FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM

(andra avdelningen i utökad sammansättning)
den 15 december 1999 *

I mål T-22/97,

Kesko Oy, bolag bildat enligt finsk rätt, Helsingfors, företrätt av advokaten Gerwin van Gerven, Bryssel, och Sarah Beeston, solicitor, delgivningsadress: advokatbyrån Loesch & Wolter, 11, rue Goethe, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Klaus Wiedner, rättstjänsten, biträdd av Stephen Kinsella, solicitor, båda i egenskap av ombud, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

med stöd av

Republiken Finland, företrädd av lagstiftningsrådet Tuula Pynnä, chef för utrikesministeriets avdelning med ansvar för mål inför Europeiska gemenskapernas domstol, i egenskap av ombud, biträdd av David Vaughan, QC, England och Wales, delgivningsadress: Finlands ambassad, 2, rue Heinrich Heine, Luxemburg,

och

Republiken Frankrike, företrädd av biträdande direktören Jean-François Dobelle, utrikesministeriets rättsavdelning, och Frédérik Million, chargé de mission vid samma avdelning, och av Kareen Rispal-Bellanger, sous-directeur vid samma avdelning, samtliga i egenskap av ombud, delgivningsadress: Frankrikes ambassad, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 97/277/EG av den 20 november 1996, genom vilket en koncentration förklarades oförenlig med den gemensamma marknaden (ärende IV/M.784 — Kesko/Tuko, EGT L 110, 1997, s. 53),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(andra avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Potocki samt domarna K. Lenaerts, C.W. Bellamy, J. Azizi och A.W.H. Meij,

justitiesekreterare: byrådirektören A. Mair,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 2 juni 1999,

följande

Dom

. . . . . .

Tillämpliga bestämmelser

1 Artikel 22 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, i den rättade versionen enligt EGT L 257, 1990, s. 13, svensk specialutgåva, annex, s. 16, nedan kallad förordning nr 4064/89) föreskriver följande:

. . . . . .

"3. Om på begäran av en medlemsstat kommissionen konstaterar att en koncentration enligt definitionen i artikel 3 som inte har någon gemenskapsdimension enligt artikel 1 skapar eller förstärker en sådan dominerande

ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens territorium påtagligt skulle hämmas, kan den, i den mån koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstater, fatta beslut enligt artikel 8.2, andra stycket, 8.3 och 8.4.

4. Artiklarna 2.1 a och b, 5, 6, 8 och 10—20 är tillämpliga. Den frist inom vilken ett förfarande enligt artikel 10.1 kan inledas skall löpa från dagen när begäran från medlemsstaten inkommer. En sådan begäran skall framställas senast en månad efter det att koncentrationen har anmälts till medlemsstaten eller genomförts. Denna frist skall löpa från den tidpunkt när den första av dessa händelser inträffar.

5. Enligt punkt 3 skall kommissionen endast vidta de åtgärder som absolut är nödvändiga för att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens inom territoriet i den medlemsstat på vars begäran den ingriper."

2 I artikel 2.1 i förordning nr 4064/89 avseende bedömningen av koncentrationer föreskrivs följande:

"Koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas på grundval av följande bestämmelser för att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden.

När kommissionen gör sin bedömning skall den ta hänsyn till

a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bl.a. strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,

b) de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, avnämarintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen."

Bakgrund och förfarande

3 Sökanden, Kesko Oy (nedan kallat Kesko), är ett aktiebolag bildat enligt finsk rätt som är verksamt inom detaljhandel med dagligvaror och specialvaror. Kesko bedriver också verksamhet med dessa varor inom partihandels- och hämtköpsmarknaderna (cash and carry). Keskos aktiekapital är uppdelat i röststarka och röstsvaga aktier. De röststarka aktierna innehas, direkt eller indirekt, av Keskos detaljister (nedan kallade Kesko-detaljisterna). På grund av de tilläggsröster som de röststarka aktierna ger rätt till enligt klagandens bolagsordning, har Kesko-detaljisterna genom dessa aktier i praktiken kontroll över röstmajoriteten vid aktieägarnas bolagsstämma. Enligt Keskos bolagsordning är samtliga medlem-

mar i styrelsen, som utser de andra beslutsfattande och verkställande organen i Kesko, Kesko-detaljister.

4 Keskos huvudsakliga syfte är att för Kesko-detaljisternas räkning organisera inköp och marknadsföring i en större skala än vad varje enskild detaljist skulle kunna göra på egen hand. Keskos aktiviteter innefattar således förhandlingar med leverantörer om förmånliga inköpsvillkor, leveranser till detaljisterna och tillhandahållandet av ett stort antal kompletterande tjänster.

5 Kesko-detaljisterna, som rättsligt sett är självständiga företagare, är bundna till Kesko genom avtal. De är verksamma inom detaljhandel med dagligvaror och/eller specialvaror och är sedan 1995 organiserade i fem kedjor som grupperar butiker med gemensamma kännetecken, närmare bestämt Närbutiker, Keskomarknader, Kesko Supermarknader, Kesko Citymarknader och Rimi-butiker. En väsentlig del av affärslokalerna ägs av Kesko.

6 Tuko Oy (nedan kallat Tuko) är också ett aktiebolag bildat enligt finsk rätt som är specialiserat inom parti- och detaljhandeln med dagligvaror och specialvaror. Utöver bolagets helägda detaljhandelsbutiker hade Tuko slutit samarbetsavtal med ett stort antal rättsligt sett självständiga detaljister (nedan kallade Tuko-detaljisterna). Tuko-detaljisterna var organiserade i tre grupper, nämligen Sparkedjan, Anttilavaruhusen och Tarmobutikerna. Tuko bedrev också verksamhet med dagligvaror inom partihandels- och hämtköpsmarknaden.

7 Den 27 maj 1996 slöt Kesko vissa avtal i syfte att förvärva 56,3 procent av Tukos aktiekapital, vilket motsvarade 59,3 procent av rösterna. Därefter förvärvade Kesko mer än 99 procent av Tukos aktiekapital.

8 Den 26 juni 1996 begärde det finska konkurrensverket i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 att kommissionen skulle granska Keskos förvärv av Tuko.

9 Den 28 juni 1996 väckte Kesko talan vid Korkein hallinto-oikeus (Högsta förvaltningsdomstolen), genom vilken Kesko bestred konkurrensverkets behörighet att framställa en begäran till kommissionen enligt artikel 22.3 i förordning nr 4064/89.

10 Den 19 juli 1996 sände det finska handels- och industriministeriet till kommissionen en kopia av den inlaga som ministeriet hade inlämnat inom ramen för Keskos talan vid Högsta förvaltningsdomstolen och i vilken den hävdade att konkurrensverket var behörigt att framställa nämnda begäran.

11 Eftersom kommissionen ansåg att det förelåg allvarliga tvivel beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, inledde den, genom beslut av den 26 juli 1996, ett förfarande enligt artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89 "i väntan på ett slutgiltigt avgörande från Finlands Högsta förvaltningsdomstol".

12 Den 17 september 1996 sände kommissionen ett meddelande om anmärkningar till sökanden i enlighet med artikel 18.1 i förordning nr 4064/89. Sökanden svarade på detta meddelande den 2 oktober 1996.

13 Högsta förvaltningsdomstolen meddelade sitt avgörande den 1 oktober 1996, varigenom den avstod från att avgöra målet i sak, eftersom talan inte kunde upptas till sakprövning.

14 I en skrivelse av den 23 oktober 1996 framförde Kesko förslag till åtaganden som syftade till att undanröja de tvivel som kommissionen hade i fråga om koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden.

15 Den 20 november 1996 antog kommissionen beslut 97/277/EG, genom vilket koncentrationen förklarades oförenlig med den gemensamma marknaden (ärende IV/M.784 — Kesko/Tuko, EGT L 110, 1997, s. 53, nedan kallat det omtvistade beslutet), på grundval av artiklarna 8.3 och 22 i förordning nr 4064/89.

16 I det omtvistade beslutet konstaterade kommissionen bland annat:

— att koncentrationen i fråga inte enbart bör bedömas på partihandelsnivå, utan att analysen även bör göras på detaljhandelsnivå på grund av sambandet mellan Kesko och Tuko, å ena sidan, och deras respektive detaljister, å andra sidan, såsom detta har beskrivits i punkterna 39—66,

— att koncentrationen mellan Kesko och Tuko skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på den finska detaljhandelsmarknaden för dagligvaror (se framför allt punkterna 93—138),

— att koncentrationen skulle skapa en dominerande ställning på utbudssidan som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på den finska hämtköpsmarknaden för dagligvaror (punkterna 139—145),

— att den dominerande ställningen på de finska detaljhandels- och hämtköpsmarknaderna, vilken hade skapats av koncentrationen, skulle öka Keskos efterfrågestyrka och således ytterligare förstärka Keskos dominerande ställning på dessa marknader (punkterna 146—153),

— att koncentrationen skulle förstärka hindren mot inträde på marknaden och göra det ytterst osannolikt att en ny konkurrent skulle kunna etablera sig på de berörda marknaderna (punkterna 154—161),

— att strukturförändringen på de finska detalj- och partihandelsmarknaderna för dagligvaror direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, skulle få en märkbar påverkan på handelsmönstret mellan medlemsländerna (punkterna 10—13).

17 Kommissionen avvisade även de förslag till åtgärder som Kesko hade framfört i sin skrivelse av den 23 oktober 1996, särskilt med den motiveringen att dessa åtgärder var uppenbart otillräckliga för att avlägsna Keskos dominerande ställning på den finska detaljhandelsmarknaden för dagligvaror (punkterna 162—172).

18 I punkt 173 i det överklagade beslutet har kommissionen särskilt angett att den "genom ett särskilt beslut enligt artikel 8.4 i koncentrationsförordningen [kommer] att föreskriva de åtgärder som är nödvändiga för att återupprätta förutsättningarna för en effektiv konkurrens".

19 Av artikel 1 i det omtvistade beslutet framgår att "[d]en koncentration genom vilken Kesko Oy genom aktieköp förvärvade ensam kontroll över Tuko Oy förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion".

20 Det omtvistade beslutet delgavs Kesko samma dag som det antogs, det vill säga den 20 november 1996.

21 Den 21 november 1996 sände kommissionen ett yttrande i enlighet med artikel 18.1 i förordning nr 4064/89 till Kesko. I detta yttrande angav kommissionen att den ansåg det lämpligt att anta ett beslut enligt artikel 8.4 i nämnda förordning om att ålägga Kesko att sälja Tukos dagligvaruverksamhet i en klump.

22 Den 30 januari 1997 föreslog Kesko kommissionen att Tukos dagligvaruverksamhet, med undantag för Anttilavaruhusen, skulle säljas till ett konsortium av utomstående företag.

23 Genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 31 januari 1997, väckte Kesko förevarande talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Målet registrerades under målnummer T-22/97.

24 Den 7 februari 1997 slöt Kesko, Tuko och vissa av Tukos dotterbolag ett ramavtal med utomstående företag (nedan kallat avyttringsavtalet) i syfte att avyttra Tukos dagligvaruverksamhet, med undantag för Anttilavaruhusen, i enlighet med det förslag som presenterades den 30 januari 1997.

25 Paragraf 4 i avyttringsavtalet föreskrev att transaktionerna endast skulle träda i kraft om kommissionen gav sitt godkännande eller avstod från att inkomma med några invändningar före den 30 april 1997.

26 Den 19 februari 1997 antog kommissionen beslut 97/409/EG om åtgärder för att återupprätta effektiv konkurrens (ärende IV/M.784 — Kesko/Tuko, EGT L 174, s. 47, nedan kallat avyttringsbeslutet), på grundval av artiklarna 8.4 och 22 i förordning nr 4064/89. Det framgår av punkt 13 i detta beslut att Keskos förslag om att sälja vissa delar av Tukos verksamhet till ett konsortium av utomstående företag lades fram i ett mycket sent skede av förfarandet och att kommissionen reserverade sig beträffande detta förslag.

27 Avyttringsbeslutet föreskriver följande:

"*Artikel 1*

Kesko åläggs härmed att avyttra Tuko Oys dagligvaruverksamhet till en köpare som måste vara en lönsam befintlig eller potentiell konkurrent oberoende av och utan samband med Kesko-gruppen och som har tillräckliga ekonomiska resurser och erkänd sakkunskap för att kunna bibehålla och utveckla den avyttrade verksamheten som en aktiv konkurrent till Kesko-gruppens dagligvaruverksamhet (kraven på köparen).

...

Artikel 2

1. Kesko skall inom 30 dagar från delgivningen av detta beslut utse en självständig förvaltare som skall godkännas av kommissionen och som skall övervaka transaktionen och förvaltningen av de tillgångar som skall avyttras i enlighet med artikel 1.

2. Kesko skall säkerställa att förvaltarens oåterkalleliga uppdrag innehåller följande rättigheter och skyldigheter:

...

d) Förvaltaren skall lägga fram en skriftlig rapport till kommissionen (med kopia till Kesko) om resultatet av den i punkt a omnämnda räkenskapsgranskningen och skall vidare till kommissionen månadsvis lägga fram skriftliga rapporter om transaktionerna och förvaltningen av avyttringspaketet, och om relevant utveckling i förhandlingarna med tredje parter som är intresserade av att köpa avyttringspaketet, inbegripet en tidsram inom vilken en överenskommelse med intresserade tredje parter skulle kunna omsättas i praktiken och, i synnerhet, tillräcklig information för att kommissionen skall kunna bedöma huruvida respektive spekulant uppfyller kraven på köparen.

Om förvaltaren anser att ett anbud som inte uppfyller kraven i artikel 1 skulle uppnå samma resultat som 'i klump'-lösningen, skall förvaltaren ange skälen för detta i sin rapport till kommissionen. Om kommissionen inte tillkännager avvikande åsikt enligt punkt e, skall ett sådant anbud, såvitt detta beslut beträffar, anses giltigt.

...

Artikel 4

1. Avyttringen i enlighet med artikel 1 skall vara fullgjord senast sex månader efter delgivning av detta beslut. Kesko skall anses ha fullgjort sina förpliktelser enligt detta beslut om ett bindande avtal för försäljning av avyttringspaketet har

undertecknas inom denna tidsfrist, under förutsättning att fullgörandet av avyttringen sker senast tre månader efter undertecknandet.

...

3. Om det visar sig omöjligt att underteckna ett bindande avtal inom den i punkt 1 fastställda tidsfristen på sex månader, får kommissionen på Keskos begäran och om förvaltaren anger goda grunder förlänga denna frist. Kesko skall i så fall ge förvaltaren i oåterkalleligt uppdrag att sälja avyttringspaketet på bästa möjliga villkor ... Avyttring måste under alla omständigheter vara fullgjord den 31 december 1997."

28 Den 3 mars 1997 lade Kesko fram ett utkast till kommissionen om förvaltarens rättigheter och skyldigheter i enlighet med avyttringsbeslutet. Detta utkast föreskrev bland annat en möjlighet för Kesko att kräva att förvaltaren, i avtalet om avyttring av Tukos dagligvaruverksamhet, införde en klausul enligt vilken genomförandet av avyttringen var beroende av villkoret att Keskos talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet vid förstainstansrätten ogillades. Kommissionen meddelade samma dag per fax att en sådan klausul inte kunde accepteras.

29 Den 3 april 1997 lade förvaltaren, som hade utsetts i enlighet med avyttringsbeslutet, fram en rapport till kommissionen, i vilken han rekommenderade att avyttringsavtalet skulle godkännas med den ändringen att de lokaler som ägdes av Kesko och som hyrdes ut till två Kesko-detaljister skulle säljas till ett av de berörda utomstående företagen mot att Kesko i gengäld fick behålla Anttila-varuhusen.

30 Genom ett fax av den 17 april 1997 informerade kommissionen Kesko, i enlighet med artikel 2.2 d i avyttringsbeslutet, om att den inte skulle motsätta sig förvaltarens förslag.

31 Genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 april 1997, väckte Kesko talan om ogiltigförklaring av avyttringsbeslutet. Målet registrerades under målnummer T-134/97.

32 Genom skrivelse av den 14 augusti 1997 informerade förvaltaren kommissionen om att de olika transaktionerna som avsågs i dennes rapport hade genomförts.

33 Genom skrivelse av den 26 augusti 1997 meddelade kommissionen Kesko att det hade uppfyllt sina skyldigheter i enlighet med avyttringsbeslutet.

34 Genom handling, som inkom till förstainstansrättens kansli den 1 september 1997, meddelade Kesko att det avsåg att återkalla sin talan i mål T-134/97.

35 Genom beslut av den 9 oktober 1997 avskrev ordföranden vid förstainstansrättens andra avdelning mål T-134/97 i enlighet med artikel 99 i rättegångsreglerna.

36 Ordföranden vid förstainstansrättens andra avdelning meddelade genom beslut av den 8 juni 1998 att Republiken Finland och Republiken Frankrike hade fått tillstånd att intervenera i mål T-22/97 till stöd för kommissionens yrkanden. Ordföranden biföll även sökandens begäran om konfidentiell behandling gentemot de intervenerande parterna.

37 Efter att ha hört parterna beslutade förstainstansrätten i enlighet med artikel 51 i rättegångsreglerna att hänskjuta mål T-22/97 till en avdelning sammansatt av fem domare.

38 I enlighet med referentens rapport inledde förstainstansrätten ett muntligt förfarande i enlighet med artiklarna 113, 114.3 och 114.4. Det muntliga förfarandet rörde enbart frågorna om det förelåg rättegångshinder och om sökanden hade något intresse av att få saken prövad. Vid det offentliga sammanträdet den 11 november 1998 presenterade parterna sina muntliga inlagor samt sina svar på förstainstansrättens frågor avseende de två frågorna.

39 Genom beslut av den 1 december 1998 förordnade förstainstansrätten om målets fortsatta handläggning, så att parterna kunde höras i sakfrågan, samt om tillstånd för Republiken Finland att komplettera sin interventionsinlaga avseende sakfrågan.

40 Den 28 december 1998 inkom Republiken Finland med sin andra interventionsinlaga.

41 I enlighet med referentens rapport presenterade parterna sina muntliga inlagor samt sina svar på förstainstansrättens frågor avseende sakfrågan vid det offentliga sammanträdet den 2 juni 1999.

Parternas yrkanden

42 Sökanden yrkar att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

43 Svaranden yrkar att förstainstansrätten skall

— i första hand avvisa talan,

— i andra hand förklara att det inte finns något berättigat intresse att få saken prövad,

— i tredje hand ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

44 Republiken Finland yrkar att förstainstansrätten skall ogilla talan.

45 Republiken Frankrike yrkar att förstainstansrätten skall ogilla talan.

Upptagande till sakprövning och föremålet för talan

Parternas argument

46 Kommissionen har gjort gällande att sökanden har förlorat allt intresse av att föra talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet och begär således att förstainstansrätten skall avvisa talan eller förklara att det inte finns något berättigat intresse att få saken prövad.

47 Genom avyttringsavtalet av den 7 februari 1997 åtog sig sökanden med bindande verkan att göra sig av med ett visst antal av sina tillgångar. Sökanden valde att sluta detta avtal utan att det förelåg någon skyldighet att vidta en sådan åtgärd för att rätta sig efter det omtvistade beslutet. Avyttringsavtalet var i övrigt inte underställt några andra villkor än kommissionens godkännande, vilket gavs genom skrivelse av den 17 april 1997.

48 I detta hänseende har kommissionen hävdat att det endast är beslutet i en rättsakt som kan bestridas och inte själva motiveringen till beslutet (förstainstansrättens dom av den 17 september 1992 i mål T-138/89, NBV och NVB mot kommissionen (REG 1992, s. II-2181, punkt 31).

49 För att ett intresse att väcka talan skall vara berättigat, räcker det för övrigt inte med att åberopa framtida och ovissa rättsliga omständigheter (domen i det ovannämnda målet NBV och NVB mot kommissionen, punkt 33). Om kommissionen i ett hypotetiskt fall rörande tillämpningen av förordning nr 4064/89 eller artiklarna 85 eller 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81 EG och 82 EG) var skyldig att bedöma sambandet mellan Kesko och dess detaljister, skulle den vara

tvungen att göra detta med beaktande av samtliga föreliggande omständigheter. Om sökanden skulle bestrida giltigheten av detta nya beslut, ankommer det på sökanden att väcka talan om ogiltigförklaring av detta beslut.

50 Kommissionen anser att de argument som är hänförliga till det omtvistade beslutets inverkan på konkurrensverkets framtida beslut, den påstådda skadan på sökandens anseende samt det förhållandet att en eventuell dom om ogiltigförklaring skulle kunna utgöra grund för en framtida skadeståndstalan, saknar relevans.

51 Sökanden har gjort gällande att kommissionens resonemang, enligt vilket ett företag förlorar sitt intresse av att väcka talan när det avyttrar det företag som det har förvärvat till följd av att denna koncentration har förklarats oförenlig med den gemensamma marknaden utan att förbehålla sig rätten att köpa tillbaka företaget om dess talan vinner bifall, leder till en vägran att döma (déni de justice).

52 Sökanden har i sin ansökan klargjort att den inte strävar efter att återta kontrollen över Tuko. Vid sammanträdet den 11 november 1998 gjorde sökanden emellertid gällande att den önskade att den, helt eller delvis, kunde köpa tillbaka Tukos tillgångar om möjligheten gavs. Sökandens huvudsakliga syfte är i vilket fall som helst att förhindra att kommissionen eller konkurrensverket, vid framtida bedömningar av dess situation eller av Kesko-detaljisternas situation, grundar sin bedömning på den enligt sökanden felaktiga analysen i det omtvistade beslutet. Sökanden önskar även återupprätta sitt rykte och försäkra sig om möjligheten att kräva skadestånd.

53 Republiken Finland har i huvudsak anslutit sig till kommissionens argument.

54 Republiken Frankrike har inte yttrat sig om huruvida talan kan upptas till sakprövning eller om föremålet för talan.

Förstainstansrättens bedömning

55 Vad beträffar frågan om talan kan upptas till sakprövning, skall det erinras om att bedömningen av huruvida det finns ett intresse av att väcka talan om ogiltigförklaring skall göras utifrån de omständigheter som förelåg den dagen då talan väcktes (dom av den 16 december 1963 i mål 14/63, Forges de Clabecq mot Höga myndigheten, REG 1963, s. 719, 148).

56 Vid tidpunkten för talans väckande, den 31 januari 1997, hade Kesko fortfarande kontroll över Tuko, som hade förvärvats genom koncentrationen den 27 maj 1996. Även om Kesko den 30 januari 1997 hade presenterat ett avtalsutkast för kommissionen, enligt vilket Tukos dagligvaruverksamhet, med undantag för Anttilavaruhusen, skulle avyttras, hade de nödvändiga avtalen för genomförandet av denna transaktion ännu inte slutits.

57 Den omständigheten att det omtvistade beslutet är riktat till sökanden ger denne ett berättigat intresse att föra talan och att få beslutets lagenlighet prövad av gemenskapsdomstolen (se förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkterna 40—42). Av detta följer att Kesko, vid tidpunkten för talans väckande, i vilket fall som helst hade ett aktuellt intresse av att få det omtvistade beslutet ogiltigförklarat.

58 Vad beträffar frågan huruvida sökanden har något berättigat intresse av att vidhålla sin talan (se domstolens dom av den 19 oktober 1995 i mål C-19/93 P, Rendo m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. I-3319, punkt 13), skall det anges att den omständigheten att den avtalsenliga grunden för koncentrationen har försvunnit, inte i sig kan utesluta en kontroll av lagenligheten av kommissionens beslut att förklara en koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden (domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 45).

59 Vad gäller kommissionens argument avseende den frivilliga upplösningen av koncentrationen efter talans väckande, skall det erinras om att när ett företag har begränsat sig till att rätta sig efter ett beslut av kommissionen, vilket det var skyldigt att göra, kan inte denna inställning på något sätt frånta företaget intresset av att väcka talan om ogiltigförklaring av detta beslut (domstolens dom av den 19 september 1985 i de förenade målen 172/83 och 226/83, Hoogovens Groep mot kommissionen, REG 1985, s. 2831, punkt 19).

60 I det föreliggande fallet ingick emellertid sökanden avyttringsavtalet av den 7 februari 1997 först efter det att kommissionen den 20 november 1996 antog det omtvistade beslutet, vilket i punkt 173 angav kommissionens avsikt att genom ett särskilt beslut enligt artikel 8.4 i förordning nr 4064/89 föreskriva de åtgärder som var nödvändiga för att återupprätta förutsättningarna för en effektiv konkurrens (punkterna 15—18 ovan).

61 Därefter ålades sökanden genom avyttringsbeslutet av den 19 februari 1997 skyldigheten att avyttra Tukos dagligvaruverksamhet, under en förvaltares kontroll, inom en tidsfrist på sex månader, eller senast den 31 december 1997 (punkt 27 ovan).

62 Den 3 mars 1997 avvisade kommissionen sökandens förslag, enligt vilket förvaltaren skulle vara skyldig att avtala om att avyttringen endast skulle träda i kraft om sökandens talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet ogillades (punkt 28 ovan).

63 Den ovillkorliga avyttringen av Tukos verksamhet, i enlighet med förvaltarens förslag, och med kommissionens godkännande, genomfördes först i augusti 1997 (punkterna 31—33 ovan).

64 Under dessa omständigheter skall varken avyttringsavtalet av den 7 februari 1997 eller de efterföljande transaktioner genom vilka sökanden avyttrade Tukos dagligvaruverksamhet, i motsats till vad kommissionen har påstått, anses utgöra "en frivillig upplösning" av koncentrationen. Dessa transaktioner utgör tvärtom en direkt följd av det omtvistade beslutet och därmed av avyttringsbeslutet samt sökandens ansträngningar för att rätta sig efter detta beslut.

65 Följaktligen kan talan upptas till sakprövning och sökanden har fortfarande ett intresse av att föra talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

Prövning i sak

66 Sökanden har i sin ansökan åberopat fyra grunder. Den första grunden avser att kommissionen saknade behörighet att anta det omtvistade beslutet. Den andra grunden avser att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning eller en uppenbart felaktig rättstillämpning genom att fastställa att koncentrationen i fråga kunde påverka handeln mellan medlemsstater. Den tredje grunden avser att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning eller en uppenbart felaktig rättstillämpning genom att fastställa att det förelåg en dominerande ställning med hänsyn till sambandet mellan Kesko och Kesko- respektive Tuko-detaljisterna. Den fjärde grunden avser bristande motivering och kommer att prövas inom ramen för de två första grunderna.

Den första grunden: Huruvida kommissionen saknade behörighet

Parternas argument

67 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 samt principen om god förvaltningssed genom att besluta att inleda förfarandet med stöd av artikel 6.1 c i denna förordning till följd av en begäran från konkurrensverket av den 26 juni 1996.

68 För det första är endast statsrådet, i enlighet med artikel 40.1 i den finska grundlagen, behörigt att utöva de uppgifter som har tillerkänts medlemsstaterna genom gemenskapsrätten, i avsaknad av specifika rättsregler som uttryckligen anförtror dessa uppgifter till andra myndigheter. Även om artikel 10 i den finska lagen om införlivande av EES-avtalet, som har ersatts av artikel 20 i den finska konkurrenslagen, emellertid tilldelar konkurrensverket vissa uppgifter som enligt förordning nr 4064/89 skall utövas av "behöriga myndigheter" (se till exempel artiklarna 9, 12, 13, 18 och 19 i denna förordning), finns det inte någon bestämmelse i finsk rätt som ger konkurrensverket rätt att framställa en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89.

69 Eftersom konkurrensverket inte var behörigt att framställa en sådan begäran, hade inte heller kommissionen behörighet att undersöka koncentrationen i fråga.

70 För det andra har kommissionen åsidosatt artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 samt principen om god förvaltningssed genom att underlåta att kontrollera om denna begäran hade framställts i vederbörlig ordning av en medlemsstat. Även

om det enligt domstolens rättspraxis "inte åligger kommissionen att uttala sig om kompetensfördelningen i medlemsstaternas egna institutionella föreskrifter" (domstolens dom av den 12 juni 1990 i mål C-8/88, Tyskland mot kommissionen, REG 1990, s. I-2321, punkt 13), kunde inte kommissionen ta emot en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 utan att kontrollera att den hade framställts i vederbörlig ordning.

71 Sökanden har emellertid angett att den gjorde kommissionen uppmärksam på de tvivel som förelåg avseende konkurrensverkets behörighet i sin skrivelse av den 10 juli 1996 samt i de efterföljande kontakterna med svaranden. Genom samma skrivelse informerade sökanden kommissionen även om den talan som hade väckts vid Högsta förvaltningsdomstolen, genom vilken Kesko bestred konkurrensverkets behörighet (punkt 11 ovan). Under dessa omständigheter kunde inte kommissionen enligt sökanden anse sig vara behörig ens vid ett första påseende.

72 Kommissionen har felaktigt förlitat sig på handels- och industriministeriets inlaga av den 19 juli 1996 om att konkurrensverket var behörigt att framställa en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89. Handels- och industriministeriet har nämligen enligt finsk rätt inte behörighet att uttala sig om omfattningen av konkurrensverkets befogenheter. Vidare kan inte handels- och industriministeriet ge uttryck för en opartisk åsikt, eftersom ministeriet självt har givit konkurrensverket tillstånd att framställa begäran till kommissionen. Genom att grunda sig på konkurrensverkets och handels- och industriministeriets påståenden, har kommissionen åsidosatt principen om icke-inblandning.

73 Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 1 oktober 1996 bekräftar indirekt resonemanget om att konkurrensverket saknade behörighet, även om denna domstol avstod från att pröva målet i sak. Högsta förvaltningsdomstolens meddelande till statsrådet den 20 december 1996, varigenom den gjorde statsrådet uppmärksamt på luckorna i den finska konkurrenslagen beträffande rätten att framställa en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89, ger ytterligare stöd åt detta resonemang.

74 Eftersom kommissionen i sitt beslut av den 26 juli 1996, som antogs med stöd av artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89, hade låtit förstå att den ansåg sig vara behörig i väntan på den slutliga domen från Högsta förvaltningsdomstolen, borde den i vilket fall som helst ha inlett nya åtgärder för att kontrollera sin behörighet efter att Högsta förvaltningsdomstolen hade meddelat sin dom den 1 oktober 1996, i vilken frågan om konkurrensverkets möjlighet att framställa en begäran i enlighet med artikel 22.3 i nämnda förordning inte avgjordes.

75 Kommissionen borde i synnerhet ha kontaktat Finlands ständiga representation i den Europeiska gemenskapen. Den finska lagen föreskriver nämligen ett förfarande som denna representation kan inleda och som innebär att ett yttrande angående en finsk institutions behörighet kan inhämtas från Republikens president eller statsrådet. Det ankom dessutom på kommissionen att bevisa att den faktiskt hade behörighet att undersöka koncentrationen i fråga.

76 Slutligen har kommissionen åsidosatt artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) genom att underlåta att i det omtvistade beslutet motivera varför den ansåg sig behörig. I övrigt skulle kommissionen ha varit skyldig att på nytt ta upp denna fråga i det omtvistade beslutet, eftersom dess slutsatser angående behörigheten i beslutet av den 26 juli 1996 var av provisorisk art.

77 Kommissionen har inte yttrat sig angående konkurrensverkets behörighet i enlighet med finsk rätt, utan har gjort gällande att det, i enlighet med domen i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen, inte åligger förstainstansrätten att pröva denna fråga.

78 Kommissionen anser att eftersom det vid ett första påseende fanns goda skäl att anta att det organ som hade skrivit begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 hade behörighet att framställa en sådan begäran för den

berörda medlemsstatens räkning — vilket var fallet i förevarande mål — hade den behörighet att inleda en undersökning av den koncentration som avsågs i denna begäran. Beträffande motiveringen har kommissionen hävdat att den i beslutet av den 26 juli 1996 på ett tillräckligt sätt har förklarat skälen till varför den var behörig.

79 Republiken Finland har i huvudsak anslutit sig till kommissionens argument. Den har i synnerhet gjort gällande att talan vid förstainstansrätten endast kan ifrågasätta kommissionens, och inte konkurrensverkets, behörighet. Detta innebär att hänvisningen till de åtgärder som vidtagits i Finland och, i synnerhet, talan vid Högsta förvaltningsdomstolen, i princip saknar relevans.

80 Republiken Frankrike har hävdat att det i enlighet med principen om icke-inblandning inte åligger kommissionen att kontrollera lagenligheten beträffande konkurrensverkets begäran i förhållande till finsk rätt.

Förstainstansrättens bedömning

81 Det är ostridigt att konkurrensverket den 26 juni 1996 framställde en begäran till kommissionen i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 om granskning av Keskos förvärv av Tuko.

82 I enlighet med domstolens rättspraxis åligger det inte kommissionen att uttala sig om kompetensfördelningen enligt medlemsstaternas egna institutionella föreskrifter (domen i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen, punkt 13).

83 Det kan även erinras om att gemenskapsdomstolen, i en talan som väcks enligt artikel 173 i EG-fördraget (nu artikel 230 EG i ändrad lydelse), inte är behörig att avgöra om en åtgärd som vidtagits av en nationell myndighet är lagenlig (domstolens dom av den 3 december 1992 i mål C-97/91, Oleificio Borelli mot kommissionen, REG 1992, s. I-6313, punkt 9; svensk specialutgåva, volym 13).

84 Det ankom därför inte på kommissionen att, inom ramen för det administrativa förfarandet, pröva om konkurrensverket enligt finsk rätt var behörigt att framställa en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89. Kommissionen var endast skyldig att vid ett första påseende kontrollera om begäran hade framställts av en medlemsstat i den mening som avses i ovannämnda artikel 22.

85 Det åligger förstainstansrätten att kontrollera om kommissionen på ett tillräckligt sätt har uppfyllt denna kontrollskyldighet.

86 Det skall i detta hänseende anges att begreppet "medlemsstat" i den mening som avses i artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 inte endast avser en begäran som framställs av en regering eller ett ministerium, utan det omfattar även en begäran som framställs av en nationell myndighet, såsom det finska konkurrensverket.

87 Vidare kan det erinras om att kommissionen, när den antog det omtvistade beslutet, hade tillgång till följande upplysningar:

— Det förhållandet att konkurrensverket är den myndighet i Finland som normalt har behörighet att tillämpa konkurrensrätten.

— Inlagan från finska handels- och industriministeriet, vilket är det ministerium som ansvarar för konkurrensfrågor, som inlämnades inom ramen för Keskos talan vid Högsta förvaltningsdomstolen och i vilken det hävdades att konkurrensverket hade behörighet att lämna in en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 (punkt 10 ovan).

— Högsta förvaltningsdomstolens avgörande, i vilket sökandens talan avvisades (punkt 13 ovan). Sökanden har således inte kunnat påvisa något beslut från en finsk domstol som slår fast att konkurrensverket inte hade behörighet att framställa begäran i fråga.

— Det förhållandet att sökanden inte inlämnade något yttrande angående frågan om konkurrensverkets behörighet i sitt svar på meddelandet om anmärkningar av den 2 oktober 1996 och inte heller tillkännagav några nya uppgifter efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande.

88 Med beaktande av samtliga dessa omständigheter anser förstainstansrätten att kommissionen, vid tidpunkten för antagandet av det omtvistade beslutet den 20 november 1996, hade grund för att vid ett första påseende anse att konkurrensverket hade behörighet att framställa en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89. Det fanns således inte skäl för kommissionen att anmoda de finska myndigheterna att inkomma med kompletterande upplysningar i denna fråga.

89 Det har följaktligen inte visats att kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att besluta att inleda förfarandet med stöd av artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89. Talan kan således inte vinna bifall på den grund som avser kommissionens bristande behörighet.

90 Vad beträffar motiveringen i det omtvistade beslutet avseende kommissionens behörighet, framgår det av domstolens rättspraxis att det inte kan krävas att

motiveringen till en rättsakt innehåller alla de särskilda faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för rättsakten, så länge nämnda rättsakt ingår i ett större systematiskt sammanhang. Dessutom skall kravet på motivering bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet (domstolens dom av den 14 maj 1998 i mål C-48/96 P, Windpark Groothusen mot kommissionen, REG 1998, s. I-2873, punkterna 34 och 35).

91 I sitt beslut av den 26 juli 1996 i enlighet med artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89 angav kommissionen emellertid följande:

"Kesko Oy har väckt talan mot konkurrensverkets begäran vid Finlands Högsta förvaltningsdomstol med åberopande av att konkurrensverket inte hade behörighet att framställa denna begäran i enlighet med artikel 22. Kommissionen har informerats om det finska handels- och industriministeriets yttrande, enligt vilket konkurrensverkets begäran var giltig. I avsaknad av bevis om motsatsen, utgår kommissionen från att den har behörighet i det förevarande fallet, i väntan på ett slutgiltigt avgörande från Finlands Högsta förvaltningsdomstol."

92 Sökanden har, vilket redan har konstaterats, inte inkommit med någon ytterligare uppgift angående konkurrensverkets behörighet att framställa begäran i fråga efter det att Högsta förvaltningsdomstolen avvisade dess talan den 1 oktober 1996 (punkt 91 ovan). Under dessa omständigheter var inte kommissionen skyldig att i det omtvistade beslutet införa någon ytterligare motivering i detta hänseende.

93 Talan kan således inte vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: Huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning eller en uppenbart felaktig rättstillämpning beträffande koncentrationens påverkan på handeln mellan medlemsstater

Parternas argument

94 Sökanden anser att kommissionens bedömning i punkterna 11—13 i det omtvistade beslutet inte visar, såsom kommissionen har påstått, att koncentrationen påverkar gemenskapshandeln. Kommissionen har därför åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 190 i fördraget.

95 För det första är det nödvändigt att, vid bedömningen av villkoret avseende en koncentrations påverkan på gemenskapshandeln, ta hänsyn till den exceptionella karaktären av kommissionens behörighet i enlighet med artikel 22 i förordning nr 4064/89. Med beaktande av det förhållandet att 99 procent av Keskos och Tukos sammanlagda omsättning hänför sig till Finland, var kommissionen skyldig att frambringa en särskilt övertygande bevisning om att koncentrationen i fråga påverkade handeln mellan medlemsstater. Detta har kommissionen inte gjort.

96 Kommissionens förklaring i samband med antagandet av förordning nr 4064/89 (se *Nittonde rapporten om konkurrenspolitiken*, s. 281—284), enligt vilken handeln inom gemenskapen i normala fall inte påverkas när varje företag som berörs av koncentrationen har två tredjedelar av sin gemenskapsomsättning i en och samma medlemsstat, är för det andra tillämplig i det förevarande målet. Kommissionen har i punkt 10 i det omtvistade beslutet felaktigt hävdat att denna förklaring endast berör tillämpningen av dess övriga befogenheter enligt artikel 89 i EG-fördraget (nu artikel 85 EG i ändrad lydelse). Dessutom är kommissionen bunden av sin egen förklaring (se förstainstansrättens dom av

den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711; svensk specialutgåva, volym 11).

97 För det tredje har kommissionen gjort en felaktig tillämpning av artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 genom att i det förevarande fallet ha överfört den traditionella analysen avseende artiklarna 85 och 86 i fördraget för att bedöma påverkan på gemenskapshandeln. Det framgår av skillnaden mellan lydelsen av dessa två artiklar, å ena sidan, vilka rör avtal eller förfaranden som "kan" påverka handeln mellan medlemsstater, och lydelsen i artikel 22.3 i förordning nr 4064/89, å andra sidan, som är tillämplig "i den mån koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstater", att en verklig påverkan är nödvändig för att uppfylla villkoren för att tillämpa artikel 22 i nämnda förordning, medan det i artiklarna 85 och 86 i fördraget är tillräckligt med en potentiell påverkan. Denna skillnad förklaras, dels av den exceptionella karaktären av kommissionens behörighet när en begäran har framställts med stöd av artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 och dels av en önskan att undvika att de medlemsstater som inte förfogar över något förfarande för att kontrollera koncentrationer på nationell nivå inför en sådan kontroll på ett indirekt sätt genom att begära att kommissionen skall utföra kontrollen. Alla de effekter av koncentrationen på handeln mellan medlemsstater som har identifierats i punkterna 11—13 i det omtvistade beslutet är emellertid enbart potentiella.

98 För det fjärde är kommissionens argumentation i det omtvistade beslutet för att bevisa att koncentrationen påverkar gemenskapshandeln inte förenlig med den analys som kommissionen har gjort av konkurrensen i samma beslut. Kommissionen har således i punkterna 21 och 22 i det omtvistade beslutet ansett att de relevanta geografiska marknaderna mer eller mindre var nationella. Med beaktande av att 70 procent av detaljhandelsvarorna är tillverkade i Finland och att alla stora varuleverantörer som är etablerade utanför Finland, med ett undantag, äger egna distributionsställen i Finland, påverkar koncentrationen endast de finska aktörerna.

99 Eftersom vissa av de berörda marknaderna är lokala medan andra är nationella eller internationella, beroende på produkterna, borde kommissionen för det femte

ha beaktat marknaden i förhållande till varje produkt som hänför sig till dagligvaruhandeln för att på ett korrekt sätt kunna bedöma marknaden. Någon sådan analys har kommissionen emellertid inte gjort.

100 I punkt 154 i det omtvistade beslutet medger kommissionen slutligen själv att vissa potentiella hinder för nya konkurrenters inträde på den finska marknaden, såsom Keskos starka ställning som inköpare och dess geografiska läge, inte nödvändigtvis är ett resultat av koncentrationen i fråga. Den påstådda förekomsten av hinder kan inte utgöra ett bevis för att koncentrationen påverkade gemenskapshandeln.

101 Kommissionen har gjort gällande att villkoret om koncentrationens påverkan på handeln mellan medlemsstaterna, under den sällsynta omständigheten av en begäran grundad på artikel 22.3 i förordning nr 4964/89, skall tolkas på så sätt som det tillämpas inom ramen för artiklarna 85 och 86 i fördraget. Genom att använda begreppet potentiell påverkan, i artiklarna 11—13 i det omtvistade beslutet, konstaterade kommissionen att koncentrationen i fråga försvårade nya företags inträde på den finska marknaden och att den även påverkade handeln på utbudssidan. Gemenskapshandeln har således påverkats.

102 Republiken Frankrike och Republiken Finland har i huvudsak anslutit sig till kommissionens argument.

Förstainstansrättens bedömning

103 Det framgår av domstolens och förstainstansrättens fasta rättspraxis avseende tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i fördraget att ett avtal mellan företag, i likhet med missbruk av dominerande ställning, skall anses påverka handeln

mellan medlemsstaterna om det, på grundval av flera objektiva rättsliga och faktiska omständigheter, med tillräcklig grad av sannolikhet, är möjligt att förutse att detta direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan utöva inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, på ett sådant sätt att förverkligandet av målen för den inre marknaden hindras (domstolens dom av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG, REG 1994, s. I-5641, punkt 54 och förstainstansrättens dom av den 8 oktober 1996 i de förenade målen T-24/93, T-25/93, T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1201, punkt 201). Det är således inte nödvändigt att det ifrågasatta agerandet verkligen har påverkat handeln mellan medlemsstaterna på ett väsentligt sätt. Det räcker att visa att detta agerande är av sådant slag att det kan ha en dylik verkan (se, avseende artikel 86 i fördraget, domstolens dom av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, REG 1995, s. I-743, punkt 69, och, avseende artikel 85 i fördraget, förstainstansrättens dom av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-289, punkt 235).

104 Det framgår även av domstolens och förstainstansrättens rättspraxis att i synnerhet avtal som försvårar verksamheten eller tillträdet till marknaden för tillverkare och försäljare från andra medlemsstater eller som hindrar konkurrenter från andra medlemsstater att etablera sig på marknaden i fråga, påverkar handeln mellan medlemsstaterna (se domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société Technique Minière, REG 1966, s. 337, 359, svensk specialutgåva, volym 1, s. 251, av den 17 oktober 1972 i mål 8/72, Cementhandelaren mot kommissionen, REG 1972, s. 977, punkterna 29 och 30, och av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, REG 1991, s. I-935, punkterna 12—14, svensk specialutgåva, volym 11, samt förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-9/93, Schöller mot kommissionen, REG 1995, s. II-1611, punkterna 76—78, och av den 14 maj 1997 i mål T-77/94, VGB m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-759, punkterna 132 och 140).

105 Inom ramen för artikel 86 i fördraget har domstolen och förstainstansrätten också fastslagit att om ett företag med dominerande ställning hindrar konkurrenters tillträde till marknaden, är det oväsentligt om detta beteende endast har ägt rum inom en enda medlemsstats territorium när det kan återverka på handelsströmmarna och konkurrensen på den gemensamma marknaden (dom-

stolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 103; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351. Se även förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, punkterna 134—135; svensk specialutgåva, volym 14).

106 Denna rättspraxis är även tillämplig på det villkor om påverkan på handeln mellan medlemsstater som framgår av artikel 22.3 i förordning nr 4064/89. Det framgår nämligen i synnerhet av de åtta första övervägandena i ingressen till förordning nr 4064/89 att denna text, artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget och de förordningar som antas för att genomföra dessa bestämmelser utgör en helhet som ingår såsom en integrerad del i en gemenskapsreglering som syftar till att säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids, i enlighet med artikel 3 g i EG-fördraget (nu artikel 3 g EG i ändrad lydelse). Det finns således skäl att tolka villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstater, i den mening som avses i artikel 22.3 i förordning nr 4064/89, på samma sätt som inom ramen för artiklarna 85 och 86 i fördraget.

107 Denna slutsats påverkas inte av det förhållandet att ordet "kan", vilket återfinns i artiklarna 85 och 86 i fördraget, inte finns i artikel 22.3 i förordning nr 4064/89. Det framgår nämligen av karaktären av den kontroll av koncentrationer som infördes genom förordning nr 4064/89 att kommissionen är skyldig att göra en framtidsinriktad analys av effekterna av koncentrationen i fråga, och således, inom ramen för artikel 22.3 i denna förordning, de framtida effekterna på handeln mellan medlemsstater. Av detta följer att kommissionen i detta hänseende har rätt att beakta de potentiella effekterna på handeln mellan medlemsstater, under förutsättning att dessa effekter är tillräckligt märkbara och förutsebara, utan att det är nödvändigt att fastställa att koncentrationen i fråga verkligen har påverkat gemenskapshandeln.

108 Kommissionen har, beträffande det förevarande fallet, i punkterna 11—13 i det omtvistade beslutet konstaterat att koncentrationen i fråga kommer att innebära strukturförändringar på de finska detaljhandelsmarknaderna för dagligvaror som

direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kommer att få en märkbar påverkan på handelsmönstret mellan medlemsstaterna (se domen i ovannämnda målet Société Technique Minière, s. 359). Kommissionen har närmare bestämt angett följande:

"11 ... Keskos förvärv av Tuko kommer att skapa hinder för de företag, inklusive företag från andra medlemsstater, som vill komma in på i synnerhet den finska dagligvarumarknaden. Dessutom har en stor del av de varor som Kesko och Tuko säljer (cirka 30%) sitt ursprung utanför Finland. Transaktionen kommer också att påverka handeln mellan medlemsstater på så sätt att leverantörer från andra medlemsstater i praktiken kommer att behöva tillgång till Keskos distributionskanaler för att säkra en tillräcklig marknadsföring av sina varor i Finland.

12 Vidare är båda företagen medlemmar i flera internationella inköpsorganisationer tillsammans med liknande företag i andra medlemsstater. Sedan våren 1996 har Kesko också expanderat sin verksamhet genom att öppna butiker i Sverige."

109 Det framgår emellertid av tillämpningen på det förevarande fallet av den rättspraxis som det hänvisas till ovan (i punkterna 103—105 och 108 ovan) att de omständigheter som kommissionen har räknat upp i punkt 11 i det omtvistade beslutet, närmare bestämt att koncentrationen i fråga leder till att utländska företag utestängs från den finska dagligvarumarknaden, att en stor del av de varor som Kesko och Tuko säljer har sitt ursprung utanför Finland samt att leverantörer från andra medlemsstater kommer att behöva vända sig till Kesko för att säkra en tillräcklig marknadsföring av sina varor i Finland, tillsammans är tillräckliga för att fastställa att koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstater i den mening som avses i artikel 22.3 i förordning nr 4064/89.

110 Även de omständigheter som anges i punkt 12 i det omtvistade beslutet, närmare bestämt att både Kesko och Tuko är medlemmar i flera internationella inköpsorganisationer och att Kesko expanderar sin verksamhet i Sverige, utgör sådana ytterligare omständigheter som bekräftar förekomsten av denna påverkan i det föreliggande fallet.

111 Vad beträffar argumentet enligt vilket kommissionen inte har förebringat någon bevisning om koncentrationens påstådda påverkan på handeln mellan medlemsstater, skall det anges att den finska detaljhandeln kännetecknas av förekomsten av frivilliga kedjor av detaljister, vars antal är begränsat till två, nämligen Kesko-blocket och Tuko-blocket. Kommissionen har i det omtvistade beslutet bland annat konstaterat följande:

— På detaljhandelsmarknaden för dagligvaror hade Kesko och Tuko en sammanlagd marknadsandel på minst 55 procent oavsett om den bedöms på lokal, regional eller nationell nivå (punkt 106). Denna ställning förstärktes ytterligare genom den omständigheten att Kesko och Tuko hade 69 procent av butikerna med en försäljningsyta på över 1000 kvadratmeter genom deras kontroll över ett stort antal affärslokaler avsedda för detaljhandelsverksamhet med dagligvaror samt genom ett stort antal andra faktorer, såsom kundlojalitetssystemet, betydelsen av försäljningen av varor av det egna märket samt de fördelar som följer av den ökade efterfrågestyrkan (se punkterna 106—138).

— På hämtköpsmarknaden för dagligvaror har Kesko och Tuko en sammanlagd marknadsandel på mellan 50 och 100 procent inom alla regioner i Finland. Vid en bedömning på nationell nivå uppgår marknadsandelen till 80 procent. De har tillsammans 56 hämtköpsbutiker, medan deras tre andra konkurrenter inte har mer än sammanlagt 11 sådana butiker. I hela norra delen av

Finland, närmare bestämt i nio regioner, var sökanden den enda aktören på hämtköpsmarknaden (se punkterna 139—146).

— Andra distributionskanaler än de som domineras av Kesko och Tuko utgör inte realistiska alternativ för flertalet leverantörer, särskilt inom sektorn för icke-livsmedelsprodukter (punkterna 146—153).

— Koncentrationen skulle skapa en dominerande ställning på detaljhandels- och hämtköpsmarknaderna samt öka Keskos efterfrågestyrka, vilket ytterligare skulle förstärka denna ställning (punkterna 144 och 153).

— Det är till följd av koncentrationen ytterst osannolikt att det skulle vara möjligt för utländska företag att inträda på vare sig detaljhandels- eller hämtköpsmarknaderna för dagligvaror i Finland (se punkterna 154—161).

112 Med förbehåll för frågan huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning av sambandet mellan Kesko och dess detaljister, är de omständigheter som anges ovan tillräckliga för att ge stöd åt kommissionens slutsats enligt vilken koncentrationen i synnerhet skulle blockera den finska marknaden för potentiella konkurrenter från andra medlemsstater och tvinga leverantörer från andra medlemsstater att vända sig till Keskos och Tukos distributionskanaler för att säkra en avsättning för sina varor i Finland.

113 Med beaktande av samtliga dessa omständigheter har kommissionen dessutom inte gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att fastställa att koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstater, utan att ha analyserat marknaden i förhållande till varje produkt som hänför sig till dagligvaruhandeln.

114 Även om vissa hinder för inträdet på den finska marknaden, i enlighet med vad sökanden har hävdat, förelåg redan innan den aktuella koncentrationen genomfördes, framgår det även av de ovan angivna omständigheterna att koncentrationen innebar att nämnda hinder blev betydligt större, vilket var till nackdel för i synnerhet leverantörer från andra medlemsstater.

115 Tvärtemot vad sökanden har påstått, finns det ingenting motsägelsefullt i det förhållandet att kommissionen, genom att analysera påverkan på handeln mellan medlemsstater, har undersökt koncentrationens följder för leverantörer i andra medlemsstater, medan den inom ramen för sin bedömning av koncentrationens påverkan på konkurrensen endast har beaktat den finska marknaden. Det rör sig nämligen om två skilda frågor. För att kunna bedöma påverkan på gemenskapshandeln var det nödvändigt för kommissionen att göra denna bedömning i förhållande till handelsströmmarna mellan medlemsstaterna. Frågan huruvida koncentrationen skapade eller förstärkte en dominerande ställning som påtagligt hämmade den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens territorium i den mening som avses i artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 avser däremot naturligt nog koncentrationens inverkan på den nationella marknaden.

116 Vad gäller argumentet avseende kommissionens förklaring på sidorna 281—284 i *Nittonde rapporten om konkurrenspolitiken*, skall det erinras om att den har följande lydelse:

"*Beträffande artikel 22*

— Kommissionen förklarar att den i normala fall inte avser att tillämpa artiklarna 85 och 86 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska

gemenskapen på sådana koncentrationer som definieras i artikel 3 på annat sätt än genom förevarande förordning.

Kommissionen förbehåller sig emellertid möjligheten att ingripa i enlighet med förfarandena i artikel 89 i fördraget när det är fråga om sådana koncentrationer som definieras i artikel 3, men som saknar gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1, i fall som inte avses i artikel 22.

Kommissionen har i vilket fall som helst inte för avsikt att ingripa i förhållande till koncentrationer för vilka den sammanlagda globala omsättningen understiger två miljarder ecu eller för vilka den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen understiger 100 miljoner ecu eller inte uppfyller det tröskelvärde på två tredjedelar som anges i artikel 1.2 sista stycket, eftersom sådana koncentrationer i normala fall inte påverkar handeln mellan medlemsstater på ett märkbart sätt.

— Rådet och kommissionen konstaterar att fördraget om upprättandet av den Europeiska ekonomiska gemenskapen inte innehåller någon bestämmelse som särskilt avser kontroller på förhand av koncentrationer.

Rådet har således, på förslag från kommissionen, i enlighet med förfarandet i artikel 235 i fördraget, beslutat att införa nya bestämmelser om kontroll av koncentrationer.

Rådet och kommissionen anser, av tvingande rättssäkerhetsskäl, att denna nya förordning enbart och exklusivt skall tillämpas på sådana koncentrationer som definieras i artikel 3.

— Rådet och kommissionen förklarar att bestämmelserna i artikel 22.3—22.5 inte inverkar på medlemsstaternas rätt att tillämpa sina nationella lagstiftningar inom sina respektive territorier, förutom i de fall där medlemsstaterna begär att kommissionen skall ingripa."

117 Andra stycket i dessa kommentarer anger uttryckligen att kommissionen kan ingripa i enlighet med förfarandena i artikel 89 i fördraget, i "fall som inte avses i artikel 22" i förordning nr 4064/89. Det framgår således att andra och tredje styckena i dessa kommentarer syftar till att klargöra villkoren för kommissionens ingripande avseende koncentrationer som faller utanför det ovannämnda regelverket. Av detta följer att förklaringen, genom kommentarerna som återges ovan, inte avsåg den omständigheten att en begäran hade framställts av en medlemsstat i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89.

118 En sådan förklaring kan i vilket fall som helst inte binda kommissionen när det, inom ramen för ett mål som rör artikel 22.3 i förordning nr 4064/89, visar sig att koncentrationen på ett märkbart sätt påverkar handeln mellan medlemsstater trots att vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin omsättning inom en och samma medlemsstat i den mening som avses i artikel 1.2 sista stycket i förordning nr 4064/89. För det första begränsar sig den ovannämnda förklaringen nämligen till att ange hur kommissionen "i normala fall" kommer att gå tillväga under de avsedda omständigheterna, vilket inte utesluter möjligheten till ett annat tillvägagångssätt i ett visst fall. För det andra kan inte en sådan förklaring ges företräde framför kommissionens skyldighet att tolka villkoret om koncentrationens påverkan på handeln mellan medlemsstater i enlighet med domstolens och förstainstansrättens rättspraxis, vilken det redogörs för ovan (punkterna 103—105 och 108 ovan).

119 Kommissionen har följaktligen inte åsidosatt den motiveringsskyldighet som framgår av artikel 190 i fördraget i förhållande till koncentrationens påverkan på handeln mellan medlemsstater.

120 Talan kan således inte vinna bifall på sökandens andra grund.

Den tredje grunden: Huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning eller en uppenbart felaktig rättstillämpning beträffande förekomsten av en dominerande ställning

Parternas argument

121 I den tredje grundens första del har sökanden gjort gällande att kommissionen, i punkterna 15, 65 och 66 i det omtvistade beslutet, felaktigt har ansett att partihandlarna Tuko och Kesko är vertikalt integrerade med de detaljister till vilka de levererar varor och tjänster. Kommissionen har således på ett felaktigt sätt fastställt att dessa företag tillsammans utgjorde en enda ekonomisk enhet till följd av koncentrationen i fråga och att denna koncentration hade skapat en dominerande ställning på detaljhandelsmarknaden för dagligvaror.

122 Enligt sökanden var det fel av kommissionen att lägga ihop Kesko- och Tuko-detaljisternas marknadsandelar och betrakta dessa som sökandens marknadsandelar utan att först ha fastställt huruvida det förelåg en "kontroll" i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89. Det är nämligen nödvändigt att skilja mellan, å ena sidan, det vertikala samarbetet som grundar sig på kontrollen inom en grupp av företag eller inom ramen för ett franchiseavtal och, å andra sidan, det horisontella samarbetet som förekommer inom frivilliga kedjor mellan oberoende detaljister.

123 Begreppet kontroll, såsom det definieras i artikel 3.3 i förordning nr 4064/89, grundar sig på föreställningen om ett bestämmande inflytande på ett annat företags verksamhet. Det skulle vara ologiskt att beakta det villkor om kontroll

som anges i artikel 3 för att avgöra huruvida det föreligger en koncentration och sedan ignorera detta villkor vid bedömningen av det berörda företagets ekonomiska och finansiella styrka på marknaden i den mening som avses i artikel 2.1 i förordning nr 4064/89.

124 Både kommissionens meddelande rörande begreppet koncentration (EGT C 385 av den 31 december 1994, s. 5) och kommissionens beslutspraxis vittnar om betydelsen av villkoret om kontroll (se domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, ICI mot kommissionen, REG 1972, s. 619, svensk specialutgåva, volym 2, s. 25, och förstainstansrättens dom av den 12 januari 1995 i mål T-102/92, Viho mot kommissionen, REG 1995, s. II-17). Vidare anser de myndigheter som är behöriga att tillämpa den finska och den svenska konkurrensrätten att frivilliga kedjor utgör en form av horisontellt samarbete mellan oberoende återförsäljare. Dessa myndigheter förväntas känna till de relevanta marknaderna.

125 Sökanden anser i övrigt att parterna i koncentrationen skall identifieras i enlighet med artikel 3 i förordning nr 4064/89. Det är således endast i förhållande till koncentrationen mellan Kesko och Tuko på partihandelsnivå som kommissionen skall tillämpa den analys som framgår av artikel 2 i förordning nr 4064/89. Kommissionen har följaktligen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att fastställa att koncentrationen ägde rum mellan "Kesko- och Tuko-blocken", vilka även omfattade detaljisterna. Om kommissionen hade gjort sin bedömning i förhållande till partihandeln, vilket den borde ha gjort, skulle den ha dragit helt andra slutsatser, eftersom Keskos och Tukos gemensamma andelar inom denna sektor utgör ungefär 25 procent.

126 I den tredje grundens andra del har sökanden gjort gällande att kommissionen har gjort en felaktig analys av sambandet mellan sökanden och dennes detaljister.

127 För det första har kommissionen överskattat Keskos inflytande på detaljisternas verksamhet genom att Kesko äger affärslokaler och vissa tillgångar som används

av detaljisterna. Den största delen av dessa tillgångar (kapital, lager, inventarier, etc.) ägs av var och en av detaljisterna, vilka åtminstone i de flesta fall anställer sin egen personal. Kesko äger endast ungefär 32 procent av detaljisternas affärslokaler (vilket motsvarar närmare 60 procent av Keskos omsättning), medan Tuko endast äger ungefär 20 procent av de butiker som används av detaljisterna. Keskos tillgångar, och i synnerhet äganderätten till Keskos logotyper samt vissa lokaler, innebär för övrigt endast en begränsad möjlighet till inflytande över detaljisterna.

128 För det andra har kommissionen, av vissa rättsliga och faktiska samband som inte har bestritts, felaktigt dragit slutsatsen att Kesko och dess detaljister bildar en enda ekonomisk enhet, och att dessa samband ger Kesko möjlighet att utöva kontroll över sina detaljister. "K-detaljistavtalet" (K Retailer Agreement) är nämligen inte rättsligt bindande och det framgår vidare av detta avtal att detaljisterna är oberoende och att de måste acceptera konkurrensen från de andra Kesko-detaljisterna. "Samarbetsavtalet" (Collaboration Agreement) sluts endast med de detaljister som använder affärslokaler som ägs av Kesko och ger inte sökanden någon kontroll över dessa detaljister. "Kedjeavtalen" (Chain Agreements) är slutligen av horisontell art och utgör således inte ett medel för Kesko att kontrollera detaljisterna. Det är för övrigt mindre än 50 procent av detaljisterna som omfattas av dessa avtal.

129 För det tredje har kommissionen överskattat Keskos betydelse som grossist för Kesko-detaljisterna. Dessa gör ungefär 63 procent av sina varuinköp direkt från tillverkarna och de är inte skyldiga att göra inköpen från Kesko, vars priser endast är obetydligt lägre än konkurrenternas priser. Den därtill hörande centrala faktureringstjänsten samt rabattsystemet utgör dessutom inte utmärkande kännetecken för en integration mellan sökanden och Kesko-detaljisterna, eftersom de beviljade rabatterna är begränsade och denna tjänst dessutom är frivillig för detaljisterna. Det förhållandet att Kesko står för faktureringen innebär inte någon rätt till inflytande över detaljisterna avseende prissättningen och andra kommersiella villkor.

130 För det fjärde har kommissionen gjort en felaktig tolkning av intresset för de produkter som säljs med Keskos märke. Dessa produkter är nämligen i allmänhet kopior av produkter med existerande märken och säljs till lägre priser, vilket leder till en ökning, och inte en minskning, av konkurrensen på detaljhandelsnivå.

131 För det femte utgör inte sökandens system med förmånskort, i motsats till vad kommissionen har hävdat, något "kundlojalitetssystem". Detta kort utgör endast ett betalningsmedel vars användning vid vissa tillfällen ger rätt till specialerbjudanden och kortet har inte någon stor betydelse för de flesta konsumenterna. Dessutom kan inte den information om inköpsvanor, som användningen av kortet gör det möjligt att inhämta, användas i konkurrensbegränsande syften.

132 För det sjätte har sökanden gjort gällande att även om Kesko-detaljisterna är röstberättigade i egenskap av aktieägare i Kesko och således utövar en kontroll över Kesko, rör det sig om en "teoretisk" kontroll, eftersom detaljisternas intressen ofta är motstridiga. Dessutom är det huvudsakliga syftet med detaljisternas skyldighet att äga Kesko-aktier (till ett sammanlagt värde av ungefär 12 280 EUR) att vara en säkerhet för den kredit som detaljisterna beviljas av Kesko och utgör inte något hinder för dem att lämna Kesko-blocket genom att sälja aktierna.

133 För det sjunde har kommissionen inte bevisat att det finns ett samordnat beteende mellan kedjorna av Kesko-detaljister. Även om konkurrensen inom kedjorna är begränsad, finns det inte någon strukturell koppling mellan kedjorna och varje kedja fungerar på ett oberoende sätt. Sökanden har i detta hänseende hänvisat till en studie av konsumentforskningscentralen i Finland och två studier av London Economics.

134 Slutligen har kommissionen enligt sökanden inte bevisat att det föreligger hinder vad gäller inträdet på partihandelsmarknaden.

135 Kommissionen har bestritt sökandens tolkning av gemenskapsrätten avseende betydelsen av villkoret om kontroll vid bedömningen av om det föreligger en dominerande ställning. Det är nämligen endast de faktorer som anges i artikel 2 i förordning nr 4064/89, och i synnerhet punkt 1 b i denna artikel, som är relevanta på detta stadium av analysen. Kommissionen har även bestritt sökandens kritik av kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna och anser att de angivna uppgifterna är tillräckliga för att berättiga slutsatsen att det föreligger en dominerande ställning. De tre studier som sökanden har hänvisat till belyser endast skillnaderna mellan kedjorna inom Kesko-blocket vilka kommissionen anser sig ha beaktat.

136 Republiken Frankrike och Republiken Finland har i huvudsak anslutit sig till kommissionens argument.

Förstainstansrättens bedömning

— Den tredje grundens första del

137 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att det var fel av kommissionen att lägga ihop Kesko- och Tuko-detaljisternas marknadsandelar vid sin bedömning av den aktuella koncentrationens följder, utan att fastställa att Kesko och Tuko hade "kontroll" över sina detaljister i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89. Eftersom den enda "koncentrationen" i den mening som avses i nämnda artikel 3 var den mellan Kesko och Tuko, kunde bedömningen av följderna av denna koncentration endast göras i förhållande till den marknad på vilken Kesko och Tuko är verksamma, närmare bestämt partihandelsmarknaden.

138 Artikel 3 i förordning nr 4064/89 definierar endast villkoren för att en "koncentration" skall anses föreligga. När kommissionen däremot, inom ramen för ett förfarande i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89, konstaterar

att en koncentration verkligen föreligger i den mening som avses i nämnda artikel 3, skall frågan huruvida denna koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens territorium bedömas med beaktande av de villkor som anges i artikel 2.1 a och 2.1 b i förordning nr 4064/89, i enlighet med artikel 22.4 första meningen i denna förordning.

139 Kommissionen var således ingalunda skyldig att inom ramen för sin bedömning av den aktuella koncentrationens påverkan på konkurrensen tillämpa det villkor om kontroll som avses i artikel 3 i förordning nr 4064/89 i syfte att avgöra om det fanns skäl att lägga ihop Kesko- och Tuko-detaljisternas marknadsandelar. Eftersom det hade fastställts att det förelåg en koncentration mellan Kesko och Tuko, ankom det nämligen på kommissionen att beakta samtliga omständigheter i fallet och i synnerhet förhållandet mellan Kesko och Tuko, å ena sidan, och deras respektive detaljister, å andra sidan, för att bedöma om denna koncentration skapade eller förstärkte en dominerande ställning som påtagligt hämmade den effektiva konkurrensen på de relevanta marknaderna i Finland. Kommissionen hade inte heller någon skyldighet att begränsa sin bedömning till att enbart avse partihandelsmarknaden, eftersom den hade dragit slutsatsen att koncentrationen mellan Kesko och Tuko även påverkade detaljhandelsmarknaden för dagligvaror, då det fanns ett nära samband mellan Kesko och Tuko, å ena sidan, och deras detaljister, å andra sidan.

140 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den tredje grundens första del, som huvudsakligen avsåg en felaktig rättstillämpning på grund av att artiklarna 2, 3 och 22.3 i förordning nr 4064/89 har åsidosatts.

— Den tredje grundens andra del

141 Beträffande påståendet att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning av sambandet mellan Kesko och dess detaljister, skall det

anges att kommissionen, inom ramen för en begäran i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89, skall kontrollera, genom en framtidsinriktad analys av referensmarknaderna, om koncentrationen i fråga skapar eller förstärker en dominerande ställning som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens territorium.

142 Det kan i detta hänseende erinras om att förordningens materiella regler, och i synnerhet artikel 2, tillerkänner kommissionen ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, speciellt när det gäller att bedöma ekonomiska frågor. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (se i detta hänseende domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m. fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1375, punkterna 221—224, och förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkterna 164 och 165).

143 I det föreliggande fallet har kommissionen, i punkterna 39—66 i det omtvistade beslutet, beskrivit ett stort antal omständigheter till stöd för sin slutsats att Kesko- och Tuko-blocken utgör ett "centralstyrt strukturellt inslag på den finska detaljhandelsmarknaden", vilket innebär att det var lämpligt att bedöma koncentrationen i fråga på detaljhandelsnivå, och inte endast på partihandelsnivå (punkterna 15 och 66 i det omtvistade beslutet). Kommissionen har för övrigt, i punkterna 93—135 och 146—161 i det omtvistade beslutet, räknat upp ett stort antal faktiska omständigheter till stöd för sin slutsats att Kesko till följd av koncentrationen hade en dominerande ställning på den finska detaljhandelsmarknaden (punkterna 136—138, 153 och 161 i det omtvistade beslutet).

144 Kommissionen belyser således följande omständigheter i det omtvistade beslutet: avtalen mellan Kesko och detaljisterna (punkterna 40 och 44), det förhållandet att detaljisterna är skyldiga att använda Keskos logotyper samt de stödtjänster

som Kesko tillhandahåller (punkt 45), de bonus och rabatter som utgör ett incitament för detaljisterna att förbli lojala mot Kesko-gruppens strategi (punkt 46), de kontrollmekanismer som Kesko förfogar över för att se till att detaljisterna ansluter sig till de gemensamma målen (punkt 41), det förhållandet att Kesko-detaljisterna har röstmajoritet i Kesko och att samtliga medlemmar i Keskos styrelse, vilken utser alla medlemmar i andra beslutsfattande organ, är Kesko-detaljister (punkterna 4 och 43), organisationen av Kesko i fem frivilliga kedjor, för vilka inköps- och försäljningspolicy samordnas centralt, bland annat genom att varje kedja har en gemensam logotyp, och som är utrustade med moderna informationssystem som ägs av Kesko (punkterna 47—50, 54—57 och 67—72), det förhållandet att leverantörerna uppfattade Kesko och dess detaljister som en enhet, bland annat på grund av Keskos faktureringssystem (punkterna 51—53 och 148), Keskos strategi i fråga om äganderätten till de affärslokaler där detaljhandelsverksamheten sker (punkterna 58—61 och 116—118) samt Kesko-detaljisternas ekonomiska åtaganden gentemot Kesko (punkt 62).

145 Kommissionen har även understrukit att det mesta av den föregående analysen även är tillämpligt på förhållandet mellan Tuko och Tuko-detaljisterna och att koncentrationen i vilket fall som helst skulle innebära att Kesko hade möjlighet att organisera Tuko-detaljisterna på samma sätt som Kesko-detaljisterna (punkt 65).

146 Vad beträffar frågan huruvida koncentrationen under dessa omständigheter skapar eller förstärker en dominerande ställning som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen på den finska detaljhandelsmarknaden för dagligvaror, har kommissionen i det omtvistade beslutet bland annat betonat följande: att de frivilliga detaljhandelskedjorna spelar en viktig roll i Finland, men att Kesko- och Tuko-blocken är de enda kedjorna på dagligvaruområdet (punkt 39), det förhållandet att Kesko-blocket efter koncentrationen svarade för minst 55 procent av all försäljning av dagligvaror i Finland, vilket utgjorde en marknadsandel som var nästan tre gånger så stor som den närmaste konkurrentens marknadsandel (punkterna 93—98 och 106), Keskos och Tukos starka ställning vad gäller stormarknaderna i Finland (punkterna 107—115), det betydande antalet lokaler som är lämpliga för detaljhandel med dagligvaror (punkterna 116—118), kundlojalitetssystemet med Keskos förmånskort (punkterna 119—125), betydelsen av försäljningen av varor av det egna märket samt de konkurrensfördelar som följer därav (punkterna 126—130), de distributions-

system som ägs av Kesko och Tuko, i synnerhet beträffande frysta livsmedel (punkterna 131—132), Keskos ökade efterfrågestyrka efter förvärvet av Tuko (punkterna 133—135 och 146—153) samt det förhållandet att det är ytterst osannolikt att ett utländskt företag försöker etablera sig på den finska detaljhandelsmarknaden för dagligvaror (punkterna 154—161).

147 Mot bakgrund av ovanstående omständigheter kan inte sökandens påståenden motbevisa kommissionens slutsatser att det var nödvändigt att bedöma koncentrationens effekter på detaljhandelsnivå (punkterna 39—66 i det omtvistade beslutet), att betrakta de marknadsandelar som innehas av alla detaljister inom Kesko- och Tuko-blocket som Keskos marknadsandelar (punkterna 93—105) samt beträffande frågan huruvida koncentrationen skapade eller förstärkte en dominerande ställning som påtagligt hämmade den effektiva konkurrensen på den finska dagligvarumarknaden (punkterna 106—161). Sökanden har nämligen endast hävdat att kommissionen borde ha gjort en annan bedömning, utan att framföra några konkreta uppgifter som motbevisar den ekonomiska analysen av koncentrationens effekter i punkterna 39—161 i det omtvistade beslutet.

148 Vad beträffar sökandens första argument, enligt vilket kommissionen har överskattat Keskos inflytande över detaljisterna genom att Kesko äger de lokaler som används av dem, skall det anges att mer än 60 procent av Keskodetaljisternas totala omsättning kommer från de butiker som ägs av Kesko (punkt 59 i det omtvistade beslutet). Det framgår även av punkterna 59—61 i det omtvistade beslutet att de detaljister som bedriver verksamhet i de lokaler som ägs av Kesko har ingått ett samarbetsavtal med Kesko som fastställer principerna för Keskos affärslokalverksamheter och beräkningssättet för hyran, vilken

beräknas på grundval av detaljisternas omsättning eller vinstmarginal. Detaljisterna kan för övrigt inte överlåta sin verksamhet utan medgivande från Kesko.

149 Under dessa omständigheter skall det förhållandet att Kesko äger en betydande del av de affärslokaler som används av Kesko-detaljisterna anses utgöra en viktig omständighet för detaljisternas lojalitet. Det har således inte fastställts att kommissionen har överskattat denna omständighet i sin bedömning av sambandet mellan Kesko och dess detaljister.

150 Talan kan således inte vinna bifall på sökandens första argument.

151 Vad beträffar sökandens andra argument, enligt vilket kommissionen har gjort en felaktig bedömning av betydelsen av avtalen mellan Kesko och dess detaljister, skall det erinras om följande:

— I enlighet med K-detaljistavtalen förpliktar sig dessa detaljister bland annat att "försöka utnyttja alla förmåner med K-gruppens gemensamma inköp och gruppens eget varumärke. K-detaljisterna får inte utan skäl behandla Kesko mera oförmånligt än andra leverantörer" (punkt 44 i det omtvistade beslutet).

— Ett betydande antal av Kesko-detaljisterna är dessutom bundna av "kedjeavtal" som har slutits mellan den berörda detaljisten och den Kesko-kedja som denne tillhör (punkt 5 ovan). Huvudsyftet med kedjeavtalen är att främja varuhandeln mellan Kesko och detaljisterna. Kesko-detaljisten är på grund av dessa avtal bunden av de beslut som fattas av kedjans styrelse i

fråga om marknadsföring, vilka produkter som skall ingå i bassortimentet och detaljhandelspriser på kampanjprodukter (se punkterna 44, 47—50 och 54—57 i det omtvistade beslutet).

— De Kesko-detaljister som använder lokaler som ägs av Kesko är bundna av "samarbetsavtal", vars innehåll det har redogjorts för i punkt 148 ovan.

— Kesko-detaljisterna är skyldiga att använda Keskos logotyper och de har även fri tillgång till vissa av de stödtjänster som Kesko tillhandahåller (punkt 45 i det omtvistade beslutet).

— Kesko-detaljisterna får bonus och rabatter av Kesko, vilka baseras på hur mycket de köper in genom Kesko (punkt 46 i det omtvistade beslutet).

152 Även om Kesko-detaljisterna rättsligt sett är självständiga företagare och själva bär den ekonomisk risken för sina verksamheter, har inte kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att i punkt 64 i det omtvistade beslutet konstatera att avtalen mellan Kesko och dess detaljister innebär att detaljisterna är skyldiga att ansluta sig till sökandens handelspolitik och fortsätta att vara lojala mot Kesko och den Kesko-kedja som de har placerats i.

153 Talan kan således inte vinna bifall på sökandens andra argument.

154 Vad beträffar sökandens tredje argument, enligt vilket kommissionen har överskattat Keskos betydelse som grossist, skall det understrykas att Kesko-detaljisterna gör 37 procent av sina inköp direkt från Kesko, vilket är en siffra som sökanden har framhållit. 46 procent av de inköp som detaljisterna gör från andra leverantörer faktureras dessutom av sökanden, vilket innebär att endast 17 procent av Kesko-detaljisternas samtliga inköp görs oberoende av Kesko. Vad beträffar de inköp som faktureras av Kesko har kommissionen för övrigt, i punkt 52 i det omtvistade beslutet, klargjort följande: a) att faktureringarna grundas på faktureringsavtal som slutits mellan Kesko och dess leverantörer, b) att äganderätten till varorna i fråga övergår till Kesko innan de säljs vidare till den detaljist som beställt dem och att dessa transaktioner ingår i Keskos resultatredovisning som försäljning, c) att de arvoden och rabatter som leverantörerna ger Kesko baseras på alla inköp i hela Kesko-gruppen, det vill säga att de omfattar såväl försäljning till Kesko i dess egenskap av grossist som inköp som görs direkt av Kesko-detaljisterna i enlighet med de ovannämnda faktureringsavtalen, samt d) att Kesko genom faktureringarna har möjlighet att få enorma mängder information om priser och andra kommersiella villkor som tillämpas av enskilda leverantörer.

155 Sökanden har således inte visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att i punkt 53 i det omtvistade beslutet dra slutsatsen att Kesko-detaljisternas inköp som faktureras men inte levereras av Kesko inte kan betraktas som att de utförts oberoende av Kesko.

156 Talan kan således inte vinna bifall på sökandens tredje argument.

157 Vad beträffar sökandens fjärde argument skall det anges att sökandens påståenden inte motbevisar kommissionens slutsatser om betydelsen av de produkter som säljs med Keskos märke. Även om det är riktigt att förekomsten av märken som ägs av distributörer innebär en ökning av konkurrensen i förhållande till tillverkarnas märken, innebär den starka ställning som varorna från Keskos och Tukos egna märken har en fördel vad gäller kundlojalitet och möjlighet att prissätta en större del av försäljningen utan att behöva ta hänsyn till konkurrenternas reaktion (punkt 130 i det omtvistade beslutet). Dessutom skulle sammanläggningen av Keskos och Tukos framgångsrika märken förstärka sökandens förhandlingsposition gentemot leverantörerna och göra det möjligt att uppnå ytterliga förmåner, bland annat reducerade priser till nackdel för dess konkurrenter (punkterna 129—133 i det omtvistade beslutet).

158 Talan kan således inte vinna bifall på sökandens fjärde argument.

159 Vad beträffar sökandens femte argument, enligt vilket kommissionen har överdrivit betydelsen av Keskos förmånskort, anser förstainstansrätten att, även om det är riktigt att detta kort i sig inte utgör någon avgörande faktor, kommissionen med rätta, och utan att detta har kunnat bestridas av sökanden, har angett att Keskos förmånskort utgör ett incitament för kundlojalitet och ett

viktigt marknadsföringsredskap för Kesko (punkterna 119—125 i det omtvistade beslutet).

160 Talan kan således inte vinna bifall på sökandens femte argument.

161 Vad beträffar sökandens sjätte argument, enligt vilket Kesko-detaljisternas rösträttigheter och skyldigheten för dessa detaljister att äga ett visst antal röststarka aktier i Kesko i praktiken har liten betydelse, skall det erinras om att de röststarka aktier som innehas av Kesko-detaljisterna och andra organ som är nära anknutna till dem i praktiken ger dessa kontroll över röstmajoriteten i företaget (punkt 4 i det omtvistade beslutet). Denna situation gör det bland annat möjligt för Kesko-detaljisterna att kontrollera Keskos styrelse, vilken utser samtliga medlemmar i de andra beslutsfattande och verkställande organen i företaget (punkt 43 i det omtvistade beslutet). För övrigt är dessa aktier pantsatta hos Kesko och används som säkerhet för att detaljisterna uppfyller sina skyldigheter gentemot Kesko (punkt 62 i det omtvistade beslutet).

162 Sökanden har således inte visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning av Kesko-blockets rättsliga struktur och Kesko-detaljisternas ekonomiska åtaganden. Närmare bestämt kan inte sökandens argument motbevisa kommissionens slutsats enligt vilken Kesko-blocket i praktiken utgör ett centralstyrt strukturellt inslag på den finska detaljhandelsmarknaden som bland annat grundar sig på avtal om horisontellt samarbete mellan Kesko-detaljisterna och som syftar till att standardisera deras beteenden och begränsa deras självständighet för att uppnå gemensamma mål inom

områden som inköp, identifikation, marknadsföring och försäljningspolicy (punkterna 39—41 och 63—66 i det omtvistade beslutet).

163 Talan kan således inte vinna bifall på sökandens sjätte argument.

164 Vad beträffar sökandens sjunde argument avseende bristen på bevisning om att det föreligger ett samordnat beteende mellan kedjorna av Kesko-detaljister, skall det erinras om att sökanden för det första inte har bestritt kommissionens slutsats enligt vilken det inte finns någon betydande konkurrens inom var och en av de fem nationella Kesko-kedjorna (punkterna 47—50 och 54—57 i det omtvistade beslutet). Det framgår nämligen av det omtvistade beslutet att varje nationell kedja av Kesko-detaljister har en styrelse som består av detaljister från kedjan samt en "kontrollenhet" som uteslutande består av Keskos anställda. Denna struktur möjliggör en samordning av detaljisternas verksamheter vad gäller inköp, marknadsföring och försäljningspolicy (punkt 48 i det omtvistade beslutet). Denna samordning kommer att förstärkas när installeringen av moderna informationssystem, som ägs av Kesko, i detaljisternas butiker är klar (punkt 50 i det omtvistade beslutet).

165 Vad beträffar konkurrensen mellan de olika kedjorna i fråga, är det riktigt att den studie av konsumentforskningscentralen i Finland som sökanden har åberopat (bilaga XI i ansökan) vid ett första påseende tycks visa prisskillnader för en och samma produkt som säljs av Kesko-detaljister och därmed förekomsten av en viss

konkurrens dem emellan. Det förhållandet att Keskos struktur tillåter en viss konkurrensnivå, i synnerhet mellan olika Kesko-kedjor — uppenbarligen i syfte att rätta sig efter den finska konkurrenslagen, vilket sökanden har angett i punkt 133 i sin ansökan — är emellertid inte i sig tillräckligt för att motbevisa kommissionens slutsats enligt vilken det, med beaktande av samtliga omständigheter i punkterna 39—66 i det omtvistade beslutet, finns skäl att betrakta Kesko och dess detaljister som ett centralstyrt strukturellt inslag på den finska detaljhandelsmarknaden.

166 Av detta följer att sökanden inte har visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att dra slutsatsen att effekten av Keskos och Tukos koncentration på konkurrensen måste analyseras både på partihandelsnivå och på detaljhandelsmarknaden i Finland, med beaktande av sambandet mellan Kesko och Tuko, å ena sidan, och deras respektive detaljister, å andra sidan.

167 Slutligen har sökanden inte framburingat några uppgifter som motbevisar kommissionens slutsats i punkterna 154—161 i det omtvistade beslutet, enligt vilken koncentrationen skulle förstärka hindren för inträde på den finska detaljhandelsmarknaden för dagligvaror.

168 Av vad anförts följer att talan inte kan vinna bifall på den tredje grundens andra del.

169 Talan skall således ogillas.

Rättegångskostnader

170 Enligt artikel 87.2 första stycket i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

171 Enligt artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna skall medlemsstater som har intervenerat i ett mål bära sina rättegångskostnader. Republiken Finland och Republiken Frankrike skall således bära sina rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN

(andra avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Sökanden skall bära sina och kommissionens rättegångskostnader.**

3) **Republiken Finland och Republiken Frankrike skall bära sina rättegångskostnader.**

Potocki Lenaerts Bellamy

Azizi Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 december 1999.

H. Jung

Justitiesekreterare

A. Potocki

Ordförande