ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Segunda Secção Alargada)
15 de Dezembro de 1999 *

No processo T-22/97,

Kesko Oy, sociedade de direito finlandês, com sede em Helsínquia, representada por Gerwin van Gerven, advogado no foro de Bruxelas, e Sarah Beeston, solicitor, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de Loesch & Wolter, 11, rue Goethe,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Klaus Wiedner, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Stephen Kinsella, solicitor, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

* Língua do processo: inglês.

apoiada por

República da Finlândia, representada por Tuula Pynnä, consultora jurídica no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, assistida por David Vaughan, QC, advogado no foro de Inglaterra e do País de Gales, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada da Finlândia, 2, rue Heinrich Heine,

e

República Francesa, representada por Jean-François Dobelle, director adjunto na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e Frédérik Million, encarregado de missão na mesma direcção, e por Kareen Rispal-Bellanger, subdirectora na mesma direcção, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada de França, 8 B, boulevard Joseph II,

intervenientes,

que tem por objecto um pedido de anulação da Decisão 97/277/CE da Comissão, de 20 de Novembro de 1996, que declara a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum (processo IV/M.784 — Kesko/Tuko, JO 1997, L 110, p. 53),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Segunda Secção Alargada),

composto por: A. Potocki, presidente, K. Lenaerts, C. W. Bellamy, J. Azizi e A. W. H. Meij, juízes,

secretário: A. Mair, administrador,

vistos os autos e após as audiências de 11 de Novembro de 1998 e 2 de Junho de 1999,

profere o presente

Acórdão

Enquadramento jurídico

1 O artigo 22.° do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395, p. 1, versão rectificada no JO 1990, L 257, p. 13, a seguir «Regulamento n.° 4064/89»), dispõe:

«3. Se se verificar, a pedido de um Estado-Membro, que uma operação de concentração, tal como definida no artigo 3.°, mas sem dimensão comunitária na acepção do artigo 1.°, cria ou reforça uma posição dominante,

dando assim origem a entraves significativos a uma concorrência efectiva no território do Estado-Membro em questão, a Comissão pode, na medida em que essa concentração afecte o comércio entre Estados-Membros, tomar as decisões previstas nos n.° 2, segundo parágrafo, e n.os 3 e 4 do artigo 8.°

4. São aplicáveis o n.° 1, alíneas a) e b), do artigo 2.°, bem como os artigos 5.°, 6.°, 8.° e 10.° a 20.° O prazo para o início do processo fixado no n.° 1 do artigo 10.° tem início a partir da data de recepção do pedido do Estado-Membro. Esse pedido dever ser feito o mais tardar no prazo de dois meses a contar da data em que a operação de concentração tiver sido comunicada ao Estado-Membro ou realizada. Esse prazo começa a contar a partir da data da ocorrência da primeira dessas situações.

5. Em aplicação do n.° 3, a Comissão limitar-se-á a tomar as medidas necessárias para preservar ou restabelecer uma concorrência efectiva no território do Estado-Membro a pedido do qual a Comissão interveio.»

2 O artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 4064/89, relativo à apreciação das operações de concentração, prevê:

«As operações de concentração abrangidas pelo presente regulamento serão apreciadas de acordo com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum.

Nessa apreciação, a Comissão terá em conta:

a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.»

Factos na origem do litígio e tramitação processual

3 A recorrente, Kesko Oy (a seguir «Kesko»), é uma sociedade anónima de direito finlandês cujas actividades respeitam ao comércio retalhista de bens de consumo corrente e de produtos especializados. Exerce, igualmente, a sua actividade no sector do comércio dos referidos bens vendidos por grosso e em livre serviço («cash & carry»). O capital social da Kesko está repartido entre acções privilegiadas e acções ordinárias. As primeiras são detidas, directa ou indirectamente, pelos retalhistas da Kesko (a seguir «retalhistas Kesko»). Em razão dos votos suplementares que lhes estão associados pelos estatutos da recorrente, as acções privilegiadas conferem aos retalhistas Kesko o controlo efectivo da maioria dos votos na assembleia geral dos accionistas. Segundo os estatutos da

Kesko, todos os membros do conselho fiscal, que nomeia os outros órgãos de decisão e de direcção da Kesko, são retalhistas Kesko.

4 O objectivo principal da Kesko é o de organizar, em benefício dos retalhistas Kesko, as compras e a promoção a uma escala maior do que seria acessível a cada um dos retalhistas separadamente. As actividades da Kesko englobam portanto a negociação de condições de compra favoráveis junto dos fornecedores, o aprovisionamento dos seus retalhistas e o fornecimento de numerosos serviços complementares.

5 Os retalhistas Kesko, que são empresas juridicamente independentes, estão ligados por contratos à Kesko. Operam no sector do comércio a retalho de bens de consumo corrente e/ou de produtos especializados, e estão organizados, desde 1995, em cinco cadeias que reúnem armazéns apresentando características comuns, a saber, os «Neighbourhood Stores», «Supermarkets Kesko», «Superstores Kesko», «Citymarkets Kesko» e os armazéns «Rimi». Parte importante das instalações comerciais é propriedade da Kesko.

6 A Tuko Oy (a seguir «Tuko») era igualmente uma sociedade anónima de direito finlandês especializada no sector do comércio grossista e retalhista dos bens de consumo corrente e de produtos especializados. Além dos pontos de venda de que era proprietária, a Tuko tinha concluído contratos de cooperação com um grande número de retalhistas juridicamente independentes (a seguir «retalhistas Tuko»). Os retalhistas Tuko estavam organizados em três grupos, concretamente, a cadeia Spar, os grandes armazéns Anttila e os armazéns Tramo. A Tuko exercia também a sua actividade no sector do comércio de bens de consumo corrente vendidos por grosso e em livre serviço.

7 Em 27 de Maio de 1996, a Kesko concluiu certos acordos com vista à aquisição de 56,3% do capital social da Tuko, representando 59,3% dos direitos de voto. Posteriormente, a Kesko elevou a sua participação na Tuko para mais de 99% do capital social.

8 Em 26 de Junho de 1996, o organismo finlandês da livre concorrência (a seguir «OLC») solicitou à Comissão que examinasse a operação de aquisição da Tuko pela Kesko, nos termos do artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89.

9 A Kesko interpôs recurso para o Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo, a seguir «STA»), em 28 de Junho de 1996, a fim de contestar a competência do OLC para introduzir junto da Comissão um pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89.

10 Em 19 de Julho de 1996, o Ministério finlandês do Comércio e da Indústria (a seguir «MCI») transmitiu à Comissão uma cópia dos seus articulados apresentados no quadro do recurso da Kesko junto do STA, onde conclui pela competência do OLC para introduzir o referido pedido.

11 Por decisão de 26 de Julho de 1996, a Comissão, considerando existirem dúvidas sérias quanto à compatibilidade da operação de concentração em causa com o mercado comum, decidiu desencadear o processo nos termos do artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 4064/89 «enquanto aguarda a decisão definitiva do Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia».

12 Em 17 de Setembro de 1996, a Comissão dirigiu uma comunicação das acusações à recorrente, em conformidade com o artigo 18.°, n.° 1, do Regulamento n.° 4064/89. A recorrente respondeu a essa comunicação em 2 de Outubro de 1996.

13 O STA proferiu a sua decisão em 1 de Outubro de 1996. Absteve-se de pronunciar-se sobre o mérito da causa, com o fundamento de que o recurso era inadmissível.

14 Por carta de 23 de Outubro de 1996, a recorrente apresentou à Comissão determinadas propostas de compromissos destinadas a eliminar as dúvidas que esta última possuía quanto à compatibilidade da concentração com o mercado comum.

15 Em 20 de Novembro de 1996, a Comissão adoptou a Decisão 97/277/CE, que declara a incompatibilidade da concentração com o mercado comum (processo IV/M.784 — Kesko/Tuko, JO 1997, L 110, p. 53, a seguir «decisão litigiosa»), com base, nomeadamente, nos artigos 8.°, n.° 3, e 22.° do Regulamento n.° 4064/89.

16 Na sua decisão litigiosa, a Comissão, nomeadamente, concluiu:

— que a operação de concentração em causa não pode ser apreciada apenas no contexto do comércio grossista, devendo a análise, igualmente, respeitar ao sector do comércio retalhista em razão dos laços existentes entre, por um lado, a Kesko e a Tuko e, por outro, os respectivos retalhistas, tal como descritos nos n.os 39 a 66;

— que a concentração da Kesko e da Tuko criaria ou reforçaria uma posição dominante, com a consequência de que uma concorrência efectiva seria significativamente impedida no mercado finlandês da venda a retalho dos bens de consumo corrente (v., nomeadamente, n.os 93 a 138);

— que a concentração criaria uma estrutura dominante do lado da oferta, com a consequência de que uma concorrência efectiva seria significativamente impedida no mercado finlandês da venda *cash & carry* e por grosso dos bens de consumo corrente (n.os 139 a 145);

— que a posição dominante nos mercados finlandeses de venda a retalho e do comércio grossista em *cash & carry*, resultante da concentração, aumentaria o poder de compra da Kesko, e reforçaria, por conseguinte, ainda mais a sua posição dominante nesses mercados (n.os 146 a 153);

— que a concentração reforçaria os obstáculos ao acesso ao mercado, e tornaria extremamente improvável a instalação de um novo concorrente nos mercados em questão (n.os 154 a 161);

— que a alteração da estrutura do comércio retalhista e por grosso em *cash & carry* dos bens de consumo corrente na Finlândia teria uma influência significativa, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, no comércio entre Estados-Membros (n.os 10 a 13).

17 A Comissão rejeitou igualmente as propostas de compromissos apresentadas pela Kesko na sua carta de 23 de Outubro de 1996, pelo motivo de que, nomeadamente, eram manifestamente insuficientes para pôr termo à posição dominante de que esta gozava no mercado retalhista dos bens de consumo corrente na Finlândia (n.os 162 a 172 da decisão litigiosa).

18 No n.º 173 da decisão litigiosa, a Comissão indicou, nomeadamente, que adoptaria «através de uma decisão separada baseada no n.º 4 do artigo 8.º do Regulamento (CEE) n.º 4084/89, as medidas adequadas para restaurar as condições de concorrência efectiva».

19 O artigo 1.º da decisão litigiosa dispõe que «A operação de concentração pela qual a Kesko Oy adquiriu o controlo exclusivo da Tuko Oy através de uma compra de acções é considerada incompatível com o mercado comum e com o funcionamento do acordo EEE.»

20 A decisão litigiosa foi notificada à Kesko no próprio dia da sua adopção, ou seja, em 20 de Novembro de 1996.

21 Em 21 de Novembro de 1996, a Comissão dirigiu à Kesko uma comunicação em aplicação do artigo 18.°, n.° 1, do Regulamento n.° 4064/89, indicando que considerava apropriado tomar uma decisão nos termos do artigo 8.°, n.° 4, do referido regulamento obrigando a Kesko a vender em bloco as actividades da Tuko no comércio dos bens de consumo corrente.

22 Em 30 de Janeiro de 1997, a Kesko propôs à Comissão a cessão das actividades da Tuko no comércio dos bens de consumo corrente, à excepção dos grandes armazéns Anttila, a um consórcio de empresas.

23 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 31 de Janeiro de 1997, a Kesko interpôs o presente recurso, pelo qual pede a anulação da decisão litigiosa. O processo foi registado sob o número T-22/97.

24 Em 7 de Fevereiro de 1997, a Kesko, a Tuko e algumas filiais desta celebraram com empresas terceiras um acordo-quadro (a seguir «acordo de cessão») tendo por objecto a cessão das actividades da Tuko no comércio dos bens de consumo corrente, à excepção dos grandes armazéns Anttila, em conformidade com a proposta apresentada à Comissão em 30 de Janeiro de 1997.

25 O n.° 4 do acordo de cessão estipulava que as transacções visadas só se tornariam efectivas se a Comissão desse o seu consentimento ou não levantasse objecções até 30 de Abril de 1997 o mais tardar.

26 Em 19 de Fevereiro de 1997, a Comissão adoptou a Decisão 97/409/CE que impõe medidas para restabelecer as condições de uma concorrência efectiva (processo IV/M.784 — Kesko/Tuko, JO L 174, p. 47, a seguir «decisão de cessão»), com base nos artigos 8.º, n.º 4, e 22.º do Regulamento n.º 4064/89. No n.º 13 da referida decisão, pode ler-se que a proposta da Kesko de alienar certas actividades da Tuko a um consórcio de empresas foi apresentada numa fase demasiado tardia do processo, e que a Comissão mantém as suas reservas quanto a essa proposta.

27 A decisão de cessão dispõe:

«Artigo 1.º

A Kesko é obrigada a vender todas as actividades da Tuko em produtos de consumo corrente a um comprador que deverá ser um concorrente viável existente ou potencial independente e que não esteja relacionado com o grupo Kesko, com recursos financeiros e capacidade suficientes que lhe permitam manter e desenvolver as actividades alienadas como uma força competitiva activa em concorrência com as actividades de produtos de consumo corrente da Kesko (normas do comprador)...

...

Artigo 2.º

1. A Kesko nomeará, no prazo de 30 dias a contar da data da notificação da presente decisão, um administrador independente, a aprovar pela Comissão, para controlar a operação e gestão dos activos a alienar de acordo com o artigo 1.º

2. A Kesko assegurará que o mandato irrevogável do administrador inclua os seguintes direitos e obrigações:

...

d) Apresentar à Comissão... mensalmente, relatórios escritos relativos às operações e gestão do pacote a alienar, bem como relativamente à evolução relevante das suas negociações com terceiros interessados na compra do pacote a alienar, incluindo o calendário de execução de um acordo com terceiros interessados, e, em especial, informações suficientes que permitam à Comissão avaliar se cada proponente satisfaz as normas do comprador.

Se o administrador for de opinião que uma oferta, que não satisfaz os critérios estabelecidos no artigo 1.°, terá o mesmo resultado que a solução de venda em bloco, comunicará, no relatório que apresentar à Comissão, as respectivas razões. Se a Comissão, nos termos da alínea e), não comunicar o seu desacordo, tal oferta será considerada válida para efeitos da presente decisão;

...

Artigo 4.°

1. A alienação prevista no artigo 1.° deve ser completada no prazo de seis meses a contar da notificação da presente decisão. Considerar-se-á que a Kesko respeitou a presente decisão se, neste prazo, tiver assinado um acordo

vinculativo de venda do pacote a alienar, desde que a alienação efectiva se concretize no prazo de três meses a contar de tal assinatura.

...

3. No caso de ser impossível assinar um acordo vinculativo no prazo de seis meses referido no n.º 1, a Comissão pode, a pedido da Kesko e se o administrador o considerar justificado, prorrogar tal prazo. Nesse caso, a Kesko dará ao administrador um mandato irrevogável para vender o pacote a alienar nas melhores condições possíveis... A alienação deve ser concretizada, de qualquer forma, até 31 de Dezembro de 1997 o mais tardar.»

28 Em 3 de Março de 1997, a Kesko submeteu à Comissão um projecto definindo os direitos e obrigações do administrador, tal como previsto pela decisão de cessão. Este projecto previa, nomeadamente, a possibilidade de a Kesko obrigar o administrador a fazer inserir no acordo de cessão das actividades da Tuko no comércio dos bens de consumo corrente uma cláusula subordinando a concretização da cessão ao indeferimento do recurso de anulação da decisão litigiosa interposto pela Kesko junto do Tribunal de Primeira Instância. Por fax do mesmo dia, a Comissão indicou que uma cláusula dessa natureza não seria aceite.

29 Em 3 de Abril de 1997, o administrador designado em conformidade com a decisão de cessão submeteu à Comissão um relatório recomendando a aprovação do acordo de cessão, modificado no sentido de determinados locais pertencentes à Kesko e alugados a dois retalhistas Kesko serem vendidos a uma das empresas envolvidas, em contrapartida do facto de a Kesko conservar os grandes armazéns Anttila.

30 Por fax de 17 de Abril de 1997, a Comissão informou a Kesko, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da decisão de cessão, que não se oporia às propostas do administrador.

31 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 de Abril de 1997, a Kesko interpôs recurso de anulação da decisão de cessão. O processo foi registado sob o número T-134/97.

32 Por carta de 14 de Agosto de 1997, o administrador informou a Comissão de que as diferentes transacções previstas no seu relatório tinham sido efectuadas.

33 Por carta de 26 de Agosto de 1997, a Comissão indicou à Kesko que esta tinha satisfeito as obrigações que lhe incumbiam por força da decisão de cessão.

34 Por documento entregue na Secretaria em 1 de Setembro de 1997, a Kesko comunicou ao Tribunal de Primeira Instância que pretendia desistir da instância no processo T-134/97.

35 Por despacho do presidente da Segunda Secção do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Outubro de 1997, o processo T-134/97 foi cancelado no registo do Tribunal, em conformidade com o artigo 99.° do Regulamento de Processo.

36 Por despacho do presidente da Segunda Secção do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1998, a República da Finlândia e a República Francesa foram admitidas a intervir no processo T-22/97 em apoio dos pedidos da Comissão. O presidente deferiu igualmente um pedido de tratamento confidencial formulado pela recorrente relativamente às intervenientes.

37 Uma vez ouvidas as partes, o Tribunal de Primeira Instância remeteu o processo T-22/97 a uma secção composta por cinco juízes, nos termos do artigo 51.° do Regulamento de Processo.

38 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância decidiu iniciar uma fase oral consagrada exclusivamente às questões da admissibilidade do recurso e do interesse da recorrente em agir, em conformidade com os artigos 113.° e 114.°, n.ºs 3 e 4 do Regulamento de Processo. As partes foram ouvidas nas suas alegações e nas suas respostas às perguntas do Tribunal sobre aquelas duas questões, em audiência pública de 11 de Novembro de 1998.

39 Por despacho de 1 de Dezembro de 1998, o Tribunal de Primeira Instância ordenou o prosseguimento dos autos a fim de as partes serem ouvidas sobre o mérito da causa, e autorizou a República da Finlândia a completar o seu pedido de intervenção sobre esta matéria.

40 A República da Finlândia apresentou um segundo pedido de intervenção em 28 de Dezembro de 1998.

41 Com base no relatório do juiz-relator, as partes foram ouvidas nas suas alegações e nas suas respostas às questões do Tribunal sobre o mérito da causa, em audiência pública de 2 de Junho de 1999.

Conclusões das partes

42 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão litigiosa;

— condenar a Comissão nas despesas.

43 A recorrida conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— a título principal, julgar o recurso inadmissível;

— a título subsidiário, julgar o recurso improcedente por falta de objecto;

— ainda subsidiariamente, julgar o recurso improcedente por falta de fundamento;

— condenar a recorrente nas despesas.

44 A República da Finlândia conclui pedindo que o Tribunal se digne julgar o recurso improcedente.

45 A República Francesa conclui pedindo que o Tribunal se digne julgar o recurso improcedente por falta de fundamento.

Quanto à admissibilidade e ao objecto do recurso

Argumentação das partes

46 A Comissão alega que a recorrente deixou de ter qualquer interesse no recurso de anulação da decisão litigiosa, e pede portanto ao Tribunal que julgue o recurso inadmissível ou desprovido de objecto.

47 Por acordo de cessão de 7 de Fevereiro de 1997, a recorrente tinha assumido de forma irrevogável o compromisso de desfazer-se de parte do seu activo. Optara por concluir este acordo, na ausência de qualquer obrigação de adoptar esta ou aquela medida para dar cumprimento à decisão litigiosa. Além disso, o acordo de cessão não fora subordinado a outra condição além da aprovação da Comissão, concedida por carta de 17 de Abril de 1997.

48 A este respeito, a Comissão alega que só a parte decisória de uma decisão é susceptível de ser impugnada, e não a sua fundamentação enquanto tal (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Setembro de 1992, NVB e NVB/ /Comissão, T-138/89, Colect., p. II-2181, n.° 31).

49 Por outro lado, para justificar um interesse em agir, não bastava invocar situações jurídicas futuras e incertas (acórdão NVB e NBV/Comissão, já referido, n.° 33). Se, num processo hipotético respeitante à aplicação do Regulamento n.° 4064/89 ou dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CE (actuais artigos 81.° e 82.° CE), a Comissão tivesse de apreciar a natureza dos laços existentes entre a Kesko e os

seus retalhistas, teria de fazê-lo em função de todas as circunstâncias então prevalecentes. Na medida em que a recorrente contestava a legalidade desta nova decisão, cabia-lhe interpor recurso de anulação da mesma.

50 A Comissão considera desprovidos de pertinência os argumentos baseados na influência da decisão litigiosa sobre as acções futuras do OLC, no pretenso atentado à reputação da recorrente, e em que uma eventual decisão de anulação podia servir de fundamento a uma futura acção de indemnização.

51 A recorrente alega que a tese da Comissão, segundo a qual uma empresa perde o seu interesse em agir quando cede a empresa que adquiriu, na sequência da declaração de incompatibilidade dessa concentração com o mercado comum e sem se ter reservado o direito de a readquirir caso seja dado provimento ao seu recurso, conduz a uma denegação da justiça.

52 A recorrente precisou, na sua petição, que não procurava retomar o controlo da Tuko. Todavia, na audiência de 11 de Novembro de 1998, alegou que pretendia ser livre de readquirir o conjunto, ou parte, dos activos da Tuko se tal oportunidade se lhe deparasse. Em qualquer caso, o objecto principal da recorrente é impedir que a Comissão ou o OLC se fundamentem na análise, segundo aquela errada, considerada na decisão litigiosa, aquando de futuras apreciações da sua situação ou da dos retalhistas Kesko. A recorrente pretende igualmente restabelecer a sua reputação e conservar a faculdade de reclamar uma indemnização por perdas e danos.

53 A República da Finlândia apoia, no essencial, a argumentação da Comissão.

54 A República Francesa não se pronunciou sobre a admissibilidade nem sobre o objecto do recurso.

Apreciação do Tribunal

55 Em primeiro lugar, no que diz respeito à admissibilidade do recurso, deve recordar-se que o interesse num recurso de anulação é apreciado no dia em que o recurso é interposto (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1963, Forges de Clabecq/Alta Autoridade, 14/63, Recueil, pp. 719, 748, Colect. 1962-1964, p. 365).

56 À data de interposição do recurso, em 31 de Janeiro de 1997, a Kesko continuava a dispor do controlo da Tuko, adquirido através da operação de concentração de 27 de Maio de 1996. Embora tenha apresentado à Comissão, em 30 de Janeiro de 1997, um projecto de transacção destinado à cessão das actividades da Tuko no comércio dos bens de consumo corrente, com excepção dos grandes armazéns Anttila, ainda não tinham sido concluídos os acordos necessários à realização dessa transacção.

57 A circunstância de a recorrente ser a destinatária da decisão impugnada, basta para lhe conferir um interesse em agir e em ver examinada pelo juiz comunitário a legalidade da decisão (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão, T-102/96, Colect., p. II-753, n.os 40 a 42). Daqui decorre que, no momento da interposição do recurso, a Kesko tinha, em qualquer das hipóteses, um interesse efectivo e actual na anulação da decisão litigiosa.

58 Quanto à questão de saber se, posteriormente, a recorrente tinha conservado o seu interesse em prosseguir a instância (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 1995, Rendo e o./Comissão, C-19/93 P, Colect., p. I-3319, n.º 13), há que sublinhar que o desaparecimento do fundamento contratual da operação de concentração não é, em si mesmo, um elemento susceptível de excluir a fiscalização da legalidade de uma decisão da Comissão que declara a incompatibilidade de uma concentração com o mercado comum (acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.º 45).

59 Quanto ao argumento da Comissão baseado no abandono voluntário da operação de concentração em causa, após interposição do recurso, deve recordar-se que, quando uma empresa se limita a dar cumprimento a uma decisão da Comissão, como era sua obrigação, esta atitude não pode, de forma alguma, retirar-lhe o seu interesse em prosseguir a anulação dessa decisão (acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 1985, Hoogovens Groep/ /Comissão, 172/83 e 226/83, Recueil, p. 2831, n.° 19).

60 Ora, no caso vertente, a recorrente só concluiu o acordo de cessão em 7 de Fevereiro de 1997, após a adopção, em 20 de Novembro de 1996, da decisão litigiosa que, no n.° 173, menciona a intenção da Comissão de adoptar, numa decisão separada baseada no n.° 4 do artigo 8.° do Regulamento n.° 4084/89, as medidas adequadas para restaurar as condições de concorrência efectiva (n.ºs 15 a 18, *supra*).

61 Posteriormente, a decisão de cessão de 19 de Fevereiro de 1997 impôs à recorrente a obrigação específica de ceder as actividades da Tuko no comércio dos bens de consumo corrente, sob controlo de um administrador, no prazo de seis meses ou até 31 de Dezembro de 1997 o mais tardar (n.° 27, *supra*).

62 Em 3 de Março de 1997, a Comissão rejeitou a proposta da recorrente que lhe permitia obrigar o administrador a estipular uma cláusula segundo a qual a cessão só se tornaria efectiva no caso de indeferimento do recurso de anulação da decisão litigiosa (n.° 28, *supra*).

63 A cessão incondicional das actividades da Tuko, em conformidade com as propostas do administrador, e com o consentimento da Comissão, apenas foi concretizada em Agosto de 1997 (n.os 31 a 33, *supra*).

64 Nestas condições, contrariamente ao que afirma a Comissão, nem o acordo de cessão de 7 de Fevereiro de 1997, nem as transacções subsequentes pelas quais a recorrente deu início à cessão das actividades da Tuko no comércio dos bens de consumo corrente, podem ser considerados como um «abandono voluntário» da operação de concentração. Bem pelo contrário, estas transacções são consequência directa da decisão litigiosa, e, posteriormente, da decisão de cessão, bem como dos esforços da recorrente para dar cumprimento a esta decisão.

65 Deve, por conseguinte, concluir-se que o recurso é admissível e que a recorrente conserva um interesse na anulação da decisão litigiosa.

Quanto ao mérito

66 Na sua petição, a recorrente invoca quatro fundamentos, baseados, em primeiro lugar, na incompetência da Comissão para adoptar a decisão litigiosa, em segundo lugar, no erro manifesto de apreciação ou de direito cometido pela Comissão ao concluir que a operação de concentração em causa podia afectar o comércio entre Estados-Membros, em terceiro lugar, no erro manifesto de apreciação ou de direito cometido pela Comissão ao concluir pela existência de uma posição dominante tendo em conta os laços entre a Kesko, os retalhistas Kesko e a Tuko e, em quarto lugar, na insuficiência de fundamentação, cujo exame será levado a cabo no quadro dos dois primeiros fundamentos.

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na incompetência da Comissão

Argumentação das partes

67 A recorrente alega que a Comissão violou o artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89 bem como o princípio da boa administração ao decidir desencadear o processo nos termos do artigo 6.°, n.° 1, alínea c), daquele regulamento na sequência do pedido do OLC de 26 de Junho de 1996.

68 Em primeiro lugar, apenas o Conselho de Estado era competente, nos termos do artigo 40.°, n.° 1, da Constituição finlandesa, para exercer as funções que são atribuídas aos Estados-Membros pelo direito comunitário, na ausência de disposição legal específica que confie expressamente essas funções a uma outra instituição. Ora, apesar de o artigo 10.° da lei finlandesa que transpõe o acordo EEE, desde então substituído pelo artigo 20.° da lei finlandesa sobre a concorrência, atribuir ao OLC algumas das funções que são exercidas, nos termos do Regulamento n.° 4064/89, por uma «autoridade competente» (v., por exemplo, os artigos 9.°, 12.°, 13.°, 18.° e 19.° deste regulamento), nenhuma disposição do direito finlandês lhe dá o direito de apresentar um pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89.

69 Não sendo o OLC competente para introduzir um pedido dessa natureza, a Comissão também não era para levar a cabo uma investigação sobre a concentração em causa.

70 Em segundo lugar, a Comissão tinha violado o artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89 bem como o princípio da boa administração ao não verificar se esse pedido tinha sido validamente introduzido por um Estado-Membro.

Embora, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, «não compete à Comissão pronunciar-se sobre a repartição das competências decorrente das normas institucionais de cada Estado-Membro» (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 1990, Alemanha/Comissão, C-8/88, Colect., p. I-2321, n.º 13), a Comissão não pode dar seguimento a um pedido baseado no artigo 22.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89 sem verificar se este foi validamente formulado.

71 Ora, a recorrente refere ter chamado a atenção da Comissão para as dúvidas existentes a respeito da competência do OLC na sua correspondência de 10 de Julho de 1996 bem como nos seus contactos sucessivos com a recorrida. Através da mesma correspondência, tinha igualmente informado a Comissão do recurso interposto junto do STA a fim de impugnar a competência do OLC (n.º 11, *supra*). Nestas condições, a Comissão não podia, segundo a recorrente, considerar-se competente, mesmo à primeira vista.

72 A Comissão tinha-se apoiado, erradamente, nos articulados do MCI de 19 de Julho de 1996, que concluem pela competência do OLC para introduzir o pedido visado no artigo 22.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89. Com efeito, o MCI, por um lado, não era competente, segundo o direito finlandês, para decidir do alcance das atribuições do OLC e, por outro, não estava em posição de emitir uma opinião imparcial uma vez que ele próprio tinha autorizado o OLC a introduzir o pedido junto da Comissão. Ao basear-se nas declarações do OLC e do MCI, a Comissão violara o princípio da não interferência.

73 A decisão do STA de 1 de Outubro de 1996 confirmava implicitamente a tese da incompetência do OLC, apesar de aquele se ter abstido de pronunciar-se sobre o mérito da causa. A comunicação do STA ao Conselho de Estado de 20 de Dezembro de 1996, chamando a atenção deste órgão jurisdicional para as lacunas do direito finlandês da concorrência quanto à introdução de pedidos com base no artigo 20.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, reforçava igualmente a referida tese.

74 Em qualquer caso, uma vez que a Comissão deixara entender, na sua decisão de 26 de Julho de 1996 adoptada em aplicação do artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 4064/89, que se considerava competente enquanto aguardava a decisão definitiva do STA, ela devia ter efectuado novas diligências para verificar a sua competência após a decisão do STA de 1 de Outubro de 1996, na qual a questão da faculdade do OLC para apresentar um pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do referido regulamento não tinha sido resolvida.

75 A Comissão devia, nomeadamente, ter contactado a representação permanente finlandesa junto das Comunidades Europeias. O direito finlandês previa, de facto, um processo, que a referida representação poderia ter desencadeado, que permitia obter um parecer do presidente da República ou do Conselho de Estado sobre a competência de uma instituição finlandesa. Além disso, cabia à Comissão fazer prova de que era efectivamente competente para levar a cabo uma investigação sobre a operação de concentração em causa.

76 Por último, a Comissão tinha violado o artigo 190.° do Tratado CE (actual artigo 253.° CE) ao não indicar, na decisão litigiosa, os motivos pelos quais se considerava competente. Acresce que, atendendo à provisoriedade da conclusão sobre a sua competência a que chegara na decisão de 26 de Julho de 1996, a Comissão tinha tido a obrigação de invocar novamente esta questão na sua decisão litigiosa.

77 A Comissão não se pronunciou sobre a competência do OLC em direito finlandês, e alega, reportando-se ao acórdão Alemanha/Comissão, já referido, que não cabe ao Tribunal de Primeira Instância examinar esta questão.

78 A Comissão entende que, uma vez que existiam, à primeira vista, boas razões para pensar que o organismo autor do pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89 era competente para o formular em nome do Estado-

-Membro em questão — como no caso vertente —, ela era competente para levar a cabo uma investigação sobre a concentração visada nesse pedido. No que respeita à fundamentação, a Comissão alega ter explicado suficientemente as razões que justificam a sua competência na sua decisão de 26 de Julho de 1996.

79 A República da Finlândia apoia, no essencial, a argumentação da Comissão. Alega, nomeadamente, que o recurso para o Tribunal de Primeira Instância pode apenas pôr em causa a competência da Comissão, e não a do OLC, de forma que a referência às diligências efectuadas na Finlândia, e nomeadamente o recurso para o STA, é, em princípio, irrelevante.

80 A República Francesa alega que não cabe à Comissão controlar a regularidade, à luz do direito finlandês, do pedido da sua intervenção por parte do OLC, de acordo com o princípio da não interferência.

Apreciação do Tribunal

81 Está provado, no caso vertente, que o OLC solicitou à Comissão, em 26 de Junho de 1996, que examinasse a operação de aquisição da Tuko pela Kesko com base no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89.

82 Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, não compete à Comissão pronunciar-se sobre a repartição de competências decorrente das normas institucionais de cada Estado-Membro (acórdão Alemanha/Comissão, já referido, n.° 13).

83 Deve igualmente recordar-se que, no âmbito de um recurso nos termos do artigo 173.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.° CE), o juiz comunitário não é competente para decidir quanto à legalidade de um acto adoptado por uma autoridade nacional (acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 1992, Oleificio Borelli/Comissão, C-97/91, Colect., p. I-6313, n.° 9).

84 Nestas condições, não competia à Comissão decidir, quando do processo administrativo, à luz do direito finlandês, sobre a competência do OLC para introduzir um pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, mas incumbe-lhe apenas verificar se o pedido que lhe fora apresentado era, à primeira vista, o de um Estado-Membro na acepção do referido artigo 22.°

85 Compete ao Tribunal de Primeira Instância controlar se a Comissão deu cumprimento, de forma satisfatória, a essa obrigação de verificação.

86 A este respeito, deve salientar-se, em primeiro lugar, que a noção de pedido de um «Estado-Membro» na acepção do artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89 não se limita aos pedidos emanados de um governo ou de um ministério, mas engloba igualmente os que provêm de uma autoridade nacional como o OLC.

87 Há que recordar, em segundo lugar, que no momento da adopção da decisão litigiosa, a Comissão dispunha dos seguintes elementos de informação:

— o facto de o OLC ser a autoridade finlandesa normalmente competente em matéria de aplicação do direito da concorrência;

— os articulados do MCI, ministério finlandês responsável em matéria de concorrência, apresentados no âmbito do recurso da Kesko para o STA e que concluem pela competência do OLC para introduzir o pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89 (n.° 10, *supra*);

— a decisão do STA que rejeita o recurso por inadmissibilidade (n.° 13, *supra*). A recorrente não pôde, por conseguinte, apresentar uma decisão de um órgão jurisdicional finlandês declarando que o OLC não era competente para introduzir o pedido em causa;

— o facto de a recorrente não ter feito observações sobre a questão da competência do OLC na sua resposta à comunicação das acusações de 2 de Outubro de 1996, nem transmitido qualquer elemento novo após a decisão do STA.

88 Perante o conjunto destes elementos, deve concluir-se que, aquando da adopção da decisão litigiosa, em 20 de Novembro de 1996, a Comissão tinha fundamentos para considerar que o OLC era, à primeira vista, competente para introduzir o pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89. Nestas condições, não havia razão para a Comissão convidar as autoridades finlandesas a fornecer-lhe informações complementares acerca desta questão.

89 Consequentemente, não ficou provado que a Comissão cometeu um erro de direito ao decidir desencadear o processo nos termos do artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 4064/89.

90 Quanto à fundamentação da decisão litigiosa no que respeita à competência da Comissão, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que não se pode exigir

que a fundamentação de um acto especifique os diferentes elementos de facto e de direito objecto do mesmo, quando esse acto entra no quadro sistemático de conjunto de que faz parte, devendo a exigência de fundamentação ser apreciada em função das circunstâncias do caso concreto (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1998, Windpark Groothusen/Comissão, C-48/96 P, Colect., p. I-2873, n.os 34 e 35).

91 Ora, na sua decisão de 26 de Julho de 1996, nos termos do artigo 6.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 4064/89, a Comissão indicou:

«A Kesko Oy interpôs recurso contra o pedido do organismo finlandês da livre concorrência (OLC) para o Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia, com o fundamento de que o OLC não era competente para fazer tal pedido com base no artigo 22.° A Comissão foi informada do parecer do Ministério do Comércio e da Indústria finlandês segundo o qual o pedido do OLC era válido. Na ausência de elementos de prova em contrário, a Comissão presume que é competente no caso em apreço, enquanto aguarda a decisão definitiva do Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia.»

92 Como já foi referido, a recorrente não forneceu qualquer elemento novo respeitante à competência do OLC para introduzir o pedido em causa após a rejeição, em 1 de Outubro de 1996, do seu recurso para o STA (n.° 91, *supra*). Nestas condições, a Comissão não era obrigada a incluir, na sua decisão litigiosa, uma fundamentação suplementar atinente a esta questão.

93 Daqui decorre que o primeiro fundamento deve ser rejeitado.

Quanto ao segundo fundamento, baseado em erro manifesto de apreciação ou de direito quanto aos efeitos da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros

Argumentação das partes

94 A recorrente considera que a apreciação da Comissão constante dos n.os 11 a 13 da decisão litigiosa, não demonstra a alegada existência de efeitos da concentração sobre o comércio intracomunitário e, portanto, viola a obrigação de fundamentar imposta pelo artigo 109.° do Tratado.

95 Em primeiro lugar, havia que ter em conta o carácter excepcional da competência da Comissão nos termos do artigo 22.° do Regulamento n.° 4064/89, aquando do exame da condição relativa ao efeito de uma concentração sobre o comércio intracomunitário. Atendendo a que 99% do volume de negócios acumulado da Kesko e da Tuko é realizado na Finlândia, a Comissão devia ter apresentado provas particularmente convincentes de que a concentração em causa afectava e o comércio entre Estados-Membros, o que não tinha feito.

96 Em segundo lugar, a declaração da Comissão por ocasião da adopção do Regulamento n.° 4064/89 (v. o *Décimo Nono Relatório sobre a Política de Concorrência,* pp. 281 a 284), segundo a qual o comércio intracomunitário não é normalmente afectado quando cada uma das empresas envolvidas na concentração realiza mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro, aplicava-se igualmente no caso vertente. A Comissão tinha afirmado incorrectamente, no n.° 10 da decisão litigiosa, que esta declaração respeita apenas ao exercício das competências residuais que lhe são conferidas pelo artigo 89.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 85.° CE). Além disso, a Comissão estava vinculada à sua

própria declaração (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/98, Colect., p. II-1711).

97 Em terceiro lugar, a Comissão tinha feito uma aplicação errada do artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89 ao transpor para o caso vertente a análise tradicional dos artigos 85.° e 86.° do Tratado a fim de avaliar o efeito sobre o comércio intracomunitário. Resultava da diferença de teor entre, por um lado, estes dois artigos, que se reportam a acordos ou práticas «susceptíveis» de afectar o comércio entre Estados-Membros e, por outro, o artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, que se aplica «na medida em que [a] concentração afecte o comércio entre Estados-Membros», que é necessário um efeito real para satisfazer as condições de aplicação do artigo 22.° do referido regulamento, enquanto, no caso dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, um efeito potencial é suficiente. Esta diferença explicava-se, por um lado, pelo carácter excepcional da competência da Comissão para conhecer de um pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, e, por outro, pela vontade de evitar que os Estados-Membros, que não dispõem de um processo de controlo das concentrações a nível nacional, introduzam esse controlo de forma dissimulada, pedindo à Comissão para as examinar. Ora, todos os efeitos da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros identificados nos n.os 11 a 13 da decisão litigiosa eram puramente potenciais.

98 Em quarto lugar, a argumentação desenvolvida pela Comissão, na decisão litigiosa, para demonstrar a existência de um efeito da concentração sobre o comércio intracomunitário, não seria compatível com a análise que faz da concorrência, naquela mesma decisão. Assim, a Comissão tinha considerado, nos n.os 21 e 22 da decisão litigiosa, que os mercados geográficos relevantes eram, quando muito, nacionais. Uma vez que 70% das mercadorias vendidas a retalho são fabricadas na Finlândia e que todos os grandes fornecedores de mercadorias estabelecidos fora daquele país, à excepção de um, possuem os seus próprios centros de distribuição na Finlândia, os efeitos da concentração apenas seriam sentidos pelos operadores finlandeses.

99 Em quinto lugar, a Comissão devia ter considerado o mercado relativamente a cada um dos produtos que integram o sector dos bens de consumo corrente para

avaliá-lo correctamente, pois determinados mercados em causa eram locais enquanto outros eram nacionais e internacionais, conforme os produtos. Ora, a Comissão não tinha procedido a essa análise.

100 Por último, no n.° 154 da decisão litigiosa, a Comissão era a própria a reconhecer que certos obstáculos potenciais ao estabelecimento de novas empresas no mercado finlandês, como o poder de aquisição da Kesko e a posição geográfica da Finlândia, não resultavam necessariamente da concentração em causa. A pretensa existência destes obstáculos não era, por conseguinte, susceptível de demonstrar que a concentração afectava o comércio intracomunitário.

101 A Comissão alega que, na hipótese rara de um pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, deve interpretar-se a condição relativa ao efeito da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros, tal como é aplicada no quadro dos artigos 85.° e 86.° do Tratado. Ao aplicar a noção de efeito potencial, a Comissão tinha concluído, nos n.os 11 a 13 da decisão litigiosa, que a concentração em causa dificultava a instalação de novas empresas no mercado finlandês e afectava igualmente o comércio ao nível da oferta. O comércio intracomunitário resultava, por conseguinte, também ele afectado.

102 A República Francesa e a República da Finlândia apoiam, no essencial, a argumentação da Comissão.

Apreciação do Tribunal

103 Resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância respeitante à aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, que um acordo entre empresas, aliás, como um abuso de posição dominante, para ser

susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, permitir considerar com um grau de probabilidade suficiente que ele possa exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, nas correntes de trocas entre Estados-Membros, de uma forma que possa prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre Estados (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1994, DLG, C-250/92, Colect., p. I-5461, n.° 54, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Outubro de 1996, Compagnie maritime belge transports e o./ /Comissão, T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, Colect., p. II-1201, n.° 201). Deste modo, não é necessário que o comportamento condenado tenha efectivamente afectado o comércio entre Estados-Membros de maneira sensível. Basta provar que este comportamento é de molde a produzir tal efeito (v., relativamente ao artigo 86.° do Tratado, o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.° 69, e, relativamente ao artigo 85.° do Tratado, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Fevereiro de 1995, SPO e o./Comissão, T-29/92, Colect., p. II-289, n.° 235).

104 Resulta igualmente de jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância que afecta o comércio entre Estados-Membros, nomeadamente, um acordo que dificulta a actividade ou a penetração, no mercado nacional, de produtores ou vendedores de outros Estados-Membros ou que impede concorrentes vindos de outros Estados-Membros de se implantarem no mercado em causa (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966, Société Technique Minière, C-56/65, Colect. 1965-1968, p. 381, de 17 de Outubro de 1972, Cementhandelaren/Comissão, 8/72, Colect., p. 333, n.ºs 29 e 30, e de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935, n.ºs 12 a 14, e acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1995, Schöller/ /Comissão, T-9/93, Colect., p. II-1611, n.ºs 76 a 78, e de 14 de Maio de 1997, VGB e o./Comissão, T-77/94, Colect., p. II-759, n.ºs 132 e 140).

105 No quadro do artigo 86.° do Tratado, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância também declararam que, quando o detentor de uma posição dominante entrava o acesso ao mercado aos concorrentes, é indiferente que esse comportamento tenha apenas lugar num único Estado-Membro, desde que seja susceptível de ter repercussões sobre as correntes comerciais e sobre a

concorrência no mercado comum (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão*, 322/81, Recueil, p. 3461, n.° 103; v. também acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, T-65/89, Colect., p. II-389, n.os 134 e 135).

106 Há que admitir que esta jurisprudência aplica-se igualmente à condição do efeito sobre o comércio entre Estados-Membros, tal como esta figura no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89. Com efeito, resulta, nomeadamente, dos oito primeiros considerandos do Regulamento n.° 4064/89, que este texto, os artigos 85.° e 86.° do Tratado CE e os regulamentos destinados a aplicá-los, constituem um conjunto que faz parte integrante do regime comunitário destinado a assegurar que a concorrência não é falseada no mercado comum, em conformidade com o artigo 3.°, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.°, alínea g), CE]. Por conseguinte, deve dar-se à condição do efeito sobre o comércio entre Estados-Membros, na acepção do artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, uma interpretação coerente com a que lhe é dada no quadro dos artigos 85.° e 86.° do Tratado.

107 Esta conclusão não é infirmada pelo facto de a expressão «susceptíveis de», que figura nos artigos 85.° e 86.° do Tratado, não aparecer no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89. Com efeito, decorre da própria natureza do controlo das concentrações instaurado pelo Regulamento n.° 4064/89 que a Comissão é obrigada a proceder a uma análise prospectiva dos efeitos da operação de concentração em causa, e portanto, no quadro do artigo 22.°, n.° 3, do referido regulamento, dos efeitos futuros sobre o comércio entre Estados-Membros. Daqui decorre que, neste contexto, a Comissão pode legitimamente ter em conta os efeitos potenciais sobre o comércio entre Estados-Membros, na condição de tais efeitos serem suficientemente sensíveis e previsíveis, sem que seja necessário demonstrar que a operação de concentração em causa afectou efectivamente o comércio intracomunitário.

108 No que respeita ao caso vertente, a Comissão concluiu, nos n.os 11 a 13 da decisão litigiosa, que a concentração em causa teria como consequência afectar a estrutura do comércio retalhista e grossista dos bens de consumo corrente na

Finlândia, de forma que exerceria uma influência sensível, directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros (v. o acórdão Société Technique Minière, já referido, p. 359). A Comissão salientou mais precisamente o seguinte:

«11 ... A aquisição da Tuko pela Kesko terá efeitos de encerramento do mercado para novos candidatos, incluindo novos candidatos potenciais de outros Estados-Membros, em especial nos mercados finlandeses dos produtos de consumo corrente. Para além disso, um grande volume (cerca de 30 %) dos produtos vendidos pela Kesko e pela Tuko provêm de fora da Finlândia. A transacção afectará também o comércio intracomunitário, na medida em que os fornecedores de outros Estados-Membros terão que passar pelos canais de distribuição da Kesko para assegurarem uma comercialização adequada dos seus produtos na Finlândia.

12 Para além disso, ambas as empresas são membros de diversos agrupamentos de compras internacionais, em que participam igualmente empresas do mesmo sector de outros Estados-Membros. Desde a Primavera de 1996, a Kesko expandiu as suas actividades através da abertura de estabelecimentos retalhistas na Suécia.»

109 Ora, resulta da aplicação, ao caso em apreço, da jurisprudência acima referida (n.os 103 a 105 e 108 *supra*) que o conjunto dos factos indicados pela Comissão no n.º 11 da decisão litigiosa, a saber, que a concentração em causa conduzirá a um encerramento do mercado finlandês de bens de consumo corrente a empresas estrangeiras, que uma percentagem importante dos produtos vendidos pela Kesko e pela Tuko provêm de fora da Finlândia, e que os fornecedores de outros Estados-Membros serão obrigados a dirigir-se à Kesko para poder assegurar um escoamento satisfatório dos seus produtos na Finlândia, é suficiente para demonstrar a existência de um efeito da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros na acepção do artigo 22.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89.

110 Acresce que os factos mencionados no n.° 12 da decisão litigiosa, a saber, que a Kesko e a Tuko são ambas membros de diversos agrupamentos de compras internacionais, e que a Kesko desenvolve as suas actividades na Suécia, constituem, também eles, elementos suplementares de natureza a confirmar a existência, no caso vertente, daquele efeito.

111 Quanto ao argumento segundo o qual a Comissão não tinha fornecido provas concludentes do alegado efeito da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros, há que sublinhar que o comércio finlandês a retalho se caracterizava pela existência de cadeias voluntárias de retalhistas cujo número se limitava a dois, a saber, o «bloco» Kesko e o «bloco» Tuko. Na decisão litigiosa, a Comissão concluiu, nomeadamente, que:

— no mercado da venda a retalho dos bens de consumo corrente, a Kesko e a Tuko detinham uma quota de mercado de pelo menos 55%, quer seja a nível local, regional ou nacional (n.° 106). Esta posição era ainda reforçada pelo facto de a Kesko e da Tuko possuírem 69% dos estabelecimentos com uma superfície de venda superior a 1 000 m^2, pelo seu controlo de um grande número de instalações comerciais utilizadas para a venda a retalho dos bens de consumo corrente, e por numerosos outros factores, como os sistemas de fidelização da clientela, a importância dos produtos vendidos com as suas próprias marcas e as vantagens resultantes do reforço do poder de compra (v. n.ºs 106 a 138);

— no mercado da venda *cash & carry* e por grosso dos bens de consumo corrente, a quota combinada da Kesko e da Tuko situava-se entre 50% e 100% em todas as regiões da Finlândia, e avaliada a nível nacional, rondava os 80%. Elas possuíam 56 estabelecimentos *cash & carry*, enquanto as suas três concorrentes não ultrapassavam os 11 estabelecimentos, ao todo. Em

toda a parte setentrional da Finlândia, ou seja, em nove regiões, a recorrente era o único operador de *cash & carry* (v. n.os 139 a 146);

— os canais de distribuição não dominados pela Kesko e pela Tuko não constituem uma alternativa viável em termos de canais de distribuição para a maioria dos fornecedores, sobretudo no sector não alimentar (n.os 146 a 153);

— a concentração criará uma posição dominante nos mercados retalhistas e de cash & carry, bem como um aumento do poder de aquisição da Kesko, que reforçará ainda mais esta posição (n.os 144 e 153);

— após a operação de concentração, é extremamente improvável que empresas estrangeiras possam instalar-se nos mercados finlandeses da venda de bens de consumo corrente, quer se trate do comércio retalhista, grossista ou cash & carry (v. n.os 154 a 161).

112 Sem prejuízo da questão de saber se a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação quanto aos laços entre a Kesko e os seus retalhistas, deve concluir-se que os elementos acima mencionados são suficientes para fundamentar a conclusão da Comissão segundo a qual a concentração tinha conduzido, nomeadamente, ao encerramento do mercado finlandês aos concorrentes potenciais de outros Estados-Membros, e obrigado os fornecedores de outros Estados-Membros a recorrer aos canais de distribuição da Kesko/Tuko para assegurar o escoamento dos seus produtos na Finlândia.

113 Por outro lado, perante o conjunto destes elementos, a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao concluir pela existência de um efeito da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros sem ter analisado o mercado relativamente a cada um dos produtos que integram o sector dos bens de consumo corrente.

114 Embora certos obstáculos à entrada no mercado finlandês já existissem antes da operação de concentração em causa, como afirma a recorrente, resulta igualmente dos elementos acima referidos que esta operação era de natureza a reforçá-los significativamente, em detrimento, nomeadamente, dos fornecedores de outros Estados-Membros.

115 Contrariamente à afirmação da recorrente, não existe contradição no facto de a Comissão, ao analisar o efeito sobre o comércio entre Estados-Membros, ter examinado as repercussões da concentração relativamente aos fornecedores dos outros Estados-Membros, enquanto, no âmbito da sua apreciação do impacto concorrencial da concentração, apenas teve em conta os mercados finlandeses. Trata-se, com efeito, de duas questões distintas. Para determinar o efeito sobre o comércio comunitário, a Comissão devia necessariamente apreciá-lo à luz das trocas comerciais entre Estados-Membros. Em contrapartida, a questão de saber se a concentração em causa cria ou reforça uma posição dominante, tendo por consequência impedir a concorrência efectiva de forma significativa no território do Estado-Membro em questão na acepção do artigo 22.°, n.° 3, visa, pela sua própria natureza, os efeitos da concentração no mercado nacional.

116 Quanto ao argumento baseado na declaração da Comissão que figura nas páginas 281 a 284 do *Décimo Nono Relatório sobre a Política de Concorrência*, deve recordar-se que a mesma está assim redigida:

«Relativamente ao artigo 22.°

— A Comissão declara que, em princípio, não tenciona aplicar os artigos 85.° e 86.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia às concentra-

ções definidas no artigo 3.° de outra forma que não seja por meio do presente regulamento.

Contudo, reserva-se o direito de, em conformidade com os procedimentos estipulados no artigo 89.° do Tratado, intervir nas operações de concentração definidas no artigo 3.° que não possuam dimensão comunitária na acepção do artigo 1.°, em situações hipotéticas não previstas no artigo 22.°

Em qualquer caso, não tenciona intervir no que se refere a operações que se situem abaixo de um nível de volume de negócios mundial de dois mil milhões de ecus ou abaixo de um nível de volume de negócios comunitário mínimo de 100 milhões de ecus, ou que não correspondam ao limiar de dois terços previsto no n.° 2 do artigo 1.°, *in fine*, por considerar que tais operações de concentração não seriam em princípio susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros.

— O Conselho e a Comissão verificam que o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia não contém qualquer disposição que vise especificamente o controlo prévio das operações de concentração.

O Conselho decidiu por conseguinte, sob proposta da Comissão, nos termos do procedimento previsto no artigo 235.° do Tratado, criar um dispositivo de controlo das operações de concentração.

O Conselho e a Comissão consideram que, por imperativos de precaução jurídica, este novo regulamento será apenas e exclusivamente aplicável às concentrações definidas no seu artigo 3.°

— O Conselho e a Comissão declaram que o disposto nos n.os 3 a 5 do artigo 22.° não prejudica a capacidade de os Estados-Membros, que não aquele a cujo pedido a Comissão intervém, aplicarem as suas legislações nacionais nos respectivos territórios.»

117 Observe-se que o segundo parágrafo destes comentários evoca expressamente uma intervenção da Comissão, em conformidade com os procedimentos visados pelo artigo 89.° do Tratado, nas «hipóteses não previstas pelo artigo 22.°» do Regulamento n.° 4064/89. Parece, assim, que os segundo e terceiro parágrafos desses comentários têm como objectivo especificar as condições de uma intervenção da Comissão em matéria de operações de concentração fora do quadro regulamentar já referido. Daqui decorre que a declaração, através dos comentários mencionados, não visava a hipótese de um pedido de um Estado-Membro baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89.

118 Em qualquer caso, aquela declaração não é de natureza a vincular a Comissão sempre que, no âmbito de um processo abrangido pelo disposto no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, se revelar que o comércio entre Estados-Membros é sensivelmente afectado pela operação de concentração não obstante o facto de cada uma das empresas envolvidas realizar mais de dois terços do seu volume de negócios num único Estado-Membro, na acepção do artigo 1.°, n.° 2, último período, do Regulamento n.° 4064/89. Com efeito, por um lado, a declaração acima referida limita-se a indicar qual seria «em princípio» a abordagem da Comissão nas circunstâncias previstas, o que não exclui a possibilidade de esta seguir uma outra abordagem em determinado caso concreto. Por outro lado, aquela declaração não pode sobrepor-se à obrigação da Comissão interpretar a condição do efeito da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância acima referida (n.os 103 a 105 e 108 *supra*).

119 Por fim, resulta do acima exposto que a Comissão não cometeu uma violação da obrigação de fundamentar imposta pelo artigo 109.° do Tratado, relativamente aos efeitos da concentração sobre o comércio entre Estados-Membros.

120 O segundo fundamento da recorrente deve, por conseguinte, ser rejeitado.

Quanto ao terceiro fundamento, baseado em erro manifesto de apreciação ou de direito quanto à existência de uma posição dominante

Argumentação das partes

121 Numa primeira parte do fundamento, a recorrente alega que a Comissão cometeu um erro ao considerar, nos n.ºs 15, 65 e 66 da decisão litigiosa, que os grossistas, a Tuko e a Kesko, estão verticalmente integrados com os retalhistas aos quais fornecem mercadorias e serviços. A Comissão tinha portanto concluído, erradamente, que, após a operação em causa, estas empresas constituíam, no seu conjunto, uma entidade económica única e que essa operação tinha criado uma posição dominante no mercado da venda a retalho dos bens de consumo corrente.

122 Segundo a recorrente, a Comissão não podia legitimamente somar as quotas de mercado dos retalhistas Kesko e Tuko atribuindo-lhe a totalidade sem demonstrar, previamente, a existência de uma situação de «controlo» na acepção do artigo 3.° do Regulamento n.° 4064/89. Com efeito, era fundamental distinguir, por um lado, a cooperação vertical assente no controlo, levada a cabo num grupo de empresas ou no quadro de um acordo de franquia, e, por outro, a cooperação horizontal existente nas cadeias voluntárias entre retalhistas independentes.

123 A noção de controlo, tal como é definida, nomeadamente, no artigo 3.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, repousava na ideia de uma influência determinante sobre a actividade de uma outra empresa. Não era lógico ter em conta a condição

do «controlo» imposta pelo referido artigo 3.° a fim de decidir da existência de uma concentração, para em seguida ignorá-la na fase da análise do poder económico e financeiro da empresa em causa sobre o mercado, na acepção do artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 4064/89.

124 Tanto a comunicação da Comissão sobre a noção de concentração (JO C 385 de 31 de Dezembro de 1994, p. 5) como a sua prática decisória demonstravam a importância da condição relativa ao controlo (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão, 48/69, Colect., p. 205, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Janeiro de 1995, Viho/Comissão, T-102/92, Colect., p. II-17). Além disso, as autoridades nacionais competentes para aplicar os direitos finlandês e sueco da concorrência consideravam as cadeias voluntárias como uma forma de cooperação horizontal entre revendedores independentes. Estas autoridades eram presumidamente conhecedoras dos mercados em causa.

125 A recorrente considera, por outro lado, que os participantes na operação de concentração devem ser identificados segundo os termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 4064/89 e é portanto apenas na concentração da Kesko e da Tuko, ocorrida a nível do comércio grossista, que a Comissão devia fazer incidir a análise prevista no artigo 2.° do Regulamento n.° 4064/89. Cometera, por consequência, um erro de direito ao considerar que a concentração tinha tido lugar entre os «blocos» Kesko e Tuko abrangendo dessa forma os retalhistas. Se a Comissão tivesse dirigido a sua apreciação para o comércio grossista, como deveria ter feito, chegaria a um resultado sensivelmente diferente, uma vez que, nesse sector, as quotas combinadas da Kesko e da Tuko são aproximadamente de 25%.

126 Numa segunda parte do fundamento, a recorrente alega que a Comissão se enganou na sua análise dos laços que existem entre ela e os seus retalhistas.

127 Em primeiro lugar, a Comissão tinha sobrestimado a influência exercida pela Kesko sobre a actividade dos retalhistas através da propriedade das instalações

comerciais e de certos bens explorados por estes. Com efeito, a maior parte desses bens (capital, existências, mobiliário, etc.) eram propriedade dos retalhistas individuais, que empregavam o seu próprio pessoal, pelo menos na maioria dos casos. A Kesko apenas possuía cerca de 32% das instalações comerciais dos seus retalhistas (correspondente a aproximadamente 60% do seu volume de negócios) enquanto a Tuko era proprietária de apenas cerca de 20% dos estabelecimentos explorados pelos seus retalhistas. Acresce que os bens da Kesko, e nomeadamente a propriedade dos logotipos Kesko e de algumas instalações comerciais, davam-lhe unicamente uma possibilidade de influência limitada sobre os seus retalhistas.

128 Em segundo lugar, a Comissão tinha deduzido, erradamente, de determinados laços de direito e de facto, cuja existência não é contestada, que a Kesko e os seus retalhistas formavam uma entidade económica única, e que esses laços permitiam à primeira gerir e controlar os segundos. Com efeito, o «acordo de retalhista Kesko» («K retailer agreement») não era juridicamente vinculativo e mencionava, além disso, que o retalhista é independente e deve aceitar a concorrência dos outros retalhistas Kesko. O «acordo de colaboração» («Collaboration Agreement») só tinha sido subscrito pelos retalhistas que utilizam as instalações comerciais da Kesko, e não conferiam à recorrente o controlo dos referidos retalhistas. Por último, os «acordos de cadeia» («Chain Agreements») eram de natureza horizontal e não constituíam portanto um meio para a Kesko controlar os retalhistas. Por outro lado, menos de 50% dos seus retalhistas participavam nestes acordos.

129 Em terceiro lugar, a Comissão tinha sobrestimado a importância da Kesko enquanto grossista dos retalhistas Kesko. Estes compravam cerca de 63% das suas mercadorias directamente aos fabricantes e não eram obrigados a abastecer-se junto da Kesko, cujos preços eram apenas ligeiramente inferiores aos dos seus concorrentes. Além disso, o serviço de facturação central e o sistema de descontos que lhe está associado não constituíam índices característicos de uma integração entre a recorrente e os retalhistas Kesko, tendo em conta o carácter limitado dos descontos autorizados e a natureza facultativa deste serviço para os retalhistas. O facto de a Kesko se encarregar da facturação não lhe dava o direito de influenciar os retalhistas na fixação dos preços e de outras condições comerciais.

130 Em quarto lugar, a Comissão tinha interpretado mal o interesse dos produtos vendidos sob a marca Kesko. Com efeito, estes produtos eram geralmente imitações de produtos de marca existentes, vendidos a preços inferiores, o que gerava um reforço, e não um decréscimo, da concorrência a nível do comércio retalhista.

131 Em quinto lugar, o sistema do cartão vantagens da recorrente não constituía um «sistema de fidelização da clientela», contrariamente ao alegado pela Comissão. O referido cartão não era mais do que um meio de pagamento, cuja utilização dava ocasionalmente direito a promoções especiais e não tinha grande importância para a maior parte dos consumidores. Além disso, as informações sobre os hábitos de compra que a utilização do cartão permitia recolher não podiam ser utilizados para fins anticoncorrenciais.

132 Em sexto lugar, a recorrente alega que, embora os retalhistas Kesko detenham direitos de voto na Kesko e exerçam assim um controlo sobre esta, trata-se de um controlo «teórico» na medida em que os interesses dos retalhistas são frequentemente divergentes. Além disso, a obrigação imposta aos retalhistas de possuírem acções Kesko (num valor total de cerca de 12 280 euros) tinha como objectivo principal garantir o crédito que lhes era concedido pela Kesko, e não os impedia de abandonar o «bloco» Kesko mediante a venda das suas acções.

133 Em sétimo lugar, a Comissão não tinha demonstrado a existência de uma unidade de comportamento entre as cadeias de retalhistas Kesko. Apesar da concorrência no interior das cadeias ser restrita, não havia qualquer ligação estrutural entre elas e cada uma funcionava de maneira independente. A recorrente refere-se, a este respeito, a um estudo do conselho nacional de investigação sobre o consumo na Finlândia e a dois estudos do London Economics.

134 Por último, a Comissão não tinha demonstrado a existência de obstáculos à entrada no mercado do comércio grossista.

135 A Comissão contesta a interpretação do direito comunitário feita pela recorrente quanto à importância da condição do controlo na apreciação da existência de uma posição dominante. Com efeito, apenas os factores citados no artigo 2.° do Regulamento n.° 4064/89, nomeadamente no seu n.° 1, alínea b), eram pertinentes nesta fase da análise. A Comissão contesta igualmente as críticas da recorrente a respeito da sua apreciação dos factos e entende que os elementos referidos são suficientes para justificar a sua conclusão quanto à existência de uma posição dominante. Os três estudos citados pela recorrente apenas realçavam as diferenças entre as cadeias do «bloco» Kesko, diferenças estas que a Comissão considera ter tido em conta.

136 A República Francesa e a República da Finlândia apoiam, no essencial, a argumentação da Comissão.

Apreciação do Tribunal

— Quanto à primeira parte do fundamento

137 A recorrente alega, no essencial, que a Comissão não podia somar as quotas de mercado dos retalhistas Kesko e Tuko, a fim de apreciar os efeitos da concentração em causa, sem provar que a Kesko e a Tuko detinham o «controlo» desses retalhistas na acepção do artigo 3.° do Regulamento n.° 4064/89 e que, uma vez que a única «concentração» existente, na acepção do referido artigo 3.°, era a da Kesko e da Tuko, a apreciação do efeito desta concentração só podia respeitar ao mercado onde a Kesko e Tuko operam, a saber, o mercado do comércio grossista.

138 Há que precisar, a este respeito, que o artigo 3.° do Regulamento n.° 4064/89 define unicamente as condições de existência de uma «operação de concentração». Em contrapartida, sempre que a Comissão concluir, no quadro de um

processo baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, que uma operação constitui realmente uma concentração, na acepção do referido artigo 3.°, a questão de saber se esta cria ou reforça uma posição dominante tendo como consequência que uma concorrência efectiva seria significativamente entravada no território do Estado-Membro em causa, deve ser apreciada tendo em conta as condições impostas pelo artigo 2.°, n.° 1, alíneas a) e b), do Regulamento n.° 4064/89, em conformidade com o artigo 22.°, n.° 4, primeiro período, do referido regulamento.

139 Assim, a Comissão não era de forma alguma obrigada, no quadro da sua apreciação dos efeitos da concentração em causa sobre a concorrência, a aplicar a condição do controlo, visada no artigo 3.° do Regulamento n.° 4064/89, a fim de determinar se havia lugar à soma das quotas de mercado dos retalhistas Kesko e Tuko. Com efeito, uma vez provada a existência da concentração da Kesko e da Tuko, cabia à Comissão ter em conta todos os factos do caso em apreço, e nomeadamente os laços entre, de um lado, a Kesko e a Tuko e, de outro, os respectivos retalhistas, com vista a apreciar se essa concentração criava ou reforçava uma posição dominante tendo como consequência que uma concorrência efectiva seria significativamente entravada nos mercados relevantes na Finlândia. De igual modo, a Comissão não era de forma alguma obrigada a limitar a sua apreciação apenas ao mercado do comércio grossista, uma vez que tinha chegado à conclusão de que a concentração da Kesko e da Tuko tinham igualmente efeitos no mercado da venda a retalho dos bens de consumo corrente, atendendo aos laços estreitos entre, por um lado, a Kesko e a Tuko e, por outro, os seus retalhistas.

140 Daqui decorre que a primeira parte do fundamento, baseada, no essencial, em erro de direito consistente na violação dos artigos 2.°, 3.° e 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, deve ser rejeitado.

— Quanto à segunda parte do fundamento

141 No que diz respeito ao pretenso erro manifesto cometido pela Comissão na sua apreciação dos laços entre a Kesko e os seus retalhistas, deve salientar-se que, no quadro de um pedido baseado no artigo 22.°, n.° 3, do Regulamento n.° 4064/89, a Comissão é obrigada a verificar, através de uma análise prospectiva dos mercados de referência, se a operação de concentração que foi chamada a investigar conduzirá à criação ou ao reforço de uma posição dominante tendo como consequência que uma concorrência efectiva será significativamente entravada no território do Estado-Membro em questão.

142 A este respeito, há que recordar que as regras materiais do regulamento, em especial o seu artigo 2.°, conferem à Comissão um certo poder de apreciação, designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, o controlo pelo órgão jurisdicional comunitário do exercício desse poder, que é essencial na definição das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuado tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações (v. neste sentido acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão, C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.os 221 a 224, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância Gencor/Comissão, já referido, n.os 164 e 165).

143 No caso vertente, a Comissão descreve, nos n.os 39 a 66 da decisão litigiosa, numerosos elementos de facto para apoiar a sua conclusão segundo a qual os «blocos» Kesko e Tuko constituem «estrutura centralizada do mercado retalhista finlandês», de forma que deve apreciar-se a concentração em causa ao nível do comércio retalhista, e não unicamente à escala do comércio grossista (n.os 15 e 66 da decisão litigiosa). Por outro lado, nos n.os 93 a 135 e 146 a 161 da decisão litigiosa, a Comissão evoca numerosos elementos de facto para sustentar a sua conclusão de que, na sequência da concentração, a Kesko ocupava uma posição dominante no mercado do comércio retalhista na Finlândia (n.os 136 a 138 e 161 da decisão litigiosa).

144 A Comissão põe, deste modo, em destaque, na decisão litigiosa, os elementos seguintes: os contratos que ligam os retalhistas à Kesko (n.os 40 e 44); o facto de os retalhistas serem obrigados a utilizar os logotipos Kesko, bem como os

serviços de apoio prestados pela Kesko (n.º 45); os bónus e descontos que incitam os retalhistas a permanecer fiéis à estratégia do grupo Kesko (n.º 46); os mecanismos de controlo de que a Kesko dispõe para assegurar que os retalhistas respeitam os objectivos comuns (n.º 41); o facto de os retalhistas Kesko deterem a maioria dos votos na Kesko e serem todos membros do conselho fiscal da Kesko, o qual nomeia todos os membros dos outros órgãos de decisão (n.os 4 e 43); a organização da Kesko em cinco cadeias voluntárias, cujas política de compras e política comercial estão coordenadas de forma centralizada, nomeadamente através de um logotipo comum para cada cadeia, e que se encontram equipadas, nomeadamente, de sistemas informáticos modernos que continuam a ser propriedade da Kesko (n.os 47 a 50, 54 a 57 e 67 a 72); o facto de os fornecedores considerarem a Kesko e os seus retalhistas como uma entidade integrada, em razão, nomeadamente, do sistema de facturação da Kesko (n.os 51 a 53 e 148); a estratégia da Kesko em matéria de propriedade das instalações comerciais onde se desenvolvem as actividades retalhistas (n.os 58 a 61 e 116 a 118) e os compromissos financeiros dos retalhistas Kesko perante esta (n.º 62).

145 A Comissão sublinhou igualmente que a maior parte da análise que precede vale igualmente para as relações entre a Tuko e os seus retalhistas e que, em qualquer caso, após a operação de concentração, a Kesko passará a dispor da capacidade para organizar os retalhistas Tuko da mesma forma que os retalhistas Kesko (n.º 65).

146 No que respeita à questão de saber se, nestas condições, a concentração criava ou reforçava uma posição dominante tendo como consequência que uma concorrência efectiva seria significativamente entravada no mercado finlandês da venda a retalho dos bens de consumo corrente, a Comissão sublinha, nomeadamente, na decisão litigiosa: o papel importante das cadeias voluntárias de retalhistas na Finlândia, atendendo a que os «blocos» Kesko e Tuko eram, entretanto, os únicos existentes no sector dos bens de consumo corrente (n.º 39); o facto de, após a concentração, o «bloco» Kesko representar pelo menos 55% do total das vendas dos referidos bens na Finlândia, uma seja quota de mercado cerca de três vezes mais importante que a do seu principal concorrente (n.os 93 a 98, e 106); a forte posição da Kesko e da Tuko no sector das grandes superfícies na Finlândia (n.os 107 a 115); o grande número de instalações comerciais consagrados à venda a retalho dos bens de consumo corrente (n.os 116 a 118); o sistema de fidelização da clientela através do cartão vantagens Kesko (n.os 119 a 125); a importância

dos produtos vendidos pela Kesko e a Tuko com as suas próprias marcas bem como as vantagens concorrenciais que daí advêm (n.os 126 a 130); os sistemas de distribuição da Kesko e da Tuko, nomeadamente no que respeita aos alimentos congelados (n.os 131 e 132); o reforço do poder de compra da Kesko após a aquisição da Tuko (n.os 133 a 135 e 146 a 1539) e o facto de ser extremamente improvável que uma empresa estrangeira tente instalar-se no mercado finlandês da venda de bens de consumo corrente (n.os 154 a 161).

147 Face aos elementos acima mencionados, as alegações da recorrente não são de natureza a pôr em causa as conclusões da Comissão quanto à necessidade de apreciar as incidências da operação sobre a concorrência a nível do comércio retalhista (n.os 39 a 66 da decisão litigiosa), de somar as quotas de mercado de todos os retalhistas dos «blocos» Kesko e Tuko atribuindo-as à Kesko (n.os 93 a 105) e quanto à questão de saber se a concentração criava ou reforçava uma posição dominante tendo como consequência que uma concorrência efectiva seria significativamente entravada no mercado finlandês dos bens de consumo corrente (n.os 106 a 161). Com efeito, a recorrente limitou-se a afirmar que a Comissão devia ter adoptado uma análise diferente, sem apresentar elementos concretos susceptíveis de infirmar a análise económica dos efeitos da operação de concentração levada a cabo nos n.os 39 a 161 da decisão litigiosa.

148 No que diz respeito ao primeiro argumento da recorrente, segundo o qual a Comissão tinha sobrestimado a influência exercida pela Kesko sobre os retalhistas através da propriedade das instalações comerciais e dos bens explorados por estes, deve salientar-se que mais de 60% do volume de negócios total dos retalhistas Kesko é realizada pelos estabelecimentos cujas instalações são propriedade da Kesko (n.º 59 da decisão litigiosa). De igual modo, resulta dos n.os 59 a 61 da referida decisão que os retalhistas, que operam em instalações propriedade da Kesko, celebraram um acordo de colaboração com esta empresa, onde estão definidos os princípios a respeitar na exploração das instalações comerciais da Kesko e o modo de cálculo da renda a pagar, apurada em função do

volume de negócios ou da margem de lucro. Além disso, o retalhista não pode trespassar o seu negócio sem o consentimento da Kesko.

149 Nestas circunstâncias, o facto de a Kesko ser proprietária de uma parte significativa das instalações comerciais exploradas pelos retalhistas Kesko deve ser considerado como um factor importante de fidelização destes últimos. Não ficou de forma alguma provado que a Comissão sobrestimou este factor na sua apreciação dos laços entre a Kesko e os seus retalhistas.

150 O primeiro argumento da recorrente deve por conseguinte ser rejeitado.

151 Quanto ao segundo argumento da recorrente, segundo o qual a Comissão tinha feito uma má interpretação da importância dos diferentes acordos da Kesko com os seus retalhistas, há que recordar o seguinte:

— nos termos do acordo de retalhista Kesko, o referido retalhista compromete-se nomeadamente a «tentar aproveitar ao máximo as vantagens das aquisições conjuntas do 'bloco' Kesko e das vendas sob a sua marca de distribuidor. O retalhista Kesko não pode, sem motivo válido, reservar à Kesko um tratamento menos favorável do que aos outros fornecedores» (n.° 44 da decisão litigiosa);

— um número importante de retalhistas Kesko está, além disso, vinculado por um «acordo de cadeia» concluído entre o retalhista em causa e a cadeia Kesko à qual pertence (n.° *5 supra*). O objectivo essencial dos acordos de cadeia é promover o comércio de mercadorias entre a Kesko e o retalhista.

Segundo esses acordos, o retalhista Kesko está vinculado às decisões do conselho de administração da cadeia no que se refere à política comercial, aos produtos que devem integrar o sortido de base e aos preços a retalho dos produtos promocionais (v. n.os 44, 47 a 50, e 54 a 57 da decisão litigiosa);

— os retalhistas Kesko que utilizam as instalações comerciais da Kesko estão vinculados pelo «acordo de colaboração» cujo conteúdo foi examinado no n.° 148 *supra*;

— os retalhistas Kesko são obrigados a utilizar os logotipos Kesko, e beneficiam igualmente dos serviços de apoio prestados pela Kesko (n.° 45 da decisão litigiosa);

— a Kesko paga bónus aos retalhistas Kesko e faz-lhes descontos em função do volume das aquisições efectuadas por seu intermédio (n.° 46 da decisão litigiosa).

152 Nestas condições, deve considerar-se que, apesar de os retalhistas Kesko constituírem empresas juridicamente independentes e suportarem os riscos financeiros subjacentes à sua actividade, a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao concluir, no n.° 64 da decisão litigiosa, que os acordos concluídos entre a Kesko e os seus retalhistas têm como efeito obrigar estes últimos a conformar-se com as políticas comerciais definidas pela recorrente e manter-se fiéis à Kesko e à cadeia onde se encontram integrados.

153 O segundo argumento da recorrente deve, por conseguinte, ser rejeitado.

154 Quanto ao terceiro argumento da recorrente, segundo o qual a Comissão tinha sobrestimado a importância da Kesko enquanto grossista, há que sublinhar que os retalhistas Kesko efectuam 37% das suas compras directamente na Kesko, valor que a recorrente fez questão de pôr em evidência. Por outro lado, as compras efectuadas por esses mesmos retalhistas junto de outros fornecedores são facturados pela recorrente na proporção de 46% do conjunto das compras, de forma que apenas 17% do conjunto das compras dos retalhistas são efectuados independentemente da Kesko. No que respeita às compras facturadas pela Kesko, a Comissão precisou, aliás, no n.° 52 da decisão litigiosa: a) que estas operações de facturação se baseiam em acordos concluídos entre a Kesko e os seus fornecedores; b) que a Kesko adquire a propriedade das mercadorias antes de as revender aos retalhistas em questão, sendo estas operações contabilizadas como vendas na conta de resultados da Kesko; c) que o montante das remunerações pagas e dos descontos concedidos à Kesko são calculados com base na totalidade das compras do grupo Kesko, isto é, incluem as vendas à recorrente na sua qualidade de grossista, bem como as compras efectuadas directamente pelos retalhistas Kesko com base nos acordos de facturação acima referidos e d) que as operações de facturação efectuadas pela Kesko permitem-lhe obter um grande volume de informação sobre os preços e outras condições comerciais aplicadas por cada fornecedor.

155 Nestas condições, a recorrente não demonstrou que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao concluir, no n.° 53 da decisão litigiosa, que as compras dos retalhistas Kesko, que não são fisicamente entregues pela Kesko mas que são facturadas por ela, não podem ser consideradas como uma fonte de abastecimento independente desta empresa.

156 O terceiro argumento da recorrente deve, por conseguinte, ser rejeitado.

157 Quanto ao quarto argumento da recorrente, deve salientar-se que as suas afirmações não são de natureza a infirmar as conclusões da Comissão acerca da importância dos produtos vendidos com a marca Kesko. Apesar de ser verdade que a presença de marcas de distribuidor representa um elemento de concorrência adicional face aos produtos de marca de fabricantes, a forte posição dos produtos vendidos com a marca Kesko e Tuko conferia a estas duas empresas vantagens em termos de fidelização da clientela bem como a possibilidade de fixar os preços de uma maior parte das suas vendas sem necessidade de ter em conta a reacção dos seus concorrentes (n.° 130 da decisão litigiosa). Por outro lado, a combinação das marcas Kesko e Tuko, muito solicitadas pela clientela, tinha reforçado o poder de negociação da recorrente face aos seus fornecedores, com a possibilidade de obter novas condições mais vantajosas e, nomeadamente, uma redução dos preços em detrimento dos seus concorrentes (n.ºs 129 a 133 da decisão litigiosa).

158 O quarto argumento da recorrente não pode, por conseguinte, ser aceite.

159 No que respeita ao quinto argumento da recorrente, segundo o qual a Comissão tinha exagerado a importância do cartão vantagens Kesko, deve referir-se que, embora seja verdade que esse cartão, por si só, não constitui um factor determinante, foi a justo título que a Comissão salientou, sem poder ser contestada pela recorrente, que o cartão vantagens Kesko incita o cliente à

fidelidade e constitui igualmente um poderoso instrumento de «*marketing*» para a Kesko (n.os 119 a 125 da decisão litigiosa).

160 O quinto argumento da recorrente deve, por conseguinte, ser rejeitado.

161 No que respeita ao sexto argumento da recorrente, segundo o qual os direitos de voto dos retalhistas Kesko, bem como a obrigação imposta a estes últimos de possuírem um número mínimo de acções privilegiadas da Kesko, tem pouca importância na prática, deve recordar-se que as acções privilegiadas dos retalhistas Kesko e dos seus associados conferem-lhes o controlo efectivo da maioria dos votos na empresa (n.º 4 da decisão litigiosa). Esta situação permite aos retalhistas Kesko, nomeadamente, controlar o conselho fiscal da Kesko, o qual nomeia todos os membros dos outros órgãos de decisão e de direcção da empresa (n.º 43 da decisão litigiosa). Por outro lado, estas acções estão depositadas junto da Kesko a título de garantia, a fim de caucionar o cumprimento das obrigações do retalhista perante esta última (n.º 62 da decisão litigiosa).

162 Face a estes elementos, há que concluir que a recorrente não demonstrou que a Comissão cometeu um erro manifesto na apreciação da estrutura jurídica do «bloco» Kesko e dos compromissos financeiros dos retalhistas Kesko. Mais precisamente, os argumentos da recorrente não são de natureza a infirmar a conclusão da Comissão segundo a qual o «bloco» Kesko constitui, na realidade, uma estrutura de planeamento centralizado do mercado finlandês do comércio retalhista, a qual repousa, nomeadamente, em acordos que estabelecem uma cooperação horizontal entre os retalhistas Kesko e se destinam a normalizar os comportamentos destes últimos e, portanto, limitar assim a sua independência,

em nome do interesse comum, em áreas, como a das compras, da imagem de marca, da promoção e das vendas (n.os 39 a 41 e 63 a 66 da decisão litigiosa).

163 O sexto argumento da recorrente deve, por conseguinte, ser rejeitado.

164 No que respeita ao sétimo argumento da recorrente, relativo à ausência de prova de uma unidade de comportamento entre as cadeias de retalhistas Kesko, deve recordar-se, em primeiro lugar, que a recorrente não contestou a conclusão da Comissão segundo a qual não existe concorrência significativa no interior de cada uma das cinco cadeias nacionais da Kesko (n.os 47 a 50 e 54 a 57 da decisão litigiosa). Resulta, com efeito, da decisão litigiosa, que cada cadeia nacional de retalhistas Kesko é dotada de um conselho de administração composto pelos retalhistas envolvidos bem como de uma «unidade de controlo» composta unicamente por empregados da Kesko. Esta estrutura permite levar a cabo a coordenação das actividades dos retalhistas da cadeia no que se refere às compras, à política comercial e à política de vendas (n.° 48 da decisão litigiosa). Esta coordenação devia ser reforçada pela instalação, a prazo, nos armazéns dos retalhistas, de sistemas informáticos modernos, propriedade da Kesko (n.° 50 da decisão litigiosa).

165 No que diz respeito à concorrência entre as diferentes cadeias em causa, é verdade que o estudo do conselho nacional de investigação sobre o consumo na Finlândia apresentado pela recorrente (anexo XI da petição) parece revelar, à primeira vista, divergências de preços para um mesmo produto oferecido por diferentes

retalhistas Kesko, e, por conseguinte, a existência de uma certa concorrência entre eles. Todavia, o facto de a estrutura da Kesko autorizar um determinado nível de concorrência, nomeadamente entre as diferentes cadeias Kesko — e isto, aparentemente, para efeitos de se conformar com o direito finlandês da concorrência, como a recorrente afirmou no n.º 13 da sua petição —, não é suficiente, por si só, para infirmar a conclusão da Comissão segundo a qual, tendo em conta o conjunto dos elementos apresentados nos n.os 39 a 66 da decisão litigiosa, se deve considerar a Kesko e os seus retalhistas como uma estrutura de planeamento centralizado no mercado finlandês do comércio retalhista.

166 Daqui resulta que a recorrente não demonstrou que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao concluir que o efeito da concentração da Kesko e da Tuko sobre a concorrência devia ser analisado tanto ao nível do comércio grossista como do mercado da venda a retalho na Finlândia, atendendo aos laços existentes entre, por um lado, a Kesko e a Tuko e, por outro, os respectivos retalhistas.

167 Por último, a recorrente não apresentou qualquer elemento de natureza a infirmar a conclusão da Comissão, nos n.os 154 a 161 da decisão litigiosa, segundo a qual a concentração reforçava os obstáculos ao acesso aos mercados finlandeses de venda a retalho e por grosso dos bens de consumo corrente.

168 Resulta do acima exposto que a segunda parte do terceiro argumento deve ser rejeitada.

169 Daqui decorre que o recurso deve ser julgado improcedente no seu conjunto.

Quanto às despesas

170 Nos termos do artigo 87.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, em conformidade com o pedido da Comissão nesse sentido.

171 Todavia, por força do primeiro parágrafo do n.° 4 do artigo 87.° do Regulamento de Processo, os Estados-Membros e as instituições que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas. Em consequência, a República da Finlândia e a República Francesa suportarão cada uma as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção Alargada)

decide:

1) O recurso é julgado improcedente.

2) A recorrente suportará as suas próprias despesas, bem como as da Comissão.

3) A República da Finlândia e a República Francesa suportarão cada uma as suas próprias despesas.

Potocki Lenaerts Bellamy

Azizi Meij

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 15 de Dezembro de 1999.

O secretário

H. Jung

O presidente

A. Potocki