarebbe vincolata dalla sua

propria dichiarazione (v. sentenza del Tribunale 17 dicembre 1991, causa T-7/89, Hercules Chemicals/Commissione, Racc. pag. II-1711).

97 In terzo luogo, la Commissione avrebbe applicato in modo erroneo l'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, trasferendo al caso di specie l'analisi tradizionale degli artt. 85 e 86 del Trattato per valutare l'effetto sul commercio intracomunitario. Dalla differenza nel dettato tra, da un lato, tali due articoli, che testimoniano di accordi o di pratiche «suscettibili» di incidere sul commercio tra Stati membri e, dall'altro, l'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, che si applica «nella misura in cui [la] concentrazione incida sul commercio tra Stati membri», emergerebbe che un effetto reale è necessario per soddisfare le condizioni di applicazione dell'art. 22 di detto regolamento, quando invece nel caso degli artt. 85 e 86 del Trattato è sufficiente un effetto potenziale. Tale differenza si spiegherebbe, da un lato, per il carattere eccezionale della competenza della Commissione allorché venga investita di una domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89 e, dall'altro, per la volontà di evitare che gli Stati membri, non disponendo di procedure di controllo delle concentrazioni a livello nazionale, introducano un tale controllo in modo indiretto, domandando alla Commissione di trattarle. Orbene, tutti gli effetti della concentrazione sul commercio tra Stati membri individuati ai punti 11-13 della decisione controversa sarebbero puramente potenziali.

98 In quarto luogo, l'argomentazione sviluppata dalla Commissione, nella decisione controversa, per dimostrare l'esistenza di un effetto della concentrazione sul commercio intracomunitario, non sarebbe compatibile con l'analisi che essa compie della concorrenza, in questa stessa decisione. Così, la Commissione avrebbe ritenuto, ai punti 21 e 22 della decisione controversa, che i mercati geografici pertinenti fossero tutt'al più nazionali. Dato che il 70% delle merci vendute al minuto sono fabbricate in Finlandia e che tutti i grandi fornitori di merci con sede fuori da detto paese, salvo un'eccezione, possiedono i loro propri centri di distribuzione in Finlandia, gli effetti della concentrazione verrebbero risentiti dai soli operatori finlandesi.

99 In quinto luogo, la Commissione avrebbe dovuto considerare il mercato in rapporto a ciascun prodotto rilevante del settore dei beni di consumo corrente per

valutarlo correttamente, poiché taluni dei mercati interessati sarebbero locali mentre altri sarebbero nazionali e internazionali, secondo i prodotti. Orbene, la Commissione non avrebbe proceduto ad una tale analisi.

100 Infine, al punto 154 della decisione controversa, la Commissione riconoscerebbe essa stessa che taluni ostacoli potenziali allo stabilimento di nuove imprese sul mercato finlandese, come il potere di acquisto della Kesko e la posizione geografica della Finlandia, non sono necessariamente la conseguenza della concentrazione in esame. La supposta esistenza di tali ostacoli non dimostrerebbe quindi che la concentrazione avesse un effetto sul commercio intracomunitario.

101 La Commissione fa valere che, nella rara ipotesi di un rinvio ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, occorre interpretare la condizione relativa all'effetto della concentrazione sul commercio tra Stati membri nello stesso modo in cui è applicata nell'ambito degli artt. 85 e 86 del Trattato. Applicando la nozione di effetto potenziale, la Commissione avrebbe constatato, ai punti 11-13 della decisione controversa, che la concentrazione in esame rendeva più difficile l'impianto di nuove imprese sul mercato finlandese e che essa aveva anche effetti sul commercio a livello dell'offerta. Il commercio intracomunitario ne sarebbe pertanto colpito.

102 La Repubblica francese e la Repubblica di Finlandia condividono, in sostanza, gli argomenti della Commissione.

Giudizio del Tribunale

103 Da una giurisprudenza costante della Corte e del Tribunale relativa all'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, risulta che un accordo tra imprese, così come, d'altronde, un abuso di posizione dominante, per poter pregiudicare il

commercio tra Stati membri, deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto a incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati (sentenza della Corte 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG, Racc. pag. I-5641, punto 54, e sentenza del Tribunale 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, Compagnie maritime belge transports e a./ Commissione, Racc. pag. II-1201, punto 201). Così, in particolare, non è necessario che il comportamento censurato abbia effettivamente pregiudicato il commercio tra Stati membri in misura rilevante; è sufficiente dimostrare che tale comportamento è atto a produrre questo effetto (v., per l'art. 86, sentenza della Corte 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/ Commissione, Racc. pag. I-743, punto 69, e, per l'art. 85, sentenza del Tribunale 21 febbraio 1995, causa T-29/92, SPO e a./Commissione, Racc. pag. II-289, punto 235).

104 Risulta anche dalla giurisprudenza della Corte e del Tribunale che incide sul commercio tra Stati membri, in particolare, un accordo che renda più difficile l'azione o la penetrazione, sul mercato nazionale, di produttori o di venditori di altri Stati membri o che impedisca a concorrenti provenienti da altri Stati membri di installarsi sul mercato in esame (v. sentenze della Corte 30 giugno 1966, causa 56/65, Société Technique Minière, Racc. pag. 261, in particolare pag. 281, 17 ottobre 1972, causa 8/72, Cementhandelaren/Commissione, Racc. pag. 977, punti 29 e 30, e 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis, Racc. pag. I-935, punti 12-14, e sentenze del Tribunale 8 giugno 1995, causa T-9/93, Schöller/ Commissione, Racc. pag. II-1611, punti 76-78, e 14 maggio 1997, causa T-77/94, VGB e a./Commissione, Racc. pag. II-759, punti 132 e 140).

105 Nell'ambito dell'art. 86 del Trattato, la Corte e il Tribunale hanno anche ritenuto che, quando colui che detiene una posizione dominante chiude l'accesso al mercato a dei concorrenti, è indifferente che questo comportamento abbia luogo unicamente sul territorio di un solo Stato membro se esso può avere ripercussioni sulle correnti commerciali e sulla concorrenza nel mercato comune (sentenza

della Corte 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 103; v. anche sentenza del Tribunale 1° aprile 1993, causa T-65/89, BPB Industries e British Gypsum/Commissione, Racc. pag. II-389, punti 134 e 135).

106 Occorre ammettere che tale giurisprudenza si applica anche alla condizione dell'effetto sul commercio tra Stati membri di cui all'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Infatti, emerge in particolare dai primi otto 'considerando' del regolamento n. 4064/89, che tale testo, gli artt. 85 e 86 del Trattato CE e i regolamenti di attuazione costituiscono un insieme che fa parte integrante del regime comunitario diretto ad assicurare che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, conformemente all'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, a seguito di modifica, art. 3, lett. g), CE]. Bisogna quindi dare alla condizione dell'effetto sul commercio tra Stati membri, di cui all'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, una interpretazione coerente con quella di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato.

107 Tale conclusione non è inficiata dal fatto che il termine «che possano», di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato, non appaia nell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Infatti, deriva dalla natura stessa del controllo delle concentrazioni introdotto dal regolamento n. 4064/89 che la Commissione è tenuta a fare un'analisi prospettiva degli effetti dell'operazione di concentrazione in esame, e quindi, nell'ambito dell'art. 22, n. 3, di detto regolamento, degli effetti futuri sul commercio tra Stati membri. Ne consegue che, in questo ambito, la Commissione ha il diritto di tener conto degli effetti potenziali sul commercio tra Stati membri, a condizione che essi siano sufficientemente sensibili e prevedibili, senza che sia necessario dimostrare che l'operazione di concentrazione in esame abbia effettivamente intaccato il commercio intracomunitario.

108 Per quanto riguarda il caso di specie, la Commissione ha accertato, ai punti 11-13 della decisione controversa, che la concentrazione in esame avrebbe come conseguenza di incidere sulla struttura del commercio al minuto e all'ingrosso dei

beni di consumo corrente in Finlandia, così da esercitare un'influenza sensibile, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sul flusso di scambi tra Stati membri (v. sentenza Société Technique Minière, citata, pag. 359). La Commissione ha più in particolare rilevato che:

«11 (...) L'acquisto della Tuko da parte della Kesko comporterà la chiusura dei mercati ai nuovi arrivati, in particolare ai potenziali concorrenti provenienti dagli altri Stati membri, in particolare sui mercati finlandesi dei beni di consumo corrente. Inoltre, una parte importante (circa il 30%) dei prodotti venduti dalla Kesko e dalla Tuko hanno origine non finlandese. L'operazione inciderà anche sul commercio tra Stati membri nella misura in cui occorrerà effettivamente che i fornitori di altri Stati membri domandino l'accesso ai canali di distribuzione della Kesko per poter assicurare uno smercio sufficiente dei loro prodotti in Finlandia.

12 Inoltre, entrambe le società sono altresì affiliate a tutta una serie di gruppi d'acquisto internazionali, al pari di altre imprese operanti nel medesimo settore in altri Stati membri. Dalla primavera del 1996 Kesko ha inoltre ampliato le sue attività mediante l'apertura di punti di vendita al dettaglio in Svezia».

109 Orbene, emerge dall'applicazione, nel caso di specie, della giurisprudenza di cui sopra (punti 103-105 e 108 supra) che l'insieme dei fatti indicati dalla Commissione al punto 11 della decisione controversa, cioè che la concentrazione in esame porterà ad una chiusura del mercato finlandese dei beni di consumo corrente ad imprese straniere, che una percentuale importante dei prodotti venduti dalla Kesko e dalla Tuko ha origine non finlandese, e che i fornitori di altri Stati membri saranno obbligati a rivolgersi alla Kesko per poter assicurare uno smercio sufficiente dei loro prodotti in Finlandia, è sufficiente per dimostrare l'esistenza di effetti della concentrazione sul commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89.

110 Inoltre, i fatti indicati al punto 12 della decisione controversa, cioè che la Kesko e la Tuko sono entrambe affiliate a tutta una serie di gruppi d'acquisto internazionali, e che la Kesko ha ampliato le sua attività in Svezia, costituiscono anch'essi elementi ulteriori che confermano l'esistenza, nel caso di specie, di tale effetto.

111 Quanto all'argomento secondo cui la Commissione non avrebbe prodotto prove concludenti riguardo all'asserito effetto della concentrazione sul commercio tra Stati membri, occorre rilevare che il commercio finlandese al minuto si caratterizza per l'esistenza di due sole catene volontarie di dettaglianti, cioè il «blocco» Kesko e il «blocco» Tuko. Nella decisione controversa, la Commissione ha, in particolare, accertato che:

— sul mercato della vendita al minuto dei beni di consumo corrente, la Kesko e la Tuko detenevano una quota di mercato di almeno il 55%, tanto a livello locale quanto a livello regionale o nazionale (punto 106). Tale posizione era ancora rinforzata dal fatto che la Kesko e la Tuko detenevano il 69% dei punti vendita di superficie superiore ai 1000 mq, dato il loro controllo su un gran numero di locali commerciali adibiti alla vendita al minuto dei beni di consumo corrente, e dati numerosi altri fattori, come i sistemi diretti a vincolare le scelte dei clienti, l'importanza dei prodotti venduti con i loro propri marchi e i vantaggi risultanti dall'aumento del potere di acquisto (v. punti 106-138);

— sul mercato della vendita dei beni di consumo corrente all'ingrosso self-service, la quota di mercato congiunta della Kesko e della Tuko si situava tra il 50% ed il 100% in tutte le regioni della Finlandia, e si avvicinava all'80% a livello nazionale. Essa deteneva 56 magazzini adibiti al commercio all'ingrosso self-service, mentre i tre altri loro concorrenti non ne possedevano più

di 11, in tutto. In tutta la parte settentrionale della Finlandia, cioè nove regioni, la ricorrente era il solo operatore nel commercio all'ingrosso self-service (v. punti 139-146);

— i canali di distribuzione al di fuori di quelli controllati dalla Kesko e dalla Tuko non costituivano soluzioni accettabili per la maggioranza dei fornitori, soprattutto nel settore non alimentare (punti 146-153);

— la concentrazione creerà una posizione dominante sui mercati della vendita al minuto e del commercio all'ingrosso self-service, nonché un aumento del potere di acquisto della Kesko, che rinforzerà ancora tale posizione (punti 144-153);

— a seguito dell'operazione di concentrazione, è estremamente dubbio che imprese straniere possano installarsi sui mercati finlandesi della vendita dei beni di consumo corrente, che si tratti della vendita al minuto o all'ingrosso self-service (punti 154-161).

112 Fatta salva la questione se la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione riguardo ai legami esistenti tra la Kesko e i suoi dettaglianti, occorre constatare che gli elementi di cui sopra sono sufficienti a corroborare la conclusione della Commissione secondo cui la concentrazione avrebbe comportato, in particolare, la chiusura del mercato finlandese ai potenziali concorrenti degli altri Stati membri, e obbligato i fornitori di altri Stati membri a rivolgersi ai canali di distribuzione della Kesko/Tuko per garantire lo smercio dei loro prodotti in Finlandia.

113 D'altra parte, alla luce dell'insieme di tali elementi, la Commissione non ha commesso errori manifesti di valutazione nel rilevare l'esistenza di un effetto della concentrazione sul commercio tra Stati membri senza aver analizzato il mercato in rapporto a ciascun prodotto rilevante del settore dei beni di consumo corrente.

114 Anche se, come sostiene la ricorrente, taluni ostacoli all'entrata sul mercato finlandese esistevano prima dell'operazione di concentrazione in esame, emerge anche dagli elementi di cui sopra che tale operazione sarebbe suscettibile di rinforzarli in modo significativo, a scapito, in particolare, dei fornitori di altri Stati membri.

115 Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non ci sono contraddizioni nel fatto che, esaminando l'effetto sul commercio tra Stati membri, la Commissione abbia preso in considerazione le ripercussioni della concentrazione nei confronti dei fornitori degli altri Stati membri, mentre, nell'ambito della sua valutazione riguardo all'impatto concorrenziale della concentrazione, essa ha esaminato i soli mercati finlandesi. Si tratta, infatti, di due questioni distinte. Per determinare l'effetto sul commercio intracomunitario, la Commissione doveva necessariamente valutarlo tenendo conto delle correnti di scambio tra Stati membri. Per contro, la questione se la concentrazione in causa crei o rinforzi una posizione dominante, avente come conseguenza che una concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in modo significativo sul territorio dello Stato membro interessato ai sensi dell'art. 22, n. 3, riguarda, per sua stessa natura, gli effetti della concentrazione sul mercato nazionale.

116 Quanto all'argomento relativo alla dichiarazione della Commissione che figura alla pagina 286 della *Diciannovesima Relazione sulla politica di concorrenza* occorre ricordare che essa recita nel modo seguente:

«Riguardo all'art. 22

— La Commissione dichiara che, normalmente, intende applicare gli articoli 85 e 86 del trattato che istituisce la Comunità economica europea alle concentrazioni definite all'art. 3 solo tramite il presente regolamento.

Essa si riserva tuttavia di intervenire, conformemente alle procedure previste dall'articolo 89 del trattato, per le operazioni di concentrazione definite all'articolo 3 che siano però prive di dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1, nei casi non previsti dall'articolo 22.

Essa non intende comunque intervenire nei confronti di operazioni il cui livello di fatturato mondiale sia inferiore a 2 miliardi di ecu o al livello di fatturato comunitario minimo di 100 milioni di ecu, considerando che al di sotto di tali livelli un'operazione di concentrazione non potrebbe normalmente incidere in modo significativo sul commercio tra Stati membri.

— Il Consiglio e la Commissione constatano che il trattato che istituisce la Comunità economica europea non contiene disposizioni che riguardino in modo specifico il controllo preventivo delle concentrazioni.

Il Consiglio ha quindi deciso, su proposta della Commissione e in conformità della procedura di cui all'art. 235 del trattato, di instaurare un nuovo dispositivo di controllo delle concentrazioni.

Il Consiglio e la Commissione ritengono, per ragioni cogenti di certezza del diritto, che questo nuovo regolamento sia il solo applicabile, a titolo esclusivo, alle concentrazioni definite all'articolo 3.

— Il Consiglio e la Commissione dichiarano che le disposizioni previste all'articolo 22, paragrafi da 3 a 5, non pregiudicano assolutamente il potere, per gli Stati membri diversi da quello a richiesta del quale la Commissione interviene, di applicare le legislazioni nazionali sui rispettivi territori».

117 Occorre osservare che il secondo paragrafo di tale passaggio fa espresso riferimento ad un intervento della Commissione, conformemente alle procedure previste dall'art. 89 del Trattato, in «ipotesi non previste dall'art. 22» del regolamento n. 4064/89. Sembra così che il secondo e il terzo paragrafo di detti passaggi abbiano come scopo quello di precisare le condizioni di un intervento della Commissione in materia di operazioni di concentrazione al di fuori dell'ambito regolamentare citato. Ne consegue che la dichiarazione, visti i passaggi di cui sopra, non prende in considerazione l'ipotesi di una domanda di uno Stato membro ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89.

118 In ogni caso, una tale dichiarazione non è tale da vincolare la Commissione allorché, nell'ambito di una causa relativa all'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, risulta che il commercio tra Stati membri è sensibilmente pregiudicato dall'operazione di concentrazione nonostante il fatto che ciascuna delle imprese interessate realizzi più di due terzi del suo fatturato all'interno di un solo ed unico Stato membro, ai sensi dell'art. 1, n. 2, ultima frase, del regolamento n. 4064/89. Infatti, da un lato, la dichiarazione di cui sopra si limita ad indicare quale sarebbe «normalmente» l'atteggiamento della Commissione nelle circostanze considerate, cosa che non esclude la possibilità da parte di essa di tenere un altro atteggiamento in un altro caso determinato. D'altra parte, una tale dichiarazione non potrebbe porre in non cale l'obbligo della Commissione di interpretare la condizione dell'effetto della concentrazione sul commercio tra Stati membri conformemente alla giurisprudenza della Corte e del Tribunale di cui sopra (punti 103-105 e 108 sopra).

119 Infine, risulta da quanto precede che la Commissione non ha commesso, in rapporto agli effetti della concentrazione sul commercio tra Stati membri, una violazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 190 del Trattato.

120 Il secondo motivo della ricorrente deve quindi essere respinto.

Sul terzo motivo, relativo ad un errore manifesto di valutazione o di diritto riguardo all'esistenza di una posizione dominante

Argomenti delle parti

121 In una prima parte del motivo, la ricorrente fa valere che ingiustamente la Commissione ha ritenuto, ai punti 15, 65 e 66 della decisione controversa, che i venditori all'ingrosso Tuko e Kesko siano integrati verticalmente con i dettaglianti ai quali essi forniscono merci e servizi. La Commissione avrebbe dunque concluso erroneamente che le due imprese, terminata l'operazione di cui trattasi, costituivano un'entità economica unica, e che esse avevano creato una posizione dominante sul mercato della vendita al minuto dei beni di consumo corrente.

122 Secondo la ricorrente, la Commissione non aveva il diritto di cumulare le quote di mercato dei dettaglianti Kesko e Tuko per attribuirgliene la totalità senza prima accertare l'esistenza di una situazione di «controllo» ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89. Infatti, sarebbe essenziale distinguere, da un lato, la cooperazione verticale fondata sul controllo, realizzata in un gruppo di società o nell'ambito di un accordo di franchising, e, dall'altro, la cooperazione orizzontale esistente nelle catene volontarie tra dettaglianti indipendenti.

123 La nozione di controllo, come definita, in particolare, all'art. 3, n. 3, del regolamento n. 4064/89, riposerebbe sull'idea di una influenza determinante sull'attività di un'altra impresa. Non sarebbe logico prendere in considerazione la

condizione del «controllo» di cui al detto art. 3 per decidere dell'esistenza di una concentrazione, e poi ignorarla nella fase dell'analisi del potere economico e finanziario dell'impresa interessata sul mercato, ai sensi dell'art. 2, n. 1, del regolamento n. 4064/89.

124 Tanto la comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione (GU C 385 del 31 dicembre 1994, pag. 5) quanto la sua pratica decisionale dimostrerebbero l'importanza della condizione relativa al controllo (v. sentenza della Corte 14 luglio 1972, causa 48/69, ICI/Commissione, Racc. pag. 619, e sentenza del Tribunale 12 gennaio 1995, causa T-102/92, Viho/Commissione, Racc. pag. II-17). Inoltre, le autorità nazionali competenti ad applicare il diritto finlandese e svedese della concorrenza riterrebbero le catene volontarie come una forma di cooperazione orizzontale tra rivenditori indipendenti. Si suppone che tali autorità conoscano il mercato in questione.

125 La ricorrente ritiene poi che le parti nell'operazione di concentrazione debbano essere identificate secondo i termini dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89 ed è quindi solo alla concentrazione della Kesko e della Tuko, intervenuta a livello del commercio all'ingrosso, che la Commissione doveva applicare l'analisi prevista all'art. 2 del regolamento n. 4064/89. Essa avrebbe di conseguenza commesso un errore di diritto nel ritenere che la concentrazione tra i «blocchi» Kesko e Tuko comprendesse anche i dettaglianti. Se la Commissione avesse portato la sua attenzione sul commercio all'ingrosso, come avrebbe dovuto fare, essa sarebbe arrivata ad un risultato sensibilmente differente, dato che, in tale settore, le quote aggregate della Kesko e della Tuko sono di circa il 25%.

126 In una seconda parte del motivo, la ricorrente fa valere che la Commissione ha sbagliato nella sua analisi dei vincoli esistenti tra essa e i suoi dettaglianti.

127 Prima di tutto, la Commissione avrebbe sopravvalutato l'influenza esercitata dalla Kesko sull'attività dei dettaglianti tramite la proprietà dei locali commer-

ciali e di taluni beni da essi utilizzati. Infatti, la maggior parte di tali beni (capitale, beni mobiliari ecc.) sarebbero proprietà dei singoli dettaglianti, che impiegherebbero il loro personale, se non altro nella maggior parte dei casi. La Kesko possiederebbe i locali commerciali di solo circa il 32% dei suoi dettaglianti (che rappresentano all'incirca il 60% del suo fatturato) mentre la Tuko sarebbe proprietaria di solo circa il 20% dei negozi utilizzati dai dettaglianti. Inoltre, i beni detenuti dalla Kesko, e in particolare la proprietà dei logotipi Kesko e di taluni locali, le permetterebbe di influenzare i dettaglianti solo in maniera limitata.

128 In secondo luogo, la Commissione avrebbe dedotto, a torto, da taluni legami di diritto e di fatto la cui esistenza non è contestata, che la Kesko e i suoi dettaglianti formerebbero un'unica entità economica, e che tali legami darebbero alla prima la possibilità di amministrare e controllare i secondi. Infatti, l'«accordo dei dettaglianti Kesko» («K retailer agreement») non sarebbe giuridicamente vincolante e mostrerebbe, inoltre, che il dettagliante è indipendente e che deve accettare la concorrenza degli altri dettaglianti Kesko. L'«accordo di collaborazione» («Collaboration Agreement») sarebbe sottoscritto solo dai dettaglianti che utilizzano locali appartenenti alla Kesko, e non conferirebbe quindi alla ricorrente il controllo di detti dettaglianti. Infine, gli «accordi di catena» («Chain Agreements») sarebbero di natura orizzontale e non costituirebbero quindi un mezzo da parte della Kesko per controllare i dettaglianti. D'altra parte, meno del 50% dei suoi dettaglianti parteciperebbero a tali accordi.

129 In terzo luogo, la Commissione avrebbe sopravvalutato l'importanza della Kesko in quanto grossista dei dettaglianti Kesko. Questi acquisterebbero circa il 63% delle loro merci direttamente presso fabbricanti e non sarebbero obbligati a rifornirsi presso la Kesko, i cui prezzi sarebbero solo leggermente inferiori a quelli dei suoi concorrenti. Inoltre, il servizio di fatturazione centrale e il sistema di sconti ad esso relativo non costituirebbero indizi caratteristici di una integrazione tra la ricorrente e i dettaglianti Kesko, tenuto conto del carattere limitato degli sconti consentiti e della natura facoltativa di detto servizio per i dettaglianti. Il fatto che la Kesko si faccia carico della fatturazione non le darebbe il diritto di influenzare i dettaglianti nella fissazione dei prezzi e di altre condizioni commerciali.

130 In quarto luogo, la Commissione avrebbe mal interpretato l'interesse dei prodotti venduti con il marchio Kesko. Infatti, tali prodotti sarebbero generalmente imitazioni di prodotti di marca esistenti, venduti a prezzi inferiori, cosa che produrrebbe un aumento, e non una diminuzione, della concorrenza al livello del commercio al minuto.

131 In quinto luogo, il sistema di carta-privilegio della ricorrente non costituirebbe una «strategia diretta a vincolare a sé il cliente», contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione. Detta carta sarebbe solamente un mezzo di pagamento, la cui utilizzazione darebbe occasionalmente diritto di beneficiare di promozioni speciali e non avrebbe una grande importanza per la maggior parte dei consumatori. Per di più, le informazioni sulle abitudini di acquisto che l'utilizzo della carta permetterebbe di riunire non potrebbero essere sfruttate a fini anticoncorrenziali.

132 In sesto luogo, la ricorrente sostiene che, anche se i dettaglianti Kesko detengono diritti di voto in seno al suo azionariato ed esercitano così un controllo su di essa, si tratta di un controllo «teorico» dal momento che gli interessi dei dettaglianti sono spesso divergenti. Inoltre, l'obbligo imposto ai dettaglianti di detenere azioni Kesko (per un valore totale di circa 12 280 euro) avrebbe come scopo principale di garantire il credito ad essi accordato dalla Kesko, e non impedirebbe loro di abbandonare il «blocco» Kesko vendendo le azioni.

133 In settimo luogo, la Commissione non avrebbe dimostrato l'esistenza di una unitarietà di comportamento tra le catene di dettaglianti Kesko. Anche se la concorrenza all'interno delle catene è limitata, non ci sarebbero vincoli strutturali tra esse e ciascuna catena funzionerebbe in modo indipendente. La ricorrente si riferisce, a tal proposito, ad uno studio del Consiglio nazionale delle ricerche sul consumo in Finlandia e a due studi della London Economics.

134 Infine, la Commissione non avrebbe dimostrato l'esistenza di barriere all'entrata sul mercato del commercio all'ingrosso.

135 La Commissione contesta l'interpretazione del diritto comunitario svolta dalla ricorrente riguardo all'importanza della condizione del controllo nella valutazione dell'esistenza di una posizione dominante. Infatti, solo i fattori citati all'art. 2 del regolamento n. 4064/89, in particolare al suo n. 1, lett. b), sarebbero pertinenti a questo stadio dell'analisi. La Commissione contesta anche le censure della ricorrente relative alla sua valutazione dei fatti e ritiene che gli elementi accertati siano sufficienti a giustificare la sua conclusione riguardo all'esistenza di una posizione dominante. I tre studi citati dalla ricorrente metterebbero semplicemente in luce differenze tra le catene del «blocco» Kesko, di cui la Commissione afferma aver tenuto conto.

136 La Repubblica francese e la Repubblica di Finlandia condividono, in sostanza, gli argomenti della Commissione.

Giudizio del Tribunale

— Sulla prima parte del motivo

137 La ricorrente fa valere, in sostanza, che la Commissione, nella sua valutazione degli effetti della concentrazione in causa, non poteva aggregare le quote di mercato dei dettaglianti Kesko e Tuko senza dimostrare che la Kesko e la Tuko avevano il «controllo» di tali dettaglianti ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 4064/89, e che, essendo quella della Kesko e della Tuko la sola «concentrazione» ai sensi di detto art. 3, la valutazione dell'effetto di tale concentrazione doveva limitarsi al solo mercato in cui operano la Kesko e la Tuko, cioè quello del commercio all'ingrosso.

138 Occorre precisare, a tal proposito, che l'art. 3 del regolamento n. 4064/89 definisce unicamente le condizioni di esistenza di una «operazione di concentrazione». Invece, quando la Commissione accerta, nell'ambito di un procedi-

mento ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, che una operazione costituisce proprio una concentrazione, ai sensi di detto art. 3, la questione se questa crei o rafforzi una posizione dominante avente come conseguenza che una concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in modo significativo sul territorio dello Stato membro interessato deve essere valutata tenendo conto delle condizioni di cui all'art. 2, n. 1, lett. a) e b), del regolamento n. 4064/89, conformemente all'art. 22, n. 4, prima frase, di detto regolamento.

139 Così, la Commissione non era per nulla tenuta, nell'ambito della sua valutazione degli effetti della concentrazione in esame sulla concorrenza, ad applicare la condizione del controllo, di cui all'art. 3 del regolamento n. 4064/89, allo scopo di determinare se occorresse cumulare le quote di mercato dei dettaglianti Kesko e Tuko. Infatti, essendo dimostrata l'esistenza della concentrazione della Kesko e della Tuko, spettava alla Commissione tener conto di tutti i fatti di specie, e in particolare dei legami esistenti tra, da un lato, la Kesko e la Tuko e, dall'altro, i loro rispettivi dettaglianti, al fine di valutare se tale concentrazione creava o rafforzava una posizione dominante avente come conseguenza un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sul pertinente mercato finlandese. Allo stesso modo, la Commissione non era per nulla tenuta a limitare la sua valutazione al solo mercato del commercio all'ingrosso, dal momento che essa era giunta alla conclusione che la concentrazione della Kesko e della Tuko avrebbe avuto anche effetti sul mercato della vendita al minuto dei beni di consumo corrente, tenuto conto degli stretti legami esistenti tra, da un lato, la Kesko e la Tuko e, dall'altro, i loro dettaglianti.

140 Ne consegue che la prima parte del motivo, relativo, in sostanza, ad un errore di diritto sussistente nella violazione degli artt. 2, 3 e 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, deve essere respinta.

— Sulla seconda parte del motivo

141 Riguardo all'asserito errore manifesto compiuto dalla Commissione nella sua valutazione dei legami esistenti tra la Kesko e i suoi dettaglianti, occorre rilevare

che, nell'ambito di una domanda ai sensi dell'art. 22, n. 3, del regolamento n. 4064/89, la Commissione è tenuta a verificare, per mezzo di un'analisi prospettiva dei mercati di riferimento, se l'operazione di concentrazione di cui essa è investita porterà alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante avente come conseguenza un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sul territorio dello Stato membro interessato.

142 A tal riguardo si deve rilevare che le norme sostanziali del regolamento, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare, per quanto concerne le valutazioni di ordine economico. Di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle norme in materia di concentrazioni, deve essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle norme di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni (v., in questo senso, sentenza della Corte 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, punti 221-224, e sentenza del Tribunale Gencor/Commissione, citata, punti 164 e 165).

143 Nel caso di specie, la Commissione descrive, ai punti 39-66 della decisione controversa, numerosi elementi di fatto a sostegno della sua conclusione secondo cui i «blocchi» Kesko e Tuko costituiscono «strutture a pianificazione centralizzata del commercio al minuto in Finlandia», di modo che occorre valutare la concentrazione in causa a livello del commercio al minuto, e non unicamente a livello del commercio all'ingrosso (punti 15 e 66 della decisione controversa). Peraltro, nei punti 93-135 e 146-161 della decisione controversa la Commissione richiama numerosi elementi di fatto per sostenere la sua conclusione secondo cui, in seguito alla concentrazione, la Kesko occupava una posizione dominante sul mercato finlandese del commercio al minuto (punti 136-138, 153 e 161 della decisione controversa).

144 La Commissione mette così in rilievo nella decisione controversa i seguenti elementi: i contratti che vincolano i dettaglianti alla Kesko (punti 40 e 44); il fatto che i dettaglianti siano tenuti ad utilizzare i logotipi Kesko nonché il servizio

assistenza fornito dalla Kesko (punto 45); i premi e gli sconti che spingono i dettaglianti a restare fedeli alla strategia del gruppo Kesko (punto 46); i meccanismi di controllo di cui dispone la Kesko per assicurarsi che ciascun dettagliante rispetti gli obiettivi comuni (punto 41); il fatto che i dettaglianti Kesko detengano la maggioranza dei diritti di voto in seno all'azionariato della Kesko e siano tutti membri del consiglio di sorveglianza della Kesko, il quale nomina tutti i membri degli altri organi di decisione (punti 4 e 43); l'organizzazione della Kesko in cinque catene volontarie, le cui politiche di acquisto e commerciale sono coordinate in modo centralizzato, in particolare per mezzo di un logotipo comune per ciascuna catena, ed equipaggiate, in particolare, di sistemi informatici moderni di cui la Kesko resta proprietaria (punti 47-50, 54-57 e 67-72); il fatto che i fornitori considerassero la Kesko e i suoi dettaglianti come un'impresa integrata, a motivo, in particolare, del sistema di fatturazione della Kesko (punti 51-53 e 148); la strategia della Kesko in materia di proprietà dei locali nei quali si svolgono le attività del commercio al minuto (punti 58-61 e 116-118) e gli impegni finanziari dei dettaglianti Kesko nei confronti della Kesko (punto 62).

145 La Commissione ha anche sottolineato che la maggior parte dell'analisi che precede vale anche per i rapporti tra la Tuko e i suoi dettaglianti e che, in ogni caso, al termine dell'operazione di concentrazione, la Kesko avrà la capacità di organizzare i dettaglianti della Tuko con le stesse modalità con cui sono organizzati i dettaglianti della Kesko (punto 65).

146 Per quanto riguarda la questione se, date tali condizioni, la concentrazione creerebbe o rafforzerebbe una posizione dominante avente come conseguenza che una concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in modo significativo sul mercato finlandese della vendita al minuto dei beni di consumo corrente, la Commissione sottolinea, in particolar modo, nella decisione controversa: il ruolo importante delle catene volontarie di dettaglianti in Finlandia, pur essendo tuttavia i «blocchi» Kesko e Tuko i soli presenti nel settore dei beni di consumo corrente (punto 39); il fatto che, dopo la concentrazione, il «blocco» Kesko rappresentasse almeno il 55% del totale delle vendite di detti beni in Finlandia, ossia una quota di mercato quasi tre volte maggiore di quella del suo principale concorrente (punti 93-98, e 106); la posizione di forza della Kesko e della Tuko nel settore delle grandi superfici in Finlandia (punti 107-115); il grande numero di locali destinati alla vendita al minuto dei beni di consumo corrente (punti 116-118); la strategia tendente a vincolare a sé la clientela per mezzo della carta privilegio

Kesko (punti 119-125); l'importanza dei prodotti venduti dalla Kesko e dalla Tuko con il loro marchio nonché i vantaggi concorrenziali che ne derivano (punti 126-130); i sistemi di distribuzione in possesso della Kesko e della Tuko, in particolare per quanto riguarda i prodotti surgelati (punti 131 e 132); l'aumento del potere di acquisto della Kesko dopo l'acquisto della Tuko (punti 133-135 e 146-153) ed il fatto che sia estremamente improbabile che un'impresa straniera tenti di inserirsi sul mercato finlandese del commercio al minuto di beni di consumo corrente (punti 154-161).

147 Alla luce degli elementi di cui sopra, quanto sostenuto dalla ricorrente non è tale da mettere in discussione le conclusioni della Commissione riguardo alla necessità di valutare le incidenze dell'operazione sulla concorrenza a livello di commercio al minuto (punti 39-66 della decisione controversa), di cumulare le quote di mercato di tutti i dettaglianti dei blocchi Kesko e Tuko per attribuirli alla Kesko (punti 93-105) e riguardo alla questione se la concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante avente come conseguenza che un'effettiva concorrenza sarebbe ostacolata in modo significativo sul mercato finlandese dei beni di consumo corrente (punti 106-161). Infatti, la ricorrente si è limitata ad affermare che la Commissione avrebbe dovuto adottare una differente analisi, senza apportare elementi concreti tali da inficiare l'analisi economica degli effetti dell'operazione di concentrazione operata ai punti 39-161 della decisione controversa.

148 Per quanto riguarda il primo argomento della ricorrente, secondo cui la Commissione avrebbe sovraestimato l'influenza esercitata dalla Kesko sui dettaglianti per mezzo della proprietà dei locali e dei beni da essi utilizzati, occorre rilevare che più del 60% del fatturato totale dei dettaglianti Kesko è realizzato dai negozi i cui locali appartengono alla Kesko (punto 59 della decisione controversa). Nello stesso modo, emerge dai punti 59-61 di detta decisione che i dettaglianti che esercitano le loro attività in locali di proprietà della ricorrente hanno concluso con essa un accordo di collaborazione, nel quale sono definiti i principi da rispettare per l'utilizzo dei locali commerciali nonché il

modo di calcolo dell'affitto, basato sul fatturato o sul margine di profitto. Per di più, il dettagliante non può cedere la sua attività senza l'accordo della Kesko.

149 Date tali circostanze, il fatto che la Kesko sia proprietaria di una parte significativa dei locali commerciali utilizzati dai dettaglianti Kesko deve essere considerato come un fattore importante per vincolare a sé questi ultimi. Non è quindi in nessun modo dimostrato che la Commissione abbia sopravvalutato tale fattore nella valutazione da essa svolta dei legami esistenti tra la Kesko e i suoi dettaglianti.

150 Il primo argomento della ricorrente deve dunque essere respinto.

151 Riguardo al secondo argomento della ricorrente, secondo cui la Commissione avrebbe trascurato l'importanza dei differenti accordi tra la Kesko e i suoi dettaglianti, occorre ricordare quanto segue:

— ai sensi dell'accordo sulla vendita al minuto messo a punto dalla Kesko, il dettagliante si impegna in particolare a «sforzarsi di sfruttare pienamente vantaggi che derivano dagli acquisti congiunti del "blocco" Kesko e dei prodotti venduti con il marchio del distributore. Il dettagliante Kesko non può, senza valido motivo, accordare alla Kesko un trattamento meno favorevole che agli altri fornitori» (punto 44 della decisione controversa);

— un numero importante di dettaglianti Kesko è, inoltre, legato da un «accordo di catena» concluso tra il dettagliante interessato e la catena Kesko alla quale appartiene (punto 5 supra). L'oggetto essenziale degli accordi di catena è di promuovere gli scambi di merci tra la Kesko e il dettagliante. In forza di detti

accordi, il dettagliante Kesko è vincolato dalle decisioni adottate dal consiglio di amministrazione della catena per quanto riguarda la politica commerciale, i prodotti che devono far parte dell'assortimento di base e i prezzi al dettaglio dei prodotti promozionali (v. punti 44, 47-50, e 54-57 della decisione controversa);

— i dettaglianti Kesko che utilizzano locali appartenenti alla Kesko sono vincolati dall'«accordo di collaborazione» il cui contenuto è stato esaminato sopra al punto 148;

— i dettaglianti Kesko sono tenuti ad utilizzare i logotipi Kesko, e beneficiano anche dei servizi di assistenza forniti dalla Kesko (punto 45 della decisione controversa);

— la Kesko offre premi ai dettaglianti Kesko e accorda loro sconti in funzione del volume degli acquisti compiuti presso di essa (punto 46 della decisione controversa).

152 Date tali condizioni, occorre considerare che, anche se i dettaglianti Kesko costituiscono imprese giuridicamente indipendenti e sopportano i rischi finanziari relativi alla loro attività, la Commissione non ha commesso errori manifesti di valutazione nell'accertare, al punto 64 della decisione controversa, che gli accordi conclusi tra la Kesko e i suoi dettaglianti hanno come effetto di costringere questi ultimi a conformarsi alle politiche commerciali definite dalla ricorrente e a restare fedeli alla Kesko e alla catena Kesko alla quale essi appartengono.

153 Il secondo argomento della ricorrente deve dunque essere respinto.

154 Quanto al terzo argomento della ricorrente, secondo cui la Commissione avrebbe sovraestimato l'importanza della Kesko in quanto grossista, occorre sottolineare che i dettaglianti Kesko effettuano il 37% dei loro acquisti direttamente presso la Kesko, cifra che la ricorrente è tenuta a precisare. D'altra parte, gli acquisti effettuati da questi stessi dettaglianti presso altri fornitori sono fatturati dalla ricorrente per il 46% dell'insieme degli acquisti, di modo che solamente il 17% dell'insieme degli acquisti dei dettaglianti Kesko sono realizzati indipendentemente dalla Kesko. Per quanto riguarda gli acquisti fatturati dalla Kesko, la Commissione ha, d'altra parte, precisato, al punto 52 della decisione controversa: a) che tali operazioni di fatturazione sono disciplinate da accordi conclusi tra la Kesko e i suoi fornitori; b) che la Kesko diventa proprietaria delle merci prima di rivenderle ai dettaglianti interessati, essendo tali operazioni contabilizzate come vendite nel rendiconto sui risultati della Kesko; c) che i vantaggi e gli sconti accordati alla Kesko dai suoi fornitori sono calcolati sulla base dell'insieme degli acquisti del gruppo Kesko, cioè i prodotti venduti alla ricorrente in quanto grossista nonché gli acquisti diretti effettuati dai dettaglianti Kesko in forza degli accordi di fatturazione di cui sopra e d) che le operazioni di fatturazione compiute dalla Kesko le permettono di ottenere informazioni importanti sui prezzi e altre condizioni commerciali applicati da ciascun fornitore.

155 Date tali condizioni, la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione abbia commesso un errore manifesto di valutazione nel concludere, al punto 53 della decisione controversa, che gli acquisti dei dettaglianti Kesko che non sono seguiti da una consegna delle merci da parte della Kesko ma che sono da essa fatturati non potrebbero essere considerati come una fonte di approvvigionamento indipendente di tale impresa.

156 Il terzo argomento della ricorrente deve quindi essere respinto.

157 Quanto al quarto argomento della ricorrente, occorre rilevare che le sue affermazioni non sono tali da contraddire le conclusioni della Commissione sull'importanza dei prodotti venduti con i marchi Kesko. Anche se è vero che la presenza dei marchi dei distributori rappresenta un elemento di concorrenza in più nei confronti dei prodotti di marca dei fabbricanti, la posizione di forza di cui godono i prodotti con marchio proprio di Kesko e di Tuko avvantaggia tali imprese in termini di fedeltà della clientela e possibilità di stabilire il prezzo di un maggior numero di articoli senza dover considerare la reazione della concorrenza (punto 130 della decisione controversa). D'altra parte, l'insieme delle marche Kesko e Tuko, molto richieste dalla clientela, avrebbe rafforzato il potere di negoziazione della ricorrente rispetto ai suoi fornitori, con la possibilità di ottenere nuove condizioni più favorevoli e, in particolare, una riduzione dei prezzi a scapito dei suoi concorrenti (punti 129-133 della decisione controversa).

158 Il quarto argomento della ricorrente non può dunque essere accolto.

159 Per quanto riguarda il quinto argomento della ricorrente, secondo cui la Commissione avrebbe esagerato l'importanza della carta privilegio Kesko, occorre osservare che, anche se è vero che detta carta, di per sé stessa, non costituisce un fattore determinante, è a giusto titolo che la Commissione ha rilevato, senza poter essere contraddetta dalla ricorrente, che la carta privilegio Kesko costituisce un incentivo per il cliente a vincolarsi e anche un potente

strumento di «marketing» per la Kesko (punti 119-125 della decisione controversa).

160 Il quinto argomento della ricorrente deve quindi essere respinto.

161 Per quanto riguarda il sesto argomento della ricorrente, secondo cui i diritti di voto dei dettaglianti Kesko, nonché l'obbligo di questi ultimi di detenere un numero minimo di azioni privilegiate della Kesko, hanno poca importanza nella pratica, occorre ricordare che le azioni privilegiate detenute dai dettaglianti Kesko e i loro associati conferiscono loro il controllo effettivo della maggioranza dei diritti di voto nell'impresa (punto 4 della decisione controversa). Tale situazione permette ai dettaglianti Kesko, in particolare, di controllare il consiglio di sorveglianza della Kesko, il quale nomina tutti i membri degli altri organi di decisione e di direzione dell'impresa (punto 43 della decisione controversa). D'altra parte, tali azioni sono depositate in garanzia presso la Kesko, allo scopo di garantire il rispetto degli obblighi del dettagliante nei confronti di quest'ultima (punto 62 della decisione controversa).

162 Alla luce di tali elementi, occorre constatare che la ricorrente non ha dimostrato un errore manifesto da parte della Commissione nella valutazione della struttura giuridica del «blocco» Kesko e dell'impegno finanziario dei dettaglianti Kesko. Più precisamente, gli argomenti della ricorrente non sono tali da inficiare la conclusione della Commissione secondo cui il «blocco» Kesko costituisce, in realtà, una struttura a pianificazione centralizzata del mercato finlandese del commercio al minuto fondato, in particolare, su accordi che fissano una cooperazione orizzontale tra i dettaglianti Kesko e diretti a normalizzare i comportamenti di questi ultimi e, pertanto, a limitare la loro indipendenza, in

nome dell'interesse comune, in settori come gli acquisti, l'immagine del marchio, la promozione e le vendite (punti 39-41 e 63-66 della decisione controversa).

163 Il sesto argomento della ricorrente deve quindi essere respinto.

164 Riguardo al settimo argomento della ricorrente, relativo alla mancanza di prova di una unitarietà di comportamento tra le catene di dettaglianti Kesko, occorre ricordare, anzitutto, che la ricorrente non ha contestato la conclusione della Commissione secondo cui non esiste una concorrenza degna di nota all'interno di ciascuna delle cinque catene nazionali della Kesko (punti 47-50 e 54-57 della decisione controversa). Emerge infatti dalla decisione controversa che ciascuna catena nazionale di dettaglianti Kesko è dotata di un consiglio di amministrazione composto da dettaglianti interessati nonché di un'«unità di controllo» comprendente esclusivamente impiegati della Kesko. Tale struttura permette di attuare la coordinazione delle attività dei dettaglianti della catena in tema di acquisti, di politica commerciale e di politica delle vendite (punto 48 della decisione controversa). Tale coordinazione doveva essere rinforzata dall'installazione, a termine, nei negozi dei dettaglianti, di sistemi informatici moderni, di proprietà della Kesko (punto 50 della decisione controversa).

165 Per quanto riguarda la concorrenza tra le diverse catene in causa, è vero che lo studio del Consiglio nazionale di ricerca sul consumo in Finlandia prodotto dalla ricorrente (allegato XI al ricorso) sembra dimostrare, a prima vista, divergenze di prezzo per uno stesso prodotto offerto dai differenti dettaglianti Kesko, e quindi

l'esistenza di una certa concorrenza tra essi. Tuttavia, il fatto che la struttura della Kesko autorizzi un certo livello di concorrenza, in particolare tra le diverse catene Kesko — e ciò, apparentemente, allo scopo di conformarsi al diritto finlandese della concorrenza, come affermato dalla ricorrente al punto 133 del suo ricorso —, non è sufficiente, di per sé, ad inficiare la conclusione della Commissione secondo cui, tenuto conto dell'insieme degli elementi esposti ai punti 39-66 della decisione controversa, occorre considerare la Kesko e i suoi dettaglianti come una struttura a pianificazione centralizzata sul mercato finlandese del commercio al minuto.

166 Ne risulta che la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione nel concludere che l'effetto della concentrazione della Kesko e della Tuko sulla concorrenza doveva essere analizzato, considerati i legami esistenti tra, da un lato, la Kesko e la Tuko e, dall'altro, i loro rispettivi dettaglianti, tanto a livello del commercio all'ingrosso, quanto del mercato della vendita al minuto in Finlandia.

167 Infine, la ricorrente non ha prodotto alcun elemento tale da inficiare la conclusione della Commissione, di cui ai punti 154-161 della decisione controversa, secondo cui la concentrazione rafforzerebbe gli ostacoli all'acccesso ai

mercati finlandesi della vendita al minuto e all'ingrosso dei beni di consumo corrente.

168 Da tutto ciò che precede risulta che la seconda parte del terzo motivo deve essere respinta.

169 Ne consegue che il ricorso deve essere respinto nel suo complesso.

Sulle spese

170 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, primo comma, del regolamento di procedura del Tribunale, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda. La ricorrente è rimasta soccombente e va quindi condannata alle spese, avendo la Commissione concluso in tal senso.

171 Tuttavia, ai sensi dell'art. 87, n. 4, primo comma, del regolamento di procedura, gli Stati membri che sono intervenuti in una causa sopporteranno le proprie spese. Ne consegue che la Repubblica di Finlandia e la Repubblica francese sopporteranno ciascuna le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Seconda Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

1) **Il ricorso è respinto.**

2) **La ricorrente sopporterà le proprie spese, nonché quelle affrontate dalla Commissione.**

3) **La Repubblica di Finlandia e la Repubblica francese sopporteranno ciascuna le proprie spese.**

Potocki Lenaerts Bellamy

Azizi Meij

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 15 dicembre 1999.

Il cancelliere

H. Jung

Il presidente

A. Potocki