SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
(Sala Segunda ampliada)
de 15 de diciembre de 1999 *

En el asunto T-22/97,

Kesko Oy, sociedad finlandesa, con domicilio social en Helsinki, representada por el Sr. Gerwin van Gerven, Abogado de Bruselas, y la Sra. Sarah Beeston, Solicitor, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de Mes Loesch & Wolter, 11, rue Goethe,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Klaus Wiedner, miembro del Servicio Jurídico, asistido por el Sr. Stephen Kinsella, Solicitor, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

apoyada por la

República de Finlandia, representada por la Sra. Tuula Pynnä, oikeudellinen neuvonantaja del ulkoasiainministeriö, en calidad de Agente, asistida por el Sr. David Vaughan, QC de Inglaterra y del País de Gales, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Finlandia, 2, rue Heinrich Heine,

y la

República Francesa, representada por los Sres. Jean-François Dobelle, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y Frédérik Million, chargé de mission de la misma Dirección, y por la Sra. Kareen Rispal-Bellanger, sous-directeur de la misma Dirección, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Francia, 8 B, boulevard Joseph II,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 97/277/CE de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996, por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto nº IV/M.784 — Kesko/Tuko, DO 1997, L 110, p. 53),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda ampliada),

integrado por los Sres.: A. Potocki, Presidente; K. Lenaerts, C.W. Bellamy, J. Azizi y A.W.H. Meij, Jueces;

Secretario: Sr. A. Mair, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 2 de junio de 1999;

dicta la siguiente

Sentencia

1 El artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1; rectificación en DO 1990, L 257, p. 13; en lo sucesivo, «Reglamento nº 4064/89») dispone:

«3. Si la Comisión comprueba, a instancia de un Estado miembro, que una operación de concentración de las definidas en el artículo 3 pero sin dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1, crea o intensifica una

posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión, podrá, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros, adoptar las decisiones previstas en el párrafo segundo del apartado 2 y en los apartados 3 y 4 del artículo 8.

4. Se aplicarán las disposiciones de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2, así como las de los artículos 5, 6, 8 y 10 a 20. El plazo de incoación del procedimiento determinado en el apartado 1 del artículo 10 se iniciará en la fecha de recepción de la solicitud del Estado miembro. Ésta deberá producirse a más tardar en un plazo de un mes a partir de la fecha en la que la operación de concentración se haya comunicado al Estado miembro o se haya realizado. Dicho plazo empezará a contar a partir de que se produzca el primero de estos actos.

5. En aplicación del apartado 3, la Comisión sólo adoptará las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el territorio del Estado miembro a instancia del cual haya intervenido.»

2 El artículo 2, apartado 1, del Reglamento nº 4064/89, relativo a la evaluación de las operaciones de concentración, prevé:

«Las operaciones de concentración contempladas en el presente Reglamento se evaluarán en función de las disposiciones que figuran a continuación, con el fin de establecer si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de Derecho de obstáculos para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.»

Hechos que originaron el litigio y procedimiento

3 La demandante, Kesko Oy (en lo sucesivo, «Kesko»), es una sociedad anónima finlandesa dedicada al comercio minorista de bienes de consumo diario y de productos especializados. También opera en el sector del comercio de dichos bienes vendidos al por mayor y en autoservicio («cash and carry»). El capital social de Kesko está dividido en acciones privilegiadas y ordinarias. Los minoristas de Kesko (en lo sucesivo, «minoristas Kesko») son propietarios de las primeras directa o indirectamente. Debido a los votos suplementarios que les atribuyen los estatutos de la demandante, las acciones privilegiadas confieren a los minoristas Kesko el control efectivo de la mayoría de los derechos de voto en la Junta General de Accionistas. Conforme a los estatutos de Kesko, todos los

miembros del Consejo de Vigilancia, que nombra a los demás órganos de decisión y de dirección de Kesko, son minoristas Kesko.

4 El objetivo principal de Kesko consiste en organizar, en beneficio de los minoristas Kesko, las compras y la promoción a mayor escala de la que pueden hacerlo los minoristas por separado. Por tanto, las actividades de Kesko engloban la negociación con los proveedores de condiciones de compra favorables, el suministro de sus minoristas y la prestación de numerosos servicios complementarios.

5 Los minoristas Kesko, que son empresas jurídicamente independientes, están vinculados a Kesko mediante contratos. Operan en el sector del comercio minorista de bienes de consumo diario y/o de productos especializados y están organizados, desde 1995, en cinco cadenas que agrupan establecimientos con características comunes, a saber, los «Neighbourhood Stores», los «Supermarkets Kesko», los «Superstores Kesko», los «Citymarkets Kesko» y los establecimientos «Rimi». Kesko es propietaria de una parte importante de los locales comerciales.

6 Tuko Oy (en lo sucesivo, «Tuko») también era una sociedad anónima finlandesa especializada en el sector del comercio mayorista y minorista de bienes de consumo diario y de productos especializados. Además de los puntos de venta de los que era propietaria, Tuko había celebrado contratos de cooperación con un gran número de minoristas jurídicamente independientes (en lo sucesivo, «minoristas Tuko»). Los minoristas Tuko estaban organizados en tres grupos: la cadena Spar, los grandes almacenes Anttila y los establecimientos Tarmo. Tuko también operaba en el sector del comercio de bienes de consumo diario vendidos al por mayor y en autoservicio.

7 El 27 de mayo de 1996, Kesko celebró determinados acuerdos para adquirir el 56,3 % del capital social de Tuko, que representa el 59,3 % de los derechos de voto. A raíz de ello, Kesko aumentó su participación en Tuko a más del 99 % del capital social.

8 El 26 de junio de 1996, el kilpailuvirasto (Servicio finlandés de defensa de la Competencia; en lo sucesivo, «SDC») solicitó a la Comisión que examinara la operación de adquisición de Tuko por Kesko, conforme al artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

9 Kesko interpuso un recurso ante el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo Administrativo; en lo sucesivo, «KHO»), el 28 de junio de 1996, con objeto de impugnar la competencia del SDC para presentar una solicitud ante la Comisión sobre la base del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

10 El 19 de julio de 1996, el kauppa- ja teollisuusministeriö (Ministerio de Comercio e Industria; en lo sucesivo, «MCI») envió a la Comisión una copia de su escrito de contestación presentado en el marco del recurso de Kesko ante el KHO en el que afirmaba la competencia del SDC para presentar dicha solicitud.

11 Mediante Decisión de 26 de julio de 1996, la Comisión, al considerar que existían serias dudas sobre la compatibilidad de la operación de concentración controvertida con el mercado común, decidió incoar el procedimiento previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 4064/89 «a la espera de la resolución definitiva del Korkein hallinto-oikeus (KHO) de Finlandia».

12 El 17 de septiembre de 1996, la Comisión notificó un pliego de cargos a la demandante, con arreglo al artículo 18, apartado 1, del Reglamento nº 4064/89. La demandante le dio respuesta el 2 de octubre de 1996.

13 El KHO dictó su resolución el 1 de octubre de 1996. No se pronunció sobre el fondo del asunto, debido a la inadmisibilidad del recurso.

14 Mediante escrito de 23 de octubre de 1996, la demandante presentó a la Comisión determinadas propuestas de compromiso dirigidas a despejar sus dudas sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común.

15 El 20 de noviembre de 1996, la Comisión adoptó la Decisión 97/277/CE, por la que se declara una operación de concentración incompatible con el mercado común (Asunto nº IV/M.784 — Kesko/Tuko, DO 1997, L 110, p. 53; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), sobre la base, en particular, de los artículos 8, apartado 3, y 22 del Reglamento nº 4064/89.

16 En la Decisión impugnada, la Comisión señaló, en especial, que:

— la operación de concentración controvertida no podía evaluarse exclusivamente en el contexto del comercio mayorista, sino que el análisis también debía referirse al sector del comercio minorista en razón de las relaciones existentes entre, por una parte, Kesko y Tuko, y, por otra parte, sus respectivos minoristas, como se describen en los considerandos 39 a 66;

— la concentración de Kesko y Tuko creaba o reforzaba una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el mercado finlandés de la venta al por menor de bienes de consumo diario (véanse, en especial, los considerandos 93 a 138);

— la concentración creaba, desde el punto de vista de la estructura de la oferta, una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el mercado finlandés de la venta en autoservicio y al por mayor de bienes de consumo diario (considerandos 139 a 145);

— la posición dominante en los mercados finlandeses de la venta minorista y del comercio mayorista en autoservicio, creada por la concentración, aumentaba el poder de compra de Kesko y, por tanto, reforzaba aún más su posición dominante en esos mercados (considerandos 146 a 153);

— la concentración reforzaba los obstáculos para el acceso al mercado y hacía extremadamente improbable la implantación de un nuevo competidor en los mercados afectados (considerandos 154 a 161);

— el cambio que afectaba a la estructura del comercio minorista y mayorista en libre servicio de bienes de consumo diario en Finlandia ejercía una influencia considerable, directa o indirecta, real o potencial, sobre la corriente de intercambios entre Estados miembros (considerandos 10 a 13).

17 La Comisión también rechazó las propuestas de compromiso presentadas por Kesko en su escrito de 23 de octubre de 1996 porque, en particular, eran manifiestamente insuficientes para poner fin a la posición dominante de la que esta última disfrutaba en el mercado finlandés de la venta al por menor de bienes de consumo diario (considerandos 162 a 172 de la Decisión impugnada).

18 En el considerando 173 de la Decisión impugnada, la Comisión indicó, en particular, que adoptaría «en una decisión separada conforme al artículo 8, apartado 4, del Reglamento sobre concentraciones [...] las medidas adecuadas con objeto de restablecer las condiciones de competencia efectiva».

19 El artículo 1 de la Decisión impugnada dispone que «La concentración por la cual Kesko Oy obtuvo el control exclusivo de Tuko Oy mediante la adquisición de acciones se declara incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.»

20 La Decisión impugnada fue notificada a Kesko el mismo día de su adopción, el 20 de noviembre de 1996.

21 El 21 de noviembre de 1996, la Comisión dirigió a Kesko una comunicación conforme al artículo 18, apartado 1, del Reglamento nº 4064/89, indicando que consideraba apropiado adoptar una Decisión con arreglo al artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento obligando a Kesko a vender en bloque las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo diario.

22 El 30 de enero de 1997, Kesko propuso a la Comisión la cesión a un consorcio de empresas terceras de las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo diario, con excepción de los grandes almacenes Anttila.

23 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 31 de enero de 1997, Kesko interpuso el presente recurso por el que solicita que se anule la Decisión impugnada. El asunto se registró con el número T-22/97.

24 El 7 de febrero de 1997, Kesko, Tuko y determinadas filiales de ésta celebraron con empresas terceras un acuerdo-marco (en lo sucesivo, «acuerdo de cesión») que tenía por objeto la cesión de las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo diario, con excepción de los grandes almacenes Anttila, conforme a la propuesta presentada a la Comisión el 30 de enero de 1997.

25 El apartado 4 del acuerdo de cesión establecía que las transacciones contempladas sólo producirían efectos si la Comisión daba su aprobación o no presentaba objeciones antes del 30 de abril de 1997 a más tardar.

26 El 19 de febrero de 1997, la Comisión adoptó la Decisión 97/409/CE por la que se establecen medidas para restablecer las condiciones de una competencia efectiva (Asunto nº IV/M.784 — Kesko/Tuko, DO L 174, p. 47; en lo sucesivo, «Decisión de cesión»), sobre la base de los artículos 8, apartado 4, y 22 del Reglamento nº 4064/89. En el considerando 13 de dicha Decisión se afirma que la propuesta de Kesko de vender determinadas actividades de Tuko a un consorcio de empresas terceras se presentó con retraso en el procedimiento y la Comisión se reserva pronunciarse sobre la misma.

27 La Decisión de cesión dispone:

«Artículo 1

Kesko deberá ceder las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo corriente a un comprador que deberá ser un competidor viable, actual o potencial, independiente del grupo Kesko y sin relación alguna con él, y que disponga de recursos financieros y experiencia suficientes que le permitan mantener y desarrollar las actividades cedidas, haciendo de él un competidor activo de Kesko en el comercio de bienes de consumo corriente de Kesko (criterio de selección).

[...]

Artículo 2

1. Kesko nombrará, en el plazo de 30 días a partir de la notificación de la presente Decisión, un administrador fiduciario independiente, que deberá contar con la aprobación de la Comisión, para el control de la operación y la gestión de los activos que deban cederse de conformidad con el artículo 1.

2. Kesko deberá garantizar que el mandato irrevocable del administrador fiduciario implica los siguientes derechos y obligaciones:

[...]

d) presentar a la Comisión [...] informes mensuales escritos sobre la explotación y gestión del conjunto de activos que vayan a cederse y sobre la evolución de sus negociaciones con terceros interesados en la compra de los mismos, incluido el plazo dentro del cual podría aplicarse un acuerdo con los terceros interesados, y, en particular, información suficiente para que la Comisión pueda determinar si las ofertas satisfacen los criterios de selección.

Si, en opinión del administrador fiduciario, una oferta que no cumple los criterios establecidos en el artículo 1 permite alcanzar los mismos resultados que la solución "en bloque", el administrador deberá indicar las razones de ello en su informe a la Comisión. Si, de conformidad con la letra e), la Comisión no manifiesta su desacuerdo, tal oferta se considerará válida a efectos de la presente Decisión;

[...]

Artículo 4

1. La cesión prevista en el artículo 1 se llevará a cabo en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Decisión. Se considerará que Kesko ha cumplido la presente Decisión si, durante este plazo, se ha firmado un acuerdo

vinculante para la venta del conjunto de activos que deban cederse, siempre que la cesión sea efectiva en un plazo de tres meses a partir de la fecha de dicha firma.

[...]

3. En caso de que resulte imposible firmar un acuerdo vinculante en el plazo de seis meses a que se refiere el apartado 1, la Comisión podrá ampliar dicho plazo, a petición de Kesko y siempre que el administrador fiduciario lo considere justificado. En tal caso, Kesko otorgará al administrador fiduciario un mandato irrevocable para vender el conjunto de activos que deben cederse en las mejores condiciones posibles [...]. En cualquier caso, la cesión deberá estar totalmente concluida el 31 de diciembre de 1997 a más tardar.»

28 El 3 de marzo de 1997, Kesko sometió a la Comisión un proyecto que establecía los derechos y obligaciones del administrador fiduciario, como se dispone en la Decisión de cesión. Este proyecto preveía, en particular, la posibilidad de que Kesko exigiera al administrador fiduciario incluir en el acuerdo de cesión de las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo diario una cláusula que subordinara la realización de la cesión a la desestimación del recurso de anulación de la Decisión impugnada interpuesto por Kesko ante el Tribunal de Primera Instancia. Mediante fax del mismo día, la Comisión indicó que tal cláusula no era aceptable.

29 El 3 de abril de 1997, el administrador fiduciario designado conforme a la Decisión de cesión sometió a la Comisión un informe recomendando la aprobación del acuerdo de cesión, modificado en el sentido de que los locales pertenecientes a Kesko y arrendados a dos minoristas Kesko debían venderse a una de las empresas terceras interesadas, como contrapartida a que Kesko conservaba los grandes almacenes Anttila.

30 Mediante fax de 17 de abril de 1997, la Comisión informó a Kesko, conforme al artículo 2, apartado 2, letra d), de la Decisión de cesión, que no se opondría a las propuestas del administrador fiduciario.

31 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 25 de abril de 1997, Kesko interpuso un recurso de anulación de la Decisión de cesión. El asunto se registró con el número T-134/97.

32 Mediante escrito de 14 de agosto de 1997, el administrador fiduciario informó a la Comisión de que se habían realizado las diferentes transacciones previstas en su informe.

33 Mediante escrito de 26 de agosto de 1997, la Comisión indicó a Kesko que ésta había cumplido las obligaciones que le correspondían en virtud de la Decisión de cesión.

34 Mediante escrito presentado en la Secretaría el 1 de septiembre de 1997, Kesko informó al Tribunal de Primera Instancia de que desistía del procedimiento en el asunto T-134/97.

35 Mediante auto del Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia de 9 de octubre de 1997, el asunto T-134/97 fue archivado haciéndose constar en el Registro del Tribunal de Primera Instancia, conforme al artículo 99 del Reglamento de Procedimiento.

36 Mediante auto del Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1998, se admitió la intervención de la República de Finlandia y de la República Francesa en el asunto T-22/97 en apoyo de las pretensiones de la Comisión. El Presidente también admitió la petición de tratamiento confidencial presentada por la demandante respecto a las partes coadyuvantes.

37 Oídas las partes, el Tribunal atribuyó el asunto T-22/97, conforme al artículo 51 del Reglamento de Procedimiento, a una Sala integrada por cinco Jueces.

38 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia abrió la fase oral, dedicada únicamente a las cuestiones de la admisibilidad del recurso y del interés de la demandante en ejercitar la acción, conforme a los artículos 113 y 114, apartados 3 y 4, del Reglamento de Procedimiento. Se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia sobre aquellas dos cuestiones, en la vista celebrada el 11 de noviembre de 1998.

39 Mediante auto de 1 de diciembre de 1998, el Tribunal de Primera Instancia ordenó la continuación del procedimiento para que las partes fueran oídas sobre el fondo del asunto y autorizó a la República de Finlandia a completar su escrito de intervención sobre el fondo del asunto.

40 La República de Finlandia presentó un segundo escrito de intervención el 28 de diciembre de 1998.

41 Visto el informe del Juez Ponente, se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia sobre el fondo del asunto en la vista celebrada el 2 de junio de 1999.

Pretensiones de las partes

42 La parte demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

43 La parte demandada solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Con carácter principal, declare la inadmisibilidad del recurso.

— Con carácter subsidiario, declare que el recurso carece de objeto.

— Con carácter aún más subsidiario, desestime el recurso por infundado.

— Condene en costas a la demandante.

44 La República de Finlandia solicita al Tribunal de Primera Instancia que desestime el recurso.

45 La República Francesa solicita al Tribunal de Primera Instancia que desestime el recurso por infundado.

Sobre la admisibilidad y el objeto del recurso

Alegaciones de las partes

46 La Comisión afirma que la demandante ha perdido todo interés en ejercitar la acción de anulación de la Decisión impugnada y solicita, por tanto, al Tribunal de Primera Instancia que declare la inadmisibilidad o la falta de objeto del recurso.

47 Mediante el acuerdo de cesión de 7 de febrero de 1997, la demandante se obligó irrevocablemente a desprenderse de un determinado número de activos. Eligió celebrar este acuerdo sin tener ninguna obligación de adoptar medidas para cumplir la Decisión impugnada. Además, el acuerdo de cesión sólo estaba supeditado a la condición de la aprobación por la Comisión, concedida mediante escrito de 17 de abril de 1997.

48 A este respecto, la Comisión sostiene que únicamente puede impugnarse la parte dispositiva de una Decisión y no la motivación como tal (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 1992, NBV y NVB/Comisión, T-138/89, Rec. p. II-2181, apartado 31).

49 Por otra parte, para justificar un interés en ejercitar la acción no basta con invocar situaciones jurídicas futuras e inciertas (sentencia NBV y NVB/Comisión, antes citada, apartado 33). Si, en un caso hipotético, relativo a la aplicación del Reglamento nº 4064/89 o de los artículos 85 u 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE), la Comisión tuviera que apreciar la naturaleza de las relaciones entre Kesko y sus minoristas, debería hacerlo en función de todas las

circunstancias existentes en ese momento. En la medida en que la demandante impugnara la legalidad de esta nueva Decisión, le correspondería interponer un recurso para la anulación de ésta.

50 La Comisión considera que no son pertinentes las alegaciones basadas en la influencia de la Decisión impugnada en las acciones futuras del SDC, en el supuesto menoscabo de la reputación de la demandante y en que una posible sentencia de anulación podría servir de fundamento a un futuro recurso de indemnización.

51 La demandante alega que la tesis de la Comisión, según la cual una empresa pierde su interés en ejercitar la acción cuando cede la empresa que ha adquirido, a raíz de la declaración de incompatibilidad de dicha concentración con el mercado común sin reservarse el derecho a readquirirla en caso de que se estime su recurso, supone una denegación de justicia.

52 La demandante precisó en su recurso que no pretendía volver a tomar el control de Tuko. No obstante, en la vista de 11 de noviembre de 1998 alegó que deseaba poder adquirir de nuevo, o bien el conjunto, o bien una parte de los activos de Tuko si se presentaba la oportunidad. En todo caso, el objetivo principal de la demandante es impedir a la Comisión o al SDC basarse en el análisis, según ella erróneo, formulado en la Decisión impugnada, en caso de apreciaciones futuras de su situación o de la de los minoristas Kesko. La demandante desea también restablecer su reputación y reservarse la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios.

53 La República de Finlandia se adhiere, fundamentalmente, a las alegaciones de la Comisión.

54 La República Francesa no se pronunció sobre la admisibilidad ni sobre el objeto del recurso.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

55 Por lo que se refiere, de entrada, a la admisibilidad del recurso, procede recordar que el interés en ejercitar la acción de anulación se aprecia en el momento en que se presenta el recurso (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1963, Forges de Clabecq/Alta Autoridad, 14/63, Rec. pp. 719 y ss., especialmente p. 748).

56 En la fecha de interposición del recurso, el 31 de enero de 1997, Kesko aún disponía del control de Tuko, adquirida mediante la operación de concentración de 27 de mayo de 1996. Aunque había presentado a la Comisión, el 30 de enero de 1997, un proyecto de transacción dirigido a la cesión de las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo diario, con excepción de los grandes almacenes Anttila, aún no se habían celebrado los acuerdos necesarios para la realización de esta transacción.

57 El hecho de que la demandante sea la destinataria de la Decisión impugnada basta para conferirle un interés en ejercitar la acción y en que el Juez comunitario examine la legalidad de dicha Decisión (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión, T-102/96, Rec. p. II-753, apartados 40 a 42). De ello se deriva que, cuando se interpuso el recurso, Kesko tenía, en todo caso, un interés nato y real en la anulación de la Decisión impugnada.

58 En cuanto a la cuestión de si, posteriormente, la demandante mantiene su interés en continuar el procedimiento (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1995, Rendo y otros/Comisión, C-19/93 P, Rec. p. I-3319, apartado 13), procede señalar que la desaparición del fundamento contractual de la operación de concentración no constituye en sí un elemento que excluya el control de legalidad de una Decisión de la Comisión por la que se declara la incompatibilidad de una concentración con el mercado común (sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 45).

59 Por lo que se refiere a la alegación de la Comisión basada en el abandono voluntario de la operación de concentración impugnada, después de la interposición del recurso, procede recordar que, cuando una sociedad se ha limitado a cumplir una Decisión de la Comisión, como era su obligación, esta actitud no puede, en modo alguno, privarle de su interés en ejercitar la acción de anulación de dicha Decisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 1985, Hoogovens Groep/Comisión, 172/83 y 226/83, Rec. p. 2831, apartado 19).

60 Pues bien, en el presente asunto, la demandante sólo celebró el acuerdo de cesión, el 7 de febrero de 1997, después de la adopción, el 20 de noviembre de 1996, de la Decisión impugnada que, en el considerando 173, menciona la intención de la Comisión de adoptar, en una decisión separada conforme al artículo 8, apartado 4, del Reglamento nº 4064/89, medidas apropiadas para restablecer las condiciones de competencia efectiva (apartados 15 a 18 *supra*).

61 A continuación, la Decisión de cesión de 19 de febrero de 1997 impuso a la demandante la obligación precisa de ceder las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo diario, bajo el control de un administrador fiduciario, en un plazo de seis meses o el 31 de diciembre de 1997 a más tardar (apartado 27 *supra*).

62 El 3 de marzo de 1997, la Comisión rechazó la propuesta de la demandante que le permitía exigir al administrador fiduciario estipular que la cesión sólo sería efectiva en caso de que se desestimara el recurso de anulación de la Decisión impugnada (apartado 28 *supra*).

63 La cesión incondicional de las actividades de Tuko, conforme a las propuestas del administrador fiduciario y con la aprobación de la Comisión, no se realizó finalmente hasta agosto de 1997 (apartados 31 a 33 *supra*).

64 En estas circunstancias, contrariamente a lo que afirma la Comisión, ni el acuerdo de cesión de 7 de febrero de 1997, ni las transacciones posteriores con las que la demandante emprendió la cesión de las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo diario, pueden considerarse «un abandono voluntario» de la operación de concentración. Más bien al contrario, dichas transacciones son la consecuencia directa de la Decisión impugnada y, por tanto, de la Decisión de cesión, así como de los esfuerzos de la demandante para cumplirla.

65 Procede, pues, concluir que debe declararse la admisibilidad del recurso y que la demandante conserva un interés en ejercitar la acción de anulación de la Decisión impugnada.

Sobre el fondo

66 En su recurso la demandante invoca cuatro motivos, basados, en primer lugar, en la incompetencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada; en segundo lugar, en el error manifiesto de apreciación o de Derecho cometido por la Comisión al concluir que la operación de concentración controvertida podía afectar al comercio entre Estados miembros; en tercer lugar, en el error manifiesto de apreciación o de Derecho cometido por la Comisión al llegar a la conclusión de la existencia de una posición dominante, habida cuenta de las relaciones existentes entre Kesko y los minoristas Kesko y Tuko, y, en cuarto lugar, en una falta de motivación cuyo examen se efectuará en el marco de los dos primeros motivos.

Sobre el primer motivo, basado en la incompetencia de la Comisión

Alegaciones de las partes

67 La demandante afirma que la Comisión infringió el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 y violó el principio de buena administración al decidir incoar el procedimiento sobre la base del artículo 6, apartado 1, letra c), de dicho Reglamento a raíz de la solicitud del SDC de 26 de junio de 1996.

68 En primer lugar, sólo el valtioneuvosto (Consejo de Estado finlandés) es competente, conforme al artículo 40, apartado 1, de la Constitución finlandesa, para ejercer las funciones que el Derecho comunitario atribuye a los Estados miembros, a falta de una disposición legal específica que confiera expresamente esas funciones a otra institución. Pues bien, aunque el artículo 10 de la ETA-sopimuksen voimaansaattamislaki (Ley finlandesa que incorpora el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), sustituido posteriormente por el artículo 20 de la kilpailunrajoituslaki (Ley finlandesa de Defensa de la Competencia), atribuye al SDC determinadas funciones que se ejercitan, conforme al Reglamento nº 4064/89, por una «autoridad competente» (véanse, por ejemplo, los artículos 9, 12, 13, 18 y 19 de dicho Reglamento), ninguna disposición del Derecho finlandés lo habilita para presentar una solicitud con arreglo al artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

69 Puesto que el SDC no es competente para presentar tal solicitud, la Comisión tampoco lo es para iniciar una investigación sobre la concentración controvertida.

70 En segundo lugar, la Comisión infringió el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 y violó el principio de buena administración al no comprobar si dicha solicitud había sido presentada válidamente por un Estado

miembro. Aunque, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «no incumbe a la Comisión pronunciarse sobre el reparto de competencias establecido por las normas institucionales de cada Estado miembro» (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1990, Alemania/Comisión, C-8/88, Rec. p. I-2321, apartado 13), la Comisión no puede acoger una solicitud sobre la base del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 sin comprobar si ésta fue presentada válidamente.

71 Pues bien, la demandante alega haber advertido a la Comisión de las dudas que existían respecto a la competencia del SDC en su escrito de 10 de julio de 1996 y en sus contactos posteriores con la demandada. Mediante el mismo escrito, también informó a la Comisión del recurso interpuesto ante el KHO con objeto de impugnar la competencia del SDC (apartado 11 *supra*). En estas circunstancias, la Comisión no podía, según la demandante, considerarse competente, ni siquiera a primera vista.

72 La Comisión se apoyó erróneamente en el escrito del MCI de 19 de julio de 1996, que afirmaba la competencia del SDC para presentar la solicitud prevista en el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En efecto, el MCI, por una parte, no es competente según el Derecho finlandés para decidir sobre la extensión de las atribuciones del SDC y, por otra parte, no puede presentar un dictamen imparcial porque él mismo había autorizado al SDC a presentar la solicitud ante la Comisión. Al basarse en las afirmaciones del SDC y del MCI, la Comisión vulneró el principio de no interferencia.

73 La resolución del KHO de 1 de octubre de 1996 confirma implícitamente la tesis de la incompetencia del SDC, aunque no se pronuncie sobre el fondo del asunto. La comunicación del KHO al valtioneuvosto (Consejo de Estado) de 20 de diciembre de 1996, advirtiendo a dicho órgano jurisdiccional de las lagunas del Derecho finlandés de la competencia respecto a la presentación de solicitudes con arreglo al artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, corrobora dicha tesis.

74 En cualquier caso, dado que la Comisión había dado a entender, en su Decisión de 26 de julio de 1996, adoptada conforme al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 4064/89, que se consideraba competente a la espera de la resolución definitiva del KHO, debería haber iniciado nuevas actuaciones para comprobar su competencia después de la resolución del KHO de 1 de octubre de 1996, en la que no se zanjó la cuestión de la facultad del SDC para presentar una solicitud sobre la base del artículo 22, apartado 3, de dicho Reglamento.

75 La Comisión debería haberse dirigido, en particular, a la Representación Permanente Finlandesa ante las Comunidades Europeas. El Derecho finlandés prevé, en efecto, un procedimiento, que dicha Representación podía iniciar, que permite obtener un dictamen del Presidente de la República o del valtioneuvosto (Consejo de Estado) sobre la competencia de una institución finlandesa. Además, corresponde a la Comisión aportar la prueba de que era efectivamente competente para iniciar una investigación sobre la operación de concentración controvertida.

76 Finalmente, la Comisión infringió el artículo 190 del Tratado CE (actualmente artículo 253 CE) al no indicar, en la Decisión impugnada, los motivos por los que se consideraba competente. Además, tenía la obligación, habida cuenta del carácter provisional de la conclusión sobre su competencia a la que había llegado en su Decisión de 26 de julio de 1996, de abordar nuevamente esta cuestión en la Decisión impugnada.

77 La Comisión no se pronunció sobre la competencia del SDC en Derecho finlandés y alega, remitiéndose a la sentencia Alemania/Comisión, antes citada, que no corresponde al Tribunal de Primera Instancia examinar esa cuestión.

78 La Comisión estima que, dado que, a primera vista, había buenas razones para pensar que el órgano autor de la solicitud con arreglo al artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 era competente para plantear tal solicitud en nombre

del Estado miembro afectado —lo cual era el caso en el presente asunto—, ella era competente para comenzar una investigación sobre la concentración referida en dicha solicitud. Por lo que se refiere a la motivación, la Comisión sostiene haber explicado suficientemente en su Decisión de 26 de julio de 1996 las razones que justifican su competencia.

79 La República de Finlandia se adhiere, en esencia, a las alegaciones de la Comisión. Destaca, en particular, que el recurso ante el Tribunal de Primera Instancia sólo puede cuestionar la competencia de la Comisión y no la del SDC, de forma que la referencia a las actuaciones realizadas en Finlandia y, en especial, al recurso ante el KHO, en principio no es pertinente.

80 La República Francesa sostiene que, en virtud del principio de no interferencia, no corresponde a la Comisión controlar la legalidad de la solicitud que le presentó el SDC respecto al Derecho finlandés.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

81 En el presente asunto, consta que el SDC solicitó a la Comisión, el 26 de junio de 1996, que examinara la operación de adquisición de Tuko por Kesko sobre la base del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

82 Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no incumbe a la Comisión pronunciarse sobre el reparto de competencias establecido por las normas institucionales de cada Estado miembro (sentencia Alemania/Comisión, antes citada, apartado 13).

83 También procede recordar que, en el marco de un recurso con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación), el órgano jurisdiccional comunitario no es competente para pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de un acto adoptado por una autoridad nacional (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 1992, Oleificio Borelli/ Comisión, C-97/91, Rec. p. I-6313, apartado 9).

84 En estas circunstancias, no correspondía a la Comisión pronunciarse, en el procedimiento administrativo, sobre la competencia del SDC respecto al Derecho finlandés para presentar una solicitud sobre la base del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, sino que sólo le incumbía comprobar si la solicitud que se le había presentado, a primera vista, era la de un Estado miembro en el sentido del artículo 22 antes citado.

85 Corresponde al Tribunal de Primera Instancia controlar si la Comisión cumplió, conforme a Derecho, esta obligación de comprobación.

86 A este respecto, procede destacar, en primer lugar, que el concepto de solicitud de un «Estado miembro» en el sentido del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 no se limita a las solicitudes que emanan de un gobierno o de un ministerio, sino que engloba también las procedentes de una autoridad nacional como el SDC.

87 Procede recordar, en segundo lugar, que, cuando se adoptó la Decisión impugnada, la Comisión disponía de los siguientes elementos de información:

— el hecho de que el SDC es la autoridad finlandesa competente normalmente en materia de aplicación del Derecho de la competencia;

— el escrito de contestación del MCI, ministerio finlandés responsable en materia de competencia, presentado en el marco del recurso de Kesko ante el KHO y que concluye que el SDC es competente para presentar la solicitud con arreglo artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 (apartado 10 *supra)*;

— la resolución del KHO por la que se declara la inadmisibilidad del recurso de la demandante (apartado 13 *supra)*. La demandante no pudo, por tanto, aportar una resolución de un órgano jurisdiccional finlandés que declarase que el SDC no era competente para presentar la solicitud controvertida;

— el hecho de que la demandante no formuló observaciones sobre la cuestión de la competencia del SDC en su respuesta al pliego de cargos de 2 de octubre de 1996, ni presentó ningún nuevo elemento después de la resolución del KHO.

88 Habida cuenta del conjunto de estos elementos, procede concluir que, cuando se adoptó la Decisión impugnada, el 20 de noviembre de 1996, la Comisión podía considerar fundadamente que el SDC era, a primera vista, competente para presentar la solicitud con arreglo al artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En estas circunstancias, no había motivos para que la Comisión exigiera a las autoridades finlandesas que le proporcionaran informaciones complementarias sobre esta cuestión.

89 En consecuencia, no está probado que la Comisión haya cometido un error de Derecho al decidir incoar el procedimiento sobre la base del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 4064/89. Por tanto, el motivo basado en la incompetencia de la Comisión no está fundado.

90 Por lo que se refiere a la motivación de la Decisión impugnada respecto a la competencia de la Comisión, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia que no se puede exigir que la motivación de un acto especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, cuando dicho acto se inscriba en el marco sistemático del conjunto del que forme parte, dado que la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso concreto (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, Rec. p. I-2873, apartados 34 y 35).

91 Pues bien, en su Decisión de 26 de julio de 1996 con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 4064/89, la Comisión indicó:

«Kesko Oy interpuso un recurso contra la solicitud del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) ante el Korkein hallinto-oikeus (KHO) de Finlandia basado en que el SDC no era competente para presentar la solicitud prevista en el artículo 22. La Comisión fue informada del dictamen del Ministerio de Comercio e Industria según el cual la solicitud del SDC era válida. A falta de elementos de prueba en contrario, la Comisión presume que es competente en el presente asunto a la espera de la resolución definitiva del Korkein hallinto-oikeus.»

92 Como ya se ha señalado, la demandante no aportó ningún nuevo elemento relativo a la competencia del SDC para presentar la solicitud controvertida después de la declaración de inadmisibilidad, el 1 de octubre de 1996, de su recurso ante el KHO (apartado 91 *supra*). En estas circunstancias, la Comisión no estaba obligada a incluir, en la Decisión impugnada, una motivación suplementaria sobre este punto.

93 De lo anterior se deduce que debe desestimarse el primer motivo.

Sobre el segundo motivo, basado en el error manifiesto de apreciación o de Derecho acerca de los efectos de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros

Alegaciones de las partes

94 La demandante considera que la apreciación efectuada por la Comisión en los considerandos 11 a 13 de la Decisión impugnada no prueba la existencia, alegada, de un efecto de la concentración sobre el comercio intracomunitario y, por tanto, infringe la obligación de motivación impuesta en el artículo 190 del Tratado.

95 En primer lugar, debe tenerse en cuenta el carácter excepcional de la competencia de la Comisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento nº 4064/89, al examinar el requisito relativo al efecto de una concentración sobre el comercio intracomunitario. Habida cuenta de que el 99 % del volumen de negocios acumulados de Kesko y Tuko se realiza en Finlandia, la Comisión debería haber aportado pruebas especialmente convincentes de que la concentración controvertida afectaría al comercio entre Estados miembros, cosa que no hizo.

96 En segundo lugar, la declaración efectuada por la Comisión en el momento de la adopción del Reglamento nº 4064/89 (véase el Decimonoveno Informe sobre la política de la Competencia, p. 269), según la cual el comercio intracomunitario normalmente no se ve afectado cuando cada una de las empresas participantes en la concentración realiza más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un único Estado miembro, se aplica también en el presente asunto. La Comisión afirmó erróneamente en el considerando 10 de la Decisión impugnada que dicha declaración sólo se refiere al ejercicio de las facultades subsidiarias que le confiere el artículo 89 del Tratado CE (actualmente artículo 85 CE, tras su modificación). Además, la Comisión está vinculada por

su propia declaración (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89, Rec. p. II-1711).

97 En tercer lugar, la Comisión aplicó erróneamente el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 al trasladar al presente asunto el análisis tradicional de los artículos 85 y 86 del Tratado para evaluar el efecto sobre el comercio intracomunitario. Resulta de la diferencia de redacción entre, por una parte, esos dos artículos, que tienen por objeto los acuerdos y prácticas que «puedan» afectar al comercio entre los Estados miembros y, por otra parte, el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, que se aplica «en la medida en que [la] concentración afecte al comercio entre Estados miembros», que es necesario un efecto real para cumplir los requisitos de aplicación del artículo 22 de dicho Reglamento, mientras que basta con un efecto potencial en el caso de los artículos 85 y 86 del Tratado. Esta diferencia se explica, por una parte, por el carácter excepcional de la competencia de la Comisión cuando se le presenta una solicitud sobre la base del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, y, por otra parte, por la voluntad de evitar que los Estados miembros que no dispongan de un procedimiento de control de las concentraciones a nivel nacional introduzcan tal control de forma encubierta solicitando a la Comisión que las examine. Pues bien, todos los efectos de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros a los que se refieren los considerandos 11 a 13 de la Decisión impugnada son meramente potenciales.

98 En cuarto lugar, la argumentación desarrollada por la Comisión, en la Decisión impugnada, para demostrar la existencia de un efecto de la concentración sobre el comercio intracomunitario, no es compatible con el análisis que hace de la competencia en la misma Decisión. Así, la Comisión estimó, en los considerandos 21 y 22 de la Decisión impugnada, que los mercados geográficos de referencia eran a lo sumo nacionales. Dado que el 70 % de las mercancías vendidas al por menor se fabrican en Finlandia y todos los grandes proveedores de mercancías establecidos fuera de dicho país, con una excepción, poseen sus propios centros de distribución en Finlandia, los efectos de la concentración sólo repercuten en los operadores finlandeses.

99 En quinto lugar, la Comisión debería haber considerado el mercado con relación a cada producto comprendido en el sector de los bienes de consumo diario para

evaluarlo correctamente, porque determinados mercados afectados son locales mientras que otros son nacionales e internacionales, según los productos. Pues bien, la Comisión no efectuó tal estudio.

100 Finalmente, en el considerando 154 de la Decisión impugnada la propia Comisión reconoció que determinados obstáculos potenciales al establecimiento de nuevas empresas en el mercado finlandés, como el poder de compra de Kesko y la posición geográfica de Finlandia, no se derivan necesariamente de la concentración controvertida. La supuesta existencia de dichos obstáculos no puede demostrar que la concentración tenía un efecto sobre el comercio intracomunitario.

101 La Comisión indica que, en el caso no habitual de una solicitud basada en el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, procede interpretar el requisito relativo al efecto de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros como se aplica en el marco de los artículos 85 y 86 del Tratado. Al aplicar el concepto de efecto potencial, la Comisión señaló, en los considerandos 11 a 13 de la Decisión impugnada, que la concentración discutida dificultaba el establecimiento de nuevas empresas en el mercado finlandés y que también tenía efectos sobre el comercio en el plano de la oferta. El comercio intracomunitario quedaba, por tanto, afectado por ella.

102 La República Francesa y la República de Finlandia se adhieren, en esencia, a las alegaciones de la Comisión.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

103 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia relativa a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, para que un acuerdo entre empresas así como, por otra parte, un abuso de posición dominante, pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse

presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartado 54, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201, apartado 201). De ahí que no sea necesario que el comportamiento denunciado haya afectado efectivamente al comercio entre Estados miembros de manera sensible; basta con demostrar que dicho comportamiento puede tener dicho efecto (véase, respecto al artículo 86 del Tratado, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743, apartado 69, y, respecto al artículo 85 del Tratado, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, Rec. p. II-289, apartado 235).

104 También resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia que afecta al comercio entre Estados miembros, en particular, un acuerdo que dificulte la actividad o el acceso al mercado nacional de productores o de vendedores de otros Estados miembros o que impida a los competidores procedentes de otros Estados miembros implantarse en el mercado controvertido (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1996, Société Technique Minière, C-56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359; de 17 de octubre de 1972, Cementhandelaren/Comisión, 8/72, Rec. p. 977, apartados 29 y 30, y de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, apartados 12 a 14, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Schöller/Comisión, T-9/93, Rec. p. II-1611, apartados 76 a 78, y de 14 de mayo de 1997, VGB y otros/Comisión, T-77/94, Rec. p. II-759, apartados 132 y 140).

105 En el marco del artículo 86 del Tratado, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia también han declarado que, cuando la empresa que disfruta de una posición dominante obstaculiza el acceso de los competidores al mercado, es indiferente que dicho comportamiento se registre solamente en el territorio de un único Estado miembro, desde el momento en que puede tener repercusiones sobre los flujos comerciales y la competencia en el mercado común (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec.

p. 3461, apartado 103; véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, T-65/89, Rec. p. II-389, apartados 134 y 135).

106 Hay que admitir que esta jurisprudencia también se aplica al requisito del efecto sobre el comercio entre Estados miembros como figura en el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En efecto, se desprende, en particular, de los ocho primeros considerandos del Reglamento nº 4064/89 que esta norma, los artículos 85 y 86 del Tratado CE y sus Reglamentos de desarrollo constituyen un conjunto que forma parte integrante del régimen comunitario dirigido a asegurar que no se falsee la competencia en el mercado común, conforme al artículo 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, letra g), tras su modificación]. Procede, por tanto, dar al requisito del efecto sobre el comercio entre Estados miembros, en el sentido del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, una interpretación coherente con la efectuada en el marco de los artículos 85 y 86 del Tratado.

107 Esta conclusión no puede invalidarse por el hecho de que la palabra «pueda», que figura en los artículos 85 y 86 del Tratado, no aparezca en el artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En efecto, se deriva de la propia naturaleza del control de las concentraciones establecido por el Reglamento nº 4064/89 que la Comisión está obligada a efectuar una prospectiva de los efectos de la operación de concentración controvertida y, por tanto, en el marco del artículo 22, apartado 3, de dicho Reglamento, de los efectos futuros sobre el comercio entre Estados miembros. De aquí se deduce que, en dicho marco, la Comisión puede tener en cuenta los efectos potenciales sobre el comercio entre Estados miembros, siempre que sean suficientemente significativos y previsibles, sin que sea necesario probar que la operación de concentración controvertida haya afectado efectivamente al comercio intracomunitario.

108 Por lo que se refiere al presente asunto, la Comisión señaló en los considerandos 11 a 13 de la Decisión impugnada que la concentración de que se trata afectaría a la estructura del comercio minorista y mayorista de bienes de consumo diario en

Finlandia de forma que ejercería una influencia significativa, directa o indirecta, real o potencial, sobre la corriente de intercambios entre Estados miembros (véase la sentencia Société Technique Minière, antes citada, p. 359). La Comisión destacó, en particular, lo que sigue:

«11) [...] La adquisición de Tuko por Kesko tendrá efectos restrictivos para las empresas que deseen acceder al mercado, incluidas las procedentes de otros Estados miembros, en particular a los mercados finlandeses de bienes de consumo diario. Además, una proporción significativa (en torno al 30 %) de los productos comercializados por Kesko y Tuko procede del exterior de Finlandia. La transacción también afectará al comercio entre Estados miembros en la medida en que los proveedores de otros Estados miembros necesitarán acceder a los canales de distribución de Kesko para asegurar una comercialización suficiente de sus productos en Finlandia.

12) Además, ambas empresas son miembros de diferentes organizaciones internacionales de compra, junto con empresas del mismo tipo de otros Estados miembros. Desde la primavera de 1996, Kesko ha ampliado sus actividades con la apertura de establecimientos minoristas en Suecia.»

109 Pues bien, de la aplicación al presente asunto de la jurisprudencia analizada anteriormente (apartados 103 a 105 y 108 *supra)* se desprende que el conjunto de hechos indicados por la Comisión en el considerando 11 de la Decisión impugnada, a saber, que la concentración de que se trata tendrá efectos restrictivos para las empresas extranjeras que deseen acceder al mercado finlandés de bienes de consumo diario, que una proporción importante de los productos vendidos por Kesko y Tuko procede del exterior de Finlandia y que los proveedores de otros Estados miembros estarán obligados a dirigirse a Kesko para poder asegurar una comercialización suficiente de sus productos en Finlandia, basta para establecer la existencia de un efecto de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros en el sentido del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

110 Además, los hechos expuestos en el considerando 12 de la Decisión impugnada, a saber, que Kesko y Tuko son miembros de diferentes organizaciones internacionales de compra y que Kesko desarrolla sus actividades en Suecia, también constituyen elementos suplementarios que confirman la existencia del tal efecto en el presente asunto.

111 Por lo que se refiere a la alegación según la cual la Comisión no presentó pruebas concluyentes del efecto, alegado, de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros, procede destacar que el comercio finlandés minorista se caracterizaba por la existencia de cadenas voluntarias de minoristas cuyo número se limitaba a dos, a saber, el «bloque» Kesko y el «bloque» Tuko. En la Decisión impugnada, la Comisión señaló, en particular, que:

— en el mercado de la venta al por menor de bienes de consumo diario, Kesko y Tuko tenían una cuota de mercado del 55 % como mínimo, ya fuera a escala local, regional o nacional (considerando 106). Esta posición aún estaba reforzada por el hecho de que Kesko y Tuko tenían el 69 % de los puntos de venta de más de 1.000 m^2, por su control de un gran número de locales comerciales dedicados a la venta al por menor de bienes de consumo diario y por numerosos otros factores, como los sistemas de fidelidad de la clientela, la importancia de los productos vendidos con sus propias marcas y las ventajas derivadas del mayor poder de compra (considerandos 106 a 138);

— en el mercado de la venta de bienes de consumo diario en autoservicio y al por mayor, la cuota de mercado combinada de Kesko y Tuko se situaba entre el 50 % y el 100 % en todas las regiones de Finlandia y calculada a escala nacional casi alcanzaba el 80 %. Tenían 56 depósitos de autoservicio al por mayor, mientras que los otros tres competidores no poseían más de 11 en

total. En toda la parte septentrional de Finlandia, es decir, nueve regiones, la demandante era el único operador en el comercio mayorista y en autoservicio (considerandos 139 a 146);

— los canales de distribución no dominados por Kesko y Tuko no constituían soluciones viables para la mayoría de los proveedores, sobre todo en el sector no alimentario (considerandos 146 a 153);

— la concentración creará una posición dominante en los mercados de venta al por menor y del comercio mayorista y en autoservicio, así como un aumento del poder de compra de Kesko, que reforzará aún más esta posición (considerandos 144 a 153);

— a raíz de la operación de concentración, es muy dudoso que las empresas extranjeras puedan implantarse en los mercados finlandeses de venta de bienes de consumo diario, ya se trate de la venta al por menor o al por mayor y en autoservicio (considerandos 154 a 161).

112 Sin perjuicio de si la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación acerca de las relaciones existentes entre Kesko y sus minoristas, procede señalar que los elementos analizados bastan para llegar a la conclusión de la Comisión según la cual la concentración tendría, en particular, efectos restrictivos para los competidores potenciales de otros Estados miembros que deseen acceder al mercado finlandés y obligaría a los proveedores de otros Estados miembros a dirigirse a los canales de distribución de Kesko/Tuko para asegurar la comercialización de sus productos en Finlandia.

113 Por otra parte, habida cuenta del conjunto de estos elementos, la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al concluir en la existencia de un efecto de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros sin haber examinado el mercado respecto a cada producto comprendido en el sector de los bienes de consumo diario.

114 Aunque existían determinados obstáculos para el acceso al mercado finlandés antes de la operación de concentración controvertida, como afirma la demandante, también se deriva de los elementos analizados que dicha operación podía reforzarlos de forma significativa en detrimento, en particular, de los proveedores de otros Estados miembros.

115 Contrariamente a la afirmación de la demandante, no existe contradicción en el hecho de que, al analizar el efecto sobre el comercio entre Estados miembros, la Comisión haya examinado las repercusiones de la concentración respecto a los proveedores de otros Estados miembros, mientras que, en el marco de su valoración del impacto de la concentración en el ámbito de la competencia, sólo haya tenido en cuenta los mercados finlandeses. Se trata, en efecto, de dos cuestiones distintas. Para determinar el efecto sobre el comercio intracomunitario, la Comisión debía apreciarlo necesariamente teniendo en cuenta las corrientes de intercambios entre Estados miembros. Por el contrario, la cuestión de si la concentración controvertida crea o refuerza una posición dominante, cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión, en el sentido del artículo 22, apartado 3, se refiere, por su propia naturaleza, a los efectos de la concentración en el mercado nacional.

116 Por lo que se refiere a la alegación basada en la declaración de la Comisión que figura en la página 269 del *Decimonoveno Informe sobre la Política de la Competencia,* procede recordar que está redactada de la siguiente forma:

«Ad artículo 22

— La Comisión declara que, en principio, no tiene intención de aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea

a las concentraciones tal como se definen en el artículo 3 por medio distinto del presente reglamento.

No obstante, se reserva la posibilidad de intervenir, con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 89 del Tratado, en supuestos no previstos en el artículo 22 con respecto a las operaciones de concentración que se definen en el artículo 3 pero que no tienen dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1.

En cualquier caso, no tiene intención de intervenir con respecto a operaciones que se sitúen por debajo de un nivel de volumen de negocios mundial de 2.000 millones de ecus, o por debajo de un nivel mínimo de volumen de negocios comunitario de 100 millones de ecus, o que no respondan al umbral de dos tercios establecido en el última parte de la frase del apartado 2 del artículo 1, por considerar que, normalmente, tales operaciones, no podrían afectar de forma importante al comercio entre Estados miembros.

— El Consejo y la Comisión señalan que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea no incluye disposición alguna específicamente dirigida al control previo de las concentraciones.

Por consiguiente, el Consejo ha decidido, a propuesta de la Comisión y de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 235 del Tratado, establecer un nuevo dispositivo de control de las operaciones de concentración.

Por ineludibles razones de seguridad jurídica, el Consejo y la Comisión consideran que este nuevo reglamento será única y exclusivamente aplicable a las operaciones de concentración que se definen en el artículo 3.

— El Consejo y la Comisión declaran que las disposiciones establecidas en los apartados 3 a 5 del artículo 22 no afectarán en absoluto a la facultad de los Estados miembros que no sean los solicitantes de la intervención de la Comisión para aplicar sus legislaciones nacionales en sus territorios respectivos.»

117 Procede observar que el segundo párrafo de esos comentarios menciona expresamente una intervención de la Comisión, conforme a los procedimientos establecidos en el artículo 89 del Tratado, en «los supuestos no previstos en el artículo 22» del Reglamento nº 4064/89. De esta forma se pone de manifiesto que los párrafos segundo y tercero de dichos comentarios tienen por objeto precisar los requisitos de una intervención de la Comisión en materia de operaciones de concentración fuera del marco del Reglamento antes citado. De aquí se deriva que la declaración, a través de los comentarios arriba mencionados, no contemplaba el supuesto de una solicitud de un Estado miembro sobre la base del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

118 En todo caso, tal declaración no puede vincular a la Comisión cuando, en el marco de un asunto regulado por las disposiciones del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, resulte que el comercio entre Estados miembros se ve afectado de forma significativa por la operación de concentración a pesar de que cada una de las empresas afectadas realiza más de las dos terceras partes de su volumen de negocios en un mismo Estado miembro, en el sentido del artículo 1, apartado 2, última frase, del Reglamento nº 4064/89. En efecto, por una parte, la declaración analizada se limita a indicar cuál sería «normalmente» el planteamiento de la Comisión en las circunstancias contempladas, lo que no excluye la posibilidad para ésta de seguir otra orientación en un caso concreto dado. Por otra parte, tal declaración no puede primar sobre la obligación de la Comisión de interpretar el requisito del efecto de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia examinada anteriormente (apartados 103 a 105 y 108 *supra*).

119 Por tanto, de lo que precede resulta que la Comisión no incumplió la obligación de motivación impuesta por el artículo 190 del Tratado respecto a los efectos de la concentración sobre el comercio entre Estados miembros.

120 En consecuencia, debe desestimarse el segundo motivo de la demandante.

Sobre el tercer motivo basado en un error manifiesto de apreciación o de Derecho respecto a la existencia de una posición dominante

Alegaciones de las partes

121 En una primera parte del motivo, la demandante señala que la Comisión estimó equivocadamente, en los considerandos 15, 65 y 66 de la Decisión impugnada, que los vendedores mayoristas, Tuko y Kesko, están integrados verticalmente con los minoristas a los que proveen de mercancías y prestan servicios. La Comisión concluyó, por tanto, erróneamente, que el conjunto de estas empresas constituía una entidad económica única como consecuencia de la operación controvertida y que ésta había creado una posición dominante en el mercado de la venta al por menor de bienes de consumo diario.

122 Según la demandante, la Comisión no podía combinar las cuotas de mercado de los minoristas Kesko y Tuko para atribuirle la totalidad sin establecer, previamente, la existencia de una situación de «control» en el sentido del artículo 3 del Reglamento nº 4064/89. En efecto, es fundamental distinguir, por una parte, la cooperación vertical basada en el control, realizada en un grupo de sociedades o en el marco de un acuerdo de franquicia, y, por otra parte, la cooperación horizontal existente en las cadenas voluntarias entre minoristas independientes.

123 El concepto de control, tal como se define, en particular, en el artículo 3, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, se basa en la idea de una influencia determinante sobre la actividad de otra empresa. No es lógico tener en cuenta el

requisito del «control» impuesto por dicho artículo 3 para decidir sobre la existencia de una concentración y después omitirlo en la fase del análisis del poder económico y financiero de la empresa afectada en el mercado, en el sentido del artículo 2, apartado 1, del Reglamento nº 4064/89.

124 Tanto la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración (DO 1994, C 385, p. 5) como su práctica decisoria demuestran la importancia del requisito relativo al control (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de enero de 1995, Viho/Comisión, T-102/92, Rec. p. II-17). Además, las autoridades nacionales competentes para aplicar los Derechos finlandés y sueco de la competencia consideraban las cadenas voluntarias una forma de cooperación horizontal entre revendedores independientes. Se supone que dichas autoridades conocen los mercados controvertidos.

125 La demandante considera, además, que las partes de la operación de concentración deben identificarse según lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento nº 4064/89 y, por ello, la Comisión debía aplicar únicamente el examen previsto en el artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 a la concentración de Kesko y Tuko, realizada en el ámbito del comercio mayorista. En consecuencia, cometió un error de Derecho al considerar que la concentración tenía lugar entre los «bloques» Kesko y Tuko incluyendo también a los minoristas. Si la Comisión hubiera efectuado su evaluación sobre el comercio mayorista, como debería haber hecho, habría llegado a un resultado significativamente diferente, dado que, en ese sector, las cuotas combinadas de Kesko y Tuko se elevan al 25 % aproximadamente.

126 En una segunda parte del motivo, la demandante alega que la Comisión se confundió al analizar las relaciones que existen entre aquélla y sus minoristas.

127 En primer lugar, la Comisión sobreestimó la influencia ejercida por Kesko sobre la actividad de los minoristas a través de la propiedad de los locales comerciales y

de determinados bienes explotados por ellos. En efecto, la mayor parte de dichos bienes (capital, stocks, mobiliario, etc.) es propiedad de los minoristas individuales que emplean a su propio personal, por lo menos en la mayor parte de los casos. Kesko sólo posee los locales comerciales del 32 %, aproximadamente, de sus minoristas (que representan alrededor del 60 % de su volumen de negocios), mientras que Tuko sólo es propietaria de aproximadamente un 20 % de los almacenes explotados por sus minoristas. Además, los bienes que tiene Kesko y, en particular, la propiedad de los logotipos Kesko y de determinados locales, sólo le da una posibilidad de influencia limitada sobre los minoristas.

128 En segundo lugar, la Comisión dedujo, infundadamente, de determinadas relaciones de Derecho y de hecho, cuya existencia no se pone en duda, que Kesko y sus minoristas forman una entidad económica única y que dichas relaciones dan a la primera la posibilidad de gestionar y controlar a los segundos. En efecto, el «acuerdo de los minoristas Kesko» («K retailer agreement») no es jurídicamente vinculante y declara, además, que el minorista es independiente y debe aceptar la competencia con otros minoristas Kesko. El «acuerdo de colaboración» («Collaboration agreement») sólo fue firmado por los minoristas que utilizan los locales pertenecientes a Kesko y no confiere a la demandante el control de dichos minoristas. Finalmente, los «acuerdos de cadena» («Chain Agreements») son de naturaleza horizontal y no constituyen, por tanto, un medio para que Kesko controle a los minoristas. Además, menos del 50 % de sus minoristas son parte de dichos acuerdos.

129 En tercer lugar, la Comisión sobreestimó la importancia de Kesko como mayorista de los minoristas Kesko. Éstos compran aproximadamente el 63 % de sus mercancías directamente a los fabricantes y no están obligados a proveerse en Kesko, cuyos precios sólo son ligeramente inferiores a los de sus competidores. Además, el servicio de facturación central y su consiguiente sistema de descuentos no constituyen indicios característicos de una integración entre la demandante y los minoristas Kesko, habida cuenta del carácter reducido de los descuentos concedidos y de la naturaleza facultativa de dicho servicio para los minoristas. El hecho de que Kesko asuma la facturación no le da derecho a influir en los minoristas en relación con la fijación de los precios y otras condiciones comerciales.

130 En cuarto lugar, la Comisión interpretó incorrectamente el interés de los productos vendidos con la marca Kesko. En efecto, dichos productos generalmente son imitaciones de productos de marca existentes, vendidos a precios inferiores, lo que genera un crecimiento y no una disminución de la competencia en el ámbito del comercio minorista.

131 En quinto lugar, el sistema de tarjeta de cliente de la demandante no constituye un «sistema destinado a lograr la fidelidad del cliente» contrariamente a lo que sostuvo la Comisión. Dicha tarjeta constituye únicamente un medio de pago cuya utilización da ocasionalmente el derecho a beneficiarse de ofertas especiales y no tiene gran importancia para la mayor parte de los consumidores. Además, las informaciones sobre los hábitos de compra que permitiera obtener el empleo de la tarjeta no pueden explotarse con fines contrarios a la competencia.

132 En sexto lugar, la demandante sostiene que, aunque los minoristas Kesko tengan derechos de voto en el seno de sus accionistas y ejerzan de esta forma un control sobre ellos, se trata de un control «teórico» en la medida en que los intereses de los minoristas son frecuentemente divergentes. Además, la obligación impuesta a los minoristas de tener acciones Kesko (por un importe total aproximado de 12.280 EUR) tiene como objetivo principal garantizar el crédito concedido por Kesko y no les impide abandonar el «bloque» Kesko mediante la venta de esas acciones.

133 En séptimo lugar, la Comisión no demostró la existencia de una unidad de actuación entre las cadenas de minoristas Kesko. Aunque la competencia en el interior de las cadenas es limitada, no existe una relación estructural entre ellas y cada cadena funciona de forma independiente. La demandante se remite, a este respecto, a un estudio del kuluttajatukimuskeskus (Consejo nacional de investigaciones sobre el consumo) y a dos estudios de London Economics.

134 Finalmente la Comisión no demostró la existencia de obstáculos para el acceso al mercado del comercio mayorista.

135 La Comisión se opone a la interpretación del Derecho comunitario efectuada por la demandante acerca de la importancia del requisito del control en la apreciación de la existencia de una posición dominante. En efecto, sólo los factores mencionados en el artículo 2 del Reglamento nº 4064/89, en particular, en su apartado 1, letra b), son pertinentes en esta fase del examen. La Comisión también rechaza las críticas de la demandante sobre su apreciación de los hechos y estima que los elementos comprobados bastan para justificar su conclusión sobre la existencia de una posición dominante. Los tres estudios citados por la demandante meramente señalan las diferencias entre las cadenas del «bloque» Kesko, que la Comisión afirma haber tenido en cuenta.

136 La República Francesa y la República de Finlandia se adhieren, fundamentalmente, a las alegaciones de la Comisión.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

— Sobre la primera parte del motivo

137 La demandante alega, fundamentalmente, que la Comisión no podía combinar las cuotas de mercado de los minoristas Kesko y Tuko para apreciar los efectos de la concentración controvertida sin establecer que Kesko y Tuko tenían el «control» de esos minoristas en el sentido del artículo 3 del Reglamento nº 4064/89 y que, dado que la única «concentración», en el sentido de dicho artículo 3, era la de Kesko y Tuko, la evaluación del efecto de dicha concentración sólo podía versar sobre el mercado en el que operan Kesko y Tuko, a saber, el mercado del comercio mayorista.

138 Procede precisar, a este respecto, que el artículo 3 del Reglamento nº 4064/89 define únicamente los requisitos de existencia de una «operación de concentración». Por el contrario, cuando la Comisión señala, en el marco de un

procedimiento con arreglo al artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, que una operación sí constituye una concentración, en el sentido de dicho artículo 3, la cuestión de si ésta crea o refuerza una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión, debe apreciarse teniendo en cuenta los requisitos impuestos por el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento nº 4064/89, conforme al artículo 22, apartado 4, primera frase, de dicho Reglamento.

139 Por tanto, la Comisión no estaba obligada en modo alguno, en el marco de su evaluación de los efectos de la concentración controvertida sobre la competencia, a aplicar el requisito del control, previsto en el artículo 3 del Reglamento nº 4064/89, con objeto de determinar si procedía combinar las cuotas de mercado de los minoristas Kesko y Tuko. En efecto, una vez probada la existencia de la concentración de Kesko y Tuko, corresponde a la Comisión tener en cuenta todos los hechos del caso concreto y, en particular, las relaciones entre, por una parte, Kesko y Tuko, y, por otra parte, sus respectivos minoristas, para apreciar si dicha concentración creaba o reforzaba una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en los mercados de referencia en Finlandia. Del mismo modo, la Comisión tampoco estaba obligada a limitar su apreciación únicamente al mercado del comercio mayorista, dado que había llegado a la conclusión de que la concentración de Kesko y Tuko también tendría efectos sobre el mercado de la venta al por menor de bienes de consumo diario, habida cuenta de las estrechas relaciones entre, por una parte, Kesko y Tuko, y, por otra parte, sus minoristas.

140 De lo anterior se deriva que debe desestimarse la primera parte de este motivo, basado, fundamentalmente, en un error de Derecho consistente en la infracción de los artículos 2, 3, y 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

— Sobre la segunda parte del motivo

141 Por lo que se refiere al presunto error manifiesto cometido por la Comisión en su apreciación de las relaciones entre Kesko y sus minoristas, procede destacar que, en el marco de una solicitud sobre la base del artículo 22, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, la Comisión está obligada a examinar, mediante una prospectiva de los mercados de referencia, si la operación de concentración que se somete a su conocimiento conducirá a la creación o refuerzo de una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión.

142 A este respecto, procede recordar que las normas materiales del Reglamento, y en especial su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, el control por parte del Juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe ser efectuado teniendo en cuenta el margen de apreciación basado en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartados 221 a 224, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia Gencor/Comisión, antes citada, apartados 164 y 165).

143 En el presente asunto, la Comisión describe en los considerandos 39 a 66 de la Decisión impugnada numerosos hechos para apoyar su conclusión según la cual los «bloques» Kesko y Tuko constituyen «factores estructurales sujetos a planificación centralizada del mercado minorista finlandés», de forma que procede apreciar la concentración controvertida en el nivel del comercio minorista y no únicamente a escala del comercio mayorista (considerandos 15 y 66 de la Decisión impugnada). En los considerandos 93 a 135 y 146 a 161 de la Decisión impugnada, la Comisión alega numerosos factores para fundamentar su conclusión de que, a raíz de la concentración, Kesko ocupaba una posición dominante en el mercado del comercio minorista en Finlandia (considerandos 136 a 138, 153 y 161 de la Decisión impugnada).

144 La Comisión destaca, así, en la Decisión impugnada, los siguientes elementos: los contratos que vinculan a los minoristas con Kesko (considerandos 40 y 44); el hecho de que los minoristas están obligados a utilizar los logotipos Kesko y los

servicios de asistencia prestados por Kesko (considerando 45); los bonos y descuentos que suponen un incentivo para que los minoristas se mantengan fieles a la estrategia del grupo Kesko (considerando 46); los mecanismos de control de que dispone Kesko para garantizar la adhesión de los minoristas a los objetivos comunes (considerando 41); el hecho de que los minoristas Kesko tengan la mayoría de los derechos de voto en el seno de los accionistas de Kesko y todos sean miembros del Consejo de Vigilancia de Kesko, que nombra a todos los miembros de los demás órganos de decisión (considerandos 4 y 43); la organización de Kesko en cinco cadenas voluntarias cuyas políticas de compras y comercial están coordinadas de forma centralizada, en particular, por el uso de un logotipo común para cada cadena y que están equipadas, concretamente, con sistemas informáticos modernos propiedad de Kesko (considerandos 47 a 50, 54 a 57 y 67 a 72); el hecho de que los proveedores consideren que Kesko y sus minoristas forman una empresa integrada, en razón, en particular, del sistema de facturación de Kesko (considerandos 51 a 53 y 148); la estrategia de Kesko en materia de propiedad de los locales en que se ejercen las actividades del comercio minorista (considerandos 58 a 61 y 116 a 118) y los compromisos financieros de los minoristas Kesko para con Kesko (considerando 62).

145 La Comisión también subrayó que la mayor parte del examen que precede tiene validez respecto a las relaciones entre Tuko y sus minoristas y que, en cualquier caso, como consecuencia de la operación de concentración, Kesko tendrá capacidad para organizar a los minoristas Tuko de la misma forma que a los minoristas Kesko (considerando 65).

146 Por lo que se refiere a la cuestión de si, en estas circunstancias, la concentración crearía o reforzaría una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el mercado finlandés de la venta al por menor de bienes de consumo diario, la Comisión subraya, en especial, en la Decisión impugnada: la destacada función de las cadenas voluntarias de minoristas en Finlandia; no obstante, los «bloques» Kesko y Tuko son los únicos presentes en el sector de los bienes de consumo diario (considerando 39); el hecho de que, después de la concentración, el «bloque» Kesko representaba por lo menos el 55 % del total de las ventas de dichos bienes en Finlandia, es decir, una cuota de mercado casi tres veces superior a la de su principal competidor (considerandos 93 a 98, y 106); la posición ventajosa de Kesko y Tuko en el sector de los establecimientos de mayor tamaño en Finlandia (considerandos 107 a 115); el gran número de locales dedicados a la venta al por menor de bienes de consumo diario (considerandos 116 a 118); el sistema para

lograr una clientela fiel mediante la tarjeta de cliente Kesko (considerandos 119 a 125); la importancia de los productos vendidos por Kesko y Tuko con sus propias marcas y las ventajas en el ámbito de la competencia que se derivan de ello (considerandos 126 a 130); los sistemas de distribución que poseen Kesko y Tuko, en especial, en el sector de los productos congelados (considerandos 131 y 132); el crecimiento del poder de compra de Kesko después de la adquisición de Tuko (considerandos 133 a 135 y 146 a 153) y el hecho de que sea extremadamente improbable que una empresa extranjera intente implantarse en el mercado finlandés del comercio minorista de bienes de consumo diario (considerandos 154 a 161).

147 Habida cuenta de los elementos analizados, las alegaciones de la demandante no pueden cuestionar las conclusiones de la Comisión acerca de la necesidad de evaluar las consecuencias de la operación sobre la competencia a nivel del comercio minorista (considerandos 39 a 66 de la Decisión impugnada) y de combinar las cuotas de mercado de todos los minoristas de los « bloques » Kesko y Tuko para atribuírselos a Kesko (considerandos 93 a 105) y sobre la cuestión de si la concentración crearía o reforzaría una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el mercado finlandés de bienes de consumo diario (considerandos 106 a 161). En efecto, la demandante se limitó a afirmar que la Comisión debería haber hecho un análisis diferente, sin aportar elementos concretos que pudieran invalidar el examen económico de los efectos de la operación realizada en los considerandos 39 a 161 de la Decisión impugnada.

148 Por lo que se refiere a la primera alegación de la demandante, según la cual la Comisión sobreestimó la influencia ejercida por Kesko sobre los minoristas a través de la propiedad de los locales y de los bienes explotados por ellos, procede destacar que más del 60 % del volumen de negocios total de los minoristas Kesko se realiza en establecimientos cuyos locales pertenecen a Kesko (considerando 59 de la Decisión impugnada). Del mismo modo, de los considerandos 59 a 61 de dicha Decisión se deriva que los minoristas que ejercen sus actividades en los locales propiedad de la demandante celebraron con ésta un acuerdo de colaboración en el que se definen los principios que deben respetarse para la explotación de los locales comerciales, así como el modo de cálculo del

arrendamiento, basado en el volumen de negocios o en el margen de beneficios. Además, el minorista no puede ceder su comercio sin la aprobación de Kesko.

149 En esta situación, el hecho de que Kesko sea propietario de una parte significativa de los locales comerciales explotados por los minoristas Kesko debe considerarse un factor importante para mantener la fidelidad de éstos. No se ha demostrado en modo alguno que la Comisión haya sobrevalorado dicho factor en su apreciación de las relaciones entre Kesko y sus minoristas.

150 En consecuencia, debe desestimarse la primera alegación de la demandante.

151 Por lo que se refiere a la segunda alegación de la demandante, según la cual la Comisión ignoró la importancia de los distintos acuerdos entre Kesko y sus minoristas, procede recordar lo que sigue:

— Conforme a lo dispuesto en el acuerdo de los minoristas Kesko, dicho minorista se compromete, en particular, a «tratar de aprovechar lo máximo posible las ventajas que presentan la política común de compras del "bloque" K y los productos de marca propia. El minorista-K no dispensará a Kesko un trato menos favorable que a otros proveedores sin la debida justificación» (considerando 44 de la Decisión impugnada).

— Un número importante de minoristas Kesko está, además, vinculado por un «acuerdo de cadena» celebrado entre el minorista afectado y la cadena Kesko a la que pertenece (apartado 5 *supra*). La finalidad principal de los acuerdos de cadena consiste en promover el comercio de productos entre

Kesko y el minorista. En virtud de dichos acuerdos, el minorista Kesko está sujeto a las decisiones del Consejo de Administración de la cadena en materia de política comercial, productos que han de entrar en el surtido básico y precios al por menor de productos en oferta (considerandos 44, 47 a 50, y 54 a 57 de la Decisión impugnada).

— Los minoristas Kesko que utilizan los locales propiedad de Kesko están vinculados por un « acuerdo de colaboración » cuyo contenido fue examinado en el apartado 148 *supra*.

— Los minoristas Kesko están obligados a utilizar los logotipos Kesko y se benefician también de los servicios de asistencia prestados por Kesko (considerando 45 de la Decisión impugnada).

— Kesko concede a los minoristas Kesko abonos y descuentos en función de los volúmenes adquiridos a través de ella (considerando 46 de la Decisión impugnada).

152 En esta situación, procede considerar que, aunque los minoristas Kesko constituyen empresas jurídicamente independientes y asumen el riesgo financiero inherente a sus actividades, la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al señalar, en el considerando 64 de la Decisión impugnada, que los acuerdos celebrados entre Kesko y sus minoristas tienen por efecto obligar a éstos a adherirse a las políticas comerciales definidas por la demandante y a mantenerse fieles a Kesko y a la cadena Kesko a la que pertenecen.

153 En consecuencia, debe desestimarse la segunda alegación de la demandante.

154 Por lo que se refiere a la tercera alegación de la demandante, según la cual la Comisión sobreestimó la importancia de Kesko como mayorista, procede subrayar que los minoristas Kesko realizan el 37 % de sus compras directamente a Kesko, cifra que la demandante ha querido destacar. Por otra parte, las compras efectuadas por esos mismos minoristas a otros proveedores son facturadas por la demandante, lo que representa el 46 % del volumen de compras, de forma que sólo el 17 % del conjunto de las compras de los minoristas Kesko se realizan independientemente de Kesko. Con relación a las compras facturadas por Kesko, la Comisión precisó, en el considerando 52 de la Decisión impugnada: a) que dichas operaciones de facturación están reguladas por los acuerdos celebrados entre Kesko y sus proveedores; b) que Kesko adquiere la propiedad de las mercancías antes de revendérselas a los minoristas interesados y que dichas operaciones se contabilizan como ventas en la cuenta de resultados de Kesko; c) que las bonificaciones y descuentos concedidos a Kesko por sus proveedores se calculan sobre la base del conjunto de las compras del grupo Kesko, a saber, los productos vendidos a la demandante en su calidad de mayorista, así como las compras directas efectuadas por los minoristas Kesko conforme a los acuerdos de facturación arriba mencionados, y d) que las operaciones de facturación realizadas por Kesko le permiten obtener informaciones importantes sobre los precios y otras condiciones comerciales aplicadas por cada proveedor.

155 Por tanto, la demandante no ha demostrado que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación al concluir, en el considerando 53 de la Decisión impugnada, que las compras de los minoristas Kesko, que no son seguidas de una entrega de mercancías por Kesko pero que son facturadas por ésta, no pueden considerarse una fuente de suministro independiente de dicha empresa.

156 En consecuencia, debe desestimarse la tercera alegación de la demandante.

157 Por lo que se refiere a la cuarta alegación de la demandante, procede destacar que las afirmaciones de la demandante no pueden invalidar las conclusiones de la Comisión sobre la importancia de los productos vendidos con las marcas Kesko. Aunque la presencia de las marcas de distribuidor representa un elemento de competencia adicional respecto a los productos de marca de los fabricantes, la sólida posición de los productos vendidos con las marcas Kesko y Tuko proporcionaba a estas dos empresas ventajas en lo que respecta a la fidelidad de la clientela y, posiblemente, les permitía fijar los precios de una proporción mayor de sus ventas sin tener que tomar en consideración la reacción de sus competidores (considerando 130 de la Decisión impugnada). Por otra parte, la unión de las marcas Kesko y Tuko, muy solicitadas por la clientela, reforzó el poder de negociación de la demandante respecto a los proveedores con la posibilidad de obtener nuevas condiciones más favorables y, en especial, una reducción de los precios en detrimento de sus competidores (considerandos 129 a 133 de la Decisión impugnada).

158 En consecuencia, no puede acogerse la cuarta alegación de la demandante.

159 Por lo que se refiere a la quinta alegación de la demandante, según la cual la Comisión exageró la importancia de la tarjeta de cliente Kesko, procede observar que, aunque es cierto que dicha tarjeta, por sí sola, no constituye un factor determinante, la Comisión destacó fundadamente, sin que la demandante pudiera rebatirlo, que la tarjeta de cliente Kesko ofrece incentivos a la fidelidad de la

clientela y constituye también un importante instrumento de «marketing» para Kesko (considerandos 119 a 125 de la Decisión impugnada).

160 En consecuencia, debe desestimarse la quinta alegación de la demandante.

161 Con relación a la sexta alegación de la demandante, según la cual los derechos de voto de los minoristas Kesko y la obligación impuesta a éstos de disponer de un número mínimo de acciones privilegiadas de Kesko, tienen poca importancia en la práctica, procede recordar que las acciones privilegiadas propiedad de los minoristas Kesko y de sus socios les confieren el control efectivo de la mayoría de los derechos de voto en la empresa (considerando 4 de la Decisión impugnada). Esta situación permite a los minoristas Kesko, en especial, controlar el Consejo de Vigilancia de Kesko, que nombra a todos los miembros de los demás órganos de decisión y de dirección de la empresa (considerando 43 de la Decisión impugnada). Además, las acciones están pignoradas a favor de Kesko para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del minorista respecto a esta última (considerando 62 de la Decisión impugnada).

162 Habida cuenta de estos datos, procede señalar que la demandante no ha demostrado que la Comisión haya cometido un error manifiesto en la apreciación de la estructura jurídica del «bloque» Kesko y del compromiso financiero de los minoristas Kesko. Más concretamente, las alegaciones de la demandante no pueden invalidar la conclusión de la Comisión en el sentido de que el «bloque» Kesko constituye, en realidad, un factor estructural sujeto a planificación centralizada del mercado minorista finlandés que reposa, en particular, en acuerdos que establecen una cooperación horizontal entre los minoristas Kesko y dirigido a homogeneizar las actuaciones de estos últimos y, por tanto, a limitar su

independencia en nombre del interés común en áreas como las compras, la imagen de marca, la promoción y las ventas (considerandos 39 a 41 y 63 a 66 de la Decisión impugnada).

163 En consecuencia, debe desestimarse la sexta alegación de la demandante.

164 Por lo que se refiere a la séptima alegación de la demandante relativa a la falta de prueba de una unidad de actuación entre las cadenas de minoristas Kesko, procede recordar, en primer lugar, que la demandante no negó la conclusión de la Comisión según la cual no existe competencia relevante en el interior de cada una de las cinco cadenas nacionales de Kesko (considerandos 47 a 50 y 54 a 57 de la Decisión impugnada). En efecto, de la Decisión impugnada se deriva que cada cadena nacional de minoristas Kesko está dotada de un Consejo de Administración integrado por los minoristas y de una «unidad de control» que comprende exclusivamente a los empleados de Kesko. Esta estructura permite coordinar las actividades de los minoristas de la cadena en materia de compras, política comercial y política de ventas (considerando 48 de la Decisión impugnada). Esta coordinación debía reforzarse instalando, en un cierto plazo, en los establecimientos de los minoristas sistemas informáticos modernos propiedad de Kesko (considerando 50 de la Decisión impugnada).

165 Con relación a la competencia entre las distintas cadenas afectadas, es cierto que el estudio del kuluttajatutkimuskeskus (Consejo nacional de investigación sobre el consumo) presentado por la demandante (Anexo XI del recurso) parece demostrar, a primera vista, diferencias de precio para un mismo producto

ofertado por los distintos minoristas Kesko y, por tanto, la existencia de una cierta competencia entre ellos. No obstante, el hecho de que la estructura de Kesko permita cierto grado de competencia, en particular, entre las distintas cadenas Kesko —aparentemente, con objeto de cumplir con el Derecho finlandés de la competencia, como afirma la demandante en el punto 133 de su demanda— no basta, por sí solo, para invalidar la conclusión de la Comisión en el sentido de que, habida cuenta del conjunto de los elementos expuestos en los considerandos 39 a 66 de la Decisión impugnada, procede considerar que Kesko y sus minoristas constituyen un factor estructural sujeto a planificación centralizada del mercado minorista finlandés.

166 De ello resulta que la demandante no ha demostrado que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación al concluir que el efecto de la concentración de Kesko y Tuko sobre la competencia debía analizarse a nivel tanto del comercio mayorista como del mercado de la venta al por menor en Finlandia, habida cuenta de las relaciones existentes entre, por una parte, Kesko y Tuko, y, por otra parte, sus respectivos minoristas.

167 Finalmente, la demandante no ha aportado ningún elemento que pueda invalidar la conclusión de la Comisión, contenida en los considerandos 154 a 161 de la Decisión impugnada, según la cual la concentración refuerza los obstáculos para el acceso a los mercados finlandeses de la venta al por menor y al por mayor de bienes de consumo diario.

168 De todo lo que precede resulta que debe desestimarse la segunda parte del tercer motivo.

169 En conclusión, debe desestimarse el recurso en su totalidad.

Costas

170 A tenor del artículo 87, apartado 2, primer párrafo, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la demandante, procede condenarla al pago de las costas, conforme a lo solicitado por la Comisión.

171 Sin embargo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 87, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. Por lo tanto, la República de Finlandia y la República Francesa cargarán con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda ampliada)

decide:

1) **Desestimar el recurso.**

2) **La demandante cargará con sus propias costas y con aquellas en que haya incurrido la Comisión.**

3) **La República de Finlandia y la República Francesa cargarán con sus propias costas.**

Potocki Lenaerts Bellamy

Azizi Meij

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 15 de diciembre de 1999.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

A. Potocki