ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer — uitgebreid)

15 december 1999 *

In zaak T-22/97,

Kesko Oy, vennootschap naar Fins recht, gevestigd te Helsinki, vertegenwoordigd door G. van Gerven, advocaat te Brussel, en S. Beeston, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Loesch & Wolter, Rue Goethe 11,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner, lid van de juridische dienst, bijgestaan door S. Kinsella, Solicitor, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van de juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

ondersteund door

Republiek Finland, vertegenwoordigd door T. Pynnä, juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, bijgestaan door D. Vaughan, QC, van de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Finse ambassade, Rue Heinrich Heine 2,

en

Franse Republiek, vertegenwoordigd door J.-F. Dobelle, adjunct-directeur bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, F. Million, chargé de mission bij die directie, en K. Rispal-Bellanger, onderdirecteur bij die directie, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Franse ambassade, Boulevard Joseph II 8B,

interveniënten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 97/277/EG van de Commissie van 20 november 1996 waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard (Zaak nr. IV/M.784 — Kesko/Tuko, PB 1997, L 110, blz. 53),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: A. Potocki, kamerpresident, K. Lenaerts, C. W. Bellamy, J. Azizi en A. W. H. Meij, rechters,

griffier: A. Mair, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 11 november 1998 en 2 juni 1999,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

1 Artikel 22 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1, rectificatie in PB 1990, L 257, blz. 13; hierna: „verordening nr. 4064/89"), bepaalt:

„3. Indien de Commissie, op verzoek van een lidstaat, constateert dat een concentratie als omschreven in artikel 3 doch zonder communautaire dimensie in de zin van artikel 1, een machtspositie doet ontstaan of versterkt

waardoor een daadwerkelijke mededinging op het grondgebied van de betrokken lidstaat in belangrijke mate zou worden belemmerd, kan zij, voor zover die concentratie de handel tussen lidstaten beïnvloedt, de in artikel 8, lid 2, tweede alinea, en leden 3 en 4, bedoelde beschikkingen geven.

4. Artikel 2, lid 1, onder a en b, en de artikelen 5, 6, 8 en 10 tot en met 20 zijn van toepassing. De in artikel 10, lid 1, gestelde termijn voor het inleiden van de procedure gaat in op de datum van ontvangst van het verzoek van de lidstaat. Dit verzoek moet worden gedaan uiterlijk binnen een termijn van een maand vanaf de datum waarop de concentratie bij de lidstaat is aangemeld of is verwezenlijkt. Deze termijn gaat in op het ogenblik dat de eerste van deze gebeurtenissen zich voordoet.

5. De Commissie treft uit hoofde van lid 3 slechts de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn om een daadwerkelijke mededinging te handhaven of te herstellen op het grondgebied van de lidstaat op wiens verzoek zij is opgetreden."

2 Artikel 2, lid 1, van verordening nr. 4064/89, betreffende de beoordeling van concentraties, luidt:

„Concentraties in de zin van deze verordening worden aan de hand van onderstaande bepalingen getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening:

a) met de noodzaak op de gemeenschappelijke markt een daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van met name de structuur van alle betrokken markten en van de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;

b) met de marktpositie van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van vraag naar en aanbod van de betrokken producten en diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging."

Feiten en procedure

3 Verzoekster, Kesko Oy (hierna: „Kesko"), is een naamloze vennootschap naar Fins recht, die actief is op het gebied van de detailhandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik en speciale producten. Zij beweegt zich ook op het terrein van de groothandel in en de cash-and-carryverkoop van dergelijke goederen. Het aandelenkapitaal van Kesko is verdeeld in prioriteitsaandelen en gewone aandelen. De prioriteitsaandelen zijn, al dan niet rechtstreeks, in handen van Kesko's detailhandelaren (hierna: „Kesko-detailhandelaren"). Wegens de extra stemmen waarop die aandelen volgens verzoeksters statuten recht geven, hebben de Kesko-detailhandelaren in feite de meerderheid van de stemmen in Kesko. Volgens de statuten van Kesko moeten alle leden van haar raad van toezicht, die

de leden van de andere besluitvormende en uitvoerende organen van Kekso benoemt, Kesko-detailhandelaren zijn.

4 De belangrijkste doelstelling van Kesko is, inkoop en promotie op grotere schaal mogelijk te maken dan voor individuele detailhandelaren mogelijk is. Kesko's activiteiten omvatten dus het met leveranciers overeenkomen van gunstige aankoopvoorwaarden, het bevoorraden van haar detailhandelaren en het verlenen van tal van bijkomende diensten.

5 De Kesko-detailhandelaren, die rechtens onafhankelijke ondernemers zijn, zijn contractueel aan Kesko gebonden. Zij zijn actief op het gebied van de detailhandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik en/of speciale producten en zijn sedert 1995 georganiseerd in vijf ketens van winkels met gemeenschappelijke kenmerken, te weten de „Neighbourhood Stores", de „Supermarkets Kesko", de „Superstores Kesko", de „Citymarkets Kesko" en de „Rimi"-winkels. Een belangrijk deel van de bedrijfsruimten is eigendom van Kesko.

6 Tuko Oy (hierna: „Tuko") was ook een naamloze vennootschap naar Fins recht, die gespecialiseerd was in de groothandel en detailhandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik en speciale producten. Tuko bezat eigen verkooppunten en had daarnaast samenwerkingsovereenkomsten gesloten met een groot aantal rechtens onafhankelijke detailhandelaren (hierna: „Tuko-detailhandelaren"). De Tuko-detailhandelaren waren ondergebracht in drie groepen, namelijk de Sparketen, de Anttila-warenhuizen en de Tarmo-winkels. Tuko bewoog zich ook op het terrein van de groothandel in en de cash-and-carryverkoop van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik.

7 Op 27 mei 1996 sloot Kesko een aantal overeenkomsten met het oog op de verwerving van 56,3 % van het aandelenkapitaal van Tuko, waardoor zij 59,3 % van de stemrechten verkreeg. Daarna verhoogde zij haar belang in Tuko tot meer dan 99 % van het aandelenkapitaal.

8 Op 26 juni 1996 verzocht de Finse dienst voor mededinging (hierna: „FDM") de Commissie, overeenkomstig artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 een onderzoek in te stellen naar de overname van Tuko door Kesko.

9 Op 28 juni 1996 stelde Kesko beroep in bij de Korkein hallinto-oikeus (hoogste administratieve rechter; hierna „HAR"), waarbij zij de bevoegdheid van de FDM om zich overeenkomstig artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 met een verzoek tot de Commissie te wenden, betwistte.

10 Op 19 juli 1996 zond het Finse Ministerie van Handel en Industrie de Commissie een afschrift van de memorie die het had ingediend in het kader van het door Kesko bij de HAR ingestelde beroep, waarin het zich op het standpunt stelde, dat de FDM bevoegd was een dergelijk verzoek te doen.

11 Bij besluit van 26 juli 1996 besloot de Commissie, van oordeel dat er ernstige twijfel bestond over de verenigbaarheid van de betrokken concentratie met de gemeenschappelijke markt, de procedure van artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 in te leiden „in afwachting van de definitieve uitspraak van de hoogste administratieve rechter van Finland".

12 Op 17 september 1996 zond de Commissie verzoekster overeenkomstig artikel 18, lid 1, van verordening nr. 4064/89 een mededeling van punten van bezwaar, waarop verzoekster op 2 oktober 1996 antwoordde.

13 De HAR wees zijn arrest op 1 oktober 1996. Hij deed geen uitspraak over de grond van de zaak, daar hij het beroep niet-ontvankelijk achtte.

14 Bij brief van 23 oktober 1996 stelde verzoekster de Commissie bepaalde verbintenissen voor, teneinde haar twijfels omtrent de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt weg te nemen.

15 Op 20 november 1996 gaf de Commissie op basis van, inzonderheid, de artikelen 8, lid 3, en 22 van verordening nr. 4064/89 beschikking 97/277/EG waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard (Zaak nr. IV/M.784 — Kesko/Tuko, PB 1997, L 110, blz. 53; hierna: „bestreden beschikking").

16 In de bestreden beschikking stelde de Commissie onder meer vast:

— dat de betrokken concentratie niet uitsluitend op het niveau van de groothandel moest worden beoordeeld, maar ook op het niveau van de detailhandel, gelet op de banden tussen Kesko en Tuko enerzijds en hun respectieve detailhandelaren anderzijds, zoals beschreven in de punten 39 tot en met 66;

— dat de concentratie van Kesko en Tuko tot het in het leven roepen of het versterken van een machtspositie zou leiden, met als gevolg dat een daadwerkelijke mededinging op de Finse markt voor de detailhandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik op significante wijze zou worden belemmerd (zie, inzonderheid, punten 93-138);

— dat de concentratie zou leiden tot het ontstaan van een dominante aanbodstructuur, met als gevolg dat een daadwerkelijke mededinging op de Finse markt voor de groothandel in en de cash-and-carryverkoop van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik op significante wijze zou worden belemmerd (punten 139-145);

— dat de door de concentratie in het leven geroepen machtspositie op de Finse detailhandelsmarkt en cash-and-carrymarkt de macht van Kesko als afnemer zou doen toenemen en daardoor haar machtspositie op deze markten nog zou versterken (punten 146-153);

— dat de concentratie de belemmeringen voor de toegang tot de markt zou versterken en de toetreding van een nieuwe concurrent tot de betrokken markten uiterst onwaarschijnlijk zou maken (punten 154-161);

— dat de verandering in de structuur van de Finse detailhandels- en cash-and-carrymarkten voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel een merkbare invloed op het verloop van de handel tussen lidstaten zou hebben (punten 10-13).

17 De Commissie weigerde ook de door Kesko in haar brief van 23 oktober 1996 voorgestelde verbintenissen te aanvaarden, onder meer op grond dat deze kennelijk ontoereikend waren om een einde te maken aan Kesko's machtspositie op de Finse detailhandelsmarkt voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik (punten 162-172 van de bestreden beschikking).

18 In punt 173 van de bestreden beschikking verklaarde de Commissie onder meer, dat zij „in een afzonderlijke beschikking op grond van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 4064/89 passende maatregelen [zou] gelasten om een daadwerkelijke mededinging te herstellen".

19 Artikel 1 van de bestreden beschikking bepaalt: „De concentratie waarbij Kesko Oy door de aankoop van aandelen de uitsluitende zeggenschap over Tuko Oy heeft verkregen, wordt onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-Overeenkomst verklaard."

20 De bestreden beschikking werd nog op de dag van haar vaststelling, namelijk op 20 november 1996, aan Kesko meegedeeld.

21 Op 21 november 1996 zond de Commissie Kesko een mededeling op grond van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 4064/89, waarin zij te kennen gaf dat zij het passend achtte een beschikking op grond van artikel 8, lid 4, van die verordening te geven, waarbij Kesko zou worden verplicht de bedrijfsactiviteiten van Tuko op het gebied van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik „en bloc" te verkopen.

22 Op 30 januari 1997 deed Kesko de Commissie een voorstel, inhoudende dat de bedrijfsactiviteiten van Tuko op het gebied van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik, met uitzondering van de Anttila-warenhuizen, zouden worden verkocht aan een consortium van derde ondernemingen.

23 Bij op 31 januari 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift stelde Kesko het onderhavige beroep in, waarbij zij nietigverklaring van de bestreden beschikking vordert. De zaak werd onder nummer T-22/97 ingeschreven.

24 Op 7 februari 1997 sloten Kesko, Tuko en enkele dochterondernemingen van Tuko met derde ondernemingen een kaderovereenkomst (hierna: „afstotings-overeenkomst") met het oog op de afstoting van de bedrijfsactiviteiten van Tuko op het gebied van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik, met uitzondering van de Anttila-warenhuizen, overeenkomstig het op 30 april 1997 aan de Commissie voorgelegde voorstel.

25 In paragraaf 4 van die overeenkomst was bepaald, dat de betrokken transacties enkel van kracht zouden worden indien de Commissie, uiterlijk op 30 april 1997, haar goedkeuring had verleend of geen bezwaren had geuit.

26 Op 19 februari 1997 gaf de Commissie op grond van de artikelen 8, lid 4, en 22 van verordening nr. 4064/89, beschikking 97/409/EG tot vaststelling van maatregelen om een daadwerkelijke mededinging te herstellen (Zaak nr. IV/M.784 — Kesko/Tuko, PB L 174, blz. 47; hierna: „afstotingsbeschikking"). Uit punt 13 van deze beschikking blijkt, dat Kesko's voorstel om bepaalde activiteiten van Tuko aan een consortium van derde ondernemingen te verkopen, in een laat stadium van de procedure werd gedaan en dat de Commissie zich niet volledig in dat voorstel kon vinden.

27 De afstotingsbeschikking bepaalt:

„*Artikel 1*

Kesko wordt gelast de bedrijfsactiviteiten van Tuko Oy op het gebied van dagelijkse consumptiegoederen af te stoten door deze te verkopen aan een koper die een levensvatbare, bestaande of toekomstige concurrent, onafhankelijk van en niet gelieerd met de Kesko-groep, moet zijn welke over de nodige financiële middelen en bewezen deskundigheid beschikt om de afgestoten bedrijfsactiviteiten op zodanige wijze voort te zetten en te ontwikkelen dat het vermogen aanwezig is om actief met Kesko op het gebied van dagelijkse consumptiegoederen te concurreren, hierna ‚de aan de koper te stellen eisen' genoemd. (...)

Artikel 2

1. Kesko moet binnen dertig dagen na de kennisgeving van deze beschikking met de goedkeuring van de Commissie een onafhankelijke ‚trustee' benoemen, die tot taak heeft toezicht uit te oefenen op de exploitatie en het beheer van de overeenkomstig artikel 1 af te stoten activa.

2. Kesko moet ervoor zorg dragen dat de onherroepelijke opdracht van de ‚trustee' de volgende rechten en verplichtingen omvat:

(...)

d) (...) het uitbrengen van een maandelijks schriftelijk verslag aan de Commissie over de exploitatie en het beheer van het af te stoten pakket en over relevante ontwikkelingen in de onderhandelingen van de ‚trustee' met derden die in de aankoop van het af te stoten pakket geïnteresseerd zijn; in laatstbedoelde verslagen moet worden aangegeven binnen welke tijdspanne met geïnteresseerde derden een overeenkomst tot stand zou kunnen worden gebracht, en moet met name voldoende informatie worden verstrekt om de Commissie in staat te stellen te beoordelen of eenieder die een aanbod doet, aan de aan de koper te stellen eisen voldoet.

Indien de ‚trustee' van oordeel is dat een aanbod dat niet aan de in artikel 1 vastgestelde criteria voldoet, hetzelfde resultaat zou opleveren als een aanbod tot aankoop ‚en bloc', dient deze dit in zijn verslag aan de Commissie te motiveren. Indien de Commissie geen bezwaar maakt overeenkomstig het bepaalde onder e, wordt een dergelijk aanbod in het kader van deze beschikking als geldig beschouwd;

(...)

Artikel 4

1. De in artikel 1 bedoelde afstoting moet binnen een termijn van zes maanden na de kennisgeving van deze beschikking definitief tot stand zijn gebracht. Kesko wordt geacht deze beschikking te zijn nagekomen, indien binnen deze termijn een

bindende overeenkomst betreffende de verkoop van het af te stoten pakket is ondertekend, mits de afstoting binnen een termijn van drie maanden na de datum van die ondertekening definitief tot stand wordt gebracht.

(...)

3. Indien het onmogelijk zou blijken om binnen de in lid 1 vastgestelde termijn van zes maanden een bindende overeenkomst te ondertekenen, kan de Commissie op verzoek van Kesko, en mits de ‚trustee' hiervoor gegronde redenen aanvoert, deze termijn verlengen. In dit geval moet Kesko de ‚trustee' de onherroepelijke opdracht geven het af te stoten pakket tegen de best mogelijke voorwaarden te verkopen (...). De afstoting moet in elk geval uiterlijk op 31 december 1997 volledig haar beslag hebben gekregen."

28 Op 3 maart 1997 legde Kesko de Commissie een ontwerp voor, waarin de rechten en verplichtingen van de „trustee" waren geformuleerd, zoals in de afstotingsbeschikking was voorgeschreven. Dat ontwerp bepaalde onder meer, dat Kesko de „trustee" ertoe zou kunnen verplichten, in de overeenkomst betreffende de verkoop van Tuko's bedrijfsactiviteiten op het gebied van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik een clausule op te nemen die inhield, dat die verkoop enkel zou doorgaan indien het door Kesko bij het Gerecht ingestelde beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking werd verworpen. Bij faxbericht van dezelfde datum gaf de Commissie te kennen, dat een dergelijke clausule onaanvaardbaar was.

29 Op 3 april 1997 legde de overeenkomstig de afstotingsbeschikking benoemde „trustee" de Commissie een rapport voor, waarin werd aanbevolen de afstotingsovereenkomst goed te keuren, zij het met toevoeging van de bepaling, dat in ruil voor het feit dat Kesko de Anttila-warenhuizen behield, de aan Kesko toebehorende bedrijfsruimten die aan twee Kesko-detailhandelaren waren verhuurd, aan een van de betrokken derde ondernemers moesten worden verkocht.

30 Bij faxbericht van 17 april 1997 deelde de Commissie Kesko overeenkomstig artikel 2, lid 2, sub d, van de afstotingsbeschikking mee, dat zij geen bezwaar had tegen de voorstellen van de „trustee".

31 Bij op 25 april 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift stelde Kesko beroep tot nietigverklaring van de afstotingsbeschikking in. De zaak werd onder nummer T-134/97 ingeschreven.

32 Bij brief van 14 augustus 1997 deelde de „trustee" de Commissie mee, dat de verschillende in zijn rapport voorziene transacties waren uitgevoerd.

33 Bij brief van 26 augustus 1997 deelde de Commissie Kesko mee, dat zij aan haar verplichtingen uit hoofde van de afstotingsbeschikking had voldaan.

34 Bij op 1 september 1997 ter griffie neergelegde akte liet Kesko het Gerecht weten, dat zij voornemens was afstand van instantie te doen in zaak T-134/97.

35 Bij beschikking van de president van de Tweede kamer van het Gerecht van 9 oktober 1997 werd zaak T-134/97 overeenkomstig artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering doorgehaald in het register van het Gerecht.

36 Bij beschikking van de president van de Tweede kamer van het Gerecht van 8 juni 1998 zijn de Republiek Finland en de Franse Republiek toegelaten tot interventie in zaak T-22/97 ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. De president heeft tevens bewilligd in verzoeksters verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde informatie jegens de interveniënten.

37 Na partijen te hebben gehoord, heeft het Gerecht zaak T-22/97 overeenkomstig artikel 51 van het Reglement voor de procesvoering verwezen naar een kamer bestaande uit vijf rechters.

38 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht overeenkomstig de artikelen 113 en 114, leden 3 en 4, van het Reglement van de procesvoering een uitsluitend aan de ontvankelijkheid van het beroep en aan het procesbelang van verzoekster gewijde mondelinge behandeling te geopend. Tijdens de openbare terechtzitting van 11 november 1998 zijn partijen in hun pleidooien aangaande deze twee kwesties gehoord en hebben zij de desbetreffende vragen van het Gerecht beantwoord.

39 Bij beschikking van 1 december 1998 heeft het Gerecht de voortzetting van de behandeling gelast, teneinde partijen over de grond van de zaak te horen, en heeft het de Republiek Finland toegestaan haar memorie in interventie aan te vullen waar het de grond van de zaak betreft.

40 Op 28 december 1998 heeft de Republiek Finland een tweede memorie in interventie ingediend.

41 Op rapport van de rechter-rapporteur zijn partijen tijdens de openbare terechtzitting van 2 juni 1999 in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht betreffende de grond van de zaak gehoord.

Conclusies van partijen

42 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

43 Verweerster concludeert dat het het Gerecht behage:

— primair, het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep zonder voorwerp te verklaren;

— meer subsidiair, het beroep als ongegrond te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

44 De Republiek Finland concludeert dat het het Gerecht behage, het beroep te verwerpen.

45 De Franse Republiek concludeert dat het het Gerecht behage, het beroep als ongegrond te verwerpen.

De ontvankelijkheid en het voorwerp van het beroep

Argumenten van partijen

46 De Commissie betoogt, dat verzoekster geen enkel belang meer heeft bij haar beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, en vraagt het Gerecht derhalve, het beroep niet-ontvankelijk of zonder voorwerp te verklaren.

47 Met de afstotingsovereenkomst van 7 februari 1997 heeft verzoekster zich volgens de Commissie onherroepelijk ertoe verbonden, een aantal activa van de hand te doen. Zij heeft ervoor gekozen die overeenkomst te sluiten, bij gebreke van enige verplichting om bepaalde stappen te ondernemen teneinde aan de bestreden beschikking te voldoen. Bovendien werd aan de afstotingsovereenkomst geen andere voorwaarde verbonden dan de goedkeuring door de Commissie, die bij brief van 17 april 1997 werd verleend.

48 In dit verband merkt de Commissie op, dat enkel het dispositief van een beschikking voorwerp kan zijn van een beroep, en niet de motivering van de beschikking als zodanig (arrest Gerecht van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie, T-138/89, Jurispr. blz. II-2181, punt 31).

49 Om een procesbelang aan te tonen, kan bovendien niet worden volstaan met het aanvoeren van toekomstige en onzekere rechtssituaties (arrest NBV en NVB/Commissie, reeds aangehaald, punt 33). Indien de Commissie in een hypothetische zaak betreffende de toepassing van verordening nr. 4064/89 of van artikel 85 of artikel 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG en 82 EG) de aard van de tussen Kesko en haar detailhandelaren bestaande banden diende te beoordelen, zou zij dit moeten doen aan de hand van alle relevante omstandig-

heden op dat moment. Voor zover verzoekster de wettigheid van een dergelijke nieuwe beschikking zou betwisten, zou zij een beroep tot nietigverklaring van die beschikking moeten instellen.

50 De argumenten volgens welke de bestreden beschikking van invloed zou kunnen zijn op het toekomstige optreden van de FDM, aan verzoeksters reputatie schade is toegebracht, en een eventueel arrest waarbij de bestreden beschikking nietig wordt verklaard, als grondslag zou kunnen dienen voor een toekomstig beroep tot schadevergoeding, zijn volgens de Commissie niet ter zake dienend.

51 Verzoekster betoogt, dat de door de Commissie verdedigde stelling volgens welke een onderneming die een bedrijf overneemt, haar procesbelang verliest indien zij dat bedrijf van de hand doet nadat die concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, zonder zich het recht voor te behouden dat bedrijf weer terug te kopen ingeval haar beroep mocht slagen, neerkomt op rechtsweigering.

52 In haar verzoekschrift verklaarde verzoekster, dat zij er niet op uit was Tuko weer in handen krijgen. Ter terechtzitting van 11 november 1998 gaf zij evenwel te kennen, dat zij vrij wilde zijn om, mocht de gelegenheid zich voordoen, alle dan wel een deel van Tuko's activa terug te kopen. Hoe dan ook is het verzoekster primair erom te doen te verhinderen, dat de Commissie of de FDM zich in de toekomst bij de beoordeling van haar situatie of die van de Kesko-detailhandelaren zal baseren op de — haars inziens onjuiste — analyse in de bestreden beschikking. Verzoekster wenst bovendien haar reputatie te herstellen en de mogelijkheid van het vorderen van schadevergoeding open te houden.

53 De Republiek Finland sluit zich in grote lijnen bij het betoog van de Commissie aan.

54 De Franse Republiek heeft zich niet uitgesproken over de ontvankelijkheid of het voorwerp van het beroep.

Beoordeling door het Gerecht

55 Wat om te beginnen de ontvankelijkheid van het beroep betreft, zij eraan herinnerd, dat het belang bij een beroep tot nietigverklaring wordt beoordeeld naar de dag waarop het beroep wordt ingesteld (arrest Hof van 16 december 1963, Forges de Clabecq/Hoge Autoriteit, 14/63, Jurispr. blz. 751, 780).

56 Op de datum waarop het beroep werd ingesteld, namelijk 31 januari 1997, had Kesko nog steeds zeggenschap over Tuko, welke zeggenschap zij door middel van de op 27 mei 1996 tot stand gebrachte concentratie had verkregen. Ofschoon zij op 30 januari 1997 aan de Commissie een ontwerp-voorstel voor de verkoop van Tuko's activiteiten op het gebied van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik, met uitzondering van de Anttila-warenhuizen, had voorgelegd, waren de voor de uitvoering van die transactie noodzakelijke overeenkomsten nog niet gesloten.

57 Alleen al wegens het feit dat de bestreden beschikking tot verzoekster is gericht, heeft verzoekster een procesbelang en heeft zij er belang bij, dat de wettigheid van die beschikking door de gemeenschapsrechter wordt getoetst (zie arrest Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punten 40-42). Bijgevolg had Kesko op het moment van instelling van het beroep hoe dan ook een bestaand en daadwerkelijk belang bij nietigverklaring van de bestreden beschikking.

58 Ten aanzien van de vraag, of verzoekster nadien haar belang bij het voortzetten van de procedure heeft behouden (zie arrest Hof van 19 oktober 1995, Rendo e.a./Commissie, C-19/93 P, Jurispr. blz. I-3319, punt 13), moet worden opgemerkt, dat het wegvallen van de contractuele grondslag van de concentratie op zichzelf niet een omstandigheid is die toetsing van de wettigheid van een beschikking van de Commissie waarbij die concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, uitsluit (arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 45).

59 Met betrekking tot het door de Commissie aangevoerde argument, dat verzoekster na de instelling van het beroep vrijwillig heeft afgezien van de betrokken concentratie, zij eraan herinnerd, dat wanneer een onderneming enkel heeft voldaan aan haar verplichting een beschikking van de Commissie na te komen, deze houding haar belang bij nietigverklaring van die beschikking op generlei wijze kan opheffen (arrest Hof van 19 september 1985, Hoogovens Groep/Commissie, 172/83 en 226/83, Jurispr. blz. 2831, punt 19).

60 In casu werd de afstotingsovereenkomst door verzoekster pas gesloten op 7 februari 1997, dat wil zeggen na de vaststelling, op 20 november 1996, van de bestreden beschikking, in punt 173 waarvan overigens melding wordt gemaakt van het voornemen van de Commissie om in een afzonderlijke beschikking op grond van artikel 8, lid 4, van verordening nr. 4064/89 passende maatregelen te gelasten om een daadwerkelijke mededinging te herstellen (zie hiervóór, punten 15-18).

61 Vervolgens legde de afstotingsbeschikking van 19 februari 1997 verzoekster specifiek de verplichting op, de bedrijfsactiviteiten van Tuko op het gebied van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik, die toen onder toezicht van een „trustee" stonden, binnen een termijn van zes maanden of uiterlijk op 31 december 1997 af te stoten (zie hiervóór, punt 27).

62 Op 3 maart 1997 verwierp de Commissie verzoeksters voorstel volgens hetwelk zij de „trustee" zou kunnen verplichten te bepalen, dat de verkoop slechts zou doorgaan indien het beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking werd verworpen (zie hiervóór, punt 28).

63 De onvoorwaardelijke afstoting van Tuko's bedrijfsactiviteiten, overeenkomstig de voorstellen van de „trustee" en met instemming van de Commissie, werd uiteindelijk pas in augustus 1997 gerealiseerd (zie hiervóór, punten 31-33).

64 In deze omstandigheden kunnen, anders dan de Commissie stelt, noch de afstotingsovereenkomst van 7 februari 1997, noch de daaropvolgende transacties waarbij verzoekster Tuko's bedrijfsactiviteiten op het gebied van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik heeft afgestoten, worden gezien als handelingen waarbij „vrijwillig is afgezien" van de concentratie. Die transacties waren integendeel de rechtstreekse consequentie van de bestreden beschikking en van de later gegeven afstotingsbeschikking, alsmede van verzoeksters pogingen om die beschikkingen na te komen.

65 Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat het beroep ontvankelijk is en dat verzoekster haar belang bij nietigverklaring van de bestreden beschikking heeft behouden.

Ten gronde

66 In haar verzoekschrift voert verzoekster vier middelen aan: 1) de Commissie was niet bevoegd de bestreden beschikking vast te stellen; 2) door vast te stellen, dat de in geding zijnde concentratie de handel tussen lidstaten kon beïnvloeden, heeft de Commissie een kennelijke beoordelingsfout gemaakt en/of het recht kennelijk verkeerd toegepast; 3) door te concluderen, dat de tussen Kesko en de Kesko- en Tuko-detailhandelaren bestaande banden een machtspositie deden ontstaan, heeft de Commissie een kennelijke beoordelingsfout gemaakt en/of het recht kennelijk verkeerd toegepast, en 4) de bestreden beschikking vertoont een motiveringsgebrek. Het laatste middel zal in het kader van de bespreking van de eerste twee middelen worden onderzocht.

Eerste middel: onbevoegdheid van de Commissie

Argumenten van partijen

67 Verzoekster stelt, dat de Commissie artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 en het beginsel van goed bestuur heeft geschonden, door naar aanleiding van het verzoek van de FDM van 26 juni 1996 te besluiten de procedure van artikel 6, lid 1, sub c, van die verordening in te leiden.

68 In de eerste plaats is overeenkomstig artikel 40, lid 1, van de Finse grondwet enkel de Finse Raad van State bevoegd de taken uit te oefenen waarmee de lidstaten ingevolge het gemeenschapsrecht zijn belast, nu deze taken niet door een specifieke wettelijke bepaling uitdrukkelijk aan een ander lichaam zijn opgedragen. Ofschoon artikel 10 van de Finse wet houdende omzetting van de EER-Overeenkomst, dat later is vervangen door artikel 20 van de Finse mededingingswet, aan de FDM enkele van de taken opdraagt die luidens verordening nr. 4064/89 moeten worden uitgeoefend door een „bevoegde autoriteit" (zie, bijvoorbeeld, de artikelen 9, 12, 13, 18 en 19 van die verordening), verleent geen enkele bepaling van het Finse recht deze instantie het recht, een verzoek krachtens artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in te dienen.

69 Waar de FDM niet bevoegd was een dergelijk verzoek in te dienen, miste de Commissie ook de bevoegdheid een onderzoek in te stellen naar de in geding zijnde concentratie.

70 In de tweede plaats heeft de Commissie volgens verzoekster artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 en het beginsel van goed bestuur geschonden, door niet na te gaan of dat verzoek geldig was ingediend door een lidstaat. Ofschoon het

volgens vaste rechtspraak van het Hof „niet aan de Commissie [is], zich uit te laten over de verdeling van de bevoegdheden volgens de organieke bepalingen van elke lidstaat" (arrest Hof van 12 juni 1990, Duitsland/Commissie, C-8/88, Jurispr. blz. I-2321, punt 13), kan de Commissie niet in een verzoek krachtens artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 bewilligen zonder na te gaan of dat verzoek geldig is gedaan.

71 Verzoekster wijst erop, dat zij in haar brief van 10 juli 1996 alsmede in de latere contacten die zij met de Commissie had, de aandacht vestigde op de twijfels die omtrent de bevoegdheid van de FDM bestonden. In genoemde brief stelde zij de Commissie ook in kennis van het beroep dat zij bij de HAR had ingesteld teneinde de bevoegdheid van de FDM te betwisten (zie hiervóór, punt 11). In deze omstandigheden kon de Commissie zich volgens verzoekster niet bevoegd achten, zelfs niet op het eerste gezicht.

72 De Commissie heeft zich naar het oordeel van verzoekster ten onrechte gebaseerd op de memorie van het Ministerie van Handel en Industrie van 19 juli 1996, waarin werd geconcludeerd dat de FDM bevoegd was een verzoek als bedoeld in artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in te dienen. In de eerste plaats is genoemd ministerie naar Fins recht namelijk niet bevoegd uitspraak te doen over de omvang van de aan de FDM toegekende bevoegdheden, en in de tweede plaats was het niet in staat een onpartijdig standpunt in te nemen, daar het zelf de FDM toestemming had gegeven het verzoek bij de Commissie in te dienen. Door zich op de uitlatingen van de FDM en van het Ministerie van Handel en Industrie te baseren, heeft de Commissie volgens verzoekster het beginsel van niet-inmenging geschonden.

73 De stelling volgens welke de FDM onbevoegd was, werd in het arrest van de HAR van 1 oktober 1996 stilzwijgend bevestigd, ook al werd daarin niet ingegaan op de grond van de zaak. Die stelling vindt ook bevestiging in de mededeling van 20 december 1996, waarin de HAR de Raad van State wees op de lacunes die het Finse mededingingsrecht vertoont op het punt van de indiening van verzoeken overeenkomstig artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89.

74 Hoe dan ook had de Commissie, daar zij in haar besluit van 26 juli 1996 overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 te kennen had gegeven, dat zij zich bevoegd achtte zolang de HAR zich niet definitief had uitgesproken, na het door deze rechterlijke instantie op 1 oktober 1996 gewezen arrest, waarin de vraag of de FDM bevoegd was een verzoek op grond van artikel 22, lid 3, van genoemde verordening in te dienen, onbeslist bleef, nieuwe stappen moeten ondernemen om haar bevoegdheid te verifiëren.

75 In het bijzonder had zij contact moeten opnemen met de Finse permanente vertegenwoordiging bij de Europese Gemeenschappen. Het Finse recht voorziet namelijk in een door deze permanente vertegenwoordiging in gang te zetten procedure aan de hand waarvan van de president van de Republiek of van de Raad van State een advies inzake de bevoegdheid van een Finse instantie kan worden verkregen. Bovendien was het aan de Commissie om te bewijzen, dat zij daadwerkelijk bevoegd was de in geding zijnde concentratie aan een onderzoek te onderwerpen.

76 Ten slotte heeft de Commissie volgens verzoekster artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) geschonden, door in de bestreden beschikking niet te motiveren, waarom zij zich bevoegd achtte. Bovendien had zij, gelet op het voorlopig karakter van het in haar besluit van 26 juli 1996 ingenomen standpunt inzake haar bevoegdheid, in de bestreden beschikking opnieuw op die bevoegdheidskwestie moeten ingaan.

77 De Commissie heeft zich niet uitgesproken over de vraag, of de FDM naar Fins recht bevoegd was, en stelt onder verwijzing naar het arrest Duitsland/Commissie (reeds aangehaald), dat het niet aan het Gerecht is op deze vraag in te gaan.

78 De Commissie stelt zich op het standpunt dat, aangezien er op het eerste gezicht goede gronden waren om aan te nemen, dat het orgaan waarvan het verzoek uit hoofde van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 afkomstig was,

bevoegd was een dergelijk verzoek namens de betrokken lidstaat in te dienen — hetgeen in casu het geval was —, zij bevoegd was een onderzoek in te stellen naar de in dat verzoek bedoelde concentratie. Met betrekking tot de motivering stelt de Commissie, dat zij in haar besluit van 26 juli 1996 genoegzaam had gemotiveerd, waarom zij zich bevoegd achtte.

79 De Republiek Finland sluit zich in grote lijnen bij het betoog van de Commissie aan. Zij stelt in het bijzonder, dat met het bij het Gerecht ingestelde beroep enkel de bevoegdheid van de Commissie in geding kan worden gebracht, en niet die van de FDM, zodat de verwijzing naar de in Finland ondernomen stappen, inzonderheid het bij de HAR ingestelde beroep, in beginsel niet ter zake dienend is.

80 De Franse Republiek betoogt, dat het ingevolge het beginsel van niet-inmenging niet aan de Commissie was om na te gaan, of de FDM naar Fins recht bevoegd was zich met een verzoek tot haar te wenden.

Beoordeling door het Gerecht

81 In casu staat vast, dat de FDM zich op 26 juni 1996 op grond van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 tot de Commissie wendde met het verzoek, een onderzoek in te stellen naar de overname van Tuko door Kesko.

82 Volgens de rechtspraak van het Hof is het niet aan de Commissie, zich uit te laten over de verdeling van de bevoegdheden volgens de organieke bepalingen van elke lidstaat (arrest Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, punt 13).

83 Voorts zij eraan herinnerd, dat in het kader van een beroep krachtens artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) de gemeenschapsrechter niet bevoegd is zich uit te spreken over de wettigheid van een handeling van een nationale autoriteit (arrest Hof van 3 december 1992, Oleificio Borelli/Commissie, C-97/91, Jurispr. blz. I-6313, punt 9).

84 In deze omstandigheden was het niet aan de Commissie om tijdens de administratieve procedure uit te maken, of de FDM naar Fins recht bevoegd was een verzoek in de zin van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in te dienen; zij diende enkel na te gaan, of het bij haar ingediende verzoek op het eerste gezicht een verzoek van een lidstaat in de zin van artikel 22 was.

85 Het is aan het Gerecht om te onderzoeken, of de Commissie rechtens genoegzaam aan die verplichting heeft voldaan.

86 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat het begrip verzoek van een „lidstaat" in de zin van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 niet beperkt is tot verzoeken afkomstig van een regering of een ministerie, doch ook verzoeken van een nationale instantie als de FDM omvat.

87 In de tweede plaats zij eraan herinnerd, dat de Commissie op het moment van vaststelling van de bestreden beschikking over de volgende informatie beschikte:

— het feit dat de FDM de Finse instantie is die normaal bevoegd is in zaken die de toepassing van het mededingingsrecht betreffen;

— de memorie die het met mededingingsaangelegenheden belaste Finse Ministerie van Handel en Industrie had ingediend in het kader van het door Kesko bij de HAR ingestelde beroep, waarin werd betoogd dat de FDM bevoegd was het verzoek op grond van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in te dienen (zie hiervóór, punt 10);

— het arrest van de HAR waarbij verzoeksters beroep niet-ontvankelijk was verklaard (zie hiervóór, punt 13). Verzoekster was dus niet in staat een uitspraak van een rechterlijke instantie over te leggen, waarin werd verklaard dat de FDM niet bevoegd was het betrokken verzoek in te dienen;

— het feit dat verzoekster de bevoegdheid van de FDM niet aan de orde had gesteld in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van 2 oktober 1996, en het feit dat zij na het arrest van de HAR niet met nieuwe informatie was gekomen.

88 Gelet op al deze gegevens moet worden geconcludeerd, dat de Commissie op het moment van vaststelling van de bestreden beschikking, op 20 november 1996, goede gronden had om te menen, dat de FDM op het eerste gezicht bevoegd was het verzoek op grond van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in te dienen. Zij behoefde de Finse autoriteiten derhalve niet om aanvullende informatie over die kwestie te verzoeken.

89 Bijgevolg is niet aangetoond, dat de Commissie met haar besluit de procedure van artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 in te leiden, heeft gedwaald ten aanzien van het recht. Het middel onbevoegdheid van de Commissie is dan ook ongegrond.

90 Wat de motivering van de bestreden beschikking op het punt van de bevoegdheid van de Commissie betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat geen

specifieke motivering kan worden verlangd van de verschillende feitelijke en juridische omstandigheden die aan een handeling ten grondslag liggen, zodra deze handeling binnen de systematiek van het geheel valt waarvan zij een onderdeel vormt, terwijl bovendien de aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld naargelang van de omstandigheden van het geval (arrest Hof van 14 mei 1998, Windpark Groothusen/Commissie, C-48/96 P, Jurispr. blz. I-2873, punten 34 en 35).

91 In haar besluit van 26 juli 1996 overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 verklaarde de Commissie:

„Kesko Oy heeft bij de hoogste administratieve rechter van Finland beroep ingesteld tegen het verzoek van de Finse dienst voor de mededinging, op grond dat die dienst niet bevoegd was het verzoek uit hoofde van artikel 22 in te dienen. De Commissie is in kennis gesteld van het door het Finse Ministerie van Handel en Industrie ingenomen standpunt, dat het verzoek van de FDM rechtsgeldig was. Bij gebreke van bewijzen van het tegendeel neemt de Commissie in afwachting van de definitieve uitspraak van de hoogste administratieve rechter van Finland aan, dat zij in casu bevoegd is."

92 Zoals reeds is vastgesteld, heeft verzoekster, nadat het door haar bij de HAR ingestelde beroep op 1 oktober 1996 was verworpen, geen enkel nieuw element aangevoerd betreffende de bevoegdheid van de FDM om het betrokken verzoek in te dienen (zie hiervóór, punt 91). De Commissie behoefde derhalve in de bestreden beschikking geen nadere motivering inzake dit punt op te nemen.

93 Het eerste middel faalt derhalve.

Tweede middel: kennelijke beoordelingsfout of kennelijk verkeerde toepassing van het recht waar het de gevolgen van de concentratie voor de handel tussen lidstaten betreft

Argumenten van partijen

94 Verzoekster is van mening, dat de door de Commissie in de punten 11 tot en met 13 van de bestreden beschikking verrichte beoordeling de gestelde gevolgen van de concentratie voor de intracommunautaire handel niet aantoont en derhalve schending van de in artikel 190 van het Verdrag neergelegde motiveringsplicht oplevert.

95 In de eerste plaats moet bij het onderzoek, of aan de voorwaarde inzake de gevolgen van een concentratie voor de intracommunautaire handel is voldaan, rekening worden gehouden met het uitzonderlijke karakter van de bevoegdheid van de Commissie uit hoofde van artikel 22 van verordening nr. 4064/89. Gelet op het feit dat 99 % van de gecombineerde omzet van Kesko en Tuko in Finland wordt behaald, had de Commissie met bijzonder overtuigende bewijzen moeten komen voor haar stelling, dat de betrokken concentratie gevolgen had voor de handel tussen lidstaten, hetgeen zij niet heeft gedaan.

96 In de tweede plaats is de door de Commissie bij de vaststelling van verordening nr. 4064/89 afgelegde verklaring (zie het *Negentiende Verslag over het mededingingsbeleid*, blz. 281-284), volgens welke de intracommunautaire handel normaliter niet ongunstig wordt beïnvloed wanneer elk van de bij de concentratie betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale communautaire omzet in een en dezelfde lidstaat behaalt, ook van toepassing in het onderhavige geval. De Commissie heeft in punt 10 van de bestreden beschikking ten onrechte opgemerkt, dat die verklaring uitsluitend betrekking heeft op de uitoefening van haar residuaire bevoegdheden krachtens artikel 89 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 85 EG). Bovendien is de Commissie aan haar eigen verklaring

gebonden (zie arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711).

97 In de derde plaats — aldus nog steeds verzoekster — heeft de Commissie artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 verkeerd toegepast, door in casu het traditionele onderzoek van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ter bepaling van de gevolgen voor de intracommunautaire handel te verrichten. Het verschil in formulering tussen enerzijds die twee artikelen, die spreken van overeenkomsten of gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig „kunnen" beïnvloeden, en anderzijds artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89, dat van toepassing is „voor zover [de] concentratie de handel tussen lidstaten beïnvloedt", maakt duidelijk, dat wil aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 22 van genoemde verordening zijn voldaan, die handel werkelijk moet worden beïnvloed, terwijl in het geval van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag een potentiële beïnvloeding volstaat. Dit verschil is in de eerste plaats te verklaren door het uitzonderlijke karakter van de bevoegdheid waarover de Commissie beschikt wanneer bij haar een verzoek op grond van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 wordt ingediend, en in de tweede plaats door de wens te vermijden, dat lidstaten die op nationaal niveau niet over instrumenten beschikken om concentraties te controleren, een dergelijke controle via een omweg invoeren, namelijk door de Commissie te verzoeken de concentraties te onderzoeken. Bij alle in de punten 11 tot en met 13 van de bestreden beschikking genoemde gevolgen van de concentratie voor de handel tussen lidstaten gaat het volgens verzoekster om zuiver potentiële gevolgen.

98 In de vierde plaats staan de argumenten die de Commissie in de bestreden beschikking aanvoert om aan te tonen, dat de concentratie gevolgen heeft voor de intracommunautaire handel, op gespannen voet met haar analyse van de mededinging in diezelfde beschikking. Zo verklaart zij in de punten 21 en 22 van de bestreden beschikking, dat de relevante geografische markten hoogstens nationaal zijn. Aangezien 70 % van de en détail verkochte goederen in Finland worden geproduceerd, en aangezien alle grote leveranciers van buiten Finland vervaardigde goederen, op één uitzondering na, in Finland hun eigen distributiecentra hebben, worden de gevolgen van de concentratie uitsluitend door de Finse marktdeelnemers gevoeld.

99 In de vijfde plaats had de Commissie, om tot een juist oordeel te komen, elk van de markten voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik individueel moeten

bestuderen, aangezien sommige van die markten een lokaal, en andere een nationaal of internationaal karakter hebben, afhankelijk van de producten. Zij heeft dit echter niet gedaan.

100 Verzoekster besluit haar betoog met de opmerking, dat de Commissie in punt 154 van de bestreden beschikking zelf erkent, dat bepaalde potentiële belemmeringen voor de vestiging van nieuwe ondernemingen op de Finse markt, zoals Kesko's positie als afnemer en de geografische ligging van Finland, niet noodzakelijkerwijze een gevolg zijn van de betrokken concentratie. Het gestelde bestaan van die belemmeringen kan derhalve niet aantonen, dat de concentratie gevolgen had voor de intracommunautaire handel.

101 De Commissie betoogt, dat in de zeldzame gevallen waarin bij haar een verzoek op grond van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 wordt ingediend, de toets die moet worden aangelegd waar het de gevolgen van de concentratie voor de handel tussen lidstaten betreft, die is welke in het kader van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag van toepassing is. Uitgaande van het begrip potentiële beïnvloeding, stelde de Commissie in de punten 11 tot en met 13 van de bestreden beschikking vast, dat de betrokken concentratie de vestiging van nieuwe ondernemingen op de Finse markt bemoeilijkte en dat zij ook op het niveau van het aanbod gevolgen voor de handel had. De intracommunautaire handel werd derhalve door de concentratie ongunstig beïnvloed.

102 De Franse Republiek en de Republiek Finland sluiten zich in grote lijnen bij het betoog van de Commissie aan.

Beoordeling door het Gerecht

103 Volgens vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag moet een overeenkomst tussen ondernemingen, evenals overigens misbruik van een machtspositie, om de handel

tussen lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloeden, op grond van de objectieve bestanddelen feitelijk en rechtens ervan met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten, dat de overeenkomst — of het misbruik — al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op de handelsstromen tussen lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de verwezenlijking van de doelstelling van een gemeenschappelijke markt tussen de lidstaten wordt geschaad (arrest Hof van 15 december 1994, DLG, C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punt 54, en arrest Gerecht van 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, T-24/93, T-25/93, T-26/93 en T-28/93, Jurispr. blz. II-1201, punt 201). Zo is het niet noodzakelijk, dat de gelaakte gedraging de handel tussen lidstaten inderdaad merkbaar ongunstig heeft beïnvloed, doch kan worden volstaan met het bewijs, dat die gedraging een dergelijk gevolg kan hebben (zie, voor artikel 86 van het Verdrag, arrest Hof van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 69, en, voor artikel 85 van het Verdrag, arrest Gerecht van 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie, T-29/92, Jurispr. blz. II-289, punt 235).

104 Uit de rechtspraak van het Hof en het Gerecht volgt ook, dat de handel tussen lidstaten onder meer ongunstig wordt beïnvloed door een overeenkomst die het optreden of binnendringen van producenten of verkopers van andere lidstaten op de nationale markt bemoeilijkt, of die concurrenten uit andere lidstaten de toegang tot die markt belet (zie arresten Hof van 30 juni 1966, Société technique minière, C-56/65, Jurispr. blz. 392; 17 oktober 1972, Cementhandelaren/Commissie, 8/72, Jurispr. blz. 977, punten 29 en 30, en 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punten 12-14, alsmede arresten Gerecht van 8 juni 1995, Schöller/Commissie, T-9/93, Jurispr. blz. II-1611, punten 76-78, en 14 mei 1997, VGB e.a./Commissie, T-77/94, Jurispr. blz. II-759, punten 132 en 140).

105 In het kader van artikel 86 van het Verdrag hebben het Hof en het Gerecht ook geoordeeld, dat wanneer een onderneming met een machtspositie de toegang tot de markt voor concurrenten afsluit, het niet terzake doet dat dit gedrag slechts op het grondgebied van één enkele lidstaat is gesitueerd, zodra het gevolgen kan hebben voor de handelsstromen en de mededinging op de gemeenschappelijke

markt (arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 103; zie ook arrest Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punten 134 en 135).

106 Deze rechtspraak is ook van toepassing op de voorwaarde inzake de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, zoals deze is opgenomen in artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89. Zoals immers met name uit de eerste acht overwegingen van de considerans van verordening nr. 4064/89 blijkt, vormen deze verordening, de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag en de ter uitvoering daarvan vastgestelde verordeningen één geheel dat een integrerend bestanddeel vormt van de communautaire regeling waarmee overeenkomstig artikel 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3 EG, sub g) moet worden verzekerd, dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Aan de in artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 opgenomen voorwaarde inzake de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten moet derhalve een uitlegging worden gegeven die rijmt met de uitlegging die in het kader van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag aan deze voorwaarde wordt gegeven.

107 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat het in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag voorkomende woord „kunnen/kan" in artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 ontbreekt. Uit de aard van de bij verordening nr. 4064/89 ingestelde controle op concentraties volgt immers, dat de Commissie een prospectief onderzoek naar de gevolgen van de betrokken concentratie dient te verrichten, en dus in het kader van artikel 22, lid 3, van die verordening dient te onderzoeken, welke gevolgen die concentratie in de toekomst zal hebben voor de handel tussen lidstaten. Dit betekent, dat de Commissie bij dat onderzoek rekening mag houden met de potentiële gevolgen voor de handel tussen lidstaten, mits die gevolgen voldoende merkbaar en voorzienbaar zijn, zonder dat zij behoeft aan te tonen, dat de concentratie de intracommunautaire handel daadwerkelijk heeft beïnvloed.

108 In casu stelde de Commissie in de punten 11 tot en met 13 van de bestreden beschikking vast, dat de concentratie de structuur van de Finse groot- en detailhandelsmarkten voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik zou

beïnvloeden, zodat zij al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, een merkbare invloed op het verloop van de handel tussen lidstaten zou hebben (zie arrest Société technique minière, reeds aangehaald, blz. 414). Meer in het bijzonder merkte zij op:

„11. (...) De overname van Tuko door Kesko zal een afschermend effect ten aanzien van nieuwkomers, met inbegrip van potentiële nieuwkomers uit andere lidstaten, hebben, inzonderheid op de Finse markten voor dagelijkse consumptiegoederen. Bovendien stamt een groot gedeelte (ca. 30 %) van de zowel door Kesko als door Tuko verkochte producten van buiten Finland. De operatie zal bijgevolg ook in die zin de handel tussen lidstaten beïnvloeden, dat leveranciers uit andere lidstaten in feite toegang tot de distributiekanalen van Kesko zullen moeten verkrijgen om hun producten in voldoende mate in Finland te kunnen afzetten.

12. Bovendien zijn beide ondernemingen lid van verscheidene internationale inkooporganisaties, tezamen met soortgelijke ondernemingen in andere lidstaten. Kesko heeft sinds het voorjaar van 1996 haar activiteiten ook uitgebreid door in Zweden detailhandelsverkooppunten te openen."

109 Bij toepassing van voormelde rechtspraak (zie hiervóór, punten 103-105 en 108) op het onderhavige geval blijkt, dat de door de Commissie in punt 11 van de bestreden beschikking vermelde feiten — namelijk dat als gevolg van de concentratie de Finse markt voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik wordt afgeschermd voor buitenlandse ondernemingen, dat een groot gedeelte van de door Kesko en Tuko verkochte producten van buiten Finland stamt, en dat leveranciers uit andere lidstaten zich tot Kesko zullen moeten wenden om hun producten in voldoende mate in Finland te kunnen afzetten — bij elkaar genomen volstaan om aan te tonen, dat de concentratie de handel tussen lidstaten zal beïnvloeden, in de zin van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89.

110 Dat die handel in casu zal worden beïnvloed, wordt voorts nog bevestigd door de in punt 12 van de bestreden beschikking vermelde feiten, namelijk dat Kesko en Tuko beide zijn aangesloten bij verscheidene internationale inkooporganisaties en dat Kesko haar activiteiten uitbreidt in Zweden.

111 Met betrekking tot het argument als zou de Commissie haar stelling, dat de concentratie de handel tussen lidstaten zal beïnvloeden, niet met overtuigende bewijzen hebben gestaafd, moet worden opgemerkt, dat de Finse detailhandelsmarkt werd gekenmerkt door het bestaan van slechts twee vrijwillige detailhandelsketens, te weten het „Kesko-blok" en het „Tuko-blok". In de bestreden beschikking stelde de Commissie onder meer vast, dat:

— Kesko en Tuko op de detailhandelsmarkt voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik een marktaandeel van ten minste 55 % hadden, of het nu op lokaal, op regionaal dan wel op nationaal niveau werd beoordeeld (punt 106). Deze positie werd nog versterkt door het feit dat Kesko en Tuko 69 % van de verkooppunten met een oppervlakte van meer dan 1 000 m^2 in handen hadden, het feit dat zij een aanzienlijk gedeelte van de voor de exploitatie van detailhandelszaken geschikte bedrijfsruimtem beheersten, en tal van andere factoren, zoals de getrouwheidsregelingen, het belang van de huismerkproducten en de voordelen van een sterkere positie als afnemer (punten 106-138);

— op de markt voor de cash-and-carryverkoop van en de groothandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik het gecombineerde marktaandeel van Kesko en Tuko in alle Finse regio's tussen 50 en 100 % lag, terwijl hun nationale martkaandeel ongeveer 80 % bedroeg. Zij hadden samen 56 cash-

and-carryverkooppunten. In heel Noord-Finland, dat uit negen regio's bestaat, was verzoekster de enige exploitant van cash-and-carryzaken/groothandelaar (punten 139-146);

— voor de meerderheid van de leveranciers de niet door Kesko en Tuko gedomineerde distributiekanalen geen levensvatbaar alternatief vormden, vooral in de non-foodsector (punten 146-153);

— de concentratie zal leiden tot het ontstaan van een machtspositie op de detailhandels-, groothandels- en cash-and-carrymarkt, die nog zal worden versterkt door het feit dat Kesko's macht als afnemer wordt vergroot (punten 144 en 153);

— het na de totstandbrenging van de concentratie uiterst twijfelachtig is, of buitenlandse ondernemingen zich zullen kunnen vestigen op de Finse markten voor de verkoop van consumptiegoederen voor dagelijks gebruik, of het nu de detailhandel, de groothandel dan wel de cash-and-carryverkoop betreft (punten 154-161).

112 Onder voorbehoud van de vraag, of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt waar het de tussen Kesko en haar detailhandelaren bestaande banden betreft, moet worden vastgesteld, dat voormelde elementen volstaan om de conclusie van de Commissie, dat de concentratie onder meer zou leiden tot een afscherming van de Finse markt voor potentiële concurrenten uit andere lidstaten, en leveranciers uit andere lidstaten zou verplichten toegang te verkrijgen tot de distributiekanalen van Kesko/Tuko, teneinde de afzet van hun producten in Finland te verzekeren, te staven.

113 Bovendien heeft de Commissie, gelet op al deze elementen, geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door te concluderen, dat de concentratie de handel tussen lidstaten zou beïnvloeden, zonder dat zij de markt heeft geanalyseerd met betrekking tot elk van de producten in de sector consumptiegoederen voor dagelijks gebruik.

114 Zelfs indien verzoekster gelijk heeft waar zij stelt, dat reeds voor de betrokken concentratie bepaalde belemmeringen voor de toetreding tot de Finse markt bestonden, blijkt uit voormelde elementen bovendien, dat die concentratie bedoelde belemmeringen in belangrijke mate zou versterken, waardoor vooral leveranciers uit andere lidstaten zouden worden benadeeld.

115 Anders dan verzoekster stelt, ligt er geen tegenstrijdigheid besloten in het feit dat de Commissie bij haar analyse van de invloed op de handel tussen lidstaten de gevolgen van de concentratie voor leveranciers uit andere lidstaten heeft onderzocht, terwijl zij bij haar beoordeling van het effect van de concentratie op de mededinging enkel de Finse markten in aanmerking heeft genomen. Het betreft hier immers twee afzonderlijke vragen. Om de invloed op de intracommunautaire handel te bepalen, moest de Commissie die invloed wel beoordelen in het licht van de handelsstromen tussen lidstaten. De vraag daarentegen, of de betrokken concentratie in de zin van artikel 22, lid 3, een machtspositie doet ontstaan of versterkt, waardoor een daadwerkelijke mededinging op het grondgebied van de betrokken lidstaat in belangrijke mate zou worden belemmerd, heeft naar zijn aard betrekking op de gevolgen van de concentratie op de nationale markt.

116 Met betrekking tot het argument inzake de op de bladzijden 281 tot en met 284 van het *Negentiende Verslag over het mededingingsbeleid* weergegeven verklaring van de Commissie zij eraan herinnerd, dat deze verklaring luidt als volgt:

„*Ad artikel 22*

— De Commissie verklaart dat zij normaliter niet het voornemen heeft de artikelen 85 en 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

anders dan door middel van de onderhavige verordening toe te passen op de in artikel 3 omschreven concentraties.

Zij behoudt zich echter de mogelijkheid voor overeenkomstig de procedures van artikel 89 van het Verdrag in te grijpen bij concentraties als omschreven in artikel 3, doch zonder communautaire dimensie in de zin van artikel 1 in gevallen die niet in artikel 22 worden bedoeld.

Zij heeft in elk geval niet het voornemen op te treden ten aanzien van concentraties die onder een wereldomzet van 2 miljard ecu of onder een minimale omzet in de Gemeenschap van 100 miljoen ecu blijven, of van concentraties die niet voldoen aan de drempel van twee derde als bedoeld in artikel 1, lid 2, laatste zinsnede, omdat zij van mening is dat dergelijke concentraties normaliter niet van aanmerkelijke invloed zouden zijn op de handel tussen lidstaten.

— De Raad en de Commissie constateren dat het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap geen bepalingen behelst die specifiek betrekking hebben op de voorafgaande controle op concentraties.

Derhalve heeft de Raad op voorstel van de Commissie, overeenkomstig de procedure van artikel 235 van het Verdrag, besloten nieuwe bepalingen inzake de controle op concentraties in te voeren.

De Raad en de Commissie oordelen, om dwingende redenen van rechtszekerheid, dat deze nieuwe verordening als enige en bij uitsluiting van toepassing zal zijn op concentraties als omschreven in artikel 3.

— De Raad en de Commissie verklaren dat het bepaalde in artikel 22, leden 3, 4 en 5, geenszins afbreuk doet aan de bevoegdheid van de andere lidstaten dan de lidstaat op wiens verzoek de Commissie optreedt, om hun nationale wetgevingen op hun respectieve grondgebieden toe te passen."

117 In de tweede alinea van deze toelichting wordt met zoveel woorden gesproken van ingrijpen van de Commissie overeenkomstig de procedures van artikel 89 van het Verdrag in „gevallen die niet in artikel 22 van verordening nr. 4064/89 worden bedoeld". Met de tweede en de derde alinea van de toelichting wordt dus beoogd, de criteria voor het ingrijpen van de Commissie bij buiten verordening nr. 4064/89 vallende concentraties aan te geven. De door middel van die toelichting afgelegde verklaring had dus geen betrekking op het geval waarin een lidstaat een verzoek op grond van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 indient.

118 Hoe dan ook is de Commissie niet aan een dergelijke verklaring gebonden indien in een onder de bepalingen van artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 vallende zaak blijkt, dat de handel tussen lidstaten merkbaar door de concentratie wordt beïnvloed ondanks het feit dat elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar omzet in een en dezelfde lidstaat behaalt, in de zin van artikel 1, lid 2, laatste zin, van verordening nr. 4064/89. In de eerste plaats immers wordt in voormelde verklaring enkel aangegeven, welke benadering de Commissie in de bedoelde omstandigheden „normaliter" zou volgen, waardoor niet is uitgesloten, dat de Commissie in een bepaald geval een andere benadering volgt. In de tweede plaats komt aan een dergelijke verklaring niet meer gewicht toe dan aan de op de Commissie rustende verplichting, de voorwaarde inzake de gevolgen van de concentratie voor de handel tussen lidstaten uit te leggen in overeenstemming met eerdergenoemde rechtspraak van het Hof en het Gerecht (zie hiervóór, punten 103-105 en 108).

119 Ten slotte volgt uit het voorgaande, dat de Commissie de in artikel 190 van het Verdrag geformuleerde motiveringsplicht niet heeft geschonden waar het de gevolgen van de concentratie voor de handel tussen lidstaten betreft.

120 Het tweede middel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

Derde middel:: kennelijke beoordelingsfout of kennelijk verkeerde toepassing van het recht waar het het bestaan van een machtspositie betreft

Argumenten van partijen

121 Met het eerste onderdeel van het middel stelt verzoekster, dat de Commissie in de punten 15, 65 en 66 van de bestreden beschikking ten onrechte heeft geoordeeld, dat de groothandelaren, Tuko en Kesko, verticaal geïntegreerd zijn met de detailhandelaren aan wie zij goederen en diensten leveren. De Commissie heeft volgens verzoekster derhalve ten onrechte geconcludeerd, dat al die ondernemingen na de voltooiing van de in geding zijnde operatie één economische eenheid vormden en dat die operatie een machtspositie op de detailhandelsmarkt voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik in het leven riep.

122 Volgens verzoekster was de Commissie niet gerechtigd de marktaandelen van Kesko en Tuko bij elkaar op te tellen en deze vervolgens in hun geheel aan verzoekster toe te schrijven, zonder eerst het bestaan van „zeggenschap" in de zin van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 aan te tonen. Het is namelijk essentieel, dat een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds op zeggenschap gebaseerde verticale samenwerking in een groep van vennootschappen of in het kader van een franchiseovereenkomst, en anderzijds horizontale samenwerking in vrijwillige ketens van onafhankelijke detailhandelaren.

123 Het begrip zeggenschap, zoals dit onder meer in artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 is gedefinieerd, impliceert, dat een beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de activiteiten van een andere onderneming. Het zou onlogisch

zijn, wanneer het in genoemd artikel 3 geformuleerde criterium van „zeggenschap" in aanmerking werd genomen om te bepalen, of er sprake is van een concentratie, terwijl dit criterium buiten beschouwing werd gelaten bij de beoordeling van de economische en financiële macht van de betrokken onderneming in de zin van artikel 2, lid 1, van verordening nr. 4064/89.

124 Het belang van het zeggenschapscriterium blijkt volgens verzoekster zowel uit de mededeling van de Commissie inzake het begrip concentratie (PB 1994, C 385, blz. 5), als uit de beschikkingspraktijk van de Commissie (zie arrest Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, en arrest Gerecht van 12 januari 1995, Viho/Commissie, T-102/92, Jurispr. blz. II-17). Bovendien beschouwen de nationale autoriteiten die bevoegd zijn het Finse en het Zweedse mededingingsrecht toe te passen, vrijwillige ketens als een vorm van horizontale samenwerking tussen onafhankelijke detailhandelaren. Deze autoriteiten worden geacht de betrokken markten te kennen.

125 Verzoekster is bovendien van mening, dat de partijen bij de betrokken concentratie moeten worden geïdentificeerd overeenkomstig de bepalingen van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 en dat de Commissie de in artikel 2 van die verordening bedoelde analyse dus enkel had moeten toepassen ten aanzien van de op groothandelsniveau tot stand gebrachte concentratie van Kesko en Tuko. Zij heeft dan ook blijk gegeven van een verkeerde rechtsopvatting, door ervan uit te gaan dat het ging om een concentratie van het „Kesko-blok" en het „Tuko-blok", waartoe ook de detailhandelaren behoren. Indien de Commissie haar beoordeling had beperkt tot de groothandel, zoals zij had moeten doen, zou zij tot een heel ander resultaat zijn gekomen, aangezien in die sector de gecombineerde marktaandelen van Kesko en Tuko ongeveer 25 % bedragen.

126 Met het tweede onderdeel van het middel stelt verzoekster, dat de Commissie de tussen haar en haar detailhandelaren bestaande banden verkeerd heeft geanalyseerd.

127 In de eerste plaats heeft de Commissie de invloed die Kesko op de activiteiten van de detailhandelaren heeft doordat zij de bedrijfsruimten en bepaalde activa van die detailhandelaren in eigendom heeft, overschat. Het grootste deel van die

activa (kapitaal, voorraden, roerende zaken) is namelijk eigendom van de individuele detailhandelaren, waarvan het merendeel eigen personeel in dienst heeft. Kesko is eigenaar van de bedrijfsruimten van slechts ongeveer 32 % van haar detailhandelaren (goed voor ongeveer 60 % van haar omzet), terwijl Tuko maar ongeveer 20 % van de door haar detailhandelaren geëxploiteerde winkels in eigendom heeft. Bovendien geven de activa die Kesko bezit, in het bijzonder de eigendom van de Kesko-logo's en van de bedrijfsruimten, haar slechts in beperkte mate de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op haar detailhandelaren.

128 In de tweede plaats heeft de Commissie uit bepaalde juridische en feitelijke banden, waarvan het bestaan niet wordt betwist, ten onrechte afgeleid, dat Kesko en haar detailhandelaren één economische eenheid vormen en dat die banden Kesko de mogelijkheid bieden, de detailhandelaren te sturen en te controleren. De Kesko-detailhandelaarsovereenkomst („K Retailer Agreement") is immers niet rechtens verbindend en bovendien is in die overeenkomst bepaald, dat de detailhandelaar zelfstandig is en concurrentie van andere Kesko-detailhandelaren dient te accepteren. De samenwerkingsovereenkomst („Collaboration Agreement") wordt enkel ondertekend door de detailhandelaren wier zaken gevestigd zijn in bedrijfsruimten waarvan Kesko eigenaar is, en geeft verzoekster geen zeggenschap over die detailhandelaren. De ketenovereenkomsten („Chain Agreements") ten slotte hebben een horizontaal karakter en zijn derhalve geen middel voor Kesko om zeggenschap uit te oefenen over haar detailhandelaren. Bovendien heeft minder dan de helft van haar detailhandelaren een dergelijke overeenkomst gesloten.

129 In de derde plaats — aldus nog steeds verzoekster — heeft de Commissie de betekenis van Kesko als groothandelaar van de Kesko-detailhandelaren overschat. Die detailhandelaren betrekken ongeveer 63 % van hun goederen rechtstreeks van de fabrikanten en zijn niet verplicht zich te laten bevoorraden door Kesko, wier prijzen nauwelijks lager zijn dan die van haar concurrenten. Bovendien wijzen de centralefactureringsdienst en het daaraan verbonden kortingstelsel er niet op, dat verzoekster en de Kesko-detailhandelaren geïntegreerd zijn, aangezien de verleende kortingen gering zijn en de detailhandelaren niet verplicht zijn van die dienst gebruik te maken. Het feit dat Kesko voor de facturering zorgt, geeft haar niet het recht invloed uit te oefenen op de vaststelling van prijzen en andere verkoopvoorwaarden door de detailhandelaren.

130 In de vierde plaats heeft de Commissie niet goed begrepen, wat het belang van Kesko's huismerkproducten is. Het gaat hierbij in het algemeen om goedkopere imitaties van bestaande merkproducten, zodat die producten de concurrentie op het niveau van de detailhandel doen toenemen in plaats van afnemen.

131 In de vijfde plaats heeft de Commissie volgens verzoekster de Kesko-voordeelkaart ten onrechte aangemerkt als een getrouwheidsregeling. Die kaart is slechts een betaalmiddel en biedt de gebruiker af en toe de mogelijkheid te profiteren van speciale aanbiedingen, maar heeft voor het merendeel van de consumenten geen grote betekenis. Bovendien kan de informatie die dankzij die kaart over het koopgedrag kan worden ingewonnen, niet worden gebruikt om mededinging tegen te gaan.

132 In de zesde plaats beschikken de Kesko-detailhandelaren weliswaar over stemrechten in de vergadering van aandeelhouders van Kesko, waardoor zij een vorm van zeggenschap over Kesko hebben, maar deze zeggenschap is slechts „theoretisch", aangezien de belangen van de detailhandelaren dikwijls uiteenlopen. Bovendien dienen de aandelen die de detailhandelaren in Kesko hebben (met een totale waarde ongeveer 12 280 euro), vooral als zekerheid voor het door Kesko aan hen verleende krediet. De verplichting om aandelen Kesko te bezitten, vormt voor de detailhandelaren echter geen beletsel om het „Kesko-blok" te verlaten en die aandelen te verkopen.

133 In de zevende plaats, zo vervolgt verzoekster, heeft de Commissie niet aangetoond, dat de verschillende ketens waartoe de Kesko-detailhandelaren behoren, hetzelfde gedrag vertonen. Ofschoon binnen elke keten de concurrentie beperkt is, bestaan er tussen de verschillende ketens geen structurele banden en functioneert elke keten zelfstandig. Verzoekster verwijst in dit verband naar een studie van de Finse Raad voor consumentenonderzoek en naar twee onderzoeken van de London Economics.

134 Verzoekster besluit haar betoog met de opmerking, dat de Commissie niet heeft aangetoond, dat de groothandelsmarkt moeilijk toegankelijk is.

135 De Commissie bestrijdt verzoeksters uitlegging van het gemeenschapsrecht waar het gaat om de betekenis van het zeggenschapscriterium voor de vraag, of er sprake is van een machtspositie. Haars inziens zijn in dat stadium van de analyse enkel de in artikel 2 van verordening nr. 4064/89, inzonderheid in lid 1, sub b, daarvan, genoemde factoren van belang. De Commissie is het ook niet eens met verzoeksters kritiek op haar feitelijke analyse. Zij is van mening dat haar vaststellingen toereikend zijn om haar conclusie, dat er sprake is van een machtspositie, te rechtvaardigen. De drie onderzoeken waarnaar verzoekster wijst, brengen enkel de tussen de ketens van het „Kesko-blok" bestaande verschillen tot uitdrukking, waarmee de Commissie rekening heeft gehouden.

136 De Franse Republiek en de Republiek Finland sluiten zich in grote lijnen bij het betoog van de Commissie aan.

Beoordeling door het Gerecht

— Eerste onderdeel van het middel

137 Verzoekster stelt, kort gezegd, dat de Commissie niet gerechtigd was bij haar beoordeling van de gevolgen van de betrokken concentratie de marktaandelen van de Kesko- en Tuko-detailhandelaren bij elkaar op te tellen, zonder aan te tonen dat Kesko en Tuko in de zin van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 „zeggenschap" over die detailhandelaren hadden, en dat, aangezien de enige „concentratie" in de zin van artikel 3 die van Kesko en Tuko was, de Commissie zich bij haar beoordeling van de gevolgen van die concentratie had moeten beperken tot de markt waarop Kesko en Tuko actief zijn, te weten de groothandelsmarkt.

138 Dienaangaande zij erop gewezen, dat artikel 3 van verordening nr. 4064/89 uitsluitend de voorwaarden formuleert waaraan moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van een concentratie. Wanneer daarentegen de Commissie in het kader van

een procedure overeenkomstig artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 vaststelt, dat een operatie moet worden aangemerkt als een concentratie in de zin van artikel 3, moet zij overeenkomstig artikel 22, lid 4, eerste zin, bij haar beoordeling, of die concentratie een machtspositie doet ontstaan of versterkt, waardoor een daadwerkelijke mededinging op het grondgebied van de betrokken lidstaat in belangrijke mate zou worden belemmerd, rekening houden met de in artikel 2, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 4064/89 geformuleerde voorwaarden.

139 De Commissie was derhalve bij haar beoordeling van de gevolgen van de in geding zijnde concentratie voor de mededinging geenszins gehouden, het in artikel 3 van verordening nr. 4064/89 bedoelde zeggenschapscriterium toe te passen teneinde te bepalen, of de marktaandelen van de Kesko- en Tuko-detailhandelaren bij elkaar moesten worden opgeteld. Toen het bestaan van de concentratie van Kesko en Tuko was aangetoond, diende de Commissie immers rekening te houden met alle feiten van de zaak, waaronder inzonderheid de banden tussen Kesko en Tuko enerzijds en hun respectieve detailhandelaren anderzijds, met het oog op de beoordeling, of die concentratie een machtspositie deed ontstaan of versterkte, waardoor een daadwerkelijke mededinging op de relevante Finse markten in belangrijke mate zou worden belemmerd. Ook behoefde de Commissie zich bij haar beoordeling geenszins te beperken tot de groothandelsmarkt, aangezien zij had geconcludeerd dat de concentratie van Kesko en Tuko ook gevolgen zou hebben voor de detailhandelsmarkt voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik, gelet op de nauwe banden die bestonden tussen Kesko en Tuko enerzijds en hun detailhandelaren anderzijds.

140 Het eerste onderdeel van het middel, waarmee in wezen een verkeerde toepassing van het recht in de vorm van schending van de artikelen 2, 3 en 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 wordt gesteld, moet bijgevolg worden afgewezen.

— Tweede onderdeel van het middel

141 Met betrekking tot de kennelijke fout die de Commissie zou hebben gemaakt bij haar beoordeling van de tussen Kesko en haar detailhandelaren bestaande

banden, moet worden opgemerkt, dat de Commissie in het kader van een verzoek krachtens artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkten dient na te gaan, of de aangemelde concentratie een machtspositie zal doen ontstaan of versterken, waardoor een daadwerkelijke mededinging op het grondgebied van de betrokken lidstaat in belangrijke mate zal worden belemmerd.

142 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de basisregels van de verordening, inzonderheid artikel 2, de Commissie een discretionaire bevoegdheid geven, met name voor economische beoordelingen. Bijgevolg moet de gemeenschapsrechter bij zijn controle van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, die van wezenlijk belang is voor de invulling van de regels inzake concentraties, rekening houden met de aan de economische normen van de concentratieregeling ten grondslag liggende beoordelingsmarge (zie, in deze zin, arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 221-224, en arrest Gerecht Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punten 164 en 165).

143 In casu noemt de Commissie in de punten 39 tot en met 66 van de bestreden beschikking tal van feitelijke elementen om haar conclusie te schragen, dat het Kesko-blok en het Tuko-blok als een „centraal gepland, structureel onderdeel van de Finse detailhandelsmarkt" moeten worden beschouwd, zodat de betrokken concentratie op het niveau van de detailhandel, en niet uitsluitend op groothandelsniveau moet worden beoordeeld (punten 15 en 66 van de bestreden beschikking). Bovendien vermeldt de Commissie in de punten 93 tot en met 135 en 146 tot en met 161 van de bestreden beschikking een groot aantal factoren tot staving van haar conclusie, dat Kesko als gevolg van de concentratie een machtspositie op de Finse detailhandelsmarkt innam (punten 136-138, 153 en 161 van de bestreden beschikking).

144 Zo vestigt de Commissie in de bestreden beschikking de aandacht op de volgende elementen: de overeenkomsten die de detailhandelaren aan Kesko binden (punten 40 en 44); het feit dat de detailhandelaren verplicht zijn de Kesko-logo's

en de door Kesko verleende ondersteunende diensten te gebruiken (punt 45); de premies en kortingen, die voor de detailhandelaren een prikkel zijn om de strategie van de Kesko-groep trouw te blijven (punt 46); de machtsmiddelen waarover Kesko beschikt om zich van de trouw van de individuele detailhandelaren aan de gemeenschappelijke doelstellingen te verzekeren (punt 41); het feit dat de Kesko-detailhandelaren de meerderheid van de stemmen in de vergadering van aandeelhouders van Kesko hebben en allen lid zijn van de raad van toezicht van Kesko, die alle leden van de andere besluitvormende organen benoemt (punten 4 en 43); het feit dat de Kesko-detailhandelaren zijn ondergebracht in vijf vrijwillige ketens, waarvan het aankoop- en het marketingbeleid centraal worden gecoördineerd, onder meer door middel van een gemeenschappelijk logo voor elke keten, en die zijn uitgerust met moderne informatiesystemen, die eigendom van Kesko blijven (punten 47-50, 54-57 en 67-72); het feit dat de leveranciers Kesko en haar detailhandelaren als een geïntegreerde entiteit beschouwden, met name wegens Kesko's factureringssysteem (punten 51-53 en 148); Kesko's strategie op het gebied van de eigendom van de bedrijfsruimten waarin de detailhandelsactiviteiten worden uitgeoefend (punten 58-61 en 116-118), en de financiële verbintenissen van de Kesko-detailhandelaren jegens Kesko (punt 62).

145 De Commissie heeft tevens beklemtoond, dat bovenstaande analyse grotendeels ook geldt voor de verhouding tussen Tuko en haar detailhandelaren, en dat Kesko na de concentratie hoe dan ook in staat zal zijn de Tuko-detailhandelaren op soortgelijke wijze te organiseren als de Kesko-detailhandelaren (punt 65).

146 Met betrekking tot de vraag, of de concentratie in deze omstandigheden een machtspositie zou doen ontstaan of versterken, waardoor een daadwerkelijke mededinging op de Finse detailhandelsmarkt voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik in belangrijke mate zou worden belemmerd, wijst de Commissie in de bestreden beschikking in het bijzonder op de volgende elementen: de belangrijke rol die in Finland wordt gespeeld door vrijwillige detailhandelsketens, waarbij op het gebied van de consumptiegoederen voor dagelijks gebruik de enige ketens worden gevormd door het Kesko- en het Tuko-blok (punt 39); het feit dat het Kesko-blok na de concentratie goed was voor minstens 55 % van alle verkopen van die goederen in Finland, waardoor het een marktaandeel bezat dat bijna drie keer zo groot was als dat van zijn grootste concurrent (punten 93-98 en 106); de sterke positie van Kesko en Tuko op het gebied van de grotere verkooppunten in Finland (punten 107-115); het grote aantal bedrijfsruimten dat geschikt is voor de detailhandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik

(punten 116-118); de getrouwheidsregeling in de vorm van de Kesko-voordeelkaart (punten 119-125); het belang van de huismerkproducten van Kesko en Tuko en de daaruit voortvloeiende concurrentievoordelen (punten 126-130); de distributiesystemen waarover Kesko en Tuko beschikken, met name voor diepvriesproducten (punten 131 en 132); de versterking van Kesko's positie als afnemer na de overname van Tuko (punten 133-135 en 146-153), en het feit dat het uiterst onwaarschijnlijk is dat een buitenlandse onderneming zal trachten tot de Finse markt voor de detailhandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik toe te treden (punten 154-161).

147 Gelet op bovengenoemde elementen, doet verzoeksters betoog niet af aan de conclusies van de Commissie betreffende de noodzaak om de gevolgen van de concentratie op het niveau van de detailhandel te beoordelen (punten 39-66 van de bestreden beschikking), en om de marktaandelen van alle tot het Kesko- en het Tuko-blok behorende detailhandelaren bij elkaar op te tellen en ze aan Kesko toe te rekenen (punten 93-105), noch aan haar conclusies betreffende de vraag, of de concentratie een machtspositie zou doen ontstaan of versterken, waardoor een daadwerkelijke mededinging op de Finse markt voor consumptiegoederen voor dagelijks gebruik in belangrijke mate zou worden belemmerd (punten 106-161). Verzoekster heeft immers enkel gesteld, dat de Commissie tot een andere analyse had moeten komen, zonder dat zij concrete elementen heeft aangedragen waardoor de in de punten 39 tot en met 161 van de bestreden beschikking vervatte economische analyse van de gevolgen van de concentratie wordt ontzenuwd.

148 Met betrekking tot verzoeksters eerste argument, volgens hetwelk de Commissie de invloed die Kesko op de detailhandelaren heeft doordat zij de bedrijfsruimten en bepaalde activa van die detailhandelaren in eigendom heeft, heeft overschat, moet worden opgemerkt, dat meer dan 60 % van de totale omzet van de Kesko-detailhandelaren wordt behaald in bedrijfsruimten waarvan Kesko eigenaar is (punt 59 van de bestreden beschikking). Evenzo blijkt uit de punten 59 tot en met 61 van die beschikking, dat de detailhandelaren die hun activiteiten uitoefenen in bedrijfsruimten waarvan verzoekster eigenaar is, met verzoekster een samenwerkingsovereenkomst hebben gesloten waarin de beginselen inzake de exploitatie van de bedrijfsruimten zijn vastgelegd, alsmede de op de omzet of de

winstmarge gebaseerde methode voor de berekening van de huur. Bovendien mag geen enkele detailhandelaar zijn zaak zonder toestemming van Kesko overdragen.

149 In deze omstandigheden moet het feit dat Kesko een belangrijk deel van de door haar detailhandelaren geëxploiteerde bedrijfsruimten in eigendom heeft, worden beschouwd als een belangrijk instrument om die detailhandelaren aan zich te binden. Het is dus geenszins aangetoond, dat de Commissie bij haar beoordeling van de tussen Kesko en haar detailhandelaren bestaande banden te veel gewicht heeft toegekend aan deze factor.

150 Verzoeksters eerste argument faalt derhalve.

151 Met betrekking tot verzoeksters tweede argument, inhoudende dat de Commissie de betekenis van de verschillende overeenkomsten tussen Kesko en haar detailhandelaren heeft miskend, moet het volgende in herinnering worden gebracht:

— volgens de Kesko-detailhandelaarsovereenkomst verbindt de detailhandelaar zich onder meer ertoe, „te trachten ten volle van de gemeenschappelijke inkoop door de K-groep en zijn huismerk-(‚private label')producten te profiteren. De K-detailhandelaar mag Kesko niet zonder rechtvaardiging minder gunstig behandelen dan andere leveranciers" (punt 44 van de bestreden beschikking);

— een groot aantal Kesko-detailhandelaren is bovendien gebonden door een „ketenovereenkomst" die is gesloten tussen de betrokken detailhandelaar en de Kesko-keten waartoe hij behoort (zie hiervóór, punt 5). Het hoofddoel van deze ketenovereenkomsten is, de handel in goederen tussen Kesko en de

detailhandelaar te bevorderen. Volgens die overeenkomsten is de detailhandelaar gebonden aan de beslissingen van de raad van bestuur van de keten inzake marketing, de opneming van producten in het basisassortiment en de detailhandelsprijzen van promotieproducten (punten 44, 47-50 en 54-57 van de bestreden beschikking);

— de Kesko-detailhandelaren wier zaken gevestigd zijn in bedrijfsruimten waarvan Kesko eigenaar is, zijn gebonden aan de in punt 148 van dit arrest besproken „samenwerkingsovereenkomst";

— de Kesko-detailhandelaren zijn verplicht de Kesko-logo's te gebruiken en profiteren ook van de door Kesko verleende ondersteunende diensten (punt 45 van de bestreden beschikking);

— Kesko betaalt premies aan de Kesko-detailhandelaren en verleent hun kortingen naargelang van de hoeveelheden die zij via haar aankopen (punt 46 van de bestreden beschikking).

152 In deze omstandigheden moet worden aangenomen dat, ook al zijn de Kesko-detailhandelaren rechtens onafhankelijke ondernemingen en dragen zij de financiële risico's van hun bedrijfsactiviteiten, de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in punt 64 van de bestreden beschikking vast te stellen, dat de tussen Kesko en haar detailhandelaren gesloten overeenkomsten tot gevolg hebben, dat die detailhandelaren worden verplicht zich aan het door verzoekster uitgewerkte marketingbeleid te houden en Kesko en de Kesko-keten waarin zij zijn ondergebracht, trouw te blijven.

153 Verzoeksters tweede argument kan dan ook niet slagen.

154 Met betrekking tot verzoeksters derde argument, volgens hetwelk de Commissie Kesko's betekenis als groothandelaar heeft overschat, moet worden beklemtoond, dat de Kesko-detailhandelaren 37 % van hun goederen rechtstreeks van Kesko betrekken, zoals verzoekster met nadruk heeft gesteld. Bovendien zijn de aankopen die die detailhandelaren bij andere leveranciers doen, maar die door verzoekster worden gefactureerd, goed voor 46 % van de totale aankopen, zodat slechts 17 % van alle aankopen door de Kesko-detailhandelaren onafhankelijk van Kesko wordt gedaan. Met betrekking tot de door Kesko gefactureerde aankopen heeft de Commissie overigens in punt 52 van de bestreden beschikking gepreciseerd: a) dat die facturering geschiedt op basis van tussen Kesko en haar leveranciers gesloten overeenkomsten; b) dat Kesko bij de factureringstransacties eigenaar van de goederen wordt, die dan worden doorverkocht aan de betrokken detailhandelaren, met als gevolg dat deze transacties in de jaarlijkse inkomsten-aangifte van Kesko worden opgevoerd als verkoop; c) dat de vergoedingen en kortingen die Kesko door haar leveranciers krijgt toegekend, gebaseerd zijn op alle aankopen door de Kesko-groep, dat wil zeggen zowel de aankopen door Kesko in haar hoedanigheid van groothandelaar, als de rechtstreekse aankopen door de Kesko-detailhandelaren op grond van voormelde factureringsovereen-komsten, en d) dat de factureringstransacties Kesko in staat stellen belangrijke informatie te verkrijgen over de prijzen en andere commerciële condities die de verschillende leveranciers toepassen.

155 In deze omstandigheden heeft verzoekster niet aangetoond, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in punt 53 van de bestreden beschikking te concluderen, dat de aankopen door de Kesko-detailhandelaren, waarbij Kesko niet de goederen levert, maar wel de facturering verricht, niet als onafhankelijk van Kesko gedane aankopen kunnen worden beschouwd.

156 Verzoeksters derde argument moet dus worden verworpen.

157 Met betrekking tot verzoeksters vierde argument moet worden opgemerkt, dat haar beweringen niet afdoen aan de conclusies van de Commissie inzake het belang van Kesko's huismerkproducten. Ofschoon moet worden toegegeven, dat de aanwezigheid van huismerkproducten een extra middel vormt in de concurrentiestrijd met de merkproducten van de fabrikanten, leverde de sterke positie van de huismerkproducten van Kesko en Tuko die ondernemingen voordelen op in die zin, dat de loyaliteit van hun klanten werd bevorderd en hun de mogelijkheid werd gegeven, voor een groter gedeelte van hun omzet de prijzen vast te stellen zonder rekening te moeten houden met de reactie van hun concurrenten (punt 130 van de bestreden beschikking). Bovendien zou de combinatie van de succesvolle huismerkproducten van Kesko en Tuko verzoekster een extra wapen hebben opgeleverd in de onderhandelingen met haar leveranciers, waardoor zij gunstiger condities, zoals lagere prijzen, kon verkrijgen, zulks in het nadeel van haar concurrenten (punten 129-133 van de bestreden beschikking).

158 Verzoeksters vierde argument kan bijgevolg niet worden aanvaard.

159 Met betrekking tot verzoeksters vijfde argument, volgens hetwelk de Commissie het belang van de Kesko-voordeelkaart heeft overdreven, moet worden opgemerkt, dat ofschoon deze kaart op zichzelf geen beslissende factor vormt, de Commissie terecht heeft opgemerkt — zonder dat verzoekster haar op dit punt heeft kunnen weerspreken —, dat de Kesko-voordeelkaart de klanten aanzet tot

loyaliteit en ook een belangrijk marketinginstrument voor Kesko vormt (punten 119-125 van de bestreden beschikking).

160 Verzoeksters vijfde argument faalt derhalve.

161 Met betrekking tot verzoeksters zesde argument, volgens hetwelk de stemrechten van de Kesko-detailhandelaren en de aan hen opgelegde verplichting een minimumaantal prioriteitsaandelen van Kesko te bezitten, in de praktijk van weinig betekenis zijn, zij eraan herinnerd, dat de Kesko-detailhandelaren en hun partners als gevolg van de prioriteitsaandelen die zij bezitten, in feite de meerderheid van de stemmen in Kesko beheersen (punt 4 van de bestreden beschikking). Deze situatie stelt de Kesko-detailhandelaren onder meer in staat de raad van toezicht van Kesko, die alle leden van de andere besluitvormende en uitvoerende organen van de onderneming benoemt, te controleren (punt 43 van de bestreden beschikking). Bovendien worden die aandelen aan Kesko in pand gegeven als zekerheid voor de voldoening van de verplichtingen van de detailhandelaar jegens Kesko (punt 62 van de bestreden beschikking).

162 Gelet op dit een en ander heeft verzoekster niet aangetoond, dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt bij de beoordeling van de juridische structuur van het „Kesko-blok" en van de financiële verplichtingen van de Kesko-detailhandelaren. Meer bepaald doen verzoeksters argumenten niet af aan de conclusie van de Commissie, dat het „Kesko-blok" in werkelijkheid een centraal gepland, structureel onderdeel van de Finse detailhandelsmarkt is, dat inzonderheid gebaseerd is op overeenkomsten die voorzien in horizontale samenwerking tussen de Kesko-detailhandelaren en erop gericht zijn, het gedrag van die detailhandelaren te standaardiseren en aldus in het belang van de groep hun onafhankelijkheid te beperken op gebieden als het aankoop-, identificatie-,

promotie- en verkoopbeleid (punten 39-41 en 63-66 van de bestreden beschikking).

163 Verzoeksters zesde argument faalt derhalve.

164 Met betrekking tot het zevende argument, volgens hetwelk de Commissie niet heeft aangetoond, dat de verschillende ketens waartoe de Kesko-detailhandelaren behoren, hetzelfde gedrag vertonen, zij om te beginnen in herinnering gebracht, dat de conclusie van de Commissie, volgens welke binnen elk van de vijf nationale Kesko-ketens geen concurrentie van betekenis bestaat (punten 47-50 en 54-57 van de bestreden beschikking), door verzoekster niet is aangevochten. Uit de bestreden beschikking blijkt immers, dat elke nationale keten van Kesko-detailhandelaren beschikt over een door de betrokken detailhandelaren benoemde raad van bestuur en over een „controle-eenheid" die volledig uit werknemers van Kesko bestaat. Deze structuur maakt het mogelijk, de activiteiten van de tot de keten behorende detailhandelaren op het gebied van het aankoop-, marketing- en verkoopbeleid te coördineren (punt 48 van de bestreden beschikking). Deze coördinatie moest nog worden versterkt doordat op termijn de winkels van de detailhandelaren zouden worden uitgerust met moderne informatiesystemen, die eigendom zouden zijn van Kesko (punt 50 van de bestreden beschikking).

165 Wat de concurrentie tussen de verschillende betrokken ketens betreft, moet worden erkend, dat de door verzoekster overgelegde studie van de Finse Raad voor consumentenonderzoek (bijlage XI bij het verzoekschrift) op het eerste gezicht lijkt aan te tonen, dat de verschillende Kesko-detailhandelaren voor

eenzelfde product verschillende prijzen in rekening brengen en dat er tussen hen dus een zekere mate van concurrentie bestaat. Het feit dat de structuur van Kesko een bepaalde mate van concurrentie toestaat — kennelijk teneinde te voldoen aan de Finse mededingingswetgeving, zoals verzoekster in punt 133 van haar verzoekschrift heeft verklaard —, is evenwel op zichzelf onvoldoende om de conclusie van de Commissie, dat Kesko en haar detailhandelaren, gelet op alle in de punten 39 tot en met 66 van de bestreden beschikking genoemde elementen, als een centraal gepland, structureel onderdeel van de Finse detailhandelsmarkt moeten worden beschouwd, te ontkrachten.

166 Bijgevolg heeft verzoekster niet aangetoond, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te concluderen, dat de gevolgen van de concentratie van Kesko en Tuko zowel op het niveau van de groothandel als op het niveau van de detailhandel in Finland moesten worden beoordeeld, gelet op de banden tussen Kesko en Tuko enerzijds en hun respectieve detailhandelaren anderzijds.

167 Ten slotte heeft verzoekster geen enkel element aangevoerd waardoor de in de punten 154 tot en met 161 van de bestreden beschikking vervatte conclusie van de Commissie, volgens welke de concentratie de toegang tot de Finse markten voor de detail- en de groothandel in consumptiegoederen voor dagelijks gebruik verder zou bemoeilijken, wordt ontzenuwd.

168 Uit al het voorgaande volgt, dat het tweede onderdeel van het derde middel moet worden afgewezen.

169 Mitsdien moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

170 Volgens artikel 87, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

171 Volgens artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen evenwel de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Bijgevolg zullen de Republiek Finland en de Franse Republiek elk hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verstaat dat verzoekster haar eigen kosten alsmede die van de Commissie zal dragen.

3) Verstaat dat de Republiek Finland en de Franse Republiek hun eigen kosten zullen dragen.

Potocki Lenaerts Bellamy

Azizi Meij

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 december 1999.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

A. Potocki