

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE**van 30 oktober 2002****inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst****(COMP/35.587 PO Videospelletjes, COMP/35.706 PO Distributie van Nintendo en COMP/36.321 Omega — Nintendo)***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2002) 4072)***(Slechts de teksten in de Engelse, de Portugese, de Griekse, de Duitse, de Italiaanse en de Zweedse taal zijn authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

(2003/675/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

1. DE FEITEN

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ⁽¹⁾, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1/2003 ⁽²⁾, en met name op artikel 3 en artikel 15, lid 2,

Gezien de klacht van Omega Electro BV van 28 november 1996, waarbij werd aangevoerd dat Nintendo Netherlands BV en Nintendo UK Ltd inbreuk hadden gemaakt op de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en de Commissie werd verzocht de beëindiging van die inbreuk te gelasten en een geldboete op te leggen,

Gezien het besluit van de Commissie van 25 april 2000 tot inleiding van een procedure in deze zaak,

Na de betrokken ondernemingen, overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag ⁽³⁾, in de gelegenheid te hebben gesteld hun opmerkingen over de punten van bezwaar van de Commissie kenbaar te maken,

Gezien het eindverslag van de raadadviseur-auditeur in deze zaak ⁽⁴⁾,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

⁽¹⁾ PB 13 van 21.2.1962, blz. 204/62.

⁽²⁾ PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

⁽³⁾ PB L 354 van 30.12.1998, blz. 18.

⁽⁴⁾ PB C 241 van 8.10.2003.

1.1. De partijen bij de procedure

- (1) De partijen worden in de onderhavige beschikking als volgt aangeduid: in het feitelijke gedeelte worden de plegers van de inbreuk vermeld. In de juridische beoordeling worden de eigenlijke adressaten van deze beschikking genoemd.

1.1.1. Het Nintendo-concern

- (2) De uiteindelijke moedermaatschappij van het Nintendo-concern is Nintendo Corporation Ltd (NCL), een ter beurze genoteerde onderneming die in Kyoto, Japan, is gevestigd. De activiteiten van Nintendo in de EER worden uitgeoefend door de volgende volledige ⁽⁵⁾ dochterondernemingen:

— Nintendo of Europe GmbH (NOE). NOE is de belangrijkste dochteronderneming van Nintendo in de EER. NOE coördineerde bepaalde bedrijfsactiviteiten van Nintendo in Europa en was ten minste vanaf januari 1991 ⁽⁶⁾ tot 31 december 1997 alleenverkoper voor Duitsland;

— Nintendo of America Inc (NOA). Ofschoon zelf geen distributeur van Nintendo-producten in de EER, was NOA eveneens verantwoordelijk voor de coördinatie van bepaalde bedrijfsactiviteiten van Nintendo in Europa gedurende de voor deze beschikking relevante periode;

— Nintendo Netherlands BV (NN). NN was ten minste vanaf 1 januari 1993 ⁽⁷⁾ tot 31 december 1997 alleenverkoper voor Nederland. Deze onderneming draagt thans de naam Nintendo Benelux BV;

— Nintendo France SARL (NF). NF was ten minste vanaf 31 december 1992 ⁽⁸⁾ tot 31 december 1997 alleenverkoper voor Frankrijk;

⁽⁵⁾ Zie kolom 1(b) op blz. 132-136 van het dossier van de Commissie.

⁽⁶⁾ Blz. 415.

⁽⁷⁾ Blz. 2667.

⁽⁸⁾ Blz. 2216.

- Nintendo España SA (NE). NE was ten minste vanaf 1 januari 1994⁽⁹⁾ tot 31 december 1997 alleenverkoper voor Spanje;
 - Nintendo Belgium SPRL (NB) was ten minste vanaf 1 januari 1994 tot april 1997⁽¹⁰⁾ alleenverkoper voor België en Luxemburg;
 - Nintendo UK Ltd (NUK) was ten minste vanaf maart 1993 tot 4 augustus 1995⁽¹¹⁾ alleenverkoper voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland.
- (3) De term Nintendo kan verwijzen naar al deze ondernemingen binnen het Nintendo-concern.

1.1.2. De onafhankelijke Nintendo-distributeurs

- (4) In andere gebieden had Nintendo onafhankelijke alleenverkopers aangesteld.
- (5) THE Games Ltd, een commerciële afdeling van John Menzies Distribution Limited, dat een volledige dochteronderneming is van John Menzies plc, werd in augustus 1995 als onafhankelijke alleenverkoper voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland aangesteld, nadat NUK had opgehouden deze functie uit te oefenen (hierna tezamen „THE” genoemd). THE bleef ten minste tot 31 december 1997 de alleenverkoper van Nintendo voor dit gebied.
- (6) Chaves Feist & Cia LDA, later Soc. Rep. Concentra LDA genoemd en, sinds september 2001, Concentra — Produtos para crianças SA (hierna: Concentra), was ten minste vanaf 14 mei 1991 tot 31 december 1997⁽¹²⁾ de alleenverkoper van Nintendo voor Portugal.
- (7) Linea GIG SpA (hierna Linea genoemd) was ten minste vanaf 1 oktober 1992⁽¹³⁾ tot 31 december 1997 de alleenverkoper van Nintendo voor Italië.
- (8) Bergsala AB (hierna Bergsala genoemd) was sinds 1981 de alleenverkoper van Nintendo voor Zweden en, sinds 1986, ook voor Denemarken, Noorwegen, Finland en IJsland⁽¹⁴⁾.
- (9) Itochu Hellas EPE (in de correspondentie vaak Itochu Hellas Ltd genoemd) was ten minste vanaf 14 mei 1991 tot februari 1997 de alleenverkoper van Nintendo voor Griekenland. Alle aandelen van Itochu Hellas EPE waren aldoor in handen van Itochu Corporation of van volledige dochterondernemingen van Itochu Corporation⁽¹⁵⁾.

Derhalve is Itochu Hellas EPE uiteindelijk een volledige dochteronderneming van Itochu Corporation (hierna Itochu genoemd). De hoofdzetel van Itochu Corporation bevindt zich in Tokio, Japan.

- (10) Na Itochu was Nortec AE (hierna Nortec genoemd) ten minste vanaf 4 april 1997 tot 31 december 1997⁽¹⁶⁾ de alleenverkoper van Nintendo voor Griekenland.
- (11) CD-Contact Data GmbH was ten minste vanaf april 1997 tot 31 december 1997 de alleenverkoper van Nintendo voor België en Luxemburg. Voor de distributie in dit gebied⁽¹⁷⁾ richtte deze onderneming een volledige dochteronderneming op, Contact Data Belgium NV (hierna Contact genoemd).
- (12) Op 29 september 1998 verwierf Activision Inc, een vennootschap naar het recht van de staat Delaware (VS), de zeggenschap over CD-Contact Data GmbH door alle aandelen van deze onderneming te kopen.
- (13) CD-Contact Data GmbH richtte vervolgens op 9 juni 1999 een volledige dochteronderneming op, CD Contact data BV, gevestigd in Nederland. Alle aandelen van Contact Data Belgium NV, die voordien in handen waren van CD-Contact Data GmbH, werden aan deze nieuwe onderneming overgedragen. CD-Contact Data GmbH bestaat nog steeds als holdingmaatschappij⁽¹⁸⁾.

1.1.3. Omega

- (14) Omega Electro BV (hierna Omega genoemd) is een in Nederland gevestigde onderneming die actief is in de invoer en verkoop van elektronische spelletjes. Op 26 november 1996 diende Omega een klacht in op grond van artikel 3, lid 2, onder b) van Verordening nr. 17. In deze klacht, die hoofdzakelijk betrekking had op de distributie van spelcassettes en spelconsoles van Nintendo, werd Nintendo er onder meer van beschuldigd parallelhandel te verhinderen en een beleid van verticale prijsbinding in Nederland toe te passen.

1.2. Relevante productmarkten

- (15) Deze zaak heeft betrekking op spelconsoles en videospelletjes of spelcassettes, waarmee de gebruiker spelletjes kan spelen die op een beeldscherm worden weergegeven.

⁽⁹⁾ Blz. 136.

⁽¹⁰⁾ Blz. 132.

⁽¹¹⁾ Blz. 426, 313 en 279A.

⁽¹²⁾ Blz. 244, brief van Concentra van 17 september 2002.

⁽¹³⁾ Blz. 200.

⁽¹⁴⁾ Zie antwoord van Bergsala op de mededeling van punten van bezwaar.

⁽¹⁵⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 10. Zie ook de verklaring van Itochu van 26 november 2001.

⁽¹⁶⁾ Blz. 2595, 1622-1624.

⁽¹⁷⁾ Blz. 138-153. CD-Contact GmbH is 100 % eigendom van Contact Vermögensverwaltung GmbH. Deze laatste onderneming en Contact Belgium NV hadden precies dezelfde eigenaren en raden van bestuur. Contact Data Belgium werd opgericht door CD-Contact Data GmbH op 27 maart 1997 (blz. 2531-2535 en 2618). Dat Contact Data Belgium BV een volledige dochteronderneming van CD-Contact Data GmbH was, blijkt ook uit de verklaring van Contact van 19 november 2001.

⁽¹⁸⁾ Verklaring van Contact van 19 november 2001.

- (16) In hun correspondentie gebruiken de partijen vaak de term „hardware” als synoniem voor „spelconsole”. In deze beschikking wordt stelselmatig de term „spelconsole” gebruikt, behalve in letterlijke citaten. Evenzo gebruiken de partijen in hun correspondentie vaak de term „software” als synoniem voor „spelcassette”. In deze beschikking wordt stelselmatig de term „spelcassette” gebruikt, behalve in letterlijke citaten.

- (17) Gedurende de periode van de inbreuk produceerde Nintendo verschillende soorten spelconsoles (zie tabel 1 hieronder) en spelcassettes, die bij deze spelconsoles worden gebruikt. Deze spelconsoles en spelcassettes worden hierna gezamenlijk „de producten” ⁽¹⁹⁾ genoemd.

1.2.1. De spelconsoles

- (18) Spelconsoles zijn elektronische apparaten die specifiek dienen en ontworpen zijn voor het spelen van videospelletjes. De bedieningsapparatuur bestaat uit een eenvoudige „pad” of stuurknop, zoals een „joy stick”, waarmee de gebruiker de bewegingen van de figuren op het beeldscherm kan controleren. Spelconsoles kunnen worden onderverdeeld in vaste en draagbare spelconsoles. De gedurende de periode van de inbreuk vervaardigde modellen werden, in stijgende volgorde van prestatievermogen, 8-bit, 16-bit, 32-bit en 64-bit consoles genoemd. De verschillende consoles die gedurende de voor deze beschikking relevante periode op de markt waren en de producenten ervan, zijn aangegeven in tabel 1.

TABEL 1

Door de belangrijkste producenten vervaardigde spelconsoles gedurende de voor deze beschikking relevante periode

	Nintendo	Sega	Sony
Draagbaar	Gameboy	Game gear	Geen
Vaste 8-bit console	NES	Master System	Geen
Vaste 16-bit console	SNES	Mega Drive	Geen

⁽¹⁹⁾ Er is geen rekening gehouden met handel in tweedehands producten. De producten (met name spelcassettes) hebben een zeer korte levensduur en verliezen dus snel hun aantrekkingskracht op consumenten (zie overweging 76). Zo bleek uit een consumentenonderzoek in het Verenigd Koninkrijk dat zeer weinig consumenten tweedehands spelletjes hadden gekocht. („Monopoly of Mergers Commission report”, blz. 196 (blz. 2591)). Het volume van tweedehands producten is klein in vergelijking met producten die nieuw worden verkocht en maakt derhalve geen merkbaar verschil voor het marktaandeel van nieuwe Nintendo-producten die door de partijen worden verkocht. Dit is door geen enkele partij betwist.

	Nintendo	Sega	Sony
Vaste 32-bit console	Geen	Sega Saturn	Sony PlayStation
Vaste 64-bit console	Nintendo 64	Geen	Geen

1.2.1.1. Personal computers (PC's) en spelconsoles zijn niet onderling substitueerbaar

Vraagzijde

- (19) Zoals spelconsoles kunnen PC's worden gebruikt voor videospelletjes. Een PC kan echter niet als substituuat voor vaste of draagbare spelconsoles worden beschouwd, om de volgende redenen.
- (20) PC's en spelconsoles dienen verschillende behoeften van de consument:
- terwijl PC's per definitie apparaten zijn die voldoen aan een breed gamma van behoeften, waaronder ook, maar niet noodzakelijk, het spelen van spelletjes ⁽²⁰⁾, worden spelconsoles uitsluitend ontworpen, of op zijn minst geoptimaliseerd, om te voldoen aan speelbehoeften, met name van jongere generaties;
 - bovendien staat het vast dat de technische prestaties en eigenschappen van vaste spelconsoles met betrekking tot het spelen van spelletjes aanzienlijk beter zijn dan die van PC's. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van verklaringen van THE en de voorzitters van Nintendo ⁽²¹⁾;
 - daarenboven hebben PC's, in tegenstelling tot vaste spelconsoles, slechts een korte levensduur als spelplatform, d.w.z. als apparaat waarmee de nieuwste spelletjes kunnen worden gespeeld, tenzij dure upgrades worden gedaan ⁽²²⁾;
 - doordat PC's upgrades vereisen, zijn ze, als apparaten die voor spelletjes worden gebruikt, ingewikkelder dan spelconsoles en minder aantrekkelijk voor consumenten die alleen een spelplatform verlangen;
- (21) Bovendien is de gemiddelde PC vijf keer zo duur als een spelconsole ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Zie het bedrijfsplan van THE voor 1997/1998 (blz. 542). Zie ook de verklaringen van de heer Cean, oprichter van Titus Interactive, een onderneming die spelletjes ontwikkelt, in „La tribune” van 9 april 1998 (blz. 4, IV/35.706, blz. 116).

⁽²¹⁾ Bedrijfsplan van THE voor 1997/1998 (blz. 541 en 542). Voor de verklaring van de voorzitter van Nintendo, zie jaarverslag 1995 van Nintendo (blz. 2341).

⁽²²⁾ Zie het bedrijfsplan van THE voor 1997/1998 (blz. 541). Zie ook de Financial Times van 2 december 1998 (IV/35.706, blz. 115 en 116), waarin een woordvoerder van GT Interactive (een uitgever van spelletjes) wordt aangehaald.

⁽²³⁾ Zie het bedrijfsplan van THE voor 1997/1998 (blz. 541).

- (22) In het licht van het bovenstaande is het onwaarschijnlijk dat gebruikers die op zoek zijn naar een spelletjesmachine een PC zullen kopen in reactie op een kleine maar duurzame stijging van de prijs van spelconsoles. Het omgekeerde is ook waar: gebruikers die meer dan alleen een spelletjesmachine verlangen, zullen waarschijnlijk geen spelconsole kopen in reactie op een kleine maar duurzame stijging van de prijs van PC's.
- (23) Deze conclusie wordt ondersteund door de resultaten van consumentenonderzoek: van de consumenten die reeds een vaste spelconsole bezaten en van plan waren een nieuwe te kopen, had slechts 15 % overwogen een PC voor dat doel te kopen ⁽²⁴⁾.

Aanbodzijde

- (24) Het relevante criterium om de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde te beoordelen, is of alternatieve aanbieders kunnen overschakelen op de productie van de relevante producten en deze op korte termijn op de markt kunnen brengen zonder dat dit, bij kleine en duurzame wijzigingen in de relatieve prijzen, significante aanvullende kosten of risico's voor hen meebrengt. In het onderhavige geval is er bewijs voorhanden dat geen enkele fabrikant van PC's tot dusver heeft getracht de markt voor spelconsoles te betreden. Alleen een fabrikant van consumentenelektronica (Sony) en een softwareproducent (Microsoft) hebben hun intrede op de markt gedaan. Daarbij zij opgemerkt dat deze intrede enkel gevolgen heeft gehad voor de markt voor vaste spelconsoles en dat de intrede van Microsoft plaatsvond na de periode van de inbreuk. De substitueerbaarheid aan de aanbodzijde is derhalve niet relevant voor de afbakening van de markt ⁽²⁵⁾.
- (25) Op grond van de in overweging 20 genoemde argumenten kan ook worden aangetoond dat draagbare consoles niet vervangbaar zijn door PC's of laptops. Naast het feit dat draagbare consoles specifiek voldoen aan speelbehoeften, zijn ze (in tegenstelling tot PC's) ook draagbaar. Ze zijn voor geen enkel ander doel ontworpen dan het spelen van spelletjes. Bovendien zijn PC's 10 tot 15 keer duurder dan draagbare consoles. Aan de conclusie dat draagbare consoles geen substituut vormen voor PC's, wordt niet afgedaan door een vergelijking met laptops, die eveneens draagbaar zijn. Laptops zijn PC's en voldoen derhalve aan een breed scala van behoeften. Bovendien zijn laptops, voor eenzelfde prestatieniveau, aanzienlijk duurder dan PC's. Dit komt vooral door de kosten van bepaalde onderdelen, met name het LCD-scherf en de energiebesparende processor. Daarenboven moeten voor laptops miniatuurcomponenten worden gebruikt, die over het algemeen ook duurder zijn. Concluderend kan worden gesteld dat PC's en laptops geen substituut vormen voor vaste of draagbare spelconsoles, en derhalve beide tot een andere

markt behoren ⁽²⁶⁾. Het feit dat PC's en laptops niet tot dezelfde markt behoren als vaste of draagbare spelconsoles is door geen enkele partij betwist.

1.2.1.2. Vaste spelconsoles en draagbare spelconsoles behoren tot verschillende productmarkten

- (26) Een onderscheid kan worden gemaakt tussen vaste en draagbare spelconsoles. Op grond van de volgende argumenten moeten voor draagbare en vaste spelconsoles verschillende relevante markten worden afgebakend.
- (27) Beide soorten spelconsoles dienen verschillende behoeften van de gebruiker, met name op het gebied van draagbaarheid. Vaste spelconsoles zijn ontworpen om op een vaste plaats en in combinatie met een gewoon televisietoestel te worden gebruikt. Draagbare spelconsoles kunnen overal worden gebruikt. Voor het gebruik van draagbare spelconsoles is alleen een spelcassette nodig, terwijl vaste spelconsoles op een televisietoestel moeten worden aangesloten.
- (28) De technische mogelijkheden van beide soorten spelconsoles verschillen aanzienlijk. Vaste spelconsoles beschikken over een grotere beeldresolutie, meer kleuren, meer computerkracht (waardoor complexere spelletjes kunnen worden gespeeld) en bieden vaak de mogelijkheid om met verschillende spelers te spelen. De spelletjes die op draagbare spelconsoles kunnen worden gespeeld, zijn zeer eenvoudig in vergelijking met die welke op vaste spelconsoles worden gespeeld.
- (29) Bovendien zijn er aanmerkelijke prijsverschillen tussen draagbare en vaste spelconsoles. De prijs van een draagbare spelconsole is veel lager dan die van een vaste spelconsole. Zo had THE voor 1997/1998 aanbevolen detailhandelsprijzen gepland voor N64, SNES (met één spelletje) en Game Boy Classic van respectievelijk 249,99 GBP, 79,99 GBP en 39,99 GBP. Voor een ander Game boy-product (Game Boy Pocket) bedroeg de aanbevolen detailhandelsprijs 49,99 GBP ⁽²⁷⁾. In deze periode was de populairste vaste console van Nintendo, de N64, minstens vijf keer zo duur als de draagbare console van Nintendo.
- (30) Het is derhalve onwaarschijnlijk dat, van de bestaande of nieuwe gebruikers van een van beide soorten consoles, een significant aantal op de andere soort zou overschakelen in reactie op een kleine maar duurzame prijsstijging voor een van beide soorten.

Vraagzijde

⁽²⁴⁾ Consumentenonderzoek door Sega, vermeld in het MMC-rapport op blz. 58 (blz. 2591).

⁽²⁵⁾ Zie Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5), punt 23.

⁽²⁶⁾ Dit wordt ook bevestigd door THE op blz. 542: „De positie van consoles wordt gewaarborgd door de keuze van de spelers”. Oorspronkelijke tekst: „The consoles' position is assured as the choice of gamers”.

⁽²⁷⁾ Blz. 573.

Aanbodzijde

- (31) De mededinging tussen aanbieders van vaste consoles wordt gekenmerkt door het feit dat om de drie tot vier jaar een nieuwe generatie vaste consoles, op basis van meer geavanceerde technologie, op de markt wordt gebracht. Wanneer een nieuwe generatie vaste spelconsoles wordt geïntroduceerd, daalt de verkoop van minder geavanceerde vaste spelconsoles⁽²⁸⁾. Deze trend is niet vastgesteld met betrekking tot draagbare spelconsoles⁽²⁹⁾. Gedurende en na de periode van de inbreuk heeft Nintendo als enige een nieuw product op de markt gebracht. Het ging echter om een nieuwe versie van een reeds bestaande draagbare console. De productinnovaties beperkten zich hoofdzakelijk tot een verkleining van de afmetingen en een uitbreiding van het kleurengamma.
- (32) In tegenstelling tot wat zich heeft voorgedaan op de markt voor vaste consoles, heeft geen enkele nieuwe producent gedurende de periode van de inbreuk of na deze periode, tot op heden, zijn intrede gedaan op de markt voor draagbare spelconsoles.
- (33) Van nog grotere betekenis is dat de enige concurrent van Nintendo, Sega, reeds in 1995 ophield een levensvatbare concurrent te zijn (zie tabel 4 en overweging 75). Sindsdien heeft geen enkele andere onderneming dan Nintendo een nieuw product op de markt gebracht.
- (34) Aangezien vaste consoles en draagbare consoles niet onderling substitueerbaar zijn, kan worden geconcludeerd dat ze tot verschillende productmarkten behoren. Het feit dat vaste en draagbare spelconsoles tot verschillende markten behoren, is niet door de partijen betwist.

1.2.2. *De spelletjes*

- (35) Wie zich een spelconsole aanschaft, kan daarom nog geen spelletjes spelen. De software die daarvoor nodig is, wordt aangeboden in de vorm van spelcassettes, waarmee de spelletjes rechtstreeks kunnen worden gespeeld op de spelconsoles. Deze spelcassettes worden gedistribueerd en verkocht aan de eindgebruikers.
- (36) De technische eigenschappen van de hardware en software verschillen van merk tot merk, en deze verschillen bestaan ook tussen de verschillende consoles die door eenzelfde fabrikant worden geproduceerd. Dit betekent dat een spelcassette die specifiek voor een bepaalde console is ontworpen, op geen enkele andere console

kan worden gebruikt⁽³⁰⁾, en dat indien eenmaal voor een bepaalde spelconsole is gekozen, alleen spelcassettes die compatibel zijn met deze console kunnen worden gebruikt.

- (37) Derhalve is het onwaarschijnlijk dat, in geval van een kleine maar duurzame stijging van de prijs van een bepaalde spelcassette, een gebruiker van een bepaalde spelconsole zal overschakelen op een spelcassette die compatibel is met een andere console. Dit komt omdat de gebruiker in dat geval niet alleen de kosten van de nieuwe cassette, maar ook van een nieuwe console die interoperabel is met deze cassette moet dragen. Het staat vast dat het aantal spelcassettes dat moet worden gekocht om een omschakeling lonend te maken, veel groter is dan het gemiddelde aantal spelcassettes waarover de gemiddelde eigenaar van een spelconsole beschikt. De omschakelingskosten zouden lager zijn indien de spelconsoles onderling interoperabel zouden zijn, maar er was geen sprake van interoperabiliteit tussen de consoles van de verschillende merken of tussen de verschillende generaties spelconsoles die door Nintendo werden vervaardigd⁽³¹⁾.
- (38) Op basis van de beschikbare feiten moet worden geconcludeerd dat er afzonderlijke markten voor spelcassettes bestaan per spelconsole en per fabrikant. Een nadere afbakening van de markten is echter niet noodzakelijk, aangezien Nintendo heeft erkend dat: a) de feitelijke en juridische overwegingen van de Commissie, zoals uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar, gegrond zijn en b) de concurrentiebeperkingen die de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar heeft vastgesteld een merkbare invloed op de mededinging hebben gehad in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag⁽³²⁾.

1.2.3. *De argumenten van Nintendo met betrekking tot de afbakening van de productmarkt*

- (39) Zonder de in de mededeling van punten van bezwaar uiteengezette feiten te betwisten, pleit Nintendo voor een ruimere omschrijving van de relevante productmarkten. Nintendo beweert dat er mededinging bestaat tussen „systemen” (d.w.z. de console en de bijbehorende cassettes als geheel). Derhalve bestaat de relevante productmarkt volgens Nintendo uit alle spelconsoles en alle spelcassettes die met deze spelconsoles compatibel zijn. Nintendo voert twee argumenten aan om dit te staven.

⁽³⁰⁾ Dit sluit niet uit dat hetzelfde spel beschikbaar is voor verschillende consoles. Het moet dan wel verkocht worden op verschillende elektronische dragers, die elk compatibel zijn met één specifieke spelconsole en incompatibel met alle andere spelconsoles.

⁽³¹⁾ Spelcassettes die zijn ontworpen om te worden gebruikt op een spelconsole van een bepaalde generatie, kunnen soms op een andere spelconsole worden gebruikt met behulp van de juiste adapter. Zo konden via de „Super Game Boy”-adapter Game Boy-cassettes worden gebruikt op een SNES-console (jaarverslag 1995 van Nintendo, blz. 15) (blz. 2341). Deze adapters bestaan niet tussen consoles van verschillende merken, of zelfs tussen de meeste consoles van hetzelfde merk.

⁽³²⁾ Zie antwoord van Nintendo op de mededeling van punten van bezwaar, punten 2.1 tot 2.3.

⁽²⁸⁾ Zie bijvoorbeeld Screen Digest, juli 1998, blz. 159 (blz. 2577).

⁽²⁹⁾ Jaarverslag 1999 van Nintendo.

- (40) Ten eerste zou het voor een fabrikant weinig aantrekkelijk zijn de prijzen voor consoles te verhogen, niet alleen wegens de voorspelbare daling in de verkoop van consoles, maar ook — aangezien spelletjes en consoles complementaire producten zijn — wegens de daaruit voortvloeiende daling van de verkoop van compatibele spelcassettes⁽³³⁾. Aangezien uit de definitie van de relevante productmarkt voor consoles volgt dat er een aanzienlijke prijselasticiteit tussen de consoles van verschillende fabrikanten bestaat, betekent dit ook dat een stijging in de prijzen voor consoles zou leiden tot een aanzienlijke daling in de verkoop van spelcassettes. De winstdaling zou zelfs nog groter zijn, wegens de hoge winstmarges op spelcassettes.
- (41) Ten tweede voert Nintendo aan dat, aangezien een stijging in de prijs van een bepaalde spelconsole de vraag naar consoles van concurrenten — en dus ook naar spelcassettes die compatibel zijn met deze consoles — doet toenemen, spelconsoles en compatibele spelcassettes tot dezelfde markt behoren. Volgens Nintendo heeft de Commissie bovendien erkend dat de vraag naar spelconsoles wordt beïnvloed door wijzigingen in de prijzen van spelcassettes⁽³⁴⁾.
- (42) De Commissie merkt in de eerste plaats op dat de marktafbakening in het onderhavige geval niet doorslaggevend is voor de vaststelling van de inbreuk. Ten tweede heeft Nintendo het criterium van de substitueerbaarheid niet correct toegepast. Het relevante criterium om te bepalen of een product een afzonderlijke markt vormt, is of gebruikers zullen overschakelen op reeds voorhanden zijnde substituten in reactie op een kleine maar duurzame stijging van de prijzen van dat product. Om te bepalen of spelcassettes die compatibel zijn met een bepaalde spelconsole tot dezelfde markt behoren als spelcassettes die voor andere consoles worden gebruikt, baseert Nintendo zich op een hypothetische stijging van de prijs van spelconsoles, en niet van spelcassettes.
- (43) Wat het eerste argument van Nintendo betreft, merkt de Commissie bovendien op dat Nintendo erkent dat spelconsoles en spelcassettes complementaire producten zijn. Volgens de Commissie houdt het eerste argument van Nintendo alleen in dat vaste spelconsoles tot één enkele productmarkt behoren, een standpunt dat door de Commissie wordt gedeeld. Indien het argument van Nintendo juist is, kan hieruit wellicht alleen worden geconcludeerd dat de consoleproducenten over weinig marktmacht beschikken.
- (44) Wat het tweede argument betreft, is de Commissie van oordeel dat Nintendo het begrip „substitueerbaarheid tussen producten”, dat relevant is voor de afbakening van de productmarkt, verwart met het begrip „complementariteit tussen producten”. Dat laatste begrip is niet relevant voor de afbakening van de productmarkt, omdat het per definitie inhoudt dat er een positieve correlatie bestaat tussen de vraag naar beide producten, zodat, indien de prijs van een van beide producten stijgt, de vraag naar beide producten afneemt. Hoewel ondernemingen hier rekening mee kunnen houden bij de vaststelling van hun prijsbeleid, is het niet relevant voor de afbakening van de productmarkt.
- (45) De Commissie is van mening dat voor een juiste analyse van de vraag naar spelcassettes en de wisselwerking ervan met de vraag naar spelconsoles, een onderscheid moet worden gemaakt tussen bestaande eigenaren van spelconsoles enerzijds en nieuwe kopers van spelconsoles of consumenten die een verouderde spelconsole willen vervangen anderzijds.
- (46) Zoals in overweging 37 aangegeven, hebben bestaande eigenaren van een spelconsole aanzienlijke omschakelingskosten wanneer zij op andere spelcassettes overschakelen, en over het algemeen „zitten zij vast” aan een spelconsole voor een periode van minstens drie tot vier jaar, gewoonlijk totdat de console verouderd is. Voor hen is er sprake van mededinging op het moment dat zij moeten beslissen welke console zij kopen. Hun reactie op een kleine, duurzame stijging van de prijs van spelcassettes die compatibel zijn met hun spelconsole is beperkt, omdat de aankoop van een spel dat niet compatibel is alleen zin heeft wanneer zij tegelijkertijd de console kopen die bij dit nieuwe spel past.
- (47) Volgens NOE is het in de praktijk zo dat „wanneer een klant — om welke reden dan ook — de hardware heeft gekocht, hij automatisch ook de software zal kopen”⁽³⁵⁾. Nintendo erkent derhalve dat bestaande eigenaren van consoles niet zomaar zullen omschakelen.
- (48) Voor consumenten die nog geen console bezitten, of die een verouderde console bezitten en een nieuwe willen kopen, kunnen de prijzen voor spelcassettes een van de variabelen zijn die door de fabrikanten van consoles worden gebruikt om op de markt te concurreren. Er zijn echter geen aanwijzingen dat de prijzen voor spelletjes meer of minder belang hebben dan andere factoren, zoals de prijs van de console zelf, de technische mogelijkheden van de console, de tijdsspanne tussen de generaties, de interoperabiliteit tussen de opeenvolgende generaties consoles van een zelfde fabrikant, de beschikbaarheid van spelletjes en de soorten spelletjes die worden aangeboden⁽³⁶⁾ (*), en het tijdstip waarop nieuwe spelletjes op de markt worden gebracht.

⁽³⁵⁾ Blz. 1527 en 1528. Oorspronkelijke tekst: „When a customer has bought the hardware — for whatever reason — he will buy [...] the software anyhow”.

⁽³⁶⁾ Blz. 566. Zie ook de Frankfurter Zeitung van 2 februari 1999: een artikel, gebaseerd op een interview met [...] van NOE, waarin het succes van Sony's Playstation hoofdzakelijk wordt toegeschreven aan het aantal spelletjes dat voor deze console beschikbaar is (blz. 2590).

(*) Op bepaalde plaatsen in deze tekst werd vertrouwelijke informatie weggelaten; het weggelaten gedeelte wordt aangegeven met vierkante haken en een asterisk.

⁽³³⁾ D.w.z. de verkopen van spelcassettes voor de extra spelconsoles die hij zou hebben verkocht indien hij de prijzen van zijn spelconsoles niet had verhoogd.

⁽³⁴⁾ Bijlage A bij het antwoord van Nintendo op de mededeling van punten van bezwaar, punt 5.

- (49) Nintendo heeft geen nauwkeurige berekening gemaakt van de prijselasticiteit. Uit het beschikbare bewijsmateriaal kan echter worden afgeleid dat de vraag voor zowel spelconsoles als spelcassettes betrekkelijk onelastisch is⁽³⁷⁾. De geringe prijselasticiteit van spelcassettes en spelconsoles wijst erop dat voor consumenten de prijs niet de belangrijkste factor is bij hun aankoopbeslissing.
- (50) Zo haalde N64 na zijn lancering de snelste omzetgroei in de geschiedenis van de elektronische spelletjes⁽³⁸⁾, ook al werden de spelcassettes die compatibel zijn met N64 tegen iets duurdere prijzen verkocht dan bijvoorbeeld de spelletjes die compatibel zijn met Sony's Playstation. Dit wijst erop dat het relatief hogere prijsniveau van N64-spelcassettes weinig of geen invloed had op de bereidheid van consumenten om de N64-console te kopen.
- (51) Indien bestaande eigenaren van een spelconsole niet overschakelen op substituten in reactie op een kleine maar duurzame stijging van de prijs van spelcassettes, en indien consumenten die nog geen spelconsole bezitten of een verouderde spelconsole willen vervangen, door een dergelijke stijging van de prijs van spelcassettes niet of onvoldoende worden aangemoedigd om een andere console te kopen, moet, in tegenstelling tot hetgeen Nintendo beweert met betrekking tot de mededinging tussen systemen, worden geconcludeerd dat spelcassettes die compatibel zijn met een bepaalde spelconsole tot een andere markt behoren dan die welke compatibel zijn met een andere console.
- (52) In ieder geval kan de vraag, of er mededinging tussen systemen bestaat en of de prijs van spelletjes een significante invloed heeft op de beslissing om een nieuwe spelconsole te kopen, buiten beschouwing worden gelaten, aangezien Nintendo ten eerste heeft

erkend dat de feitelijke en juridische overwegingen van de Commissie, zoals uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar, gegrond zijn en, ten tweede dat de concurrentiebeperkingen die de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar heeft vastgesteld een merkbare invloed op de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag hebben gehad⁽³⁹⁾.

1.3. Geografische omvang van de markten

1.3.1. Technische compatibiliteit

- (53) Het feit dat vaste consoles moeten worden gebruikt in combinatie met een televisietoestel, houdt in dat ze moeten worden aangepast aan verschillende TV-normen. De PAL-norm wordt gebruikt in alle EER-landen behalve Frankrijk, waar de SECAM-norm van toepassing is. Volgens Nintendo⁽⁴⁰⁾ kunnen vaste consoles die zijn ingesteld op de SECAM-norm niet goed functioneren in een land dat de PAL-norm toepast (en omgekeerd). Het bestaan van verschillende TV-systemen vormt derhalve een technische belemmering voor de handel in consoles. Derhalve moet ten aanzien van de geografische markt voor vaste consoles een onderscheid worden gemaakt tussen Frankrijk en de rest van de EER.
- (54) Binnen het gebied waar de PAL-norm van toepassing is, blijken N64-consoles overal in de EER met weinig technische aanpassingen te kunnen functioneren⁽⁴¹⁾. Wat betreft de andere vaste consoles die door Nintendo worden geproduceerd, blijken ook deze overal binnen de PAL-ruimte te kunnen functioneren, met slechts enkele kleine of helemaal geen aanpassingen⁽⁴²⁾. Derhalve is het, althans met betrekking tot de technische compatibiliteit, niet nodig binnen de PAL-ruimte in de EER een verdere onderverdeling van de geografische markt te maken.

⁽³⁷⁾ De prijselasticiteit van de vraag is een maatstaf voor de gevoeligheid van de vraag naar een product bij prijswijzigingen. Hoe kleiner de prijselasticiteit van de vraag, hoe kleiner de veranderingen in de vraag van de consument bij prijswijzigingen en vice versa. Wanneer de prijselasticiteit van de vraag minder dan 1 bedraagt, is de gevoeligheid van de consumentenvraag zo gering, dat zelfs indien een aanbieder zijn prijzen verhoogt, hij nog altijd zijn netto-inkomsten zal verhogen, omdat de inkomsten die hij moet derven als gevolg van de daling in het aantal verkochte eenheden kleiner zijn dan de extra inkomsten die hij ontvangt als gevolg van de hogere prijzen voor de resterende verkoophoeveelheden.

Dat de prijselasticiteit voor consoles kleiner is dan 1, kan worden afgeleid uit blz. 1527 en 1558: volgens de daarin aangegeven schattingen van NOE, zou een prijsverhoging voor de N64-console van [...]*, voorzover er al van enig effect sprake zou zijn. Volgens NOE zou de brutomarge van NF hierdoor aanzienlijk stijgen. Indien consumenten ongevoelig zijn voor de prijs wanneer zij een console kopen, zullen zij minstens even ongevoelig zijn voor de prijs van aanvullende producten die later worden gekocht. Dat de prijselasticiteit van spelcassettes kleiner is dan 1, kan worden afgeleid uit blz. 1527: volgens deze gegevens zou een verhoging van de prijzen van N64-spelcassettes leiden tot een verhoging van de brutomarge van NF, hetgeen wijst op een onelastische vraag voor spelcassettes.

⁽³⁸⁾ Jaarverslag 1997 van Nintendo, blz. 2249.

⁽³⁹⁾ Zie antwoord van Nintendo op de mededeling van punten van bezwaar, punten 2.1 tot 2.3, als onder bijlage A.

⁽⁴⁰⁾ Verklaringen van Nintendo van 1 september 1998, blz. 24 (blz. 2329).

⁽⁴¹⁾ Zie faxen van Nortec aan NOE (blz. 1559), Bergsala aan NOE (blz. 1574) en Linea aan NOE (blz. 1579 en 1580). Uit deze correspondentie blijkt dat bij NOE-consoles die vanuit het Verenigd Koninkrijk worden ingevoerd alleen een andere scart kabel, een andere stekker en een eenvoudig instructieboekje in de plaatselijke taal moeten worden gevoegd. De kosten hiervan zijn te verwaarlozen in vergelijking met de waarde van de console. Evenzo bestaan er geen technische belemmeringen voor import in het Verenigd Koninkrijk (blz. 775).

⁽⁴²⁾ Zie het vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Brussel van 27 september 1995 in de zaak Nintendo Belgium — Horelec met betrekking tot parallel geïmporteerde spelletjes vanuit het Verenigd Koninkrijk. Uit dit vonnis blijkt dat de technische aanpassingen die nodig zijn om consoles welke voor de Britse markt zijn bestemd aan Belgische TV-normen aan te passen, gemakkelijk uitvoerbaar en legaal zijn. Gezien de datum van het vonnis, kan dit alleen betrekking hebben op NES- en/of SNES-consoles (blz. 2220-2228).

- (55) Aangezien er geen rechtstreekse interactie is tussen de spelcassettes en het televisiescherm (beide worden op elkaar aangesloten via de spelconsole), bestaan er voor spelcassettes geen vergelijkbare problemen met betrekking tot technische compatibiliteit. Spelletjes voor SNES-consoles functioneren ongeacht de TV-norm waarvoor de consoles zijn ontworpen⁽⁴³⁾. Via parallelimport werden spelcassettes voor N64-consoles en NES-consoles respectievelijk vanuit België⁽⁴⁴⁾ en Spanje⁽⁴⁵⁾ in Frankrijk ingevoerd. In Spanje en België wordt de PAL-norm toegepast en in Frankrijk de SECAM-norm. Aangezien de spelcassettes voor vaste consoles gewoon functioneerden, ongeacht of de consoles waarop ze werden gebruikt voor de SECAM- of de PAL-norm waren ontworpen, bestonden er geen technische handelsbelemmeringen voor deze producten.
- (56) Draagbare consoles ten slotte zijn technisch gezien over de hele wereld gelijk. Ook de spelcassettes die voor het gebruik met deze consoles op de markt worden gebracht, zijn technisch gezien over de hele wereld identiek.

1.3.2. Andere overwegingen die relevant zijn voor de geografische marktafbakening

- (57) Als onderdeel van een algemene strategie ter bestrijding van parallelhandel achtte NOE het noodzakelijk om „te streven naar een marge van 10 % tussen handelsprijzen in Europa na max. voorwaarden”⁽⁴⁶⁾. Hiermee werd aangegeven dat, om te vermijden dat detailhandelaren die in een bepaald gebied waren gevestigd zich tot aanbieders in andere gebieden zouden wenden, prijsverschillen niet hoger mochten zijn dan 10 %. Dit betekent dat aanbieders in andere gebieden daadwerkelijk een alternatieve leveringsbron voor de producten vormen. Alleen al op deze grond kan worden geconcludeerd dat de markt voor producten die technisch identiek zijn de hele EER omvat. Het bovengenoemde citaat strookt met de vaststelling dat de omstandigheden wat de vraag betreft binnen de EER zeer homogeen waren.
- (58) Tot staving hiervan kan bovendien worden opgemerkt dat op elke relevante productmarkt over de hele EER een vergelijkbaar aanbod van producten bestaat, omdat de spelconsoles van Nintendo, Sega en Sony in elk land van de EER worden verkocht en de meeste spelcassettes die op de markt beschikbaar zijn in de hele EER te koop zijn⁽⁴⁷⁾. Nieuwe producten worden vaak op dezelfde dag in de hele EER gelanceerd⁽⁴⁸⁾. Nintendo, Sony en Sega

hadden in grote lijnen dezelfde marktaandelen in verschillende delen van de EER en de intrede van Sony op de markt voor vaste consoles had over de hele EER vergelijkbare gevolgen voor de marktaandelen van de partijen⁽⁴⁹⁾. Wat de aanbodzijde betreft, waren er dus evenmin aanzienlijke verschillen in de mededingingsvoorwaarden binnen de EER.

- (59) Bovendien vormen vervoerskosten of andere handelsbelemmeringen evenmin een wezenlijk obstakel voor de handel in de producten, aangezien spelcassettes en spelconsoles vaak het voorwerp uitmaakten van parallelhandel tussen de verschillende lidstaten. Eventuele handelsbelemmeringen voor de producten zouden voor spelcassettes en draagbare consoles nog lager zijn dan voor vaste consoles, gezien het zeer kleine volume en gewicht van spelcassettes en draagbare consoles en het feit dat deze producten niet hoeven te worden aangepast aan plaatselijke omstandigheden.
- (60) Voorts kan worden opgemerkt dat de aanwezigheid in bepaalde landen van ondernemingen die op actieve wijze parallel ingevoerde producten aan detailhandelaren aanboden, een bevestiging vormt van het feit dat het commercieel aantrekkelijk was om producten via parallelhandel te importeren en aan eindgebruikers door te verkopen en dat hiervoor geen belangrijke aanpassingen van de technische eigenschappen of de verpakking van de producten nodig waren⁽⁵⁰⁾. De aanwezigheid van parallelhandelaren maakte de handel in parallel verhandelde producten overzichtelijker en goedkoper voor potentiële kopers⁽⁵¹⁾, waardoor eventuele hinderpalen die dealers ervan zouden weerhouden zich tot aanbieders in andere gebieden te wenden, nog werden verlaagd.

- (61) Niettemin bestonden er aanzienlijke prijsverschillen tussen verscheidene EER-landen. Uiteindelijk hield Nintendo deze prijsverschillen niet binnen zodanige grenzen dat parallelhandel werd voorkomen, maar nam het beperkende maatregelen tegen de parallelhandel. Gelet op de bovenstaande overwegingen, wijzen deze prijsverschillen derhalve niet op het bestaan van verschillende geografische markten, maar illustreren zij enkel het feit dat de inbreuken daadwerkelijk leidden tot een verdeling van de interne markt.

⁽⁴³⁾ Zie verklaring van Nintendo van 5 oktober 1998 (blz. 2493).

⁽⁴⁴⁾ Zie blz. 1229, 1566 en 1575.

⁽⁴⁵⁾ Zie blz. 1255.

⁽⁴⁶⁾ Blz. 1010. Oorspronkelijke tekst: „shoot for prices within 10 % difference to trade within Europe after max. terms”.

⁽⁴⁷⁾ Volgens een in opdracht van MMC uitgevoerd onderzoek (zie blz. 216 en 217 van het rapport (blz. 2591)) naar prijzen in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Frankrijk, waren, in alle onderzochte landen, de onderzochte spelconsole-pakketten en spelcassettes op ruime schaal beschikbaar in de detailhandel en over het algemeen uit voorraad leverbaar. In sommige gevallen kan op basis van de relevante documenten een vergelijking worden gemaakt tussen de producten die in de verschillende landen beschikbaar zijn (zie bijvoorbeeld blz. 1272, 1306-1307, 1327-1333). Uit deze vergelijkingen blijkt dat alle consoles en op zijn minst het merendeel van de spelcassettes te verkrijgen zijn bij zowel plaatselijke distributeurs als parallelhandelaren, hetgeen erop wijst dat het productaanbod in de verschillende EER-landen in grote lijnen hetzelfde is.

⁽⁴⁸⁾ Blz. 1010, 1229.

⁽⁴⁹⁾ Zie tabellen 2, 3 en 4 in de overwegingen 73, 74 en 75.

⁽⁵⁰⁾ Blz. 1120 en 1126. Zie opnieuw de faxen van Nortec aan NOE (blz. 1559), Bergsala aan NOE (blz. 1574) en Linea aan NOE (blz. 1579 en 1580) met betrekking tot de beperkte vereisten en geringe kosten van de aanpassing van de producten aan lokale marktvoorwaarden.

⁽⁵¹⁾ Als aanvullende dienst zorgden parallelhandelaren blijkbaar voor de aanpassing van parallel ingevoerde producten aan de lokale marktvoorwaarden; zo leverden zij de noodzakelijke scart kabels en aangepaste stekkers, indien de parallelimport betrekking had op vaste consoles.

1.3.3. Intellectuele-eigendomsrechten

- (62) De Commissie heeft de mogelijkheid van geografische markten welke ruimer zijn dan de EER onderzocht. Dit is echter niet het geval, omdat Nintendo handelaren die spelconsoles of spelcassettes van Nintendo via parallelhandel importeren vanuit gebieden buiten de EER actief vervolgt wegens schending van de intellectuele-eigendomsrechten van Nintendo in de EER⁽⁵²⁾.

1.3.4. De geografische omvang van de markten volgens Concentra

- (63) Concentra beweert dat de Portugese markt als een afzonderlijke markt moet worden beschouwd⁽⁵³⁾. De bovenstaande analyse van de Commissie met betrekking tot de geografische omvang van de relevante productmarkten wordt niet betwist door Concentra, de feiten waarop deze analyse is gebaseerd evenmin. Volgens Concentra bevindt het zich echter in een uitzonderlijke situatie, om de enkele reden dat er Portugese wetten zijn die bepalen dat consumenten recht hebben op informatie in de Portugese taal en dat ondernemingen die in Portugal actief zijn informatie in het Portugees moeten verstrekken⁽⁵⁴⁾.
- (64) De afwezigheid van parallelhandel betekent echter niet noodzakelijk dat er verschillende nationale markten bestaan. Het is zeer goed mogelijk dat een ruimte waar de mededingingsvoorwaarden voldoende homogeen zijn één enkele geografische markt vormt.
- (65) Om consoles binnen de EER te verhandelen, zijn soms verschillende ingrepen noodzakelijk, maar deze beperken zich tot één of meer van de volgende ingrepen: het wijzigen van de stekker van de vaste console, het toevoegen van een zogenoemde scart kabel om de spelconsole aan te sluiten op het televisietoestel dat in het land van bestemming wordt gebruikt en het toevoegen van een klein instructieboekje in de plaatselijke taal. Het dossier van de Commissie bevat verscheidene documenten van de partijen⁽⁵⁵⁾ waarin de kosten van deze ingrepen worden geraamd. Concentra heeft deze feiten niet betwist en heeft evenmin aanvullende feiten aangevoerd. Uit deze documenten blijkt dat de

betrokken kosten gering zijn in vergelijking met de waarde van de console en duidelijk geen belemmering vormden voor de parallelhandel.

- (66) Ofschoon de handel binnen de EER dus bepaalde kosten kan meebrengen, zijn deze kosten te gering om in dit geval het bestaan van verschillende geografische markten te rechtvaardigen.
- (67) Het bestaan van een afzonderlijke geografische markt voor Portugal wordt ook ontkracht door het feit dat, in tegenstelling tot hetgeen Concentra beweert, de parallelhandel van spelconsoles en spelcassettes naar Portugal, althans op sommige momenten, zeer omvangrijk was en niet geringer was dan voor andere gebieden⁽⁵⁶⁾.
- (68) Concluderend moeten voor vaste consoles twee geografische markten worden onderscheiden: Frankrijk enerzijds en de rest van de EER anderzijds. De geografische markt voor draagbare consoles omvat de hele EER. Alle geografische markten voor spelcassettes die compatibel zijn met de verschillende consoles van Nintendo omvatten eveneens de hele EER.

1.4. De situatie van de mededinging op de relevante markten

1.4.1. De markten voor spelconsoles

- (69) Gedurende de periode van de inbreuk waren er slechts enkele belangrijke aanbieders van spelconsoles, namelijk Nintendo, Sony en Sega. Deze ondernemingen zijn alle in Japan gevestigd. Andere spelplatforms, zoals 3DO, Commodore CD32, Philips CD-i en Atari Jaguar, waren geen belangrijke spelers op de markt⁽⁵⁷⁾.
- (70) In het jaar dat eindigde op 31 maart 1997 had Nintendo een wereldwijde omzet van 417,6 miljard JPY⁽⁵⁸⁾, terwijl de afdeling elektronische spelletjes van Sony een omzet had van 419 miljard JPY⁽⁵⁹⁾ en de afdeling consumentenapparatuur van Sega een omzet van 114,5 miljard JPY haalde⁽⁶⁰⁾. Omgerekend bedragen deze omzetcijfers respectievelijk 2 990 miljoen EUR, 3 001 miljoen EUR en 820 miljoen EUR.

⁽⁵²⁾ De klacht van Omega was een gevolg van de gerechtelijke procedures die Nintendo om deze reden tegen Omega had ingeleid (blz. 3). NF waarschuwde al zijn klanten dat het alle dealers die de producten importeerden via illegale parallelimport, d.w.z. van buiten de EER en zonder toestemming van Nintendo, actief zou vervolgen. NF handelde volgens uitdrukkelijke instructies van NCL (blz. 1221 en 1222). NB stapte ook naar de rechter om Horelec te verhinderen vanuit de VS te importeren (blz. 1303).

⁽⁵³⁾ Zie antwoord van Concentra op de mededeling van punten van bezwaar, punten 20-24.

⁽⁵⁴⁾ Wet 24/96 van 31 juli 1996, wetsdecreet nr. 238/86 van 19 augustus 1986 (zoals gewijzigd bij wetsdecreet nr. 42/88 van 6 februari 1988).

⁽⁵⁵⁾ Zie punt 25 en voetnoot 17 van de mededeling van punten van bezwaar, gebaseerd op feiten die vermeld zijn op blz. 1559, 1574, 1579, 1580 en blz. 2220-2228. Blz. 1559 heeft betrekking op de situatie in Griekenland, dat, wat marktomvang en relatieve ligging betreft, vergelijkbaar is met Portugal.

⁽⁵⁶⁾ Blz. 1427-1428 en 1441-1442.

⁽⁵⁷⁾ De Commissie verzocht Nintendo cijfers te verstrekken met betrekking tot de omzet in de EER voor gespecialiseerde spelconsoles van Nintendo zelf en van Sony en Sega en elke andere aanbieder van dergelijke producten. Nintendo verstreekte geen omzetcijfers voor andere aanbieders van gespecialiseerde spelconsoles, en vermeldde deze niet eens (blz. 2250-2268). Zie ook CTW, „A modern map of Europe” in de verklaring van Nintendo van 1 september 1998 (blz. 2289).

⁽⁵⁸⁾ Jaarverslag 1997 van Nintendo. Nintendo realiseerde 90 % van zijn verkopen en inkomsten in deze sector (zie jaarverslag 1997, blz. 58) (blz. 2249). Zijn totale omzet kan derhalve worden vergeleken met de omzet van Sega en Sony in de relevante sectoren.

⁽⁵⁹⁾ Zie uittreksel van de website van Sony, zoals beschreven in de verklaring van Nintendo van 1 september 1998 (blz. 2276).

⁽⁶⁰⁾ Zie Agence France Presse van 22 mei 1998 (blz. 2334).

(71) In 1994 had Nintendo zowel in Frankrijk als in andere EER-landen belangrijke marktaandeelen voor alle soorten consoles die toen op de markt waren (zie onderstaande tabellen 2 en 4). Vóór september 1995 namen Sega en Nintendo bijna 100 % van de verkoop van spelconsoles in de EER voor hun rekening⁽⁶¹⁾. Op het einde van september 1995 deed Sony zijn intrede op de EER-markt(en) voor spelconsoles met zijn 32-bit Sony Playstation en verkreeg het een belangrijk marktaandeel. Sega lanceerde op zijn beurt een eigen 32-bit console (Saturn), die minder succes had. Het antwoord van Nintendo op deze uitdaging, de N64-console, kwam pas in maart 1997 op de markt in de EER. Volgens de jaarverslagen van Nintendo van 1995 en 1996 bleef Nintendo de grootste producent van videoproducten in de wereld⁽⁶²⁾. In 1997 bleef de wereldwijde omzet van Nintendo net iets onder die van de afdeling elektronische spelletjes van Sony.

(72) In 1997 bedroegen, volgens Datamonitor⁽⁶³⁾, de Europese verkopen van vaste consoles van Sony 673 miljoen USD of 530 miljoen EUR tegen detailhandelsprijzen. In het jaar dat eindigde in maart 1998, bedroeg de omzet van Nintendo voor consoles in de EER ongeveer [...] EUR tegen groothandelsprijzen⁽⁶⁴⁾. De Europese omzet van Sega voor alleen consoles is niet bekend. Over het algemeen wordt echter aangenomen dat Sega aanzienlijk minder consoles verkoopt dan Sony en Nintendo. In het boekjaar 1996/1997 bedroeg de Europese omzet van Sega voor consoles en spelletjes 173 miljoen GBP of 250 miljoen EUR⁽⁶⁵⁾, d.w.z. de totale omzet van Sega in de EER was lager dan de omzet van Nintendo in de EER voor consoles alleen. Derhalve beliep het marktaandeel van Nintendo op de EER-markt(en) voor spelconsoles nog altijd minstens [...] % in 1997⁽⁶⁶⁾.

1.4.1.1. De markt voor vaste spelconsoles

(73) De cijfers in tabel 2 tonen aan dat Nintendo, zowel op de Franse markt als op de markt die de overige EER-landen (behalve het Verenigd Koninkrijk) omvat, belangrijke marktaandeelen had voor alle soorten vaste spelconsoles die in 1994 op de markt waren.

TABEL 2

Marktaandeelen (in volume) van Nintendo en Sega per type vaste console en per land in 1994

	UK	D	E	F
Nintendo vaste 8-bit consoles (NES)	35	55	67	73

⁽⁶¹⁾ Volgens Durlacher & Co werd in 1994 slechts 4 % van de wereldwijde verkoop van consoles door andere ondernemingen dan Sega en Nintendo gerealiseerd (zie „A survey of the video and computer games industry”, blz. 36) (blz. 2378).

⁽⁶²⁾ Zie blz. 1 en 24 van jaarverslag 1995 van Nintendo en blz. 8 van jaarverslag 1996 van Nintendo (blz. 2341 en 2248).

⁽⁶³⁾ CTW van 22 september 1997, „Datamonitor's five year review” (zie verklaring van Nintendo van 1 september 1998, blz. 3 (blz. 2253)).

⁽⁶⁴⁾ Verklaring van Nintendo van 1 september 1998, blz. 16 (blz. 2266).

⁽⁶⁵⁾ Verklaring van Nintendo van 1 september 1998, blz. 4 (blz. 2254).

⁽⁶⁶⁾ „Minstens”, want indien de omzet van Sony en Sega zou worden berekend aan de hand van groothandelsprijzen, en voor Sega alleen de verkoop van consoles in aanmerking zou worden genomen, zou het marktaandeel van Nintendo noodzakelijkerwijs groter zijn.

	UK	D	E	F
Sega vaste 8-bit consoles (Master system)	65	45	33	27
Nintendo vaste 16-bit consoles (SNES)	37	69	37	53
Sega vaste 16-bit consoles (Mega drive)	63	31	63	47

Bron: GFK, Nielsen⁽⁶⁷⁾.

(74) Volgens cijfers van Screen Digest bedroeg het marktaandeel van Nintendo in 1997, gemeten naar volume en uitsluitend met betrekking tot de geavanceerde vaste consoles, dus zonder de verkopen van de 16-bit SNES-console van Nintendo, 31 % op de Franse markt voor vaste spelconsoles en 37 % op de markt voor vaste spelconsoles van alle andere EER-landen (zie tabel 3). Itochu heeft bevestigd dat, ten aanzien van vaste consoles, de concurrentiepositie van Nintendo in Griekenland vergelijkbaar was met die in andere EER-landen⁽⁶⁸⁾. Derhalve kan worden geconcludeerd dat Nintendo, ofschoon het als aanbieder van vaste spelconsoles minder belangrijk is geworden sinds de intrede op de markt van Sony, een belangrijke aanbieder van vaste spelconsoles in Frankrijk en elders in de EER is gebleven.

TABEL 3

Marktaandeel (in volume) voor geavanceerde (32- en 64-bit) vaste consoles in 1997⁽⁶⁹⁾

	B, L, NL	D	IRL	I	Scandinavië	E, P	GR, A	VK	Eur (uitz. F)	F
N64	38	48	31	32	43	28	66	32	37	31

⁽⁶⁷⁾ Zie zaak nr. 35.587, volume VIII, blz. 2143-2169.

⁽⁶⁸⁾ Zie antwoord van Itochu op de mededeling van punten van bezwaar, punt 19.

⁽⁶⁹⁾ Zie blz. 2575-2576. In 1997 maakte de verkoop van minder geavanceerde 16-bit vaste consoles geen significant deel meer uit van de totale verkoop van vaste consoles. Uit de tabel die is opgenomen in het CTW-artikel „UK market soars to £890 m” (blz. 2293) kan worden afgeleid dat het marktaandeel van Nintendo op de Britse markt voor geavanceerde consoles slechts 31,7 % bedroeg. Dit cijfer komt bijna overeen met het cijfer dat in tabel 2 voor het Verenigd Koninkrijk is aangegeven, maar is afkomstig van een andere bron, waardoor de geloofwaardigheid van de in tabel 2 vermelde cijfers wordt versterkt. Uit deze tabel blijkt ook dat de verkoop van 16-bit consoles ongeveer 6 % van de Britse verkoop van gespecialiseerde spelconsoles uitmaakte.

	B, L, NL	D	IRL	I	Scandi- navië	E, P	GR, A	VK	Eur (uitz. F)	F
Saturn	3	1	2	3	2	4	2	7	4	3
Playstation	60	51	66	65	55	68	32	62	59	66

Bron: Berekend op basis van door Screen Digest verstrekte cijfers. De cijfers zijn afgerond, waardoor de optelsom niet in alle kolommen op 100 % uitkomt.

1.4.1.2. De markt voor draagbare spelconsoles

- (75) In 1994 had Nintendo (zie tabel 4) een belangrijk marktaandeel op de EER-markt voor draagbare consoles. Sindsdien is zijn marktaandeel aanzienlijk gestegen. In 1995 had Nintendo Game Boy een marktaandeel van [...] % op de markt voor draagbare consoles in Duitsland, [...] % in Spanje en [...] % in Frankrijk⁽⁷⁰⁾. Wat het Verenigd Koninkrijk betreft, wordt in het bedrijfsplan van THE voor 1997/1998 aangegeven dat „door het verdwijnen van Game Gear, Game Boy de markt voor draagbare consoles beheerst met een marktaandeel van [...] %”⁽⁷¹⁾. Derhalve kan ook worden geconcludeerd dat Nintendo veruit de belangrijkste aanbieder op de EER-markt voor draagbare consoles is. Itochu heeft ook ten aanzien van draagbare consoles bevestigd dat de concurrentiepositie van Nintendo in Griekenland vergelijkbaar is met die in andere EER-landen⁽⁷²⁾.

TABEL 4

Marktaandelen (in volume) van Nintendo en Sega voor draagbare consoles per land in 1994

	VK	D	E	F
Draagbare consoles van Nintendo (Game Boy)	73	87	63	73
Draagbare consoles van Sega (Game Gear)	27	13	37	27

Bron: GFK, Nielsen⁽⁷³⁾.

1.4.2. De markten voor spelcassettes

- (76) Voor elke console is een breed gamma van spelcassettes beschikbaar. De beschikbaarheid van een groot aantal spelletjes is feitelijk een van de belangrijkste factoren voor het succes van een spelconsole. De spelcassettes worden ontwikkeld/op de markt gebracht door de consoleproducent zelf of door derden, gewoonlijk onder licentie van consoleproducenten. Derden die spelletjes uitgeven, gebruiken soms andere distributiekanalen voor hun spelcassettes dan die van Nintendo⁽⁷⁴⁾.
- (77) Spelcassettes worden verkocht om te worden gebruikt op de geïnstalleerde hardware van spelconsoles. Volgens het jaarverslag van Nintendo van 1997 bedroeg eind april 1997 het totaal aantal verkochte Game Boy-consoles over de hele wereld 55 miljoen eenheden, terwijl in dezelfde periode 235 miljoen compatibele spelcassettes werden verkocht. De overeenkomstige cijfers voor SNES-consoles en spelcassettes die compatibel zijn met SNES-consoles bedroegen respectievelijk 46 miljoen en 359 miljoen eenheden⁽⁷⁵⁾.
- (78) De mededinging op de verschillende markten voor spelcassettes berust hoofdzakelijk op kwaliteit, welke tot uitdrukking komt in het gebruik van populaire personages (zoals „Mario” van Nintendo), de grafische kwaliteit, het unieke karakter van elk spel binnen zijn categorie⁽⁷⁶⁾ en de prijs in vergelijking met die van andere spelletjes die voor dezelfde console beschikbaar zijn. De vraag naar een bepaald spel is gewoonlijk van betrekkelijk korte duur en bestrijkt slechts een periode van drie tot twaalf maanden. Ofschoon soms een groot aantal spelletjes die met een bepaalde console compatibel zijn beschikbaar is, spitst de verkoop van spelcassettes zich meestal toe op een zeer klein aantal nieuwe spelletjes. Volgens THE⁽⁷⁷⁾ heeft [...] % van de totale verkoop van spelletjes betrekking op de tien populairste spelletjes die op dat moment beschikbaar zijn. Alleen voor de meest succesvolle spelletjes kan de vraag verscheidene jaren duren. Als de vraag naar een bepaald spelletje eenmaal is gedaald, worden de voorraden tegen lagere prijzen verkocht, waardoor de markt voor spelcassettes een tweeledige structuur heeft van exclusieve en goedkope producten. De aanbevolen detailhandelsprijzen voor goedkope spelletjes bedragen ongeveer de helft van de prijzen voor exclusieve producten⁽⁷⁸⁾.
- (79) Het is niet mogelijk voor elk jaar precieze cijfers te verstrekken met betrekking tot de marktaandelen van Nintendo-producten op elke markt voor spelcassettes die

⁽⁷⁰⁾ Blz. 2449-2450.

⁽⁷¹⁾ Blz. 531. Oorspronkelijke tekst: „the demise of the Game Gear leaves Game Boy dominating the portable market with a share of [...] %”.

⁽⁷²⁾ Zie antwoord van Itochu op de mededeling van punten van bezwaar, punt 19.

⁽⁷³⁾ Zie zaak nr. 35.587, volume VIII, blz. 2143-2169.

⁽⁷⁴⁾ Omega en Itochu distribueerden bijvoorbeeld spelcassettes van derde fabrikanten van spelletjes (blz. 2 en antwoord van Itochu op de mededeling van punten van bezwaar, punt 20).

⁽⁷⁵⁾ Blz. 2249.

⁽⁷⁶⁾ Blz. 567.

⁽⁷⁷⁾ Blz. 532 alsmede blz. 554, waar te lezen staat dat [...] % van de verkopen betrekking heeft op [...] % van de spelletjes.

⁽⁷⁸⁾ Blz. 575, 576.

compatibel zijn met Nintendo-consoles⁽⁷⁹⁾. Het belang van Nintendo als uitgever van spelletjes blijkt echter uit het feit dat het als tweede is gerangschikt in de door Charttrack opgestelde Top 20 voor het Verenigd Koninkrijk van uitgever van elektronische spelletjes voor 1997⁽⁸⁰⁾. Gemeten aan de totale verkoop van spelcassettes voor alle soorten spelconsoles, dit wil zeggen, een omzet die veel groter is dan de totale omzet van de relevante markten voor spelletjes die compatibel zijn met Nintendo-consoles⁽⁸¹⁾, bedraagt het marktaandeel van Nintendo 18,5 %. De marktaandelen van Nintendo op de relevante markten voor spelletjes die compatibel zijn met Nintendo-consoles moeten derhalve veel groter zijn, aangezien Nintendo alleen cassettes vervaardigt die compatibel zijn met zijn eigen consoles. In Duitsland heeft Nintendo, gemeten aan alle spelsoftware voor spelconsoles, een marktaandeel van 54 %⁽⁸²⁾.

- (80) Het belang van Nintendo als uitgever van spelletjes kan ook worden geïllustreerd aan de hand van de in de delen 1.4.2.1 tot 1.4.2.3 beschreven feiten. Deze tonen aan dat Nintendo de grootste aanbieder was op elke markt voor spelcassettes die compatibel zijn met de door Nintendo geproduceerde SNES-, N64- en Game Boy-consoles.

1.4.2.1. De markt voor spelcassettes die compatibel zijn met SNES

- (81) Gemeten aan de totale Europese verkoop van spelcassettes voor 16-bit consoles, zouden de marktaandelen van Nintendo in 1995 en 1996, op basis van zijn omzet in die jaren, respectievelijk [...] % en [...] % bedragen⁽⁸³⁾. Deze cijfers zijn echter nog altijd een onderschatting van het marktaandeel van Nintendo op de relevante EER-markt voor spelcassettes die compatibel zijn met SNES-consoles. Ten eerste produceert Nintendo alleen spelcassettes die compatibel zijn met zijn eigen consoles, terwijl deze percentages betrekking hebben op de totale markt voor spelcassettes die compatibel zijn met SNES-consoles en die welke compatibel zijn met de 16-bit console van SEGA. Op de markt die in deze context relevant is, namelijk de markt voor spelcassettes die compatibel zijn met SNES-consoles, moet het marktaandeel van Nintendo noodzakelijk hoger zijn dan op

een markt die op een ruimere marktomschrijving berust. Ten tweede zijn de cijfers voor de totale markt berekend in detailhandelsprijzen, terwijl het „marktaandeel van Nintendo” is berekend aan de hand van de omzet van Nintendo tegen handelsprijzen en er geen rekening is gehouden met de winstmarges van detailhandelaren en onafhankelijke distributeurs.

- (82) Volgens Gallup had Nintendo in het Verenigd Koninkrijk een marktaandeel van 43,0 % (in volume) op de markt voor spelcassettes die compatibel zijn met de SNES-console in het kwartaal dat eindigde op 31 december 1994. In dezelfde periode hadden de voornaamste concurrenten van Nintendo op deze markt, Virgin, Acclaim, Ocean en Sony, respectievelijk marktaandelen van 9,5 %, 9,1 %, 7,9 % en 4,2 %. In het kwartaal dat eindigde op 31 maart 1995 bedroeg het marktaandeel van Nintendo 29,4 % (in volume). In dezelfde periode hadden Virgin, Acclaim, Ocean en Sony marktaandelen van respectievelijk 11,4 %, 9,5 %, 8,5 % en 8,9 %⁽⁸⁴⁾. Het marktaandeel van Nintendo in het Verenigd Koninkrijk bleef redelijk stabiel gedurende de periode van de inbreuk⁽⁸⁵⁾.

1.4.2.2. De markt voor spelcassettes die compatibel zijn met N64

- (83) In 1997 bedroeg in het Verenigd Koninkrijk de verkoop van spelcassettes die compatibel zijn met de N64-console van Nintendo 63 miljoen GBP of 91 miljoen EUR tegen detailhandelsprijzen⁽⁸⁶⁾. In het boekjaar dat eindigde in maart 1998 bedroeg de omzet van Nintendo in het Verenigd Koninkrijk [...] EUR tegen groothandelsprijzen⁽⁸⁷⁾. Dit betekent dat, in 1997, Nintendo op de markt voor spelcassettes die compatibel zijn met de N64-console minstens een marktaandeel had van [...] %⁽⁸⁸⁾. In de tweede helft van 1998 zouden 17 andere uitgever van spelletjes in totaal 33 spelletjes voor de N64-console op de markt brengen. De belangrijkste waren Acclaim en Infogames met respectievelijk vijf en zes spelletjes⁽⁸⁹⁾. Deze cijfers hebben alleen betrekking op het Verenigd Koninkrijk. Het staat echter vast dat het marktaandeel in de EER-markt voor N64-spelcassettes niet kleiner kan zijn.

⁽⁷⁹⁾ De Commissie had Nintendo verzocht cijfers daarover te verstrekken (blz. 2249). Nintendo was echter evenmin in staat deze cijfers te verstrekken (blz. 2260-2266).

⁽⁸⁰⁾ CTW van 9 februari 1998, blz. 8 van de verklaring van Nintendo aan de Commissie van 1 september 1998 (blz. 2258).

⁽⁸¹⁾ De noemer die Charttrack gebruikte om dit percentage te berekenen, omvat ook de omzet van spelletjes die compatibel zijn met de gespecialiseerde spelconsoles van Sega en Sony en die geen deel uitmaken van de relevante markten.

⁽⁸²⁾ Blz. 2590.

⁽⁸³⁾ Voor de berekening van deze cijfers werd gebruik gemaakt van de cijfers, met betrekking tot de relevante jaren, voor gespecialiseerde 16-bit consoles, zoals vermeld in tabel 2 van de verklaring van Nintendo van 1 september 1998 (blz. 6), en de omzet van Nintendo in de EER met betrekking tot spelletjes voor de SNES-console, zoals vermeld in de tabellen 16 en 18 van dezelfde verklaring (blz. 14 en 15) (blz. 2256, 2264, 2265).

⁽⁸⁴⁾ IV/35.587 blz. 305 en 321. Op dat moment had Sony zijn eigen console nog niet geïntroduceerd en trad het op als uitgever van spelletjes. Er mag niet te veel belang worden gehecht aan verschillen tussen driemaandelijkse marktaandelen. De verkoop van spelcassettes is nogal wisselvallig en kan op korte termijn grote verschillen vertonen, naargelang in een bepaald kwartaal een succesvol spel op de markt wordt gebracht of niet (zie ook overweging 76). Op langere termijn zijn marktaandelen echter redelijk stabiel.

⁽⁸⁵⁾ Blz. 881.

⁽⁸⁶⁾ CTW, „Record year right on track” (zie verklaring van Nintendo van 1 september 1998 (blz. 2296)).

⁽⁸⁷⁾ Tabel 18 van de verklaring van Nintendo van 1 september 1998 (blz. 2265).

⁽⁸⁸⁾ Opnieuw „minstens”, omdat de verkoopcijfers van Nintendo zijn uitgedrukt in handelsprijzen terwijl de noemer is berekend in detailhandelsprijzen.

⁽⁸⁹⁾ Screen Digest, juli 1998 (blz. 2574A).

1.4.2.3. De markt voor spelcassettes die compatibel zijn met Game Boy

- (84) Volgens Gallup had Nintendo in het Verenigd Koninkrijk een marktaandeel (in volume) op de markt voor spelletjes die compatibel zijn met de Game Boy-console van 57,0 % in het kwartaal dat eindigde op 31 december 1994 en van 53,6 % in het kwartaal dat eindigde op 31 maart 1995. De belangrijkste concurrenten van Nintendo op deze markt waren Ocean en Acclaim. In de bovengenoemde twee kwartalen bedroegen de gemiddelde marktaandelen van deze ondernemingen respectievelijk 8 % en 6,3 %⁽⁹⁰⁾.

1.5. De procedure

- (85) In maart 1995 stelde de Commissie een onderzoek in naar de sector videospelletjes (zaak IV/35.587 PO Videospelletjes). Op grond van haar voorlopige bevindingen stelde de Commissie een aanvullend onderzoek in, dat specifiek betrekking had op het distributiesysteem van Nintendo (zaak nr. IV/35.706 PO Distributie van Nintendo). De zaak nr. IV/36.321 Omega — Nintendo ontstond naar aanleiding van een formele klacht die in november 1996 door Omega Electro BV werd ingediend overeenkomstig artikel 3, lid 2, onder b), van Verordening nr. 17.

1.5.1. Contacten tussen Nintendo en de Commissie gedurende het onderzoek

- (86) In juni 1995⁽⁹¹⁾ zond de Commissie een verzoek om inlichtingen aan Nintendo overeenkomstig artikel 11 van Verordening nr. 17, waarbij zij onder meer verzocht om informatie over de distributeurs en dochterondernemingen van Nintendo in de EER en om afschriften van zijn formele distributieovereenkomsten met de ondernemingen welke actief waren in Frankrijk, Duitsland, Italië en het Verenigd Koninkrijk. In zijn antwoord van 31 juli 1995⁽⁹²⁾ verstrekte NOE de namen van de belangrijkste distributeurs en dochterondernemingen van Nintendo in de EER en een afschrift van de formele distributieovereenkomst met de Italiaanse distributeur, Linea. NOE verklaarde dat er geen overeenkomsten bestonden met betrekking tot de andere door de Commissie genoemde gebieden, aangezien de ondernemingen die actief waren op deze markten volledige dochterondernemingen waren van Nintendo.
- (87) Op 19 september 1995 verzocht de Commissie ook om een afschrift van de algemene verkoopvoorwaarden van NOE⁽⁹³⁾. Hierop werd geantwoord dat deze voorwaarden op dat moment werden herzien en dat afschriften van de nieuwe voorwaarden aan de Commissie zouden worden gezonden zodra deze beschikbaar waren. In een aanvullend antwoord van

26 september 1995 op het overeenkomstig artikel 11 ingediende verzoek van 26 juni 1995, werden afschriften van de formele distributieovereenkomsten met de Griekse en Portugese distributeurs aan de Commissie gezonden⁽⁹⁴⁾. Op 9 oktober 1995⁽⁹⁵⁾ zond de Commissie een verzoek om inlichtingen betreffende een aantal bepalingen in deze overeenkomsten. Op 20 november 1995⁽⁹⁶⁾ bracht Nintendo de Commissie ervan op de hoogte dat het bezig was met de herziening van zijn distributieovereenkomsten en specifieke voorstellen over eventuele wijzigingen aan de Commissie zou doen toekomen.

- (88) Vervolgens vond op 19 januari 1996⁽⁹⁷⁾ een bijeenkomst van de Commissie met vertegenwoordigers van Nintendo plaats. De Commissie verzocht Nintendo een beschrijving te geven van zijn distributiebeleid. Nintendo verklaarde dat de overeenkomsten op dat moment werden herzien en dat een definitief ontwerp van de overeenkomsten aan de Commissie zou worden gezonden, na voltooiing ervan. Nintendo gaf aan dat dit de standaardovereenkomst zou worden die door alle distributeurs zou worden gebruikt. Het verzekerde de Commissie dat alle punten van zorg met betrekking tot de verplichtingen van de distributeurs in het nieuwe ontwerp van de distributieovereenkomst zouden worden behandeld.
- (89) Op 19 april 1996⁽⁹⁸⁾ diende Nintendo zijn nieuwe ontwerp-overeenkomst voor onafhankelijke Nintendo-distributeurs in, zoals afgesproken op de bijeenkomst van 19 januari 1996. Op 24 april 1996 vond een nieuwe bijeenkomst van de Commissie met vertegenwoordigers van Nintendo plaats⁽⁹⁹⁾. Op deze bijeenkomst verzocht de Commissie om opheldering over een aantal punten, zoals de bepalingen met betrekking tot „erkende dealers” en de juridische status van de oude overeenkomsten. Nintendo bracht de Commissie ervan op de hoogte dat de overeenkomst met de Italiaanse distributeur was verlopen en dat de overige overeenkomsten nog van kracht waren. Nintendo legde bij deze gelegenheid ook uit dat een „erkende dealer” het recht had om aan iedereen te verkopen. Nintendo bevestigde dat de nieuwe overeenkomst overal in de EER van toepassing was.
- (90) De herziene ontwerp-overeenkomst voor alle Nintendo-distributeurs in de EER werd op 27 november 1996 aan de Commissie gezonden⁽¹⁰⁰⁾. Deze overeenkomst omvatte ook de aspecten die op de bijeenkomst van 24 april 1996 waren behandeld. De nieuwe overeenkomsten die naar het model van deze versie waren opgesteld, werden uiteindelijk begin 1997 van toepassing.

⁽⁹⁰⁾ IV/35.587, blz. 305 en 321.

⁽⁹¹⁾ Zaak nr. 35.587, vol. X, blz. 2737.

⁽⁹²⁾ Zaak nr. 35.587, vol. X, blz. 2747.

⁽⁹³⁾ Zaak nr. 35.587, vol. XI, blz. 2908.

⁽⁹⁴⁾ Zaak nr. 35.587, vol. XI, blz. 2926.

⁽⁹⁵⁾ Zaak nr. 35.706, blz. 1-3.

⁽⁹⁶⁾ Zaak nr. 35.706, blz. 12.

⁽⁹⁷⁾ Zaak nr. 35.706, blz. 13-14.

⁽⁹⁸⁾ Zaak nr. 35.706, blz. 20.

⁽⁹⁹⁾ Zaak nr. 35.706, blz. 37.

⁽¹⁰⁰⁾ Zaak nr. 35.706, blz. 95-109.

- (91) Naar aanleiding van de klacht die Omega eind 1996 had ingediend ⁽¹⁰¹⁾, breidde de Commissie haar onderzoek uit. Op 7 maart 1997 ⁽¹⁰²⁾ verzocht zij Nintendo, op grond van artikel 11 van Verordening nr. 17, afschriften te zenden van zijn distributieovereenkomsten met onafhankelijke alleenverkopers en van zijn algemene verkoopvoorwaarden en distributieovereenkomsten met klanten voor de landen waar dochterondernemingen van Nintendo als alleenverkopers optraden gedurende de periode 1994-1996.
- (92) In zijn antwoord van 16 mei 1997 ⁽¹⁰³⁾ gaf Nintendo toe dat sommige van zijn distributieovereenkomsten en algemene verkoopvoorwaarden bepaalde beperkingen op de parallelhandel binnen de EER bevatten. Voorzover de overeenkomsten nog niet waren verlopen, werden ze aangepast om deze beperkingen op te heffen. Zo gaf NOA op 15 mei 1997 ⁽¹⁰⁴⁾ instructies aan NE om alle bepalingen die de verkoop buiten het gebied van NE verboden uit zijn algemene verkoopvoorwaarden te schrappen. Voorts schreef NOA op 15 mei 1997 een brief aan zijn dochterondernemingen in de EER, waarin het deze herinnerde aan de bepalingen van het Gemeenschapsrecht met betrekking tot parallelhandel binnen de EER ⁽¹⁰⁵⁾.
- (93) Zoals hierboven aangegeven ⁽¹⁰⁶⁾, beweerde Omega in zijn klacht dat Nintendo een beleid van verticale prijsbinding in Nederland toepaste ⁽¹⁰⁷⁾. In zijn antwoord van 11 april 1997 op de klacht van Omega verklaarde Nintendo dat „Nintendo niet toeziet op de naleving van zijn aanbevolen detailhandelsprijs” ⁽¹⁰⁸⁾. In een brief van 22 oktober 1997 aan NOE stelde de Commissie voor dat aan alle Nederlandse dealers van Nintendo een rondschrijven zou worden gestuurd, met de mededeling dat zij hun detailhandelsprijzen vrijelijk konden vaststellen ⁽¹⁰⁹⁾. Op 30 oktober 1997 stemde Nintendo hiermee in ⁽¹¹⁰⁾.
- (94) Op 23 december 1997 schreef Nintendo aan de Commissie dat het kennis had gekregen van „een ernstige aangelegenheid in verband met parallelhandel binnen de Gemeenschap” ⁽¹¹¹⁾. Nintendo maakte de wens kenbaar zijn vrijwillige medewerking aan de Commissie te verlenen, deze te informeren over de tenuitvoerlegging van bepaalde aspecten van zijn distributiebeleid in Europa en een schriftelijke beschrijving van relevante kwesties te geven. Nintendo diende honderden stukken in bij de Commissie in het kader van verklaringen die werden ontvangen op 21 januari, 1 april en 15 mei 1998 ⁽¹¹²⁾.
- (95) Na de feiten te hebben erkend, nam Nintendo kennelijk ook geloofwaardige maatregelen om ervoor te zorgen dat het Gemeenschapsrecht in de toekomst zou worden nageleefd. Deze maatregelen omvatten informatiebijeenvoer op 25 februari 1998 voor het hoger management van Nintendo, drie seminars, waarvan er twee niet alleen door de dochterondernemingen van Nintendo in de EER, maar ook door onafhankelijke distributeurs werden bijgewoond, en instructies aan zijn dochterondernemingen in de EER. Nintendo blijft deze maatregelen toepassen ⁽¹¹³⁾.
- 1.5.2. *Correspondentie tussen THE en de Commissie gedurende het onderzoek en naar aanleiding van de bekendmaking van THE*
- (96) Op 7 maart 1997 zond de Commissie een formeel verzoek om inlichtingen aan THE, na informatie te hebben ontvangen dat dealers mogelijk werden verhinderd in andere lidstaten aan te kopen ⁽¹¹⁴⁾. THE antwoordde op 25 april 1997 dat het geen beperkingen oplegde aan parallelhandel van zijn dealers en dat het nog nooit een levering van Nintendo-producten aan een dealer had geweigerd omdat de producten voor export zouden worden gebruikt ⁽¹¹⁵⁾.
- (97) De Commissie ontving echter nieuwe informatie over de belemmering van parallelhandel, met name vanuit het Verenigd Koninkrijk. De Commissie zond een nieuw verzoek om inlichtingen aan THE, dat dit verzoek ontving op 10 oktober 1997 ⁽¹¹⁶⁾. Op 1 december 1997 bleek, uit het antwoord van THE op dat verzoek ⁽¹¹⁷⁾, dat THE, Nintendo en enkele andere partijen waren betrokken bij de onrechtmatige belemmering van parallelhandel. Op 13 januari 1998 verstreekte THE uit eigen beweging aanvullend bewijsmateriaal ⁽¹¹⁸⁾.
- (98) THE nam vervolgens verscheidene maatregelen om verdere inbreuken op het mededingingsrecht te voorkomen. Deze maatregelen omvatten een formeel programma tot naleving van het mededingingsrecht, bestaande uit nalevingsrapporten, informatiebijeenvoer voor de directeuren en financieel directeuren van alle dochterondernemingen van John Menzies, bezoeken ter plaatse en algemene instructies voor de herziening van alle regelingen of praktijken die reden tot bezorgdheid konden geven met betrekking tot het mededingingsrecht.

⁽¹⁰¹⁾ Blz. 1-66.⁽¹⁰²⁾ Blz. 88-90.⁽¹⁰³⁾ Blz. 105-108.⁽¹⁰⁴⁾ Blz. 116 en 118.⁽¹⁰⁵⁾ Blz. 110-113.⁽¹⁰⁶⁾ Zie overweging 14.⁽¹⁰⁷⁾ Blz. 10-12.⁽¹⁰⁸⁾ Blz. 639. De in deze brief verstreekte informatie beantwoordde aan uitdrukkelijke instructies van NOE (blz. 656). Oorspronkelijke tekst: „Nintendo does not enforce its recommended retail price”.⁽¹⁰⁹⁾ Blz. 757.⁽¹¹⁰⁾ Blz. 758-759 en 760-764.⁽¹¹¹⁾ Blz. 1638-1641. Oorspronkelijke tekst: „a serious issue in relation to parallel trade within the Community”.⁽¹¹²⁾ Blz. 988, 1236 en 1668.⁽¹¹³⁾ Zie verklaring van Nintendo van 9 augustus 2001 en het antwoord van Nintendo op de mededeling van punten van bezwaar, punt 4.4.⁽¹¹⁴⁾ Blz. 437.⁽¹¹⁵⁾ Blz. 446-447.⁽¹¹⁶⁾ Blz. 804.⁽¹¹⁷⁾ Blz. 807 e.v.⁽¹¹⁸⁾ Blz. 956-987.

1.5.3. Contacten tussen de Commissie en andere distributeurs tijdens de procedure

- (99) Voorafgaand aan de kennisgeving van de mededeling van punten van bezwaar, had de Commissie geen contacten met andere distributeurs dan Nintendo en THE, behalve in het kader van correspondentie met betrekking tot de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken in het dossier van de Commissie. In de betrokken brief d.d. 9 juni 1999, welke de Commissie deed toekomen aan Soc. Rep. Concentra (thans Concentra — Produtos para crianças SA), Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Hellas EPE en CD-Contact Data GmbH, verklaarde de Commissie bovendien dat zij overwoog formele procedures tegen deze ondernemingen in te leiden (alsmede tegen Nintendo en THE) ⁽¹¹⁹⁾.

1.5.4. De administratieve procedure

- (100) Op 25 april 2000 zond de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan Nintendo Corporation Ltd (met afschrift aan Nintendo of Europe GmbH), John Menzies plc (met afschrift aan THE Games Ltd), Soc. Rep. Concentra (thans: Concentra — Produtos para crianças SA), Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Corporation (met afschrift aan Itochu Hellas EPE), en CD-Contact Data GmbH (met afschrift aan Contact-Data Belgium NV).
- (101) Geen enkele partij verzocht om een formele hoorzitting overeenkomstig Verordening (EG) nr. 2842/98. Er werd derhalve geen formele hoorzitting gehouden.

1.6. Gebeurtenissen in het Verenigd Koninkrijk en Ierland

- (102) De gedragingen van Nintendo en zijn onafhankelijke distributeurs worden hierna in detail beschreven, te beginnen met het Verenigd Koninkrijk en Ierland. De feiten worden beschreven voor ieder gebied afzonderlijk, en, voorzover dit relevant is, voor de verschillende partijen die meermaals in deze gebieden actief zijn geweest.

⁽¹¹⁹⁾ Blz. 2679-2682 (Itochu), 2683-2686 (Concentra), 2690-2692 (Bergsala), 2687-2692 (Contact), 2700-2703 (Linea) en 2725 A-D (Nortec).

1.6.1. De gebeurtenissen met betrekking tot Nintendo UK Ltd

- (103) Ten minste vanaf maart 1993 ⁽¹²⁰⁾ tot 4 augustus 1995 ⁽¹²¹⁾ was Nintendo UK Ltd (NUK) de alleenverkoper van Nintendo voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland.
- (104) De handelsprijzen in het Verenigd Koninkrijk waren laag in vergelijking met Duitsland, en parallel uitgevoerde producten werden tegen lagere prijzen aan Duitse detailhandelaren aangeboden dan de producten van NOE ⁽¹²²⁾. De aanzienlijke parallelhandel naar Duitsland en andere EER-landen in 1994 en 1995 is eveneens een aanwijzing voor het bestaan van prijsverschillen ⁽¹²³⁾.
- (105) In april en mei 1995 zond NOE verscheidene brieven aan [...] ⁽¹²⁴⁾, met het verzoek instructies te geven aan alle dochterondernemingen van Nintendo, omdat: „Grijze import een zeer belangrijk probleem begint te vormen [...] De volgende beslissingen van uw kant zijn noodzakelijk: [...] B. Er moeten strikte instructies aan alle ondernemingen worden gegeven [...] — om klanten waarvan bekend is of vermoed kan worden dat zij producten naar andere landen uitvoeren, zonder meer te boycotten. [...] Het Verenigd Koninkrijk [...] schenkt niet voldoende aandacht aan dit probleem [...] wij moeten onmiddellijk en met alle mogelijke middelen een einde maken aan deze grijze import [...] Geachte [...]*, ik zou het op prijs stellen indien u instructies zou kunnen geven [...] aan alle dochterondernemingen [...] om verdere grijze import te voorkomen en grotere bestellingen bij alle klanten te controleren”. ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁰⁾ Zie blz. 426.

⁽¹²¹⁾ Blz. 313 en 297A.

⁽¹²²⁾ NOE was de dochteronderneming van Nintendo die verantwoordelijk was voor de distributie van de producten in Duitsland. Zie blz. 1000, onder A.4: hieruit kan worden afgeleid dat het HW-pakket (Gameboy met één spel) door parallelhandelaren aan Duitse detailhandelaren werd aangeboden voor [...]*. Zie ook blz. 1023, waar de volgende verklaring van NOE staat te lezen: „Dit betekent een prijsverschil tussen Britse koopwaar en het laagste aanbod van NOE van [...] * %” („This means a price difference between UK merchandise and lowest offer from NOE of [...] * %”). Sommige belangrijke klanten van NOE verkochten parallel ingevoerde Game Boy-spelletjes in de detailhandel voor minder dan de helft van de prijzen die door NOE werden gevraagd. Het bestaan van prijsverschillen wordt ook bevestigd door het feit dat, volgens een brief van 11 april 1996 van THE aan NOE (blz. 975 tot 979 en 1135 tot 1147), de prijsverschillen in 1996 tussen het Verenigd Koninkrijk en de rest van de EER reeds enige tijd bestonden.

⁽¹²³⁾ Blz. 1441 tot 1443. De tabel die op deze bladzijden is weergegeven, werd opgesteld op basis van de antwoorden van Nintendo-distributeurs. Zie ook de brief van 22 mei 1995 van NOA aan NUK (blz. 1676).

⁽¹²⁴⁾ Zie de brieven van 11 april 1995 (blz. 1000 tot 1008), 19 april 1995 (blz. 1009 tot 1019) en 4 mei 1995 (blz. 1022 tot 1024).

⁽¹²⁵⁾ Zie blz. 1000-1002. Oorspronkelijke tekst: „Grey imports are becoming a real major problem [...] The following decisions are needed from your side: [...] B. There should be a strict instruction to all subsidiaries [...] — to clearly eliminate customers who are known or are likely to export products to other countries. [...] The UK [...] is not giving that subject the necessary attention [...] we have to stop this grey export activities with all measurements possible immediately [...] Dear [...]*, I would appreciate if you could give instructions [...] to all subsidiaries [...] with the target to stop any further grey exports and control bigger numbers immediately with all customers”.

(106) De door NOE geëiste instructies werden nader toegelicht in een brief van NOE aan NOA van 19 april 1995 ⁽¹²⁶⁾. Van de maatregelen die in deze brief werden voorgesteld — waarbij het onder meer ging om het niet leveren aan exporterende klanten, het aankopen van parallel ingevoerde voorraden van detailhandelaren, en de onderlinge afstemming van handelsprijzen — waren de maatregelen die erop gericht waren de parallelhandel aan de bron uit te roeien het meest succesvol, en ze werden ook standaard in de hele EER toegepast. In het bijzonder werden de volgende instructies geëist:

„I. Strikte instructies aan alle dochterondernemingen om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om een eind te maken aan grijze export.

Dit betekent:

1. Lever niet aan klanten en vooral niet aan distributeurs die niet 100 % betrouwbaar en zuiver op de graat zijn.

2. Controleer orders van vaste klanten vóór de verzending, om na te gaan of de hoeveelheden overeenstemmen met het potentieel van de klanten.

II. Dochterondernemingen hebben het recht om grijze import op te kopen en terug te zenden naar de Europese landen van levering tegen aankoopprijs, te betalen door importeur/klant, op voorwaarde dat de minimumhoeveelheid respectievelijk 500 en 1 000 stuks overtreft.

III. Uitwisseling van gedetailleerde informatie tussen dochterondernemingen over:

— laagste prijs van product en hoeveelheden die tegen lagere prijzen worden aangeboden;

— nieuwe artikelen die voor verkoop tegen lagere prijzen aan vaste klanten zijn gepland. [...]*

D. Coördinatie van prijzen en beschikbaarheid in Europa

Volgens uw suggestie/plan [d.w.z. van NOA] moeten wij streven naar [...]*

II. Prijsbepaling

1. Streef naar marge van 10 % tussen handelsprijzen in Europa na max. voorwaarden [...]

2. Voor de huidige productielijn moeten wij trachten verschillen van meer dan 10 % te beperken tot max. 15 %, indien dat wegens lopende verbintenissen niet anders kan.

3. Prijsvergelijking voor alle hoofdproducten. [...]

Al deze maatregelen zullen alleen werken, indien één onderneming/persoon de verantwoordelijkheid draagt en voor de coördinatie zorgt.”

(107) Op 22 mei 1995, kort na het ontstaan van het plan, verklaarde NOA in een brief aan NUK: „Tijdens onze bijeenkomsten met andere Europese distributeurs zijn wij erachter gekomen dat het probleem van de grijze markt het afgelopen jaar aanzienlijk is toegenomen en het hierdoor voor onze distributeurs en dochterondernemingen bijna onmogelijk is geworden hun voorraden op hun respectieve markten te verkopen” ⁽¹²⁷⁾. Uit dit citaat blijkt duidelijk dat het „probleem” van de parallelhandel destijds niet alleen binnen het Nintendo-concern, maar ook met de onafhankelijke distributeurs van Nintendo werd besproken. Met name op een bijeenkomst tussen Bergsala en NOA, die plaatsvond tijdens de E3-beurs, ongeveer een week voor 22 mei 1995, besprak Bergsala met NOA de problemen die Bergsala ondervond als gevolg van de grote hoeveelheden grijze import die door een Britse parallelexporteur, [...]*, aan Zweedse ondernemingen werden geleverd. Dientengevolge gaf NOA, in de reeds aangehaalde brief van 20 mei 1995, de opdracht aan NUK om „na te gaan of Nintendo zijn producten verkoopt aan [...]*” of aan een klant die zaken doet met deze onderneming” ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁶⁾ „Zie blz. 1009 tot 1012. Oorspronkelijke tekst:

I. Strict order to all subsidiaries to take all measurements to stop grey exports.

This means:

1. Do not supply customers and especially distributors who are not 100 % safe and clean.

2. Check out regular customer orders before shipment to make sure quantities are in line with customers potential.

II. Right to subsidiaries to buy out grey imports and send back to supplying countries in Europe at purchasing price to be paid to importer/customer provided min. quantity exceeds 500 respectively 1,000 pieces.

III. Advance info between subsidiaries on:

— product lowest price and quantities available at reduced prices,
— new items planned for sale at reduced prices to regular customers. [...]

D. Price and availability co-ordination on Europe:

As per your [i.e. NOA's] suggestion/plan we should target [...]

II. Pricing

1. Shoot for prices within 10 % difference to trade within Europe after max. terms [...]

2. Product in actual line we should try to narrow differences beyond 10 % at least to max. 15 % where unavoidable due to current commitments.

3. Price comparison to the made for all key products.[...]

All this however will only work, if one company/person carries the ball and co-ordinate ” (sic).

⁽¹²⁷⁾ Zie blz. 1676. Oorspronkelijke tekst: „During our meetings with other European distributors, we learned that the grey market problem has increased significantly over this past year and made it almost impossible for our distributors and subsidiaries to sell their inventories in their respective markets”.

⁽¹²⁸⁾ Zie blz. 1676. Oorspronkelijke tekst: „determine whether Nintendo sell its products to [...]*” or to a customer who does business with them” (sic).

1.6.2. De gebeurtenissen met betrekking tot THE

(108) Op 4 augustus 1995 werd THE⁽¹²⁹⁾ door Nintendo tot alleenverkoper voor Ierland en het Verenigd Koninkrijk aangesteld. THE bleef ten minste tot 31 december 1997 de alleenverkoper van Nintendo in dit gebied. Nintendo bleef aanwezig in het Verenigd Koninkrijk via zijn volledige dochteronderneming Nintendo Services Ltd. Deze dochteronderneming was echter niet rechtstreeks verantwoordelijk voor de distributie van de producten in het Verenigd Koninkrijk.

1.6.2.1. De formele distributieovereenkomsten tussen Nintendo en THE

- (109) Tot 1 januari 1998 had THE drie opeenvolgende overeenkomsten met Nintendo⁽¹³⁰⁾. In elk van deze overeenkomsten verbond THE zich ertoe de producten uitsluitend van Nintendo te kopen, in ruil waarvoor Nintendo de producten in het Verenigd Koninkrijk en Ierland alleen aan THE zou verkopen. De onder deze overeenkomsten vallende producten waren de door Nintendo geproduceerde spelconsoles, alsmede de spelcassettes die Nintendo voor deze consoles vervaardigde.
- (110) Tot 1 januari 1997 bevatten de overeenkomsten bepalingen volgens welke THE alleen aan bepaalde klanten mocht verkopen, met name detailhandelaren die gespecialiseerd waren in de detailverkoop aan consumenten⁽¹³¹⁾. Door deze bepalingen werden strenge beperkingen opgelegd aan de parallelhandel, omdat het doorverkopen van de producten door klanten van THE aan andere marktdeelnemers verboden was, ook wanneer het ondernemingen betrof die buiten het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd. Zoals hieronder aangegeven, werd deze bepaling in de praktijk toegepast om parallelhandel door klanten van THE te voorkomen.
- (111) De opeenvolgende formele distributieovereenkomsten tussen THE en Nintendo gaven THE ogenschijnlijk het recht om de producten uit te voeren naar alle landen

buiten zijn gebied, ofschoon het voor THE verboden was zich actief op exporthandel toe te leggen. Uit de feiten blijkt echter dat dit recht in werkelijkheid geen betekenis had, aangezien THE door Nintendo werd gedwongen maatregelen te nemen om alle export vanuit zijn gebied te voorkomen. (Zie voor meer details, overwegingen 162-169).

1.6.2.2. „Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten”

(112) Bij zijn brief van 1 december 1997 aan de Commissie voegde THE ook een afschrift van het „Commercieel beleid van THE ten aanzien van erkende klanten”, dat verscheidene beleidsverklaringen bevat⁽¹³²⁾, met name:

1. „THE Games is alleen bereid producten te verkopen aan ondernemingen die het product rechtstreeks aan de eindverbruiker verkopen (d.w.z. detailhandelaren, postorderbedrijven en verzendhuizen)”: [...];
2. „Indien THE Games wordt benaderd door een detailhandelaar van buiten het Verenigd Koninkrijk of Ierland, zal het deze in eerste instantie doorverwijzen naar een lokale distributeur, maar wanneer de detailhandelaar blijft aandringen, zal het niet weigeren aan hem te leveren”. Dit beleid wordt gerechtvaardigd door het volgende commerciële principe: „Het verkopen van Britse producten aan een detailhandelaar in een gebied dat buiten het Verenigd Koninkrijk of Ierland is gelegen, vormt geen wenselijke praktijk [...]”;
3. „THE Games verkoopt geen producten aan andere groothandelaren of distributeurs”. Dit beleid wordt gerechtvaardigd door het volgende commerciële principe: „Indien wij [THE] Nintendo-producten aan groothandelaren zouden verkopen, zouden zij deze per definitie doorverkopen aan Britse detailhandelaren of aan detailhandelaren die zich buiten ons gebied bevinden [...]”. In de rechtvaardiging van zijn derde beleidsverklaring erkent THE dat de verkoop aan groothandelaren en subdistributeurs ook een schending van zijn eerste en tweede beleidsverklaring zou inhouden.

⁽¹²⁹⁾ Blz. 297A.

⁽¹³⁰⁾ Tot 1 januari 1998 had THE drie opeenvolgende overeenkomsten met Nintendo. De eerste was geldig van 4 augustus 1995 tot 31 december 1996, de tweede van 1 januari 1996 tot 31 december 1996 en de derde van 1 januari 1997 tot 31 december 1998.

⁽¹³¹⁾ Bepaling 3.2. (blz. 299 en 454): Nintendo „benoemt Distributeur tot zijn onafhankelijke en erkende alleenverkoper van de contractproducten aan erkende dealers in het gebied” („Nintendo appoints Distributor as its exclusive independent and authorised distributor for the sale of Covered Products to authorised Dealers in the Territory”); en bepaling 2.2. (blz. 298b en 453): „Onder erkende dealers worden uitsluitend verstaan personen die gespecialiseerd zijn in de verkoop van consumptiegoederen op detailhandelniveau aan consumenten en die beschikken over de nodige bevoegdheid, verkoopfaciliteiten en opgeleid personeel om de contractproducten te verkopen”. („Authorised dealers shall mean and be limited to those persons which specialise in selling consumer Products at retail to consumers and which are competent and possess sales facilities appropriate to the Covered Products and employ staff trained in the Covered Products”). In hun onderling verband gelezen, houden deze bepalingen in dat alleen verkoop aan detailhandelaren is toegestaan. Bepaling 4.3 (blz. 299a en 456) heeft dezelfde strekking: „Distributeur dient de contractproducten op groothandelniveau te verkopen aan bevoegde detailhandelaren die beschikken over de nodige verkoopfaciliteiten en over opgeleid personeel om de contractproducten te verkopen” („Distributor shall sell Covered Products at wholesale to competent retailers possessing sales facilities appropriate to the Covered Products and employing staff trained in the Covered Products”). Zie ook blz. 814.

⁽¹³²⁾ Zie blz. 861-863. Oorspronkelijke tekst: „1. Games are only prepared to sell products to companies who will directly market the product to the end-consumer (i.e. retailers, mail order companies and catalogue stores): [...]; 2. THE games will refer any approach from a retailer outside of the UK and Ireland initially to the local distributor, but will not refuse to supply if the retailer makes further requests. The practise of UK product being sold to a retailer in a territory outside the UK and Ireland is not a desirable practise [...]; 3. THE Games will not sell product to other wholesalers or sub distributors; If we [THE] were to supply Nintendo product to wholesalers they would by definition, either sell these to UK retailers or to retailers from outside our territory [...]”.

- (113) THE erkent dat zijn beleid gericht was op een beperking van de parallelhandel⁽¹³³⁾. Volgens THE kwam de ratio van dit beleid duidelijk tot uiting in de contacten met [...] en [...]*, waarvan sprake in de overwegingen 114, 135 en 158. De brief van THE aan [...] is gedateerd 14 augustus 1995, en derhalve moet het beleid van THE vóór deze datum zijn geformuleerd⁽¹³⁴⁾.

1.6.2.3. Maatregelen van THE tegen [...]*

- (114) Een van de eerste maatregelen die THE nam nadat het tot alleenverkoper van de producten was benoemd, betrof de onderneming [...]*, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde groothandelaar van de producten en onderdeel van het [...]*-concern, een winkelketen. [...] leverde niet alleen aan [...]*-winkels, maar trad ook op als onafhankelijk groothandelaar. In een brief van 14 augustus 1995 schreef THE aan [...]*: „THE Games is benoemd tot alleenverkoper in het Verenigd Koninkrijk van Nintendo-producten aan „erkende dealers” (d.w.z. als zodanig erkende detailhandelaren). Volgens de bepalingen van deze distributieovereenkomst mogen wij niet leveren aan andere intermediaire distributeurs. Wij zijn dan ook volledig bereid Nintendo-producten aan [...] te leveren ten behoeve van detailhandelzaken van [...]*, maar kunnen op geen enkele andere basis Nintendo-producten aan [...] leveren”⁽¹³⁵⁾. Uit een brief van [...] aan THE van 25 augustus 1995 blijkt dat [...] te verstaan was gegeven dat THE „niet langer wilde dat [...] optrad als distributeur van dit product voor een andere klant dan [...]”⁽¹³⁶⁾.

1.6.2.4. De verslechterende handelsbetrekkingen tussen THE en Nintendo

- (115) In februari 1996 lanceerde THE een reclamecampagne waarin THE zijn producten tegen aanzienlijk lagere prijzen aanbood dan andere distributeurs van Nintendo. Hierdoor werd parallelexport vanuit het Verenigd Koninkrijk nog aantrekkelijker voor leveranciers. De promotietarieven van THE werden op 19 februari 1996 ook aangekondigd in het handelsblad CTW onder de

titel „The Big Deal”. THE rechtvaardigde zijn prijsverminderingen door te wijzen op de concurrentiestrijd op de detailhandelsmarkt in het Verenigd Koninkrijk, de onbevredigende marginale positie waarin het zich bevond en zijn doelstelling om de levensduur van SNES- en Game Boy-producten te verlengen⁽¹³⁷⁾.

- (116) De door THE aangeboden prijzen waren aanzienlijk lager dan de prijzen in andere EER-landen, zoals Duitsland⁽¹³⁸⁾, Italië⁽¹³⁹⁾, Nederland⁽¹⁴⁰⁾, Griekenland⁽¹⁴¹⁾, Frankrijk⁽¹⁴²⁾ en Spanje⁽¹⁴³⁾. Het prijsverschil ten opzichte van Duitsland schommelde tussen 20 % en 31 % voor spelconsoles en tussen 4 % en 65 % voor spelcassettes⁽¹⁴⁴⁾. In vergelijking met de door Linea gevraagde groothandelsprijzen waren de door parallelimporteurs aangeboden handelsprijzen voor SNES-consoles 18 % lager. De verschillen tussen de groothandelsprijzen voor spelletjes die compatibel zijn met SNES schommelden tussen 3 % en 30 % en voor spelcassettes die compatibel zijn met Game Boy tussen 13 % en 39 %⁽¹⁴⁵⁾. In vergelijking met Nederland waren de consumentenprijzen in het Verenigd Koninkrijk 7 % tot 66 % lager voor SNES-spelletjes, 26 % lager voor een Game boy-console met één spelcassette en ongeveer 35 % lager voor een Game boy-console met twee compatibele spelcassettes⁽¹⁴⁶⁾. Parallelhandelaren in het Verenigd Koninkrijk leverden Game boy-consoles aan Spaanse detailhandelaren tegen een prijs die 18 % lager was dan de door NE gevraagde groothandelsprijs⁽¹⁴⁷⁾. Een Game boy-console met één compatibele spelcassette werd aangeboden tegen een handelsprijs die zelfs 35 % lager was dan de laagste prijs die NE voor hetzelfde pakket vroeg⁽¹⁴⁸⁾. De detailhandelsprijzen verschilden 46 % voor Game boy-spelcassettes en tussen 10 % en 39 % voor SNES-spelcassettes⁽¹⁴⁹⁾. Volgens schattingen van Bergsala werden parallel ingevoerde producten over het algemeen verkocht tegen detailhandelsprijzen die 10 % tot 30 % lager waren dan de prijzen waartegen Bergsala zelf aan detailhandelaren leverde⁽¹⁵⁰⁾. Volgens NOE⁽¹⁵¹⁾ bestond er ook aanzienlijke grijze import

⁽¹³⁷⁾ Zie blz. 881, brief van 22 februari 1996 van THE aan [...] van NOA.

⁽¹³⁸⁾ Brief van NOE aan THE van 4 april 1996 (blz. 963) en brief van NOE aan NOA van 1 januari 1996 (blz. 1119).

⁽¹³⁹⁾ Blz. 1097, 1104-1105 en 1124-1125.

⁽¹⁴⁰⁾ Blz. 1049 en 1050-1051.

⁽¹⁴¹⁾ Blz. 1387-1389.

⁽¹⁴²⁾ Blz. 1255, 1257, 1258. Uit blz. 1257 blijkt dat parallelexporteurs producten aan klanten van NF aanboden tegen lagere prijzen dan NF.

⁽¹⁴³⁾ Brief van 22 februari 1996, blz. 1040, 1042, 1156-1157.

⁽¹⁴⁴⁾ Blz. 1106 en 1123. De prijzen voor consoles hebben betrekking op Game Boy-producten. NOE drukte de prijsverschillen uit in consumentenprijzen. Dit is een onrechtstreekse maatstaf voor verschillen tussen handelsprijzen. NOE gebruikte deze cijfers echter ook om conclusies te trekken met betrekking tot de door THE toegepaste handelsprijzen (blz. 1098).

⁽¹⁴⁵⁾ Zie blz. 1104-1105 en 1124-1125.

⁽¹⁴⁶⁾ Zie blz. 1050-1051. Het gaat hier om vergelijkingen tussen de aanbevolen detailhandelsprijzen die NN met ingang van april 1996 had gepland en de aanbevolen detailhandelsprijzen van THE in februari 1996. De prijsverschillen zouden aanzienlijk hoger zijn, indien de berekening gebaseerd zou zijn op de aanbevolen detailhandelsprijzen van NN in februari 1996.

⁽¹⁴⁷⁾ Zie blz. 1040.

⁽¹⁴⁸⁾ Zie blz. 1042.

⁽¹⁴⁹⁾ Zie blz. 1157.

⁽¹⁵⁰⁾ Zie blz. 1425.

⁽¹⁵¹⁾ Zie blz. 1097, brief van NOE aan NOA van 1 april 1996.

⁽¹³³⁾ Zie het antwoord van John Menzies op de mededeling van punten van bezwaar, blz. 8, alsmede de beleidsverklaring zelf (blz. 861-863).

⁽¹³⁴⁾ Blz. 864, bevestigd door John Menzies in zijn antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, punt 2.2.

⁽¹³⁵⁾ Zie blz. 864. Oorspronkelijke tekst: „THE Games has been appointed the exclusive distributor of Nintendo first party product in the UK to „Authorised Dealers” (i.e. qualifying Retailers). The terms of this appointment preclude us from supplying other intermediate distributors. Therefore, although we are more than happy to supply [...] with Nintendo product on behalf of Woolworth's retail outlets, we are unable to supply [...] with Nintendo product on any other basis”.

⁽¹³⁶⁾ Blz. 869. Oorspronkelijke tekst: „was no longer happy for [...] to act as distributor of this product to any of our customers except [...]”.

vanuit het Verenigd Koninkrijk in Denemarken, Noorwegen en Finland. Hieruit kan worden geconcludeerd dat in de landen waar parallelimport plaatsvond, de prijzen eveneens hoger waren dan in het Verenigd Koninkrijk⁽¹⁵²⁾. Deze prijsverschillen bestonden blijkbaar gedurende een vrij lange periode⁽¹⁵³⁾. Door de lagere prijsniveaus in het Verenigd Koninkrijk werd de parallelhandel in de producten vanuit het Verenigd Koninkrijk naar andere gebieden van de EER gestimuleerd.

- (117) In een brief van 22 februari 1996 van de Griekse distributeur van Nintendo, Itochu, aan NOE, verklaarde Itochu dat, naar zijn schatting, de prijzen die THE vroeg aan detailhandelaren in het Verenigd Koninkrijk feitelijk lager waren dan de prijzen die Itochu zelf betaalde voor leveringen van Nintendo-producten en dat, als gevolg hiervan, „elke Griekse detailhandelaar kan kopen bij Britse leveranciers en kan „concurreren” met de lokale distributeur van Nintendo; en dit alles met de goedkeuring van Nintendo”⁽¹⁵⁴⁾.
- (118) Twee dagen na de lancering van de „Big Deal”-campagne op 21 februari 1996 raakte [...] van NOA, rechtstreeks betrokken bij de zaak. THE verzekerde NOA dat „het niet onze bedoeling is aan Europa te leveren”⁽¹⁵⁵⁾. THE stelde ook zijn collega's in andere EER-landen gerust. THE verklaarde: „Ik kan u de volgende informatie verstrekken over prijzen die wij aanbieden aan detailhandelaren in het Verenigd Koninkrijk, uitsluitend voor afzet in het Verenigd Koninkrijk” (onderstreping toegevoegd) en „wij zullen al het mogelijke doen om te voorkomen dat producten in Europa terecht komen”⁽¹⁵⁶⁾.

1.6.2.5. Boycot van THE door Nintendo

- (119) THE kon Nintendo niet overtuigen, want op 27 februari 1996 gaf [...] van NOA en [...] van NCL, de volgende instructies aan [...] van Nintendo Services Ltd: „NCL is zeer bezorgd over het feit dat THE Games Limited thans op agressieve wijze hardware en software van Super NES en Game Boy verhandelt, terwijl dit in strijd is met verschillende bepalingen van zijn distributieovereenkomst. [...] Gelieve geen orders voor de producten van THE te aanvaarden totdat de resultaten van de huidige commerciële activiteiten van THE zijn geëvalueerd en de zaak tot tevredenheid van NCL is geregeld”⁽¹⁵⁷⁾. [...]*

bracht THE vervolgens op de hoogte van deze instructies en deelde THE mee „dat deze orders worden opgeschort totdat hij ([...])* volledig kan beoordelen of voorraden uit het Verenigd Koninkrijk in een ander Europees land zijn terechtgekomen”⁽¹⁵⁸⁾. Blijkbaar dacht NOA, althans op dat moment, dat THE, op grond van zijn schriftelijke overeenkomst met NOA, export uit zijn gebied diende te voorkomen. NOA heeft dit ook toegevoegd ten overstaan van de Commissie⁽¹⁵⁹⁾.

- (120) Deze maatregel van Nintendo had aanzienlijke gevolgen voor de bedrijfsactiviteiten van THE. De vijf opgeschorte orders hadden betrekking op [...] spelconsoles en [...] spelcassettes, met een totale aanschaffingswaarde van ongeveer [...] GBP⁽¹⁶⁰⁾. Deze hoeveelheden vertegenwoordigden respectievelijk ongeveer [...] % en [...] % van de verwachte verkoophoeveelheden van THE voor het jaar 1996-1997⁽¹⁶¹⁾. Een andere aankoop van ongeveer [...] GBP, die op het punt stond door THE te worden afgesloten, kwam eveneens op de helling te staan. Volgens THE waren deze orders van essentieel belang om te kunnen voldoen aan de vraag van de klanten, die groter was dan zijn beschikbare voorraad. Door een voorraadtekort zouden de handelsbetrekkingen met belangrijke en invloedrijke klanten in gevaar komen. Feitelijk vreesde THE op dat moment dat zijn distributieovereenkomst zou worden beëindigd⁽¹⁶²⁾.
- (121) Zoals te verwachten was, schreef THE op 5 maart 1996 aan [...] van NOA, dat „het niet opnieuw zal gebeuren, [...] c. wij hebben alle mogelijke voorzorgen genomen om ervoor te zorgen dat geen enkel product terecht komt in een land dat buiten het ons toegewezen gebied is gelegen”⁽¹⁶³⁾.
- (122) Om te controleren of THE daadwerkelijk maatregelen nam, stelde NOA een onderzoek in bij zijn Europese distributeurs. Toen de resultaten van dit onderzoek op 20 maart 1996 bekend werden, vond er een bijeenkomst plaats van [...] van NOA, met name [...]*, vertegenwoordigers van NOE, met name [...]*, en THE. Blijkbaar was Nintendo (voorlopig) tevreden over de door THE genomen maatregelen. Dientengevolge werd de opschorting van de orders van THE door Nintendo opgeheven. De boycot van Nintendo duurde van 26 februari 1996 tot 21 maart 1996⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁵²⁾ In Griekenland waren de groothandelsprijzen inderdaad aanzienlijk hoger dan in het Verenigd Koninkrijk. Zie blz. 1272 en 1273.

⁽¹⁵³⁾ Zoals aangegeven door THE in een brief van 11 april 1996 van THE aan NOE, blz. 975 tot 979 en 1135 tot 1147.

⁽¹⁵⁴⁾ Zie blz. 1272-1273. Oorspronkelijke tekst: „any Greek retailer can purchase from the UK and „compete” with Nintendo local distributor; all these with the blessings of Nintendo”.

⁽¹⁵⁵⁾ Zie blz. 881, brief van 22 februari 1996 van THE aan [...] van NOA. Oorspronkelijke tekst: „it is not our intention to supply Europe”.

⁽¹⁵⁶⁾ Zie blz. 1062 en 1063, brief van 26 februari 1996 van THE aan NB, doorgezonden aan NN en door NN doorgezonden aan NF. Oorspronkelijke tekst: „I can give you the following information about prices that we are offering to retailers in the UK, and for UK sale only”; „we will try at all costs, to prevent product arriving in Europe”.

⁽¹⁵⁷⁾ Zie blz. 1275. Oorspronkelijke tekst: „NCL is very concerned that THE Games Limited is currently aggressively marketing Super NES and Game Boy hardware and software contrary to various terms of its Distributorship Agreement. [...] Please do not accept any orders for product from THE until the results of THE's current marketing efforts are evaluated and the issue is resolved to NCL's satisfaction”.

⁽¹⁵⁸⁾ Brief van 5 maart 1996 van THE aan [...] van NOA, blz. 883 en 884. Zie ook brief van NOA aan THE van 7 maart 1996, blz. 1750. Oorspronkelijke tekst: „that these orders would be put on hold until such times as he ([...])* fully understood whether any stock from the UK had found its way into any other European country”.

⁽¹⁵⁹⁾ Zie blz. 1640.

⁽¹⁶⁰⁾ Brief van 8 maart 1996 van THE aan NOA, blz. 886 en 887.

⁽¹⁶¹⁾ Vergelijking met de verkoopprognoses voor het einde van het jaar (april 1996-mei 1997), opgenomen in het bedrijfsplan dat THE heeft overgelegd aan Nintendo (blz. 539).

⁽¹⁶²⁾ Blz. 816, alsmede het antwoord van THE op de mededeling van punten van bezwaar, punten 4.1 en 4.2.

⁽¹⁶³⁾ Blz. 883 en 884. Oorspronkelijke tekst: „it will not happen again, [...] c. we have taken every possible precaution to ensure that no product whatsoever reaches any country out-with our authorised territory”.

⁽¹⁶⁴⁾ Blz. 1293, 1750, 1759 en 1762.

1.6.2.6. Verdere druk op THE

- (123) Als gevolg van zijn benoeming tot distributeur voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland, verkreeg THE ook het recht om „te leveren aan [...]” voor distributie in Zuid-Afrika, uiterlijk tot de benoeming van een NCL-distributeur in dat land”⁽¹⁶⁵⁾. Tot april 1996 werd er geen NCL-distributeur voor Zuid-Afrika benoemd. THE wilde deze rechten op permanente basis verwerven en uitbreiden naar andere Afrikaanse landen.
- (124) Kort na 21 maart 1996, toen de leveringsboykot van Nintendo tegen THE werd opgeheven, controleerde NOE of de parallelexport vanuit het Verenigd Koninkrijk was verminderd. Op 1 april 1996 zond NOE aan de „distributeurs en dochterondernemingen van Nintendo” een identieke vragenlijst [betreffende] „huidige aanbiedingen op de grijze markt, met name vanuit het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten”, [teneinde] „de coördinatie van de bedrijfsactiviteiten van Nintendo te verbeteren”⁽¹⁶⁶⁾. In de vragenlijst werd gevraagd naar informatie betreffende „aangeboden op uw markten die zeer verschillend zijn van uw eigen aanbiedingen met betrekking tot: A. Product [met] [...] speciale aandacht voor producten die vermeld staan in het bijgevoegde CTW-rapport. B. Prijzen — prijsvergelijking: 1. Met uw eigen handelsprijs 2. Vergelijking met detailhandelsprijzen”⁽¹⁶⁷⁾.

In het genoemde CTW-rapport en in eigen advertenties van THE, welke eveneens bij deze vragenlijst zijn gevoegd, worden de aan detailhandelaren in het Verenigd Koninkrijk aangeboden prijsverminderingen op bepaalde Nintendo-producten in detail beschreven en wordt duidelijk aangegeven dat THE de distributeur is die rechtstreeks verantwoordelijk is voor dit prijsbeleid. In de vragenlijst wordt derhalve een duidelijk verband gelegd tussen de lagere prijzen in het Verenigd Koninkrijk en de parallelexport vanuit het Verenigd Koninkrijk naar andere gebieden van de EER, en wordt THE aangewezen als de distributeur die hiervoor verantwoordelijk is.

Het antwoord moest dezelfde dag worden ingediend. Naast de eigen dochterondernemingen van Nintendo, dienden ook de onafhankelijke Nintendo-distributeurs Linea, Concentra en Itochu een antwoord in⁽¹⁶⁸⁾. Linea

voegde bij zijn antwoord een afschrift van een aanbieding die [...]” aan een van zijn klanten had gedaan.

- (125) Dit onderzoek had rechtstreekse gevolgen. In een brief van 1 april 1996 schreef NOE hierover aan [...]” van NOA: „Grijze export vanuit het Verenigd Koninkrijk — ondoeltreffende controle door THE — THE wil rechten om naar Zuid-Afrika (en misschien naar andere landen) uit te voeren. [...] Ik heb de situatie intussen voor bijna elk Europees land onderzocht en ben tot de volgende conclusies gekomen: A. Grijze export komt algemeen voor; dit blijkt met name uit de nieuwe aanbiedingen van THE, zoals vermeld in het bijgevoegde rapport van CTW, derde nummer, 19 februari 1996. [...] D. Krachtige aanbeveling: [...] 6. Ze mogen beslist geen toelating krijgen om naar enig land uit te voeren [...]”⁽¹⁶⁹⁾. NOE vond dat het gedrag van THE een reactie op korte termijn vereiste en het riep NOA op onmiddellijk maatregelen te nemen.
- (126) THE besefte blijkbaar dat het, om de distributierechten voor (Zuid-)Afrika te verkrijgen, tegemoet moest komen aan de bezorgdheid van NOE. THE schreef op 11 april 1996 aan NOE: „wij zouden graag de distributierechten van Nintendo in Afrika verkrijgen. [...] Ik was van plan een formele aanvraag voor de distributielicentie aan [...]” te richten. Ik heb echter besloten deze aanvraag uit te stellen tot na onze ontmoeting [...]”⁽¹⁷⁰⁾.

1.6.2.7. De bezorgdheid van Nintendo en de reactie van THE

- (127) Verscheidene aspecten van het ondernemersgedrag van THE baarden Nintendo zorgen, zoals onder meer THE's prijsbeleid en gebrek aan controle op exporterende klanten. De betrokken klachten werden uiteengezet in een brief van NOE aan THE van 4 april 1996⁽¹⁷¹⁾ en in een brief van NOE aan NOA van 1 april 1996⁽¹⁷²⁾. De brief van NOE aan THE van 4 april 1996 begint met de volgende mededeling: „Zoals afgesproken, willen wij in ons beider belang en in het belang van de totale marktpositie van Nintendo op de Europese markt samenwerken”⁽¹⁷³⁾. Hieruit blijkt enerzijds dat THE en NOE

⁽¹⁶⁵⁾ Zie blz. 300, voor de periode vanaf het ingaan van de distributieovereenkomst in augustus 1995 tot 1 januari 1996, en blz. 320, voor de daaropvolgende periode. Oorspronkelijke tekst: „supply to [...]” & Co Ltd for the purposes of distribution in South Africa only until such time as an NCL distributor has been appointed in such country”.

⁽¹⁶⁶⁾ Blz. 1296 tot 1302. Oorspronkelijke tekst: „Nintendo Distributors and subsidiaries” [concerning] „Actual Grey Market Offers, especially from the UK and USA”, [intended] „to improve co-ordination of Nintendo's business”.

⁽¹⁶⁷⁾ Blz. 1296 tot 1302. Oorspronkelijke tekst: „offers which are in your markets which are very different from your own offers with respect to: A. Product [with] [...] special attention to products as per CTW report enclosed. B. Prices — price comparison: 1. With your own price to trade 2. Retail prices in comparison”.

⁽¹⁶⁸⁾ Blz. 1326-1333 (Linea, fax van 1 april 1996), blz. 1386 (Concentra, fax van 1 april 1996), blz. 1387-1389 (Itochu, fax van 2 april 1996).

⁽¹⁶⁹⁾ Blz. 1097 tot 1109, met name blz. 1100 en 1109. Oorspronkelijke tekst: „Grey exports from the UK — non-effective Control by THE — requested Rights by THE to export to South Africa (and maybe other Countries). [...] I have checked out the situation in the meantime with almost every European country and came to the following results: A. Grey exports are happening in general and especially based on the special new offers from THE as per enclosed CTW report of issue no. 3 from February 19, 1996. [...] D. Strong recommendation: [...] 6. They definitely should not get clearance to export to any country [...]”.

⁽¹⁷⁰⁾ Blz. 975 tot 979 en 1135 tot 1147. Oorspronkelijke tekst: „we are keen to acquire the Nintendo distribution rights in Africa. [...] I was planning to put a formal request and application for the distributorship license through to [...]” and [...]”. However, I have decided to leave this submission until after you and I have met [...]”.

⁽¹⁷¹⁾ Blz. 963 en 1119.

⁽¹⁷²⁾ Blz. 1097 tot 1109.

⁽¹⁷³⁾ Blz. 963 en 1119. Oorspronkelijke tekst: „As we agreed we both want to cooperate to maximize out mutual benefit and in the interest of the total European Market place for Nintendo”.

hadden afgesproken hun geschil bij te leggen en anderzijds dat NOE de belangen van alle overige Europese distributeurs vertegenwoordigde. Dat NOE de belangen van andere partijen vertegenwoordigde, kan ook worden afgeleid uit het feit dat de brief aan THE een stroomschema⁽¹⁷⁴⁾ bevatte, waarop door NOE geïdentificeerde stromen van parallelhandel, alsmede namen en vestigingsplaatsen van talrijke parallelhandelaren waren aangeduid. De parallelhandelaren waren gevestigd in België, Nederland, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Zweden, Italië, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland. Dit betekent dat THE geweten moet hebben dat NOE niet alleen een eind wilde maken aan de parallelimport in zijn eigen gebied (Duitsland) maar ook een oplossing wilde vinden voor de rest van de EER, inclusief gebieden van andere onafhankelijke alleenverkopers.

- (128) In deze brief gebruikte NOE ook informatie die het had verzameld met behulp van de vragenlijst welke op 1 april 1996 aan de dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs in de EER was gezonden om de kritiek op THE te onderbouwen. Deze informatie omvatte ook inlichtingen die LINEA had verstrekt in zijn antwoord aan NOE van 1 april 1996⁽¹⁷⁵⁾.

1.6.2.8. Prijsgedrag van THE

- (129) Met betrekking tot het prijsgedrag van THE, klaagde NOE, in een brief van 1 april 1996⁽¹⁷⁶⁾ aan [...] van NOA, over het feit dat THE „lagere prijzen dan alle anderen toepast”⁽¹⁷⁷⁾; „lage prijzen in het Verenigd Koninkrijk en grijze export leiden tot kleinere winstmarges [...] in andere landen”⁽¹⁷⁸⁾. Bovendien zouden de lage prijzen van THE leiden tot „ondermijning van de coördinatie van de Europese activiteiten: — product, — prijs”⁽¹⁷⁹⁾. Volgens NOE „kan niet worden toegelaten [...] dat zij [...] de hele Europese markt in gevaar brengen, doordat producten naar andere Europese landen vloeien en worden aangeboden tegen prijzen die niemand anders kan begrijpen of zich kan veroorloven”⁽¹⁸⁰⁾. NOE verklaarde ook nadrukkelijk: „THE moet zijn markt en zijn klanten controleren — wat het

thans duidelijk niet doet.”⁽¹⁸¹⁾. THE verhoogde echter zijn prijzen niet⁽¹⁸²⁾.

1.6.2.9. Controle van THE op export door klanten

- (130) Met betrekking tot de kritiek van NOE op het prijsbeleid van THE, verklaarde THE op 11 april 1996 aan NOE: „Ik begrijp zeer goed dat deze prijsverschillen voor problemen zorgen in andere landen van het Europese vasteland, waar de markt duidelijk een veel hogere prijs kan verdragen dan hier in het Verenigd Koninkrijk. [...] Ik ben ervan overtuigd dat wij, door nauw samen te werken, de situatie met betrekking tot grijze import beter kunnen controleren en een veel betere manier kunnen vinden om onze producten en onze prijzen binnen de grenzen van het Verenigd Koninkrijk te houden, en aldus de impact van deze prijsverschillen op het Europese vasteland te beperken”⁽¹⁸³⁾. Hieruit blijkt duidelijk dat THE zich ertoe verbond nauw samen te werken met NOE om de export vanuit zijn gebied te controleren. „Ik [THE] ben vastbesloten al het mogelijke te doen om grijze import vanuit het Verenigd Koninkrijk naar het Europese vasteland te stoppen/te beperken. [...]”⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸¹⁾ Zie brief van 1 april 1996 van NOE aan NOA, blz. 1098. Oorspronkelijke tekst: „THE must control their market and their customers — what they obviously do not at the time being”.

⁽¹⁸²⁾ Antwoord van John Menzies op de mededeling van punten van bezwaar, bijlage A.

⁽¹⁸³⁾ Zie blz. 975 tot 979 en 1135 tot 1147. Oorspronkelijke tekst: „I fully understand the difficulty that this differential pricing creates for other mainland European countries where the market can clearly stand a much higher price than that which the market can stand here in the UK. [...] I am sure that we can, by working closely together, better control the situation on grey imports and find a much better way of isolating our products and our prices to within the shores of the UK, thus reducing the impact that this differential pricing has upon mainland Europe”.

⁽¹⁸⁴⁾ Blz. 1136. Oorspronkelijke tekst: „I [THE] am determined that we will do everything we can to stamp out/limit grey imports into mainland Europe from the UK. [...]”. In andere brieven werden vergelijkbare verklaringen gedaan. In een brief van 19 april 1996 van THE aan NOE staat te lezen: „U kunt er zeker van zijn dat wij alle noodzakelijke maatregelen hebben genomen om het aanbod van grijze import vanuit het Verenigd Koninkrijk naar het Europese vasteland tegen te houden.” („You can rest assured in the fact that we have taken what I believe to be all the necessary actions to stem the supply of grey imports from the UK into mainland Europe.”) (blz. 1410). In een brief van 25 mei 1996 van THE aan NOA staat te lezen: „wij [THE] moeten aan prijsconcurrentie doen om het marktaandeel van Nintendo te verstevigen, en door onze lage prijzen is grijze import vanuit het Verenigd Koninkrijk naar Europa aantrekkelijk. Wij hebben tot nu toe echter alle mogelijke maatregelen genomen om deze praktijk een halt toe te roepen. [...]” („we [THE] have to compete on price to sustain the Nintendo brand market share and as a consequence grey importing into continental Europe from the UK is an attractive one. However, we have taken all the action so far that we possibly can to put a stop to this practice.” [...] (blz. 890). In een fax van THE aan Waldheimer AG van 28 juni 1996 stond te lezen: „Ik kan u verzekeren dat wij al het mogelijke doen om ons product binnen ons gebied te houden en iedere steun die wij daarbij kunnen krijgen van onze Europese partners/collega's wordt zeer op prijs gesteld. Ik ben er zeker van dat wij kunnen samenwerken in deze zaak en de grijze import tussen onze gebieden tot een minimum kunnen beperken.” („Let me assure you that we are doing everything we possibly can to confine our product to our territory and any help we can get from our European partners/colleagues would be very much appreciated. I am sure we can work together in regard to this matter and between us, minimise the level of grey import.”) (blz. 1198).

⁽¹⁷⁴⁾ Blz. 967 en 1126.

⁽¹⁷⁵⁾ Vergelijk blz. 1331-1332 met 1124-1125. Zie ook blz. 1119, waar NOE verklaart informatie van Linea te hebben gebruikt.

⁽¹⁷⁶⁾ Blz. 1097 tot 1109.

⁽¹⁷⁷⁾ Blz. 1098. Oorspronkelijke tekst: „lower prices released than everybody else”.

⁽¹⁷⁸⁾ Blz. 1107. Oorspronkelijke tekst: „Low prices in UK and for grey exports force reduction of margins [...] in other countries”.

⁽¹⁷⁹⁾ Blz. 1108. Oorspronkelijke tekst: „undermining European co-ordination: — product, — price”.

⁽¹⁸⁰⁾ Blz. 1099. Oorspronkelijke tekst: „It cannot be allowed [...] that they [...] put the whole European market in jeopardy due to products floating out to other European countries at prices nobody else can understand or afford”.

(131) In zijn brief aan THE van 1 april 1996⁽¹⁸⁵⁾ stelde NOE een aantal specifieke vragen over leveringen aan bepaalde bekende parallelhandelaren. In zijn antwoord aan NOE van 11 april 1996 bracht THE verslag uit over de maatregelen die het reeds had genomen om de situatie onder controle te krijgen, met name de maatregelen tegen vier van zijn klanten ([...]*, [...]*, [...]* en [...]*), en beloofde het een voortgangsrapport te verstrekken op een bijeenkomst van NOE en THE die in de nabije toekomst zou plaatsvinden⁽¹⁸⁶⁾. Op verzoek van NOE had THE ook onderzocht of het mogelijk was dat THE of klanten van THE producten hadden geleverd aan [...]*, [...]* en [...]*, drie bekende parallelhandelaren. THE verzekerde NOE⁽¹⁸⁷⁾ dat het nooit aan deze handelaren had geleverd. THE ging ervan uit dat deze ondernemingen leveringen hadden ontvangen van [...]*, [...]*, [...]* en [...]*, en dat, aangezien het maatregelen tegen deze klanten had genomen, het probleem was opgelost. Derhalve begonnen THE en NOE op 11 april 1996 uitgebreid samen te werken om de controle op parallelexport vanuit het gebied van THE te verscherpen.

1.6.2.10. De maatregelen van THE tegen exporterende klanten

(132) De door THE genomen maatregelen tegen exporterende klanten werden helder samengevat in een brief van THE aan [...]* van NOA van 24 mei 1996: „Ik kan u zeggen dat THE sinds januari/februari van dit jaar tal van maatregelen heeft genomen om een eind te maken aan de grijze export van producten vanuit het Verenigd Koninkrijk naar de continentale markt. Onze belangrijkste activiteiten bestonden in het volledig blokkeren van leveringen of het daadwerkelijk controleren/beperken van de levering van producten op de Britse markt aan bepaalde dubieuze detailhandelaren. Wij verkopen niet langer aan klanten die niet kunnen bewijzen dat zij een bonafide Britse detailhandelszaak of postorderbedrijf exploiteren. [...] De betrokken ondernemingen jegens welke wij onze handelsactiviteiten hebben ingeperkt zijn: [...]*, [...]*⁽¹⁸⁸⁾, [...]* en [...]*, en nog een paar andere ondernemingen. Ik heb vastgesteld dat deze ondernemingen producten hebben geleverd aan het Europese vasteland via ondernemingen zoals [...]* en [...]*, en bijgevolg hebben wij besloten niet meer aan deze klanten te leveren”⁽¹⁸⁹⁾. Gedurende

deze periode beëindigde THE ook zijn handelsbetrekkingen met de onderneming [...]* „die wij ervan verdachten goederen buiten het Verenigd Koninkrijk af te zetten”⁽¹⁹⁰⁾.

(133) Deze maatregelen namen de vorm aan van een stelselmatig beleid. Zoals kan worden afgeleid uit latere brieven, paste THE dit beleid actief toe gedurende het hele jaar 1996. In een fax van 20 januari 1997 schreef THE aan NN: „Wij hebben de afgelopen twaalf maanden actief erop toegezien dat wij alleen leveren aan „bonafide” Britse detailhandelaren⁽¹⁹¹⁾. Wij controleren ook alle orders van onze detailhandelaren om na te gaan of de hoeveelheden in overeenstemming zijn met het aantal detailhandelszaken dat zij exploiteren”⁽¹⁹²⁾.

(134) De Commissie is in het bezit van briefwisseling tussen THE en [...]*, [...]* en [...]*, drie van de ondernemingen die THE noemde in overweging 136⁽¹⁹³⁾. Uit deze brieven blijkt dat THE inderdaad maatregelen nam tegen deze ondernemingen, tijdens of onmiddellijk na de boycot door Nintendo. Met name uit de twee overstaande voorbeelden met betrekking tot [...]* en [...]*, blijkt duidelijk dat: i) THE parallelexporteurs actief trachtte op te sporen; ii) THE daartoe de orders van individuele klanten vergeleek met hun potentiële detailhandelsverkoop in het Verenigd Koninkrijk; iii) THE zich beriep op zijn overeenkomst met Nintendo om maatregelen tegen exporterende klanten te rechtvaardigen; iv) de verplichting voor de klanten van THE om alleen op detailhandelsniveau in het Verenigd Koninkrijk te verkopen feitelijk neerkwam op een uitvoerverbod; v) het verbod ten uitvoer werd gelegd door middel van een leveringsboycot.

(135) Uit de briefwisseling tussen THE en [...]*⁽¹⁹⁴⁾, een parallelhandelaar, blijkt ook dat THE in 1996 en 1997 daadwerkelijke controle op parallelhandelaren bleef uitoefenen⁽¹⁹⁵⁾. Op 30 april 1996 schreef [...]* aan THE: „u gaf aan dat u bezorgd was over de verkoop van voorraden en dat SEGA uit Amerika [hiermee wordt NOA bedoeld, gezien de context van de brief] u behoorlijk hard heeft aangepakt. Wij kunnen u meedelen dat alle voorraden die wij van u afnemen door ons in het Verenigd Koninkrijk zullen worden verkocht”⁽¹⁹⁶⁾. In 1997 vonden gelijksoortige incidenten plaats (zie overweging 158).

⁽¹⁹⁰⁾ Afkomstig van gegevens die door THE aan NOE zijn verstrekt op 25 juni 1996. Blz. 1170. Oorspronkelijke tekst: „whom we suspected of shipping outside the UK”.

⁽¹⁹¹⁾ „Bonafide” detailhandelaren: uit de context van dit schrijven en van andere correspondentie blijkt dat het gaat om detailhandelaren die hun voorraad uitsluitend verkopen aan eindgebruikers, d.w.z. niet aan handelaren die in het buitenland zijn gevestigd. Zie bijvoorbeeld ook blz. 1150 en 1151, blz. 1114, blz. 1112 en 918. Oorspronkelijke tekst: „We have over the last twelve months actively sought to ensure that we only supply „bona fide” UK retailers”.

⁽¹⁹²⁾ Blz. 1510. Oorspronkelijke tekst: „We also review all orders from our retailers to check that the quantities are appropriate in regard to the number of retail outlets that they operate”.

⁽¹⁹³⁾ Blz. 773, 1112, 1114.

⁽¹⁹⁴⁾ Bijvoorbeeld, blz. 908.

⁽¹⁹⁵⁾ Blz. 913 en 917.

⁽¹⁹⁶⁾ Blz. 906. Oorspronkelijke tekst: „you mentioned that your concern was that stock was being sold and that SEGA of America [meaning NOA, in view of the context of letter] had come down on you quit hard. For your information any stock purchased from you will be sold by us in the UK” (sic).

⁽¹⁸⁵⁾ Blz. 963 en 1119.

⁽¹⁸⁶⁾ Blz. 1136.

⁽¹⁸⁷⁾ Blz. 976 en 1136.

⁽¹⁸⁸⁾ Dit moet op [...]* slaan.

⁽¹⁸⁹⁾ Blz. 1150 en 1151. Oorspronkelijke tekst: „I can tell you that a significant amount of activity has been undertaken by THE since January/February this year with a view to stopping the grey exporting of products from the UK into the continental European market. Our major activities in this regard have been to either shut off supplies completely or to really control/restrict the supply of product into the UK market place, to certain questionable retailers. We are no longer selling to anyone who cannot prove that they operate a bona fide UK retail/mail order business. [...] The companies involved and in which we have curtailed our business are: [...]*, [...]*, [...]* and [...]* along with a handful of others. I have proved that these companies have been supplying products into continental Europe via such companies as [...]* and [...]*, and as result of this we have closed their accounts”.

- [...]*
- (136) De gebeurtenissen met betrekking tot [...]* werden door THE samengevat in een brief van 4 april 1996 aan [...]* van NOA ⁽¹⁹⁷⁾.
- „1. [...]* plaatste grote orders voor bepaalde producten; de gevraagde hoeveelheden leken echter buitensporig voor zijn drie detailhandelszaken.
2. Deze orders werden teruggebracht tot passende hoeveelheden voor zijn drie detailhandelszaken.
3. [...]* sprak met [...]* (van THE) over de vermindering van zijn order, en [...]* liet doorschemeren dat dit een gevolg was van zijn exportactiviteiten. [...]
5. [...]* (van THE) [...] verkreeg ten slotte bewijzen dat [...]* verbonden was aan [...]*, dat het product exporteerde ⁽¹⁹⁸⁾
6. [...]* werd meegedeeld dat hij alleen orders kon plaatsen voor hoeveelheden die in overeenstemming waren met zijn detailhandelsactiviteiten, aangezien wij slechts kunnen leveren aan bonafide detailhandelaren.
7. [...]* plaatste dagelijks orders voor zijn maximale ordercapaciteit, en nadat wij dit hadden vastgesteld, hebben wij een einde gemaakt aan onze handelsbetrekkingen met hem [...]” ⁽¹⁹⁹⁾.
- (137) Om de leveringsboycot te rechtvaardigen, beriep THE zich op zijn formele distributieovereenkomst met Nintendo. In een brief van 28 maart 1996 van THE aan de advocaten van [...]*, verklaarde THE: „THE Games heeft een distributieovereenkomst met Nintendo. Wij mogen echter alleen aan bonafide detailhandelaren in het Verenigd Koninkrijk leveren. [...] [...]* heeft drie detailhandelszaken, maar de omvang van de orders die wij hebben ontvangen wijzen erop dat niet alle producten via deze detailhandelszaken worden verkocht. [...] THE Games zou zeer graag leveren aan [...]*, indien wij erop kunnen vertrouwen dat alle producten worden verkocht op detailhandelsniveau. Ik ben er zeker van dat u zult begrijpen dat wij onze distributieovereenkomst moeten naleven. Ik hoop dat uw klant ons

⁽¹⁹⁷⁾ Blz. 1132.

⁽¹⁹⁸⁾ [...]* heeft een belang van 50 % in [...]* (blz. 918). Oorspronkelijke tekst:

- „1. [...]* of [...]*, placed large orders for certain products, quantities of which seemed excessive for his three retail outlets.
2. These orders were reduced to appropriate levels for his three retail outlets.
3. [...]* spoke to [...]* (of THE) regarding our reduction in his order, and [...]* intimated that this was due to his export activities [...]
5. [...]* (of THE) [...] finally gained evidence that [...]* was linked to [...]* who were exporting product.”

⁽¹⁹⁹⁾ „Blz. 1132 en 1133. Deze feiten zijn bevestigd in correspondentie tussen THE en vertegenwoordigers van [...]*. Blz. 918 t/m 924. Oorspronkelijke tekst:

6. [...]* was told that he could only place orders to levels appropriate for his retail activities since we are only able to supply to bona fide retailers.
7. [...]* placed daily orders up to his maximum order level and upon identification of this we ceased trading with him.[...]”

hiervan kan overtuigen en dat wij onze handelsbetrekkingen kunnen hervatten” ⁽²⁰⁰⁾ (onderstreping toegevoegd). Uit het antwoord van de advocaten van [...]* van 19 april 1996 ⁽²⁰¹⁾ blijkt dat [...]* bereid was een verbintenis daartoe aan te gaan. Op 23 april 1996 ten slotte verzocht THE [...]* zich er schriftelijk toe te verbinden ⁽²⁰²⁾ dat de producten alleen te koop zouden worden aangeboden aan consumenten van detailhandelszaken, waaraan alleen met goedkeuring van THE zou worden geleverd, en dat er geen producten zouden worden verkocht aan [...]* of enige andere persoon of onderneming waarvan [...]* wist of vermoedde dat deze de producten zou kunnen doorverkopen. [...]* moest garanderen dat hij de producten in de toekomst niet van [...]* zou kopen. Deze toezeggingen werden gegeven, en THE begon ten laatste op 28 juni 1996 opnieuw te leveren ⁽²⁰³⁾.

[...]*

- (138) Op 26 maart 1996 schreef [...]* aan THE dat, wegens „de recente problemen die u [THE] heeft ondervonden met bepaalde klanten, d.w.z. ondernemingen waarvan u weet dat zij uitvoeren naar Europa [...], [...]* aan THE Games garandeert dat er geen voorraden via de groothandel in Europa zullen worden verkocht [...] Ik reken erop dat wij onze handelsbetrekkingen onmiddellijk kunnen hervatten [...]” ⁽²⁰⁴⁾ (onderstreping toegevoegd).
- (139) THE beriep zich opnieuw op zijn formele distributieovereenkomst om de maatregelen die het had genomen te rechtvaardigen. THE verklaarde op 1 april 1996 aan [...]*: „In onze distributieovereenkomst met Nintendo is zeer duidelijk en nauwkeurig bepaald dat wij onze producten alleen mogen verkopen aan grootwinkelbedrijven en bonafide onafhankelijke winkels voor computerspelletjes in het Verenigd Koninkrijk. Daarnaast mogen wij producten leveren aan bekende postorderbedrijven en verzendhuizen [...]. Wij hebben niet het recht onze producten te verkopen aan groothandelaren of

⁽²⁰⁰⁾ Zie blz. 1112 en 918. Deze brief werd geschreven in antwoord op een brief van 14 maart 1996 van de wettelijke vertegenwoordigers van [...]*. De maatregelen van THE tegen deze onderneming begonnen derhalve gedurende de boycot van THE door Nintendo. THE gebruikte gelijkaardige argumenten in zijn brief aan de wettelijke vertegenwoordiger van [...]* op 23 april 1996, blz. 923. Oorspronkelijke tekst: „THE Games have a distributorship agreement with Nintendo. However, we are only allowed to supply bonafide retailers in the UK. [...] [...]* has 3 retail outlets the level of orders that we have received suggests that all products are not going through these outlets. [...] THE Games would be delighted to supply [...]* if we can be satisfied that all product is for retail purposes. I am sure that you appreciate that we must comply with our distributor agreement. I hope that your client can satisfy us of this fact and that we can re-establish our trading relationship”.

⁽²⁰¹⁾ Blz. 920 en 921.

⁽²⁰²⁾ Zie de brief van 23 april 1996 van THE aan de wettelijke vertegenwoordiger van [...]*, blz. 923 en 924.

⁽²⁰³⁾ Dat deze ondertekende verbintenissen werden overgelegd, blijkt uit een brief van de wettelijke vertegenwoordigers van [...]* aan THE van 17 juli 1996 (blz. 926) en een brief van THE aan [...]* van 28 juni 1996, (blz. 925). Uit deze brieven kan ook worden afgeleid dat de leveringen werden hervat vóór 28 juni 1996.

⁽²⁰⁴⁾ Blz. 1115 en 1116. Oorspronkelijke tekst: „The recent troubles that you [THE] have experienced with certain accounts, i.e. those companies who you know export into Europe [...] [...]* will guarantee THE Games that no stock shall be wholesaled across Europe [...] I trust we can once again start to trade with immediate effect [...]”.

distributeurs op de Britse markt [...]. Ik neem met belangstelling kennis van uw brief, en misschien zou u mij volledige gegevens kunnen verstrekken over uw keten van grootwinkelbedrijven en over de postorderbedrijven waaraan u ons product wil leveren" ⁽²⁰⁵⁾.

1.6.2.11. De gevolgen voor de markt van de maatregelen van THE

- (140) Op 29 mei 1996 schreef NOE opnieuw aan „Alle in de EER gevestigde distributeurs en dochterondernemingen van Nintendo" [over het volgende] Onderwerp: volumes van „grijze" import in uw land [...] Wij hebben dringend behoefte — voor beoordeling door het hoger management — aan informatie over transnationale („grijze") afzet van producten buiten de controle en invloed van Nintendo" ⁽²⁰⁶⁾. In dezelfde brief van NOE van 29 mei 1996 werden alle dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs verzocht gedetailleerde gegevens te verstrekken over het volume van de parallelhandel voor de jaren 1994, 1995 en 1996 en een nauwkeurige beschrijving te geven van de betrokken producten, waarbij voor ieder product het volume en het land van herkomst, alsmede de prijsverschillen op detailhandelsniveau tussen het parallel ingevoerde product en hetzelfde product dat door de distributeur werd verkocht, moesten worden vermeld. Bij deze brief was een uitvoerige en eenvormige vragenlijst gevoegd, met aanvullende vragen over het volume van de grijze import, de betrokken producten, het land van herkomst, de detailhandelsprijzen van parallel ingevoerde producten en de prijsverschillen tussen parallel ingevoerde producten en producten die door de dochteronderneming of de distributeur werden geleverd, met betrekking tot het gebied van de adressaten gedurende de periode 1994-1996.

Alle dochterondernemingen van Nintendo, alsmede de onafhankelijke Nintendo-distributeurs Linea, Bergsala, Concentra en Itochu, hebben deze eenvormige vragenlijst beantwoord ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁵⁾ Blz. 1114. Oorspronkelijke tekst: „Our Nintendo distributorship agreement is extremely clear and very precise in that we are only allowed to sell our products to multiple retailers and bona fide independent computer games shops within the UK market. In addition, we are able to supply product to known mail order companies, and catalogue retailers [...]. We do not have the right to sell our products to either wholesalers or distributors within the UK market place [...]. I read the contents of your letter to me with interest and perhaps you would let me have full details of your multiple retail stores group and mail order companies that you would like to supply with our product".

⁽²⁰⁶⁾ Blz. 1431 tot 1434, alsmede blz. 1152 tot 1154. Blz. 1434 is een fax-bevestiging, waarop staat aangegeven dat de vragenlijst met succes naar alle distributeurs werd gefaxt (dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs). THE behoorde niet tot de geadresseerden van deze fax. Oorspronkelijke tekst: „All EEA-based Nintendo Distributors and Subsidiaries [on the] Subject: Volumes of „Grey" imports into your country [...] We urgently need — for top management review — info on intercountry trans-shipments („grey") outside Nintendo's control and influence".

⁽²⁰⁷⁾ Zie blz. 1420 tot 1422 (Linea), 1423 tot 1425 (Bergsala), 1426 (NF), 1427 tot 1428 (Concentra), 1435 tot 1437 (NB), 1155 tot 1157 (NE), 1429 en 1430 (Itochu) en 1158 tot 1160 (NN). Uit de tabellen van 30 en 31 mei 1996 (blz. 1438 tot 1440 en 1441 tot 1444) blijkt dat NOE ook informatie ontving met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk, maar het is niet bekend uit welke bron.

- (141) Nintendo heeft de Commissie een overzichtstabel verstrekt, getiteld „Volume van grijze import" ⁽²⁰⁸⁾, die blijkbaar is opgesteld aan de hand van de antwoorden op de vragenlijst van NOE. Uit deze tabel en uit de antwoorden op de vragenlijsten blijkt dat in bijna alle landen en voor elke productlijn van Nintendo, inclusief SNES-consoles en spelcassettes en Game Boy-consoles en spelcassettes ⁽²⁰⁹⁾, de parallelimport in 1996 aanzienlijk werd teruggedrongen ⁽²¹⁰⁾. In zijn antwoord op de mededeling van punten van bezwaar verstrekte THE statistieken waaruit inderdaad blijkt dat de afzet van THE aan handelaren die door de Commissie als parallelhandelaren zijn geïdentificeerd, aanmerkelijk is teruggelopen vanaf maart 1996 ⁽²¹¹⁾.

- (142) Dit feit is ook erkend door NOE, want op 20 juni 1996 schreef NOE aan THE: „Ik zou u willen complimenteren met het feit dat u de parallelexport drastisch heeft teruggedrongen, hetgeen iedereen in Europa constateert en toejuicht" ⁽²¹²⁾. Later, op 26 juni 1996, schreef NOE aan THE: „Dank u voor de voortreffelijke medewerking en voor het nakomen van uw belofte om de grijze export onder controle te houden — hierdoor bent u, volgens iedereen in Europa — eindelijk lid geworden van de familie" ⁽²¹³⁾.

1.6.2.12. Medewerking van THE

- (143) Het was nu duidelijk voor THE: „Wat wij nu allen moeten doen, is de situatie blijven controleren en [...] onze andere Europese partners, zowel dochterondernemingen als distributeurs, op de hoogte brengen van de maatregelen die wij hebben genomen, en hun vragen dat zij in de toekomst rechtstreeks contact met mij opnemen wanneer zij grijze import aantreffen die volgens hen afkomstig is uit het Verenigd Koninkrijk" ⁽²¹⁴⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Blz. 1441 tot 1443. Oorspronkelijke tekst: „Volume of Grey Imports".

⁽²⁰⁹⁾ De N64-console was nog niet geïntroduceerd in 1996.

⁽²¹⁰⁾ Bijvoorbeeld: het volume van parallel ingevoerde Game Boy-consoles en spelcassettes naar Nederland daalde respectievelijk van ongeveer [...] tot [...] en van [...] tot [...]. Het volume van parallel ingevoerde SNES-consoles en spelcassettes naar Italië daalde respectievelijk van ongeveer [...] tot [...] en van ongeveer [...] tot [...].

⁽²¹¹⁾ Antwoord van John Menzie op de mededeling van punten van bezwaar, punt 3.1 en bijlage D.

⁽²¹²⁾ Blz. 1456. Oorspronkelijke tekst: „I would like to compliment you for dramatically reducing parallel exports what everybody around Europe has realized and compliments".

⁽²¹³⁾ Blz. 1195. Oorspronkelijke tekst: „Thanks for your fine cooperation and keeping your promise on the grey market exports control — which like everybody feels around Europe — makes you finally a member of the family".

⁽²¹⁴⁾ Blz. 1410, brief van 19 april 1996 van THE aan NOE. Zie ook de brief van THE aan NOE betreffende CD Contact Data van 14 augustus 1996 (blz. 1490). Oorspronkelijke tekst: „What we must all do now is to continue to monitor the situation and [...] communicate to our other European partners, both subsidiaries and distributors, of the action we have taken, and to ask them to communicate with me directly if they find any grey imports believed to have come from the UK in the future".

De boycot van [...]*

- (144) Zoals reeds uiteengezet in de bovenstaande overwegingen 136 en 137, had [...]*, die directeur was van zowel [...]* als [...]*, zich er schriftelijk toe verbonden dat alle door THE geleverde producten uitsluitend in het Verenigd Koninkrijk zouden worden doorverkocht. Op 27 juni 1996 ontving THE echter informatie dat [...]* buiten het Verenigd Koninkrijk reclame voor de producten had gemaakt⁽²¹⁵⁾. De volgende dag nam THE ingrijpende maatregelen. THE schreef aan [...]* dat, aangezien zijn onderneming de door [...]* aangegane verbintenis had verbroken, THE de handelsbetrekkingen met zijn onderneming met onmiddellijke ingang beëindigde. THE legde uit dat „alle leveringen aan [...]* alleen bestemd waren voor detailhandelszaken in het Verenigd Koninkrijk. Deze recente advertentie [...] in continentaal Europa is een schending van die overeenkomst”⁽²¹⁶⁾. THE verrichtte grondig onderzoek naar deze zaak, aangezien het in antwoord op een fax van [...]* van 27 juni 1996 verklaarde: „wij vermoeden dat zij [...]* sommige producten van de onderneming „[...]*” hebben ontvangen [...] Wij overwegen nader onderzoek te verrichten naar [...]*, maar als onze vermoedens juist zijn, zullen wij ook geen producten meer leveren aan die onderneming [...]”⁽²¹⁷⁾. In dezelfde brief schreef THE: „indien u een parallel ingevoerd product aantreft, waarvan u denkt dat het afkomstig is uit het Verenigd Koninkrijk, verzoek ik u enkele exemplaren te kopen en zoveel mogelijk informatie over het product te verzamelen, zodat wij kunnen achterhalen of [...]* de uiteindelijke leveringsbron is”⁽²¹⁸⁾.

Samenwerking tussen THE en Linea

- (145) Nadat Linea onderzoek had gedaan naar parallelimporten in Italië en had aangedrongen op „onmiddellijke maatregelen om een eind te maken aan dit fenomeen”⁽²¹⁹⁾, verklaarde THE op 10 juli 1996: „Wij hebben geen aantekeningen gevonden waaruit blijkt dat wij ooit

zaken hebben gedaan met [...]*, maar indien u mij aanvullende gegevens zou kunnen verstrekken, kunnen wij misschien de leveringsbron opsporen en nagaan of wij hebben geleverd aan onbetrouwbare dealers die misschien een transactie met [...]* hebben gesloten. [...] zodat wij onze inspanningen om dit probleem op te lossen onverdroten kunnen voortzetten”⁽²²⁰⁾.

- (146) In een andere brief van 3 december 1996 aan Linea verklaarde THE: „Wij leveren beslist niet aan een van de drie personen die in uw brief worden vermeld, en het moet dus afkomstig zijn van een andere bron. Indien u van uw kant deze bron zou kunnen lokaliseren, zou dat zeer nuttig zijn. Intussen zullen wij van onze kant het onderzoek voortzetten. [...] Het spijt mij dat u last heeft van grijze importen, vooral omdat wij er alles aan doen om daar een eind aan te maken. Alles wat u verder nog kunt doen om ons te helpen, wordt dus op prijs gesteld”⁽²²¹⁾. Deze samenwerking duurde tot in 1997⁽²²²⁾.

NN en [...]*

- (147) Blijkbaar werden nog steeds parallel ingevoerde producten uit het Verenigd Koninkrijk aangeboden. NOE verdacht [...]*, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming, ervan de producten te exporteren. THE verzekerde [...]* van NOE op 20 november 1996 dat: „wij geen zaken doen met [...]*” [maar] „na zoveel moeite te hebben gedaan om een eind te maken aan de grijze import vanuit het Verenigd Koninkrijk, zou ik zeer graag willen weten waar hij zijn voorraden vandaan haalt. Kunnen wij niet iemand een aantal producten laten kopen en aan de hand daarvan de leveringsbron opsporen [...]?”⁽²²³⁾.
- (148) NOE volgde deze suggestie en gaf NN de opdracht een aantal parallel ingevoerde producten te kopen. In een brief van NN aan THE van 6 december 1996 schreef NN: „Naar aanleiding van de discussie met [...]* (van NOE) over parallelhandel, vroeg u om enkele exemplaren. Wij hebben gezocht in enkele winkels voor

⁽²¹⁵⁾ Zie blz. 1197. Dit wordt gesuggereerd in een brief van THE van 28 juni 1996. Deze brief bevat ook een gedetailleerde beschrijving van maatregelen die THE nam tegen [...]*, alsmede de toezegging van THE dat het de nodige maatregelen zou nemen om de verkoop van THE-producten op de Britse markt te beperken.

⁽²¹⁶⁾ Blz. 925. THE handelde op grond van informatie die door de Zwitserse distributeur van Nintendo werd verstrekt, dus met betrekking tot exporten naar een land dat niet behoort tot de EER. THE bekritiseerde [...]* echter niet alleen omdat het naar landen buiten de EER had uitgevoerd, maar ook wegens zijn exporten naar het Europese vasteland (d.w.z. buiten het gebied van THE). Het feit dat THE maatregelen nam naar aanleiding van exporten naar een land dat niet tot de EER behoort, is derhalve niet relevant. Oorspronkelijke tekst: „any stock supplied to [...]* was only for retail stores in the United Kingdom. This latest advertisement [...] in Continental Europe is a breach of that agreement”.

⁽²¹⁷⁾ Blz. 1197 en 1198. Oorspronkelijke tekst: „we suspect they [...]* may have received some stock from a company called „[...]*” [...] We are currently looking to undertake further investigations into [...]* but if our suspicions are confirmed, we will stop supplying them with product also [...]”.

⁽²¹⁸⁾ Blz. 1197 en 1198. Oorspronkelijke tekst: „if you come across any grey import product which you suspect has come from the U.K., then I would ask you to purchase samples, together with any details you can gather so that we can trace the ultimate source of supply to [...]”.

⁽²¹⁹⁾ Blz. 1201 en 1202. Oorspronkelijke tekst: „prompt actions to stop this phenomenon”.

⁽²²⁰⁾ Blz. 1471 en 1472. Oorspronkelijke tekst: „We have no record of ever having dealt with [...]*, but if you can give me further details we may be able to trace it back to see whether we supplied any dubious dealers who may have done a deal with [...]*. [...] in order that we can continue in our diligent efforts to overcome this problem”.

⁽²²¹⁾ Blz. 1505. Oorspronkelijke tekst: „We are certainly not supplying any of the three people mentioned in your letter, so it must be coming from some alternative route. If you can do anything at your end to place this source then that would be most useful, in the meantime we will continue with our investigations at this end. [...] I am sorry that you are having trouble with grey imports, particularly as we are working very hard over here to stop this from happening, so anything more you can do to help us in our endeavours would be appreciated”.

⁽²²²⁾ Zie brief van NOE aan THE betreffende Linea van 7 november 1997, blz. 1591.

⁽²²³⁾ Blz. 1504. Zie ook blz. 819. Oorspronkelijke tekst: „we are not dealing with [...]*” [but] „having done so much work in trying to eliminate grey imports from the UK I very much want now to try to find out where he is getting this stock. Can we try and arrange for someone to purchase some stock and see if we can trace it back [...]?”.

computerspelletjes, en hebben daarbij Super Metroid gevonden, inclusief de Giant Players-gids. [...] wij hebben ook Winter Gold gevonden [...], [Ik] zal u op de hoogte houden van eventuele andere vondsten" ⁽²²⁴⁾. In een brief van 10 december 1996 verstrekte NN aanvullende informatie aan THE met betrekking tot aanbiedingen van parallel ingevoerde producten van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk, die aan twee van zijn belangrijkste klanten, [...] en [...]*, waren gedaan ⁽²²⁵⁾.

(149) Blijkbaar werden deze maatregelen ontoereikend geacht en moesten complexere maatregelen worden genomen. Op 10 december 1996 schreef NN aan THE: „Uw medewerking zou op prijs worden gesteld, want indien wij eendrachtig samenwerken, kunnen dergelijke problemen worden vermeden" ⁽²²⁶⁾. Kort daarna, in een fax van 20 januari 1997, schreef THE aan NN: „wij brengen thans individuele merktekens aan op de veiligheidsfolie rond de dozen van een aantal klanten, om te kunnen vaststellen of een van hen de bron is van uw problemen. [...] indien u opnieuw onrechtmatige pakketten aantreft, verzoek ik u deze naar mij te sturen, zodat wij de nodige stappen kunnen doen. [...] Ik kan u verzekeren dat wij al het mogelijke doen om u in deze kwestie te helpen, en ik zou willen herhalen dat wij alleen wensen te leveren aan klanten die de producten in het Verenigd Koninkrijk op detailhandelniveau verkopen" ⁽²²⁷⁾.

(150) In februari 1997 werkte THE opnieuw nauw samen met NN om ervoor te zorgen dat er geen Nintendo-producten aan [...] werden geleverd ⁽²²⁸⁾. In maart 1997 vroeg NN aan THE om bepaalde zaken te onderzoeken en verstrekte het informatie op basis van het bovengenoemde merksysteem, om THE hierbij te helpen. Op 26 maart 1997 schreef NN aan THE: „Een korte rondreis door enkele grote steden om het aanbod van N64 te onderzoeken, heeft geleid tot de vondst van aanzienlijke hoeveelheden THE-producten [...] Op één adres waren de producten nog in de originele verpakking, en wij vonden het referentienummer 02 06 01 97.

Hopelijk geeft deze referentie u een aanwijzing omtrent de betrokken klant" ⁽²²⁹⁾.

(151) In een antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie verklaarde THE dat er tegen geen enkele klant maatregelen werden genomen op basis van het door THE ingevoerde merksysteem. Het systeem werd ingevoerd op 2 januari 1997 ⁽²³⁰⁾ en opgeheven in april 1997 ⁽²³¹⁾.

(152) De voortdurende inspanningen van THE werden erkend door NOE. Op 6 november 1997 schreef NOE immers aan Linea: „— sinds januari van dit jaar — zijn er bijna geen aanbiedingen uit het Verenigd Koninkrijk geweest, en ik hoop dat dit uiteindelijk ook het geval zal zijn met N64-hardware" ⁽²³²⁾. NOE rekende erop dat deze samenwerking zou voortduren en dat THE de eventuele resterende problemen met betrekking tot parallelhandel zou aanpakken.

Hernieuwde parallelhandel in N64-producten

(153) De mogelijkheid van parallelhandel vanuit het Verenigd Koninkrijk werd opnieuw aan de orde gesteld op 22 oktober 1997, naar aanleiding van het nieuwe prijsbeleid van THE met betrekking tot N64-producten, d.w.z. zowel N64-consoles als spelcassettes die met N64 compatibel zijn ⁽²³³⁾. Op die datum verspreidde NOE onder alle Europese distributeurs en zusterondernemingen de volgende mededeling: „THE — onze Britse distributeur — zal de aanbevolen detailhandelsprijzen verlagen" [en] „Het Verenigd Koninkrijk is een afzonderlijk geval — beslist geen prijswijzigingen gepland of zelfs overwogen voor continentaal Europa." ⁽²³⁴⁾. NOE rechtvaardigde deze maatregel door erop te wijzen dat N64 „te duur" was in vergelijking met Play Station en andere nieuwe verbeterde producten van Sony die in het Verenigd Koninkrijk op de markt werden aangeboden ⁽²³⁵⁾. De aanbevolen detailhandelsprijs voor de N64-console daalde van [...] GBP (toen ongeveer [...] EUR) tot [...] GBP (ongeveer [...] EUR), d.w.z. een daling met ongeveer 33 %.

⁽²²⁴⁾ Blz. 1506. Oorspronkelijke tekst: „Regarding the discussion with [...] (from NOE) concerning parallel trade you requested some examples. Therefore we have checked some game shops and found Super Metroid including Giant Players guide. [...] we also found Winter Gold [...], [I] will keep you informed of further finding".

⁽²²⁵⁾ Blz. 1509.

⁽²²⁶⁾ Blz. 1509. Oorspronkelijke tekst: „Your input will be appreciated as working „in concierto" on these matters may avoid problems".

⁽²²⁷⁾ Blz. 1510. Oorspronkelijke tekst: „we are now individually marking the security film that covers the boxes for a number of customers in order to try and identify if any of these are the source of your problem. [...] please send any new offending packages to me. Once we know the source of the problem, we can take any necessary action. [...] Please be assured that we are doing all that we can to assist you in this matter and let me reiterate we only wish to supply customers for UK retailing activities".

⁽²²⁸⁾ Blz. 1511.

⁽²²⁹⁾ Blz. 1218. Oorspronkelijke tekst: „A quick tour through some major cities to appreciate N64 presentation lead to finding substantial quantities of THE material [...] At one address, the products were still in the original packaging and we found reference number 02 06 01 97. Hopefully this reference gives you a clue who is the customer concerned".

⁽²³⁰⁾ Blz. 1218.

⁽²³¹⁾ Blz. 819.

⁽²³²⁾ Blz. 1582. Oorspronkelijke tekst: „— since January of this year — hardly any offers of merchandise were coming out of the UK which I do hope will also finally be the case with N64 hardware".

⁽²³³⁾ Zie bijvoorbeeld blz. 1588, 1589, 1607 en 1619.

⁽²³⁴⁾ Blz. 1556, 1557, 1558. Oorspronkelijke tekst: „THE — our UK distributor — will reduce recommended retail prices" [and] „UK is an isolated situation — definitely no price changes planned or even considered for continental Europe".

⁽²³⁵⁾ Blz. 1557 en 1558.

- (154) Als gevolg van deze prijsdalingen waren de plaatselijke detailhandelsprijzen die door parallelimporteurs in Griekenland, Italië, Denemarken, Noorwegen en Portugal⁽²³⁶⁾ werden aangeboden lager dan de prijzen die plaatselijke alleenverkopers verkregen van Nintendo. De enige redelijke verklaring voor deze prijsverschillen is dat Nintendo veel lagere prijzen aan THE dan aan zijn overige onafhankelijke distributeurs vroeg⁽²³⁷⁾. De aanzienlijke prijsverschillen tussen het Verenigd Koninkrijk en andere landen van de EER hadden natuurlijk tot gevolg dat parallelhandel werd aangemoedigd en/of dat het moeilijker werd doeltreffende controle op parallelexporteurs te blijven uitoefenen.
- (155) De alleenverkopers voor Griekenland⁽²³⁸⁾, Italië⁽²³⁹⁾, Noorwegen⁽²⁴⁰⁾, Zweden⁽²⁴¹⁾ en Denemarken⁽²⁴²⁾ brachten allen binnen twee weken verslag uit aan NOE over de problemen die de prijsverlagingen in het Verenigd Koninkrijk, en met name de daaruit voortvloeiende toename van de parallelhandel vanuit dat land, op hun markten hadden veroorzaakt, in de verwachting dat Nintendo deze problemen zou aanpakken. Blijkbaar was NOE van mening dat het kon blijven rekenen op de medewerking van THE. In dit verband schreef NOE⁽²⁴³⁾, in antwoord op de klacht van Linea⁽²⁴⁴⁾, dat er in dat jaar geen parallelhandel vanuit het Verenigd Koninkrijk had plaatsgevonden en dat dit naar zijn verwachting zo zou blijven.
- (156) NOE verzocht Linea gedetailleerde bewijzen te verstrekken van producten die via parallelhandel vanuit het Verenigd Koninkrijk in Italië waren ingevoerd, met inbegrip van aanwijzingen over de bron van de parallelhandel⁽²⁴⁵⁾. NOE ontving deze bewijzen, aangezien het, in een fax van 7 november 1997 van NOE aan THE, verklaarde: „bijgaand een fax van 7 november 1997 van onze Italiaanse distributeur, Linea GIG, met een kopie van uw advertentie; wij verzoeken u hiervan kennis te nemen en „maatregelen” te nemen”⁽²⁴⁶⁾. Bijgevoegd was een aanbieding van Nintendo-producten die [...] aan klanten van Linea had gedaan en die Linea nog dezelfde dag aan NOE had gezonden.
- (157) Nortec verstreekte NOE nauwkeurige inlichtingen over parallel ingevoerde producten in Griekenland. Het deed ook test aankopen om de herkomst van de parallelhandel vast te stellen⁽²⁴⁷⁾ en verzocht NOE om hulp⁽²⁴⁸⁾. NOE zond deze informatie blijkbaar door aan THE, met de opdracht deze parallelexporten vanuit zijn gebied aan te pakken. In een fax van 3 november 1997 aan NOE verklaarde de Griekse distributeur: „1. Ik moet toegeven dat uw instructies aan „THE” om aan geen enkele klant te leveren die via parallelexport zou leveren aan „[...]”, de Griekse parallelimporteur”, effect hebben gehad en voor enige vertraging hebben gezorgd. [...] Zij hebben te horen gekregen dat zij enige tijd moeten wachten, totdat de situatie tot rust komt”⁽²⁴⁹⁾. In de brief worden ook vier in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen genoemd die op het punt stonden aan [...] te leveren. „De situatie is kritiek, dus wij verzoeken u deze zaak nauwlettend in het oog te houden en ons te adviseren over hoe wij dit moeten aanpakken”⁽²⁵⁰⁾. NOE vroeg en verkreeg ook bewijsmateriaal van de subdistributeur van Bergsala, die tevens beloofde een test aankoop te zullen doen⁽²⁵¹⁾.
- (158) Op 24 juni 1997 schreef THE aan [...] over de „kortingstructuur voor Nintendo 64”⁽²⁵²⁾. Het verklaarde daarbij dat, overeenkomstig zijn beleid om alleen aan bonafide detailhandelaren te leveren, THE alleen bereid was producten te leveren voor de postorderactiviteiten van [...] en alleen rechtstreeks aan postorderbedrijven en niet aan intermediaire distributeurs wilde leveren (zie ook overwegingen 112-113). THE verzocht om informatie over de verwachte omzet van de postorderactiviteiten van [...]. Kort vóór 8 juli 1997 verminderde THE zijn leveringen aan [...] aanzienlijk⁽²⁵³⁾. In een brief aan [...] van 7 november 1997⁽²⁵⁴⁾ herhaalde THE zijn standpunt dat het niet wilde leveren aan distributeurs en verzocht het [...] om een schriftelijke toezegging dat [...] alle leveringen zou gebruiken voor de postorderverkoop van Console Plus. THE behield zich het recht voor de leveringen stop te zetten indien [...] deze garantie niet kon geven.
- (159) Ondanks tegenovergestelde verklaringen van Nortec (overweging 157) en de incidenten met betrekking tot [...]*, ontkent THE maatregelen te hebben genomen tegen parallelexporteurs toen de parallelexport van N64-consoles plots toenam in oktober 1997⁽²⁵⁵⁾.

⁽²³⁶⁾ Blz. 1580 (Italië), blz. 1560, 1561, 1569 (Griekenland), blz. 1597 (Noorwegen), blz. 1601 (Portugal), blz. 1576 (Denemarken).

⁽²³⁷⁾ Het standpunt dat, ten minste in 1997, parallelimporten het gevolg waren van het eigen prijsbeleid van Nintendo, werd ook gedeeld door Nortec (blz. 1600 en 1622), de Noorse subdistributeur van Bergsala, Unsaco (blz. 1603), en NE (aangezien NE ervan uitging dat indien Nintendo zijn prijsbeleid zou wijzigen, grijze importen vanuit de Gemeenschap zouden worden voorkomen) (blz. 1516).

⁽²³⁸⁾ Blz. 1559 tot 1561 (d.d. 23 oktober 1997) en 1568-1569 (d.d. 26 oktober 1997).

⁽²³⁹⁾ Blz. 1578 (d.d. 3 november 1997), 1582 (d.d. 3 november 1997), en 1579 (d.d. 3 november 1997).

⁽²⁴⁰⁾ Blz. 1567 (d.d. 24 oktober 1997) en 1583 (d.d. 6 november 1997).

⁽²⁴¹⁾ Blz. 1574 (d.d. 27 oktober 1997).

⁽²⁴²⁾ Blz. 1576 (d.d. 28 oktober 1997).

⁽²⁴³⁾ Blz. 1582.

⁽²⁴⁴⁾ Blz. 1579.

⁽²⁴⁵⁾ Blz. 1578 en 1582.

⁽²⁴⁶⁾ Blz. 1591. Oorspronkelijke tekst: „please find enclosed fax dated november 7, 1997 from our Italian distributor, Linea GIG, with copy of advertisement for your information and „action”.”.

⁽²⁴⁷⁾ Blz. 1604.

⁽²⁴⁸⁾ Blz. 1568 en 1569.

⁽²⁴⁹⁾ Blz. 1577. Oorspronkelijke tekst: „1. I must admit that your instructions to „THE” not to supply any customer who would export to „[...]”, the Greek Parallel importer” has worked and has delayed things for a while. [...] They were told to wait for a while until things will settle down”.

⁽²⁵⁰⁾ Blz. 1577. Oorspronkelijke tekst: „The situation is crucial, so kindly keep a close eye on it and advise us how to cope with it”.

⁽²⁵¹⁾ Blz. 1583.

⁽²⁵²⁾ Blz. 913. Oorspronkelijke tekst: „Nintendo 64 Discount structure”.

⁽²⁵³⁾ Blz. 914 en het antwoord van THE op de mededeling van punten van bezwaar, bijlage D.

⁽²⁵⁴⁾ Blz. 917.

⁽²⁵⁵⁾ Zie het antwoord van THE op de mededeling van punten van bezwaar, bijlage A, opmerkingen bij punten 124 en 125.

1.6.2.13. Parallelimport in het Verenigd Koninkrijk

- (160) Na de boycot van Nintendo begon THE mee te werken en de uitvoer vanuit zijn gebied te controleren (overweging 130). THE meende ook dat het hier zelf baat bij had. In een brief van 11 april 1996 aan NOE, waarin het informatie verstrekke over parallel ingevoerde producten in het Verenigd Koninkrijk, schreef THE: „door nauw samen te werken in de toekomst, [met NOE] kunnen wij de schade van parallelimport in onze beide markten beperken”⁽²⁵⁶⁾ (onderstreping toegevoegd). In een brief aan [...] van 5 juni 1996 verklaarde THE: „[...] wij hebben enkele dagen geleden ontdekt dat een van onze belangrijkste detailhandelaren een onrechtmatig aanbod van Killer Instinct voor SNES heeft ontvangen, tegen een prijs van [...] GBP [...] wij zijn er zeker van dat het bij de aangeboden voorraad gaat om de juiste versie voor het Verenigd Koninkrijk. Dit aanbod werd gedaan door [...], dat daarnaast ook verschillende Franse en Portugese SNES-producten en Game Boy-producten aanbood. [...] Ik hoop dat deze gegevens bijdragen aan uw onderzoek”⁽²⁵⁷⁾. Blijkbaar dacht THE dat NOE hulp kon bieden en een eind zou maken aan de betrokken importen, zoals het had gedaan voor de distributeurs in andere gebieden, toen de producten afkomstig waren uit het Verenigd Koninkrijk.
- (161) Volgens THE werden deze brieven geschreven om de kritiek van THE gedeeltelijk te pareren; het verwachtte niet dat maatregelen zouden worden genomen⁽²⁵⁸⁾.

1.6.2.14. Passieve exportverkoop door THE

- (162) De opeenvolgende distributieovereenkomsten tussen THE en Nintendo gaven THE ogenschijnlijk het recht om de producten uit te voeren naar elk land buiten zijn gebied, al mocht THE zich niet actief op exportverkoop toelagen.
- (163) De feitelijke grondslag van de handelsrelatie tussen THE en Nintendo bestond er echter in dat THE zijn vermeende recht om aan ondernemingen buiten zijn gebied te leveren niet zou toepassen wanneer het spontane exportorders zou ontvangen. Nintendo heeft dit uitdrukkelijk erkend. Volgens Nintendo had het, tijdens zijn conflict met THE in het begin van 1996, de nadruk gelegd op het onderscheid tussen actieve en passieve verkopen, maar Nintendo erkende ook dat aan deze overwegingen „niet de uitvoering werd gegeven die, achteraf gezien, noodzakelijk [was] om ervoor te zorgen

dat onze schriftelijke overeenkomsten in overeenstemming waren met onze gedragingen op de markt”⁽²⁵⁹⁾.

- (164) Het zou voor Nintendo inderdaad geen zin hebben gehad THE te dwingen zijn klanten streng te controleren om export door hen te voorkomen, indien THE zelf nog altijd mocht uitvoeren, zij het op een passieve manier. Voor Nintendo was het belangrijk dat geen enkel product vanuit het Verenigd Koninkrijk naar andere EER-landen werd uitgevoerd, niet of deze uitvoer een gevolg was van actieve klantenwerving in het buitenland door THE. THE moest Nintendo en verscheidene distributeurs herhaaldelijk verzekeren dat het niet aan ondernemingen buiten zijn gebied had geleverd⁽²⁶⁰⁾. Er werd geen rekening gehouden met de vraag of deze export het resultaat was van passieve exportverkoop.
- (165) Dus toen [...] een in België gevestigde parallelimporteur, THE verzocht producten te leveren, antwoordde THE dat het geen producten aan ondernemingen buiten zijn gebied mocht leveren⁽²⁶¹⁾. [...] stelde vervolgens voor dat het de leveringen zou ontvangen via [...], een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde marktdeelnemer, die de producten namens [...] zou kopen. Verscheidene belangrijke orders werden op die manier geleverd. THE wist ook dat dit voorstel werd uitgevoerd. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat op 28 februari 1996, slechts één dag nadat Nintendo zijn boycot tegen THE was begonnen, [...] van THE te horen kreeg dat deze laatste de producten niet mocht uitvoeren naar landen binnen de EEG⁽²⁶²⁾. Toen [...] opnieuw producten wilde bestellen, eiste THE als leveringsvoorwaarde dat [...] bewijzen over de bestemming van de producten zou leveren⁽²⁶³⁾. Hieruit blijkt dat THE geweten moet hebben dat het niet positief mocht reageren op spontane orders van bedrijven die buiten zijn gebied waren gelegen, want anders zou de regeling tussen THE en [...] onverklaarbaar zijn.
- (166) In deze context moet ook worden opgemerkt dat THE, overeenkomstig de bepalingen van zijn overeenkomst, tot 31 december 1996 een „lijst van zijn huidige klanten” aan Nintendo moest verstrekken als onderdeel van zijn halfjaarlijkse marketingplan. Aan de hand van deze informatie kon worden gecontroleerd of ex artikel 11 van Verordening nr. 17 THE producten uitvoerde. In antwoord op een brief verklaarde THE dat de eis om een „lijst van zijn huidige klanten” in te dienen niet ten uitvoer werd gelegd, aangezien THE niet een dergelijke klantenlijst had verstrekt noch een verzoek daartoe had ontvangen⁽²⁶⁴⁾.

⁽²⁵⁶⁾ Blz. 1398 en 1137. Uit de context van deze zin blijkt duidelijk dat THE bedoelde dat NOE parallelimport in het Verenigd Koninkrijk zou beperken. Oorspronkelijke tekst: „by working close together in the future, [with NOE] we can limit both our market places being damaged by grey imports”.

⁽²⁵⁷⁾ Blz. 1444. Oorspronkelijke tekst: „[...] we have learnt over the past few days that one of our key retailers has been illicitly offered supply of Killer Instinct on SNES at a price of £ [...] [...] we are assured that the stock available is the correct UK version. This was offered by [...] who in addition offered a variety of French and Portuguese SNES and Game Boy products. [...] I hope these points provide some assistance with your investigations”.

⁽²⁵⁸⁾ Antwoord van THE op de mededeling van punten van bezwaar, bijlage A, punt 126.

⁽²⁵⁹⁾ Blz. 1640. Oorspronkelijke tekst: „were not accorded the follow-up that, in hind sight, [were] necessary to ensure compatibility between our written agreements and practices in the market”.

⁽²⁶⁰⁾ Zie bijvoorbeeld blz. 1119 tot 1122, 1135 tot 1139, 1504, 1471 tot 1472, en 1505.

⁽²⁶¹⁾ Blz. 743.

⁽²⁶²⁾ Blz. 773.

⁽²⁶³⁾ Blz. 743.

⁽²⁶⁴⁾ Brief van 25 april 1997, blz. 444. In een brief van 30 oktober 1995 stelde Nintendo dat dit ook gold voor andere onafhankelijke distributeurs, die vergelijkbare bepalingen in hun overeenkomsten hadden (zie hierna).

- (167) Ofschoon het misschien waar is dat THE nooit een lijst heeft verstrekt als onderdeel van een halfjaarlijks marketingplan, was de relatie tussen Nintendo en THE van die aard dat Nintendo op ieder moment kon eisen dat THE kenbaar zou maken of het binnen of buiten het Verenigd Koninkrijk aan bepaalde klanten leverde⁽²⁶⁵⁾. In de periode van eind februari tot maart 1996, toen Nintendo op de hierboven beschreven manier druk uitoefende op THE omdat het volgens Nintendo de export vanuit zijn gebied niet controleerde, gebruikte NOE, tot staving van zijn bewering dat producten vanuit het Verenigd Koninkrijk werden uitgevoerd, hoofdzakelijk de door THE verstrekte informatie over zijn verkopen aan klanten⁽²⁶⁶⁾. THE werd geconfronteerd met deze informatie en werd verzocht zijn gedrag te rechtvaardigen⁽²⁶⁷⁾.
- (168) De bovenstaande overwegingen worden niet tegengesproken door het feit dat THE aan de Commissie een lijst van tien ondernemingen, welke buiten zijn gebied maar binnen de EER zijn gevestigd en waaraan het in de periode van 1 januari 1996 tot 30 november 1997 producten had verkocht, heeft verstrekt⁽²⁶⁸⁾. Negen van deze ondernemingen zijn dochterondernemingen van Nintendo of door Nintendo aangestelde alleenverkopers⁽²⁶⁹⁾. De tiende onderneming, [...]*, is een zusteronderneming van THE, die actief is in Zwitserland en Oostenrijk⁽²⁷⁰⁾. THE heeft aan geen enkele andere onderneming buiten zijn gebied de producten geleverd. De verkopen aan deze ondernemingen kunnen niet als gewone passieve exportverkoop worden beschouwd. Het voorbeeld van [...]* toont juist aan dat passieve exportverkoop niet was toegestaan, aangezien THE door Nintendo werd bekritiseerd omdat het aan deze onderneming had geleverd⁽²⁷¹⁾, waarna het afzag van verdere leveringen⁽²⁷²⁾.
- (169) Naar eigen zeggen werd THE, gedurende de boycot en de daaropvolgende gebeurtenissen in 1996, ervan beschuldigd actief aan exportverkoop te doen. De reden hiervoor was dat de „Big Deal”-campagne werd aangekondigd in CTW, een handelsblad dat ook buiten het Verenigd Koninkrijk werd gelezen. Indien de advertentie in CTW inderdaad betekende dat THE zich actief op exportverkoop toelegde⁽²⁷³⁾, kon THE deze situatie verhelpen door ervoor te zorgen dat de betrokken

advertentie geen handelaren buiten het Verenigd Koninkrijk en Ierland zou bereiken. THE hield ook onmiddellijk op met dit soort advertenties te publiceren toen het de kritiek van Nintendo vernam⁽²⁷⁴⁾. Het leverde zelf aan geen enkele onderneming in het buitenland als gevolg van de reclamecampagne in CTW, maar verwees verzoeken door naar de dochteronderneming of de onafhankelijke alleenverkoper van Nintendo in het gebied waar de potentiële klant was gevestigd⁽²⁷⁵⁾.

1.7. Gebeurtenissen in Spanje

1.7.1. Nintendo España, belemmeringen voor parallelexport vanuit Spanje

- (170) Ten minste vanaf 1 januari 1994⁽²⁷⁶⁾ tot 31 december 1997 trad Nintendo España SA (NE), een volledige dochteronderneming van Nintendo, op als alleenverkoper in Spanje voor SNES, Gameboy en, na hun lancering, N64-producten.
- (171) De algemene verkoopvoorwaarden van NE, die een integrerend bestanddeel vormden van de contractuele betrekkingen tussen NE en zijn klanten⁽²⁷⁷⁾, bevatten een verplichting voor de klanten om alleen in Spanje Nintendo-producten te verkopen⁽²⁷⁸⁾. Nintendo heeft niet betwist dat deze voorwaarden van toepassing waren vanaf januari 1993 tot april 1997.
- (172) Een interne nota van NE van 14 november 1995 bevat specifieke instructies⁽²⁷⁹⁾ van NE met betrekking tot exporterende klanten. Uit deze nota kan worden afgeleid dat NE maatregelen had genomen om zijn uitvoerverbod te doen naleven, met name om verdere export naar Italië te verhinderen. „Om te voorkomen dat Italiaanse importeurs dit [SN + SMAS producten] via andere klanten kunnen verkrijgen, is het bij deze brief in ieder geval verboden aan andere klanten dan supermarkten meer dan 100 van deze pakketten te leveren, zonder dat de betrokken orders voorzien zijn van uw originele handtekening. Ik vraag u, telkens de commerciële afdeling u ter goedkeuring een order voor SN + SMAS toestuurt, u ervan te vergewissen dat het genoemde product voor nationale consumptie zal worden gebruikt”⁽²⁸⁰⁾.

⁽²⁶⁵⁾ Blz. 301 en 458.

⁽²⁶⁶⁾ Blz. 1097 tot 1100. Deze bewering van NOE was gebaseerd op het grote aandeel in de verkopen van een categorie die door THE als „andere klanten” werd omschreven, maar waarvan NOE vermoedde dat het gedeeltelijk ging om parallelhandelaren.

⁽²⁶⁷⁾ Blz. 1762.

⁽²⁶⁸⁾ Blz. 829.

⁽²⁶⁹⁾ Vergelijk blz. 829 met blz. 132 tot 136. Zie ook blz. 817. Er wordt aangegeven dat, in de lijst van THE, „Chaves Portugal” in feite Concentra is (zie blz. 136) terwijl [...]* een werknemer is van Unsaco, de subdistributeur van Bergsala voor Noorwegen (zie blz. 1696).

⁽²⁷⁰⁾ Zie de 2 facturen van 9 januari 1996 en 23 februari 1996 op blz. 830, 831 en 832.

⁽²⁷¹⁾ Blz. 891.

⁽²⁷²⁾ Blz. 820.

⁽²⁷³⁾ Blz. 810. THE ontkent dit, op grond van het argument dat de advertentie niet gericht was aan niet-Britse dealers.

⁽²⁷⁴⁾ Blz. 882.

⁽²⁷⁵⁾ Zie blz. 1752 en 817; vijf ondernemingen hadden onderzoek gedaan (zie blz. 1752). Bij gebrek aan niet-vrijgestelde beperkingen, kon THE aan deze ondernemingen leveren overeenkomstig Verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie (PB L 173 van 30.6.1983, blz. 1). Een verbod op actieve verkoop heeft alleen betrekking op de werving van klanten.

⁽²⁷⁶⁾ Blz. 136.

⁽²⁷⁷⁾ Zie artikel 1 van deze algemene verkoopvoorwaarden.

⁽²⁷⁸⁾ Blz. 107 en 108. In de algemene verkoopvoorwaarden staat te lezen: „Los clientes pueden vender los productos de Nintendo, solo en el territorio Español” (blz. 420A)

⁽²⁷⁹⁾ Voor vergelijkbare instructies, zie blz. 1251.

⁽²⁸⁰⁾ Blz. 1028. Oorspronkelijke tekst: „En cualquier caso, y para evitar que los importadores italianos se puedan surtir [SN + SMAS productos] a través de otros clientes, por la presente se prohíbe la facturación a cualquier cliente, que no sea una gran superficie, de cantidades superiores a 100 uds. de esta configuración, sin la autorización firmada por tu parte de dicho pedido. Tu ruego que cada vez que te pase el departamento de facturación un pedido de SN + SMAS para tu autorización, tengas la seguridad razonable de que dicho producto sea para consumo nacional.”

- (173) Uit deze interne nota kan ook worden afgeleid dat NE deze maatregelen nam omdat het, op basis van analyses van de aankopen van zijn klanten, vermoedde dat bepaalde klanten producten uitvoerden. Blijkbaar had NE twee van deze klanten daarop aangesproken, maar zij ontkenden producten uit te voeren. Niettemin: „Op grond van een gedetailleerde analyse van de verkopen van dit pakket aan onze klanten moeten wij concluderen dat het zeer waarschijnlijk is dat één van deze klanten of beide verantwoordelijk zijn voor deze export. Zonder mijn uitdrukkelijke goedkeuring en handtekening zijn verkopen van SN + SMAS aan [...] en [...] derhalve verboden”⁽²⁸¹⁾. De werknemers van NE kregen bovendien de opdracht bijzondere aandacht te schenken aan twee andere klanten, waarvan NE vermoedde, eveneens op grond van een analyse van hun aankopen, dat zij producten uitvoerden.
- (174) In een ongedateerde fax van [...]*, een van de vier klanten die NE ervan verdacht te exporteren, aan NE staat: „Ter opheldering: naar aanleiding van ons gesprek van gisteren, deel ik u mee dat de video-consoles die ik bij deze brief bestel, in Spanje zullen worden verkocht. Ik hoop dat deze opheldering u volledig heeft gerustgesteld met betrekking tot de bestemming van de betrokken consoles”⁽²⁸²⁾. In de marge was een handgeschreven opmerking toegevoegd: „Ik geloof niet dat zij niet ten minste een deel hiervan zullen exporteren. Zend slechts 500 stuks, en zeg aan de klant dat wij wachten op meer voorraden”⁽²⁸³⁾. Uit deze brief blijkt dat NE van zijn klanten de verzekering eiste dat de door NE geleverde producten niet zouden worden uitgevoerd. In geval van twijfel, verkocht het de gevraagde hoeveelheden niet.
- (175) In een nota van 10 juni 1996 gaf NOE instructies aan NE om zijn controles te versterken: „Zoals ik u reeds herhaaldelijk heb meegedeeld, zijn er duidelijke aanwijzingen dat een of meer van uw klanten betrokken zijn bij grijze export — met name van Super Nintendo hardware. [...] Duidelijke aanwijzingen: A. Verhouding software/hardware klopt niet bij deze klanten. B. Over het totaal gezien zijn uw orders van Super Nintendo software en hardware — vooral de laatste tijd — niet met elkaar in overeenstemming, en dit geldt in het bijzonder voor een aantal specifieke klanten. C. U klaagt — terecht — over de grijze import die nu en dan uit het buitenland komt, en u rekent in deze gevallen ook op passende steun. Uiteraard moet u deze steun zelf ook aan andere landen geven. Ik zou u vriendelijk willen verzoeken deze kwestie grondig te onderzoeken en de nodige voorzorgen te nemen en controle-instrumenten in te voeren om deze kennelijke problemen te vermijden”⁽²⁸⁴⁾.
- (176) Bij brief van 15 mei 1997 gaf NOA de opdracht aan NE om de verplichting voor zijn klanten de producten alleen in Spanje te verkopen uit zijn algemene verkoopvoorwaarden te schrappen, en een afschrift van de wijzigingen te zenden aan alle klanten die de vorige verkoopvoorwaarden hadden ontvangen⁽²⁸⁵⁾. Op 15 mei 1997 gaf NOA ook instructies aan NN, NF, NOE en NE⁽²⁸⁶⁾, die ertoe strekten dat, krachtens het Gemeenschapsrecht, aanbieders hun klanten niet konden verplichten hun producten alleen binnen een bepaald geografisch gebied door te verkopen.
- (177) In een brief van NOE aan NE van 3 juli 1997 met betrekking tot exporten van N64 vanuit Spanje naar Frankrijk, staat niettemin te lezen: „Gisteren kopie van een factuur ontvangen (zie bijlage) waarop producten, prijzen en hoeveelheden zijn aangegeven, die — volgens [...] (van NF) — naar Frankrijk zijn uitgevoerd. Kunt u onderzoeken en informeren: 1. om welke onderneming het gaat, 2. of het een klant van u is, 3. wat voor zaken zij doen, 4. aan wie zij verkopen en, 5. of de aanwijzingen van Frankrijk juist zijn”⁽²⁸⁷⁾. De bijgevoegde factuur was afkomstig van een onderneming genaamd [...]*
- (178) NE gaf blijkbaar gehoor aan de instructies en de informatie die het van NOE had ontvangen. Op 7 juli 1997 schreef NE aan [...] in verband met: „export van producten, [...] Ik richt mij tot u, omdat wij hebben ontdekt dat [...] producten van Nintendo Spain aan distributeurs van videospelletjes in Frankrijk heeft geleverd. Zoals u weet, mogen producten die door Nintendo Spain aan u worden geleverd alleen op de nationale markt worden verkocht en wij kunnen in geen geval goedkeuren dat deze producten naar Frankrijk of om het even welk ander land worden uitgevoerd. Ik verzoek u geen enkele transactie meer te verrichten met klanten

⁽²⁸¹⁾ Blz. 1028. Oorspronkelijke tekst: „Un detallado análisis de las ventas de esta configuración a nuestros clientes nos lleva irremediamente a la conclusión que, con un alto grado de probabilidad, los responsables de esta exportación son uno ó ambos de estos clientes. En consecuencia, queda prohibida la venta a [...] y [...] de SN + SMAS, salvo autorización expresa y firmada por mi.”

⁽²⁸²⁾ Blz. 1027. Oorspronkelijke tekst: „Nota Aclaratoria: Según la conversación mantenida con Vd. en el día de ayer, pongo en su conocimiento que las Video Consolas que les estoy pidiendo en la presente, son para venderlas aquí en España. [...] Confío que con esta aclaración, quede totalmente satisfecho en lo que al destino que voy a dar a las consolas se refiere.”

⁽²⁸³⁾ Blz. 1027. Oorspronkelijke tekst: „No me creo que no vengán a exportar, por lo menos una parte. Servir únicamente 500, diciendo al cliente que estamos a la espera de recibir más stock.”

⁽²⁸⁴⁾ Blz. 1161. Oorspronkelijke tekst: „As I mentioned already to you several times before, there are pretty clear indications that one or several of your customers are involved in grey exports — especially Super Nintendo hardware. [...] Clear indication: A. Software/hardware ratio is out of balance with these customers. B. Your orders between Super Nintendo software and hardware — especially in the last time — are in total and with specific customers completely out of line. C. You make — rightfully so — a lot of noises on grey imports which from time to time come from the outside and expect respective support. Obviously you must give the same support to other countries in the same way. May I kindly ask you to have this subject again checked out thoroughly and take the necessary precautions and control instruments to avoid these obvious problems.”

⁽²⁸⁵⁾ Blz. 116 en 118.

⁽²⁸⁶⁾ Zie blz. 110, 118, 119 en 120.

⁽²⁸⁷⁾ Blz. 1224 en 1225. Oorspronkelijke tekst: „Received yesterday an invoice copy as per enclosure showing items, prices and quantities having been shipped — as [...] (of NF) claims — into France. Could you investigate and inform 1. who that company is, 2. whether it is your customer, 3. what kind of business they have, 4. to whom they sell and, 5. whether the indication from France is correct”.

die niet tot de nationale markt behoren, omdat wij anders maatregelen zullen moeten nemen die uw onderneming volgens ons zeker niet verdient" ⁽²⁸⁸⁾.

- (179) Op 29 oktober 1997 verstrekke NE ook informatie aan NF om dit laatste in staat te stellen grijze export vanuit Spanje naar Frankrijk te identificeren ⁽²⁸⁹⁾. Blijkbaar had NF parallel ingevoerde producten in zijn gebied aangetroffen en onderzoek gedaan naar de herkomst van deze producten. Aan de hand van de informatie die NE verstrekke, kon NF vaststellen of de parallel ingevoerde producten die in Frankrijk werden aangeboden afkomstig waren uit Spanje.

1.7.2. NE, parallelimport in Spanje

- (180) Ten minste gedurende de periode van januari 1996 tot april 1997 verstrekke NE regelmatig informatie aan NOE met betrekking tot het bestaan en de herkomst van parallelhandel ⁽²⁹⁰⁾. Zo schreef NE op 17 januari 1996 aan NOE met betrekking tot een onderneming genaamd [...]*: „Wij hebben, in winkels over het gehele land, exemplaren van Killer Instinct (SNES) en Yoshi's Island (SNES) gevonden (en gekocht) die afkomstig zijn van Bergsala (Zweden). Wij denken dat dit product wordt ingevoerd en verkocht door [...]*. Wij verzoeken u met Bergsala te spreken en hen te vragen de situatie na te trekken" ⁽²⁹¹⁾. Dit werd serieus genomen, aangezien Bergsala op 26 januari 1996 verslag uitbracht aan NOE: „Betreft: uw fax van vandaag over Spanje [...] [...]*: wij hebben faxen ontvangen van deze onderneming, met aanbiedingen voor verscheidene soorten software, maar wij hebben nooit zaken met hen gedaan" ⁽²⁹²⁾.
- (181) Uit het bovenstaande, en met name uit een brief van NOE aan NE van 10 juni 1996 ⁽²⁹³⁾ blijkt dat NE NOE regelmatig verzocht maatregelen te nemen om parallelimport uit gebieden van andere alleenverkopers te voorkomen. Uit andere brieven waarover de Commissie beschikt, blijkt eveneens dat NE informatie met betrek-

king tot parallelhandel verstrekke aan NOE. NE deed dit om de belangen van het Nintendo-concern te beschermen, aangezien parallel ingevoerde producten en de prijzen waartegen deze producten werden verkocht „DE SPAANSE MARKT VOLLEDIG AFBREKEN" ⁽²⁹⁴⁾. Op een gegeven moment schatte NE het maximaal financieel risico dat NE liep als gevolg van de parallelhandel op niet minder dan 220,6 miljoen ESP (toen ongeveer 1,4 miljoen EUR) ⁽²⁹⁵⁾. Ten aanzien van de parallelhandel vanuit het Verenigd Koninkrijk verklaarde NE: „Wij kunnen dit soort toestanden absoluut niet aanvaarden" ⁽²⁹⁶⁾.

1.8. Gebeurtenissen in Nederland

1.8.1. NN, parallelexport vanuit Nederland

- (182) Het is de Commissie niet bekend dat in de formele schriftelijke overeenkomsten tussen NN en zijn klanten beperkingen waren vastgelegd die export door klanten van NN vanuit Nederland belemmerden ⁽²⁹⁷⁾. In een brief van NN aan NF van 13 februari 1996 staat echter te lezen: „export vormt geen ernstig probleem. Onze klanten zullen, zoals gewoonlijk, kleine voorraden houden en zich concentreren op detailhandel" ⁽²⁹⁸⁾. Uit deze brief kan worden afgeleid dat NN een beleid toepaste dat op zijn minst leidde tot het verhinderen van parallelexport door zijn klanten.
- (183) Het bestaan van een dergelijk beleid kan ook worden afgeleid uit de verklaring van [...] met betrekking tot gebeurtenissen die plaatsvonden in de periode 1992-1995. [...] was een klant van NN, die NN ervan verdacht de producten door te verkopen aan Omega, een parallelhandelaar: „Meerdere malen heeft Nintendo opmerkingen gemaakt dat [...] doorleverde aan Omega. Dit was statistisch te zien, volgens Nintendo. Verschillende keren heeft Nintendo de levering opgeschort, alsmede geblokkeerd. Meerdere malen heeft men inzage gevorderd in de administratie van [...]*" ⁽²⁹⁹⁾. Uit deze verklaring kan worden afgeleid dat NN aan deze klant leverde op voorwaarde dat de producten niet werden doorverkocht aan parallelexporteurs. Uit de verklaring blijkt ook dat NN toezag op de naleving van deze voorwaarde door leveringen tegen te houden en te beperken en dat het, minstens een aantal keren tussen 1992 en 1995, een statistische methode gebruikte om vermoedelijke parallelhandelaren op te sporen.

⁽²⁸⁸⁾ Blz. 1226. Oorspronkelijke tekst: „exportación de producto [...] Me dirijo a ti, ya que hemos detectado que [...] ha estado enviando producto de Nintendo España s.a. a algun distribuidor de videojuegos en Francia. Como tu ya sabes, el producto que Nintendo España s.a. te suministra, es exclusivamente para vender en el mercado nacional y el hecho de exportar este producto a Francia o a cualquier otro país, no es una practica que nosotros aprobemos en ningun caso. Te ruego dejes de efectuar cualquier tipo de operación con clientes que no pertenecen al territorio nacional, o nos veremos en la obligación de tomar medidas que en ningun caso creemos que tu empresa se merezca”.

⁽²⁸⁹⁾ Blz. 1230.

⁽²⁹⁰⁾ Zie brieven op blz. 1040-1041 (d.d. 17 januari 1996), 1042 (ongedateerd), 1044-1045 (d.d. 22 januari 1996), 1155 (d.d. 30 mei 1996), 1161-1162 (d.d. 10 juni 1996), 1266 (d.d. 28 januari 1996) 1280-1281 (d.d. 28 februari 1996), 1336-1337 (d.d. 1 april 1996), 1492 (d.d. 5 september 1996), 1498 (d.d. 21 oktober 1996), 1515-1516 (d.d. 1 april 1997) en 1554 (d.d. 21 oktober 1997). De citaten en voorbeelden zijn te vinden op blz. 1042, 1044 en 1281.

⁽²⁹¹⁾ Blz. 1041. [...] is een in Zweden gevestigde parallelhandelaar (blz. 1126). Oorspronkelijke tekst: „We have detected (and bought) Killer Instinct (SNES) and Yoshi's Island (SNES) originating from Bergsala (Sweden), in stores located throughout the country. We believe that this product is being imported and sold by [...]*. Could you please talk to Bergsala and ask them to control the situation”.

⁽²⁹²⁾ Blz. 1267. Oorspronkelijke tekst: „Ref your fax of today about Spain [...] [...]*: We have received faxes from this company offering us various software but we have done no business whatsoever with them”.

⁽²⁹³⁾ Blz. 1161.

⁽²⁹⁴⁾ Blz. 1042. Oorspronkelijke tekst: „COMPLETELY DESTROYS THE SPANISH MARKET”.

⁽²⁹⁵⁾ Blz. 1045.

⁽²⁹⁶⁾ Blz. 1281. Oorspronkelijke tekst: „We absolutely can not allow this kind of thing”.

⁽²⁹⁷⁾ De formele contractuele verhoudingen tussen NN en zijn klanten zijn vastgelegd in de algemene verkoopvoorwaarden (blz. 417-418).

⁽²⁹⁸⁾ Blz. 1049. Oorspronkelijke tekst: „Regarding export please note that this represents no serious problem. Our customers will as usual keep small stocks and will concentrate on retailing”.

⁽²⁹⁹⁾ Blz. 632.

(184) Indien producten waarvan vermoed werd dat ze afkomstig waren uit Nederland in een ander gebied werden aangetroffen, werd NN bovendien gevraagd om te helpen bij het opsporen van de exporterende onderneming en passende maatregelen te nemen. In instructies van NOE aan NN van 28 oktober 1994 met betrekking tot de verkoop van parallel ingevoerde producten in Duitsland, staat bijvoorbeeld te lezen: „Ik verzoek u grondig te onderzoeken of een van uw klanten, en welke, verantwoordelijk is voor dit aanbod, en onmiddellijk stappen te doen om de levering van de goederen tegen te houden, voorzover dat nog mogelijk is”⁽³⁰⁰⁾.

1.8.2. NN, parallelimport in Nederland

(185) In de periode van oktober 1994 tot december 1996 verstrekke NN herhaaldelijk informatie met betrekking tot parallelimport in zijn gebied die naar NOE, NOA en onafhankelijke distributeurs ging, om de alleenverkoop in het gebied van herkomst te helpen een einde te maken aan de parallelhandel, die in Nederland leidde tot prijserosie en die de betrekkingen tussen NN en zijn klanten in gevaar bracht. De Commissie beschikt over verscheidene brieven die daarvan een bewijs vormen⁽³⁰¹⁾.

1.9. Gebeurtenissen in Frankrijk

1.9.1. NF, parallelimport in Frankrijk

(186) Nintendo France SARL (NF) was ten minste vanaf 31 december 1992⁽³⁰²⁾ tot 31 december 1997 alleenverkoop voor Frankrijk.

(187) Ten minste gedurende de periode van oktober 1994 tot oktober 1997 verzamelde NF informatie over het bestaan en de herkomst van parallelimport en verstrekke het deze informatie aan NOE. Dit wordt gestaafd door verscheidene brieven waarover de Commissie beschikt⁽³⁰³⁾. Zo baseerde NE zich op informatie, verkregen door NF en met passende instructies doorgegeven via NOE, over parallelexport door de Spaanse onderneming [...] om maatregelen tegen deze onderne-

ming te nemen (zie overwegingen 177-178). NF verzocht NOE ook te controleren of klanten van Contact N64-spelcassettes vanuit België of Luxemburg naar Frankrijk uitvoerden. NOE vroeg Contact vervolgens de verzekering te geven dat het passende maatregelen had genomen om export te voorkomen (zie ook overweging 195).

1.9.2. NF, export vanuit Frankrijk

(188) In september 1997⁽³⁰⁴⁾ meldde Contact dat vanuit Frankrijk consoles aan zijn klanten werden aangeboden tegen een lagere prijs dan die welke het voor zijn eigen leveringen aan Nintendo moest betalen, hetgeen wees op aanzienlijke prijsverschillen tussen Frankrijk en België. Ondanks deze prijsverschillen blijkt er, behalve dit ene incident, geen grootschalige uitvoer vanuit Frankrijk te hebben plaatsgevonden. Dit is te verklaren door de technische handelsbelemmeringen die het gevolg zijn van de verschillende TV-normen. Het aanpassen van vaste consoles van SECAM naar PAL is te moeilijk en te duur.

(189) Technische handelsbelemmeringen bestaan echter alleen voor vaste consoles en niet voor draagbare consoles of spelcassettes. Niettemin werd de parallelexport van deze producten vanuit Frankrijk naar andere EER-landen eveneens belemmerd. In een nota aan NOE van 24 oktober 1997 verklaarde NF: „gezien onze verkoopvoorwaarden is er geen gevaar voor uitvoer vanuit Frankrijk”⁽³⁰⁵⁾. In zijn overeenkomsten met klein- en groothandelaren gebruikte NF een kortingsstructuur op basis van terugwerkende kortingen, die werden vastgesteld aan de hand van de omzet van de klant bij NF gedurende de contractperiode voor software alleen⁽³⁰⁶⁾. Hierdoor behaalde de detailhandelaar het grootste gedeelte van zijn totale brutowinst op de verkoop van Nintendo-producten pas na afloop van de verkoopperiode⁽³⁰⁷⁾. Deze verkoopvoorwaarden hadden onvermijdelijk tot gevolg dat parallelexport werd verhinderd, aangezien klanten die uitvoerden liquiditeitsproblemen zouden krijgen. Zij kregen van NF een korting op het einde van het jaar, maar moesten buitenlandse ondernemingen een onmiddellijke korting in contanten aanbieden om concurrerend te zijn. De terugwerkende kortingen golden alleen voor aankopen van spelcassettes, d.w.z. ze werden toegespitst op een categorie producten waarvan de parallelhandel vanuit Frankrijk niet door technische handelsbelemmeringen werd gehinderd.

⁽³⁰⁰⁾ Blz. 998. Uit het antwoord van NB aan NOE op dezelfde brief kan worden afgeleid dat de producten afkomstig waren uit het Verenigd Koninkrijk. NB kaartte de kwestie vervolgens aan bij NUK. Oorspronkelijke tekst: „I would appreciate if you could thoroughly check out whether and which of your customers might be behind this offer and interfere immediately to stop delivery of the merchandise if still possible”.

⁽³⁰¹⁾ Zie blz. 998 (d.d. 28 oktober 1994), 1020-1021 (d.d. 27 april 1995), 1049 (d.d. 13 februari 1996), 1050-1051 (d.d. 21 februari 1996), 1058-1059 (d.d. 26 februari 1996), 1061 (d.d. 26 februari 1996), 1078 (d.d. 18 maart 1996), 1088 (d.d. 27 maart 1996), 1158 (d.d. 30 mei 1996), 1216 (d.d. 28 oktober 1996), 1218 (d.d. 26 maart 1997), 1220 (d.d. 25 april 1996), 1334 (d.d. 1 april 1996), 1412 (d.d. 23 mei 1996), 1445 (d.d. 5 juni 1996), 1500 (d.d. 28 oktober 1996), 1506 (d.d. 6 december 1996) en 1509 (d.d. 10 december 1996). Dat NN bang was voor prijserosie kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit blz. 1021, 1049, 1051, 1058. De betrekkingen met klanten worden behandeld blz. 1051 en 1058.

⁽³⁰²⁾ Blz. 2216.

⁽³⁰³⁾ Zie blz. 998 (d.d. 28 oktober 1994), 1031 (d.d. 27 december 1995), 1049 (d.d. 13 februari 1996), 1052 (d.d. 23 februari 1996), 1060 (26 februari 1996), 1219 (14 april 1997), 1221 (d.d. 29 april 1997), 1224-1225 (d.d. 3 juli 1997), 1227 tot 1229 (d.d. 24 oktober 1997), 1255 (ongedateerd), 1257 (d.d. 29 december 1995), 1258 (d.d. 8 januari 1996) en 1259 (d.d. 9 januari 1996). NF controleerde ook via statistische methoden of zijn klanten in het bezit waren van parallel ingevoerde producten (zie hierna).

⁽³⁰⁴⁾ Zie brief van Contact aan NOE van 4 september 1997 (blz. 1536-1538).

⁽³⁰⁵⁾ Blz. 1566. Oorspronkelijke tekst: „considering our sales terms there is no risk of export from France”.

⁽³⁰⁶⁾ Blz. 1228.

⁽³⁰⁷⁾ Vóór 1998 werden deze terugwerkende kortingen door NF betaald na de jaarlijkse periode van de overeenkomst en vanaf 1998 gedeeltelijk na elk semester en gedeeltelijk na de jaarlijkse periode van de overeenkomst. Zie blz. 361-413 voor de standaardovereenkomsten van 1995 en 1996, blz. 2234 voor die van 1997 en blz. 1546 voor die van 1998.

1.10. Gebeurtenissen in België en Luxemburg

1.10.1. NB, contractuele belemmeringen voor uitvoer vanuit België en Luxemburg

(190) Ten minste van 1 januari 1994 tot april 1997 had Nintendo of Belgium (NB) de alleenverkooprechten voor Nintendo-producten in België en Luxemburg ⁽³⁰⁸⁾.

(191) Volgens Nintendo legde NB aan sommige dealers verplichtingen op die ertoe strekten dat zij de Nintendo-producten alleen aan eindgebruikers mochten leveren ⁽³⁰⁹⁾. Nintendo heeft niet betwist dat deze verplichtingen van januari 1994 tot april 1997 werden opgelegd. De betrokken bepalingen werden ook ten uitvoer gelegd. In een brief van 28 oktober 1994 van NOE aan NN, NB en NF met betrekking tot de verkoop van parallel ingevoerde producten in Duitsland, schreef NOE: „Ik verzoek u grondig te onderzoeken of een van uw klanten, en welke, verantwoordelijk is voor dit aanbod, en onmiddellijk stappen te doen om de levering van de goederen tegen te houden, voorzover dat nog mogelijk is” ⁽³¹⁰⁾. Uit een antwoord van 31 oktober 1994 van NB aan NOE ⁽³¹¹⁾ blijkt dat NB de zaak onderzocht ⁽³¹²⁾.

1.10.2. NB, Parallelimport in België en Luxemburg

(192) Van zijn kant verzocht NB om vergelijkbare steun van NOE. Op 24 juni 1996 schreef NB aan NOE: „Onze klanten in Luxemburg klagen over de bijgevoegde advertentie van Grey Game Boy (Duitse verpakking) [...]. De goederen zijn afkomstig van de [...]*-keten. [...]. Ik verzoek u deze zaak nader te onderzoeken [...]” ⁽³¹³⁾. In zijn antwoord van 24 juni 1996 deelde NOE de resultaten van zijn onderzoek mee aan NB ⁽³¹⁴⁾.

⁽³⁰⁸⁾ Blz. 132.

⁽³⁰⁹⁾ De standaardovereenkomsten voor detailhandelaren luiden als volgt: „De producten van Nintendo Belgium zijn uitsluitend bestemd voor verkoop aan particulieren” (blz. 355) en „Les produits Nintendo sont uniquement destinés à la vente au particuliers” (blz. 351).

⁽³¹⁰⁾ Blz. 998. Oorspronkelijke tekst: „I would appreciate if you could thoroughly check out whether and which of your customers might be behind this offer and interfere immediately to stop delivery of the merchandise if still possible”.

⁽³¹¹⁾ Blz. 1245.

⁽³¹²⁾ NB nam geen maatregelen omdat uit zijn onderzoek bleek dat de producten waren ingevoerd vanuit het Verenigd Koninkrijk, en niet vanuit België. NB kaartte de kwestie vervolgens aan bij NUK.

⁽³¹³⁾ Blz. 1460. Oorspronkelijke tekst: „Our customers in Luxemburg are complaining about the enclosed advertisement of Grey Game Boy (German packaging) [...]. The goods are coming from the [...] chain. [...]. Could you please investigate this matter further [...]?”

⁽³¹⁴⁾ Blz. 1462.

(193) In de periode van oktober 1994 tot november 1996 schreef NB herhaaldelijk met NOE over het bestaan en de herkomst van parallelhandel, blijkbaar in de verwachting dat dit „probleem” zou worden aangepakt. Dit wordt gestaafd door verscheidene brieven die in het bezit van de Commissie zijn ⁽³¹⁵⁾.

1.10.3. Contact, parallelexport vanuit België en Luxemburg

(194) In maart 1997 ging NB failliet. In april 1997 werd CD-Contact Data GmbH benoemd tot onafhankelijke alleenverkoper van Nintendo-producten in België en Luxemburg en sloot het daartoe een distributieovereenkomst met Nintendo ⁽³¹⁶⁾. CD-Contact Data GmbH vertrouwde ten minste een deel van de distributie van de producten toe aan Contact Data Belgium NV.

(195) Contact wist dat het verplicht was ervoor te zorgen dat zijn klanten de producten niet gebruikten voor parallel-export. Naar aanleiding van suggesties van NF ⁽³¹⁷⁾ vroeg NOE aan Contact of een van zijn klanten, [...]*, mogelijk spelcassettes aan klanten van NF had verkocht. In het antwoord van Contact aan NOE van 28 oktober 1997 stond te lezen: „1. Tot nu toe heeft [...]* in verschillende leveringen 960 stuks van Lylat Wars ontvangen. Dat is net genoeg om zijn ongeveer 100 klanten in het Franstalige deel van België te bevoorraden. 2. In de beginperiode van Contact Data Belgium heeft wat hardware in Frankrijk geleverd, zodat wij erg voorzichtig zijn met deze klant, en wij zouden hem nooit zo grote hoeveelheden leveren. [...] Zoals wij afgelopen week met u hebben besproken, zijn wij zeer voorzichtig met onze leveringen, omdat wij alle uitvoer daarvan willen vermijden [...]” ⁽³¹⁸⁾.

(196) Volgens de tekst van de distributieovereenkomst tussen Contact en Nintendo had Contact het recht om passief te exporteren ⁽³¹⁹⁾. Contact gaf Nintendo echter de verzekering dat het op geen enkele manier (dus ook niet passief) wilde uitvoeren ⁽³²⁰⁾.

⁽³¹⁵⁾ Zie blz. 998 (d.d. 28 oktober 1994), 1245 (d.d. 2 februari 1996), 1303 (d.d. 1 april 1996), 1435 (d.d. 30 mei 1996) 1460 (d.d. 24 juni 1996), 1462 (d.d. 24 juni 1996), 1482 (d.d. 24 juli 1996), 1501 (d.d. 6 november 1996).

⁽³¹⁶⁾ Blz. 138-153.

⁽³¹⁷⁾ Blz. 1229 en 1566, en met name handgeschreven notities op blz. 1564. Zie ook overweging 131.

⁽³¹⁸⁾ Blz. 1575. Oorspronkelijke tekst: „1. [...]’s received until now in different deliveries 960 pieces of Lylat Wars. This is just enough to deliver his approximatively 100 customers in the French part of Belgium. 2. Following the fact that in the start of Contact Data Belgium, he delivered some Hardware in France, we are very cautious with this customer and would never deliver him this big quantities. [...] As we discussed last week with you, we are very cautious in our deliveries as we do not want to have any export [...]”.

⁽³¹⁹⁾ Blz. 141, punt 4.6.

⁽³²⁰⁾ Blz. 1575.

1.10.4. Contact, parallelimport in België

(197) Van september 1997 tot december 1997 schreef Contact herhaaldelijk naar NOE over parallelimport in zijn gebied, in de verwachting dat dit „probleem” zou worden aangepakt ⁽³²¹⁾.

— Op 3 november 1997 schreef Contact aan NOE: „De volgende aanbieding is nu op de Belgische markt: 1 420 stuks van N64 HW bij [...]” met Duitse handleiding.” ⁽³²²⁾.

— Een andere keer, in een brief van 4 december 1997 ⁽³²³⁾, bracht Contact NOE op de hoogte van parallel ingevoerde Nintendo-producten vanuit Duitsland ⁽³²⁴⁾, die werden verkocht door [...]”, een in Luxemburg gevestigde detailhandelaar. NOE antwoordde onmiddellijk, en verzocht Contact nog dezelfde dag om nadere informatie over de parallel ingevoerde goederen ⁽³²⁵⁾. In dezelfde brief vroeg NOE of Contact gevallen van parallelimport vanuit Frankrijk in Luxemburg, in het algemeen, en door [...]” (een Luxemburgse detailhandelaar), in het bijzonder, had vastgesteld.

— Contact klaagde ook bij NOE over parallelimport in zijn gebied vanuit Frankrijk. Contact vroeg NOE uitdrukkelijk om hulp: „[...] Onze klanten annuleren hun orders voor de N64-console omdat zij deze blijkbaar goedkoper in Frankrijk kunnen krijgen. Van de 8 000 nabestellingen die wij ontvingen, werden er 6 000 afgezegd. Dit moet beslist de grootste prioriteit krijgen op onze besprekingen in Monaco. Onmiddellijke maatregelen zijn vereist” ⁽³²⁶⁾. Deze kwestie werd de volgende dag, op 5 september 1997, besproken in een telefoonconferentie met NF ⁽³²⁷⁾.

— Contact nam ook op 12 november 1997 contact op met NF in verband met een aantal spelcassettes waarvan het vermoedde dat het om grijze import ging ⁽³²⁸⁾.

1.11. Gebeurtenissen in Duitsland

1.11.1. NOE, parallelexport vanuit Duitsland

(198) Nintendo of Europe GmbH (NOE) was een dochteronderneming van Nintendo en had de alleenverkooprechten voor de producten in Duitsland.

⁽³²¹⁾ Blz. 1536 (d.d. 4 september 1997), 1575 (d.d. 28 oktober 1997), 1581 (d.d. 3 november 1997), 1595 (d.d. 12 november 1997), 1605 (d.d. 4 december 1997), 1608 (d.d. 4 december 1997).

⁽³²²⁾ Blz. 1581. Oorspronkelijke tekst: „The following proposal is now on the Belgian market: 1 420 pieces of N64 HW at [...]” with German manual”.

⁽³²³⁾ Blz. 1605, 1606 en 1607.

⁽³²⁴⁾ Blz. 1610.

⁽³²⁵⁾ Blz. 1608.

⁽³²⁶⁾ Blz. 1536 tot 1538. Oorspronkelijke tekst: „[...] Our customers are cancelling their orders for the N64 console because they apparently can get them cheaper in France. From the 8 000 backorders we received, 6 000 have been cancelled. This is definitely the main priority for our discussion in Monaco. Immediate action in this context is no doubt mandatory”.

⁽³²⁷⁾ Blz. 1539 tot 1542.

⁽³²⁸⁾ Blz. 1595.

(199) Volgens Nintendo bevatten de algemene verkoopvoorwaarden tussen NOE en zijn klanten de volgende verplichting: „Contractgebied [...] Klanten mogen Nintendo-producten alleen in de Duitse Bondsrepubliek aan eindgebruikers verkopen” ⁽³²⁹⁾. Nintendo interpreteert deze passage als volgt: „de algemene verkoopvoorwaarden tussen NOE en zijn klanten, die van kracht waren tot augustus 1995, bevatten een verplichting voor de klanten van NOE om geen Nintendo-producten buiten Duitsland te verkopen” ⁽³³⁰⁾. Deze algemene verkoopvoorwaarden waren van kracht van januari 1991 tot augustus 1995 en maakten, overeenkomstig artikel 1, deel uit van alle overeenkomsten tussen de partijen. Om de betrokken verplichting ten uitvoer te leggen, werden onder meer de orders van klanten geanalyseerd, zoals blijkt uit een brief van NOE aan NOA van 11 april 1995, waarin NOE verklaart: „wij kunnen onze klanten in ieder geval zo goed controleren dat elke grotere hoeveelheid van om het even welk product — die niet valt binnen het normale kader van de klant — gelokaliseerd kan worden en leveringen kunnen worden tegengehouden” ⁽³³¹⁾.

(200) Ten minste vanaf 1 januari 1996 tot 31 december 1997 heeft NOE ook een agent ingeschakeld, [...]” ⁽³³²⁾ genaamd, om de producten namens NOE te distribueren. Parallelexport werd ook via deze agent gecontroleerd. [...]” werd benaderd door een in Aken (Duitsland) gevestigde onderneming, [...]”, voor leveringen van de producten. In een verslag van 14 maart 1997 over een gesprek tussen [...]” en deze onderneming staat te lezen: „Uit het gesprek met [...]” blijkt dat de producten bestemd waren voor het buitenland. Ik heb de order dan ook geweigerd” ⁽³³³⁾.

1.11.2. NOE, parallelimport in Duitsland

(201) NOE speelde een actieve rol bij het verhinderen van parallelimport in Duitsland. Bij brief van 28 oktober 1994 zond NOE aan NF, NB en NN ⁽³³⁴⁾ een aanbieding die verscheidene klanten van NOE hadden ontvangen en gaf het instructies om te onderzoeken wie van hun klanten verantwoordelijk was voor deze aanbieding en onmiddellijk stappen te doen om de levering van de betrokken producten tegen te houden (zie ook overwegingen 184 en 191).

⁽³²⁹⁾ Blz. 415. Oorspronkelijke tekst: „Vertragsgebiet [...] Die Kunden dürfen Nintendo-Produkte nur in der Bundesrepublik Deutschland an Endverbraucher verkaufen”.

⁽³³⁰⁾ Blz. 107. Oorspronkelijke tekst: „the general terms and conditions of sale between NOE and its customers, which were in place until August 1995, contained an obligation on NOE's customers not to supply Nintendo products outside Germany”.

⁽³³¹⁾ Blz. 1001 en 1002. Oorspronkelijke tekst: „we can control our customers well enough that any bigger number that would show up for any product — which is not within the normal framework of the customer — could be localized and shipments stopped”.

⁽³³²⁾ Zie verklaring van Nintendo van 1 september 1998, blz. 22 (blz. 2302).

⁽³³³⁾ Blz. 1512, 1513 en 1514. „Die Kontaktaufnahme mit [...]” ergab, daß die Ware fürs Ausland vorgesehen ist. Ich habe daraufhin die Angelegenheit abgelehnt”.

⁽³³⁴⁾ Blz. 998.

- (202) NOE droeg er ook in belangrijke mate toe bij dat NUK passende maatregelen nam om een einde te maken aan de parallelexport vanuit het Verenigd Koninkrijk. In april/mei 1995 nam NOE het initiatief voor de opstelling van een gedetailleerd plan ter bestrijding van de parallelhandel. Dit plan leidde uiteindelijk tot de instructies van NUK om de leveringsbron van [...] op te sporen. Vanaf april/mei 1995 speelde NOE een steeds belangrijker en actiever rol bij het coördineren van de dagelijkse inspanningen van Nintendo om een eind te maken aan de parallelhandel, hetgeen leidde tot de boycot van THE en de maatregelen met betrekking tot de controle en tenuitvoerlegging van de maatregelen tegen de parallelhandel, zowel vanuit het Verenigd Koninkrijk als vanuit andere landen. De rol van NOE wordt uitvoeriger beschreven in overwegingen 228-238.
- (203) De inspanningen van NOE om een eind te maken aan de parallelhandel binnen de EER droegen ook bij aan de meer beperkte doelstelling van NOE om de parallelhandel in zijn eigen gebied, Duitsland, te bestrijden. De door NOE genomen maatregelen tegen de parallelhandel in de EER moeten derhalve ook worden gezien als pogingen om de parallelhandel in zijn eigen gebied een halt toe te roepen zie ook overweging 130).

1.12. Gebeurtenissen in Griekenland

1.12.1. Itochu en parallelexport vanuit Griekenland

- (204) Ten minste vanaf 14 mei 1991⁽³³⁵⁾ tot 28 februari 1997⁽³³⁶⁾ was Itochu Hellas EPE, een volledige dochteronderneming van een groep vennootschappen waarvan de uiteindelijke moedermaatschappij een Japans bedrijf, handelend onder de naam Itochu Shoji KK⁽³³⁷⁾, was (hierna tezamen „Itochu” genoemd), de onafhankelijke alleenverkoper van Nintendo-producten in Griekenland. De distributieovereenkomst die gedurende deze periode van toepassing was, bevatte de volgende bepalingen:

„3.2 [...] Nintendo benoemt Distributeur tot zijn onafhankelijke en erkende alleenverkoper voor de verkoop van de contractproducten aan erkende dealers in het gebied [...] en als erkende distributeur om de contractproducten van Nintendo te kopen voor invoer in Griekenland, en distributie en verkoop aldaar”⁽³³⁸⁾.

„3.3 [...] Distributeur mag de contractproducten niet verkopen via subdistributeurs”⁽³³⁹⁾.

„4.3 [...] Distributeur mag de contractproducten niet verkopen aan personen die geen erkend dealer zijn, noch mag hij deze producten verkopen aan personen waarvan hij kan vermoeden dat deze de producten willen of zullen uitvoeren naar landen buiten de Europese Gemeenschap of willen of zullen verkopen of overdragen aan andere personen dan detailhandelaren die deze producten aankopen volgens de gebruikelijke gang van zaken”⁽³⁴⁰⁾.

„2.2 [...] Onder het begrip „erkende dealers” moeten uitsluitend worden verstaan personen die gespecialiseerd zijn in de verkoop van consumentenproducten op detailhandelniveau en die van Nintendo de toelating hebben gekregen om de contractproducten te verhandelen, [...] Gedurende de periode van de distributieovereenkomst stellen Nintendo en Distributeur minstens eenmaal per jaar een lijst van erkende dealers in het gebied op”⁽³⁴¹⁾.

Clausule 4.5 bepaalde dat Itochu tweemaal per jaar een lijst van zijn huidige klanten aan Nintendo diende te verstrekken⁽³⁴²⁾.

„8.2 [...] Op elk moment gedurende de periode van de distributieovereenkomst heeft Nintendo [...] het recht om naar eigen goeddunken dergelijke boeken, verslagen en brieven in te kijken”⁽³⁴³⁾.

- (205) Volgens de interpretatie van de Commissie, welke niet is betwist door Itochu in zijn antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, hielden deze bepalingen in dat Itochu alleen mocht verkopen aan in Griekenland gevestigde en door Nintendo erkende dealers, en dat passieve verkoop aan ondernemingen die elders in de EER waren gevestigd derhalve niet was toegestaan. Voor Itochu was het ook uitdrukkelijk verboden om de producten door te verkopen aan andere klanten dan die welke gespecialiseerd waren in de doorverkoop van de producten op detailhandelniveau en aan personen die de producten wilden doorverkopen aan andere klanten dan klanten van detailhandelaren. Hierdoor werden ook strenge beperkingen opgelegd aan parallelexport door klanten van Itochu binnen de EER, aangezien Itochu niet mocht doorverkopen aan klanten die de producten zouden doorverkopen aan andere handelaren, inclusief handelaren die buiten Griekenland waren gevestigd. export door klanten van Itochu naar landen die EER-staten waren doch geen lidstaten, was uitdrukkelijk verboden.

⁽³⁴⁰⁾ Blz. 159. Oorspronkelijke tekst: „4.3 [...] Distributor shall not sell any Covered Products to any person who is not an Authorised Dealer, nor shall Distributor sell any Covered Products to any person if Distributor has reason to believe that such person intends to or will export such Covered Products to any country outside of the European Community or sell or transfer such Covered Products to anyone other than a retail customer purchasing such products in the ordinary course of business”.

⁽³⁴¹⁾ Blz. 156. Oorspronkelijke tekst: „2.2 [...] The term „Authorised Dealers” shall mean and be limited to those persons which specialize in selling consumer products at retail to consumers and which have been authorized by Nintendo to deal in the Covered Products, [...] At least annually during the term, of Distributor's distributorship Nintendo and Distributor shall mutually agree on a list of Authorized Dealers in the Territory”.

⁽³⁴²⁾ Blz. 160.

⁽³⁴³⁾ Blz. 171. Oorspronkelijke tekst: „8.2 [...] Nintendo [...] shall have the right at any time during the term of the distributorship to make such examination of such books, records, and correspondence as Nintendo may deem appropriate”.

⁽³³⁵⁾ Blz. 157.

⁽³³⁶⁾ Blz. 154.

⁽³³⁷⁾ Blz. 2501-2502 en 2506.

⁽³³⁸⁾ Blz. 157. Oorspronkelijke tekst: „3.2 [...] Nintendo appoints Distributor as its exclusive independent and authorised distributor for the sale of its covered products to Authorised Dealers in the territory [...] and authorised Distributor to purchase Covered Products from Nintendo for importation into Greece and for distribution and sale therein”.

⁽³³⁹⁾ Blz. 157. Oorspronkelijke tekst: „3.3 [...] Distributor may not sell the Covered Products through sub-distributors”.

1.12.2. *Itochu, parallelimport in Griekenland*

- (206) Itochu verstrekke NOE of NOA informatie over het bestaan en de herkomst van parallelhandel, in de verwachting dat NOE dit probleem zou aanpakken⁽³⁴⁴⁾. Volgens Itochu was dit van cruciaal belang „voor het voortbestaan van de Nintendo-activiteiten in Griekenland”⁽³⁴⁵⁾ en „voor de bescherming van onze markt”⁽³⁴⁶⁾. Dit heeft er minstens één keer toe geleid dat de distributeur in het gebied van herkomst, namelijk THE, de leveringen aan een parallelhandelaar stopzette. Op 8 maart 1996 schreef THE aan [...] van NOA: „Zoals u weet, heeft de distributeur in Griekenland mij per fax benaderd in verband met een bepaalde kwestie [...] Wij zijn erachter gekomen dat de bron van dit probleem een oude klant is van NUK/THE Games. Ik denk niet dat dit probleem zich opnieuw zal voordoen, omdat zijn laatste order niet werd ingewilligd. Ik heb [...] (van Itochu) hiervan in kennis gesteld en wij hebben afgesproken dat hij mij rechtstreeks op de hoogte zal blijven houden van de situatie”⁽³⁴⁷⁾. Een dag eerder⁽³⁴⁸⁾ had THE aan Itochu meegedeeld dat het nooit producten had geleverd aan [...]*, de onderneming die vanuit het Verenigd Koninkrijk producten parallel uitvoerde naar Griekenland, en details verstrekt over zijn inspanningen om de leveringsbron van [...]* te vinden.

1.12.3. *Nortec, parallelimport in Griekenland*

- (207) Nortec AE (Nortec), dat in april 1997 werd opgericht, begon zijn commerciële activiteiten als alleenverkoper van Nintendo voor Griekenland in september 1997, toen het een distributieovereenkomst met Nintendo sloot. Nortec bleef ten minste tot 1 januari 1998 de distributeur van Nintendo voor Griekenland⁽³⁴⁹⁾.
- (208) Van oktober 1997 tot januari 1998 verstrekke Nortec informatie aan NOE met betrekking tot het bestaan en de herkomst van parallelimport in zijn gebied, bleef het alle gevallen van parallelimport in zijn gebied controleren en bracht het NOE regelmatig op de hoogte van de laatste ontwikkelingen in zijn gebied⁽³⁵⁰⁾. Het deed dat in ieder geval nadat THE in oktober 1997 zijn

prijzen voor N64-consoles aanzienlijk had verlaagd, waardoor de parallelimport vanuit het Verenigd Koninkrijk naar Griekenland een ernstige bedreiging voor de belangen van Nortec begon te vormen. Nortec deed testaankopen⁽³⁵¹⁾ en probeerde te achterhalen welke leveringsbronnen van de parallelhandelaars waren, in de hoop dat NOE dit probleem zou aanpakken. In verschillende brieven aan NOE benadrukte Nortec dat parallelimport „alles kapot maakt wat wij hebben opgebouwd”⁽³⁵²⁾ en „onze pogingen om de lokale markt te controleren en schoon te houden ondermijnt”⁽³⁵³⁾. Parallelimporten „zijn een ramp voor Nintendo-producten in Griekenland [...] Ik verzoek u deze situatie onder ogen te zien en onze inspanningen in dit land te ondersteunen”⁽³⁵⁴⁾. „Deze situatie is dodelijk voor ons [...]”⁽³⁵⁵⁾. Volgens Nortec was een „onmiddellijke reactie” van NOE „absoluut noodzakelijk voor ons voortbestaan”⁽³⁵⁶⁾.

- (209) Minstens één keer leidde dit ertoe dat THE, op instructies van NOE, de leveringen aan een klant die de producten parallel uitvoerde stopzette. Nortec was hiervan op de hoogte. Op 3 november 1997 schreef Nortec aan NOE met betrekking tot „parallelimport van N64 vanuit het Verenigd Koninkrijk [...] Ik moet toegeven dat uw instructies aan THE om aan geen enkele klant te leveren die via parallelimport aan [...]*, de parallelimporteur, zou leveren, effect hebben gehad en voor enige vertraging hebben gezorgd [...] De onderneming die op het punt stond om producten aan [...]* te leveren is [...]*. Wij kunnen dit onmogelijk staven met een schriftelijk bewijs, maar de man die ons deze informatie heeft gegeven, werd goed door ons betaald, en ik geloof hem dus. Niettemin onderhandelt [...]* momenteel met andere Britse leveranciers [...] Zou u dit kunnen onderzoeken?”⁽³⁵⁷⁾. Uit deze passage blijkt dat Nortec inspanningen deed om informatie te verkrijgen over de herkomst van parallelimporten. In een brief van 5 januari 1998 kon Nortec uiteindelijk aan NOE meedelen dat „nu de problemen met parallelimporteurs zijn opgelost, [...], 1998 een schitterend jaar zal worden voor N64 in Griekenland”⁽³⁵⁸⁾.

⁽³⁴⁴⁾ Blz. 1066 (d.d. 6 maart 1996), 1272 (d.d. 22 februari 1996), 1387 (d.d. 2 april 1996), 1290 (d.d. 1 april 1996), 1429 (d.d. 30 mei 1996), 1674 (d.d. 2 augustus 1993), 1675 (d.d. 27 maart 1993) en 1749 (d.d. 7 maart 1996).

⁽³⁴⁵⁾ Blz. 1066. Oorspronkelijke tekst: „for the survival of Nintendo business in Greece”.

⁽³⁴⁶⁾ Blz. 1675. Oorspronkelijke tekst: „to protect our market”.

⁽³⁴⁷⁾ Blz. 886. Oorspronkelijke tekst: „As you are aware, the distributor in Greece contacted me by fax about an issue [...] We have traced the source of this problem to a long established NUK/THE Games customer. I do not believe that this problem should reoccur since his recent order has not been fulfilled. I have notified this to [...] (from Itochu) and we have agreed that he will keep me directly in touch with the situation on an ongoing basis”.

⁽³⁴⁸⁾ Blz. 1749.

⁽³⁴⁹⁾ Blz. 2595-2610, 1622-1624, antwoord van Nortec op de mededeling van punten van bezwaar, punt 1.

⁽³⁵⁰⁾ Blz. 1559 (d.d. 23 oktober 1997), 1560 (d.d. 23 oktober 1997), 1561 (d.d. 23 oktober 1997), 1568-1569 (d.d. 26 oktober 1997), 1577 (d.d. 3 november 1997), 1587 (d.d. 7 november 1997), 1596 (d.d. 17 november 1997), 1600 (d.d. 20 november 1997), 1604 (d.d. 3 december 1997), 1612 (d.d. 11 december 1997), 1614 (d.d. 16 december 1997), 1622 (d.d. 5 januari 1998) en 1789 (d.d. 7 november 1997). Om een beeld te krijgen van de inspanningen die Nortec heeft gedaan om parallelimporteurs op te sporen, zie met name blz. 1577.

⁽³⁵¹⁾ Blz. 1604.

⁽³⁵²⁾ Blz. 1561. Oorspronkelijke tekst: „completely destroy what we tried to build”.

⁽³⁵³⁾ Blz. 1560. Oorspronkelijke tekst: „jeopardises our efforts to control and clean the local market”.

⁽³⁵⁴⁾ Blz. 1569. Oorspronkelijke tekst: „will be a disaster for Nintendo Products in Greece [...]. I urge you to realise this situation and assist our efforts in this country”.

⁽³⁵⁵⁾ Blz. 1596. Oorspronkelijke tekst: „This situation is killing us [...]”.

⁽³⁵⁶⁾ Blz. 1600. Oorspronkelijke tekst: „immediate reaction [...] is absolutely indispensable for us to survive”.

⁽³⁵⁷⁾ Blz. 1577. Oorspronkelijke tekst: „N64 parallel import from UK [...] I must admit that your instructions to THE not to supply any customer who would export to [...]*, the parallel importer has worked and has delayed things for a while [...] The company which was about to supply products to [...]* is [...]*. It is impossible for us to get a written proof for this, but the man who gave us the information was well paid by us, so I believe him. Nevertheless [...]* is negotiating with other UK sources at present [...] Kindly check it out”.

⁽³⁵⁸⁾ Blz. 1622. Oorspronkelijke tekst: „having solved the headaches of the parallel importers, [...], 1998 will be a bright year for N64 in Greece”.

1.13. Gebeurtenissen in Portugal

1.13.1. Concentra, parallelexport vanuit Portugal

- (210) Vanaf 14 mei 1991⁽³⁵⁹⁾ tot ten minste eind 1997 was Chaves Feist & Cia LDA, later Sociedade de Representações Concentra LDA genoemd en, sinds september 2001, Concentra, Produtos Para Crianças SA⁽³⁶⁰⁾ (Concentra), de alleenverkoper van Nintendo-producten in Portugal.
- (211) De formele distributieovereenkomst tussen Nintendo en Concentra, die van kracht was van 14 mei 1991 tot 28 februari 1997⁽³⁶¹⁾, bevatte dezelfde bepalingen als de in overwegingen 204 en 205 genoemde overeenkomst tussen Nintendo en Itochu⁽³⁶²⁾. Derhalve legde de overeenkomst tussen Concentra en Nintendo, om dezelfde redenen en in dezelfde mate als de overeenkomst tussen Nintendo en Itochu, ook beperkingen op aan passieve exportverkoop door Concentra en parallelexport vanuit Portugal door klanten van Concentra.
- (212) Er is geen bewijs dat Concentra zelf actief heeft verhinderd of trachten te verhinderen dat in Portugal gevestigde derden de producten parallel uitvoerden.

1.13.2. Concentra, parallelimport in Portugal

- (213) Er is geen bewijs dat Concentra heeft (getracht) parallelimport van de producten door zijn klanten te verhinderen. Er zijn echter aanwijzingen dat Concentra gevallen van parallelimport in Portugal aan NOE heeft gemeld en daarbij ook om hulp heeft gevraagd:

— in een brief aan NOA van 4 januari 1996, waarin Concentra antwoordde op een vragenlijst van [...] van NOA, meldde Concentra ook dat: „[...] parallel ingevoerde producten, hoofdzakelijk afkomstig uit landen van de Europese Gemeenschap, [nog steeds] een belangrijk deel van de markt (ongeveer [...]*) vertegenwoordigen [...]”⁽³⁶³⁾;

— Concentra antwoordde ook op de in de overwegingen 124 en 140 vermelde vragenlijsten van NOE. Op 1 april 1996 meldde Concentra, in antwoord op de eerste vragenlijst van NOE, dat het, op dat moment, geen last had van parallelimport vanuit het Verenigd Koninkrijk⁽³⁶⁴⁾. Er moet echter verandering in deze situatie zijn gekomen, aangezien Concentra, in zijn antwoord van 30 mei 1996 op de tweede vragenlijst van NOE, aangaf dat er in 1996 parallelimporten vanuit het Verenigd Koninkrijk, Spanje en Nederland hadden plaatsgevonden⁽³⁶⁵⁾;

— op 21 november 1997 meldde Concentra aan NOE dat zijn klanten aanbiedingen hadden ontvangen van [...]*, waarbij Concentra verklaarde: „Helaas weten wij zeker dat sommige detailhandelaren niet zullen weerstaan aan de mogelijkheid om een extra marge op N64 te maken.” Concentra vroeg NOE in deze brief ook om hulp: „Wij hopen dat Nintendo in de zeer nabije toekomst een oplossing voor dit probleem kan vinden”⁽³⁶⁶⁾.

1.14. Gebeurtenissen in Italië

1.14.1. Linea, parallelexport vanuit Italië

- (214) Van 1 oktober 1992⁽³⁶⁷⁾ tot eind 1997 was Linea GIG SpA (Linea) de alleenverkoper van Nintendo-producten in Italië.
- (215) Gedurende de periode van 1 oktober 1992 tot 29 februari 1996⁽³⁶⁸⁾ bevatte de distributieovereenkomst dezelfde bepalingen als de overeenkomsten met Itochu en Concentra, met één verschil, namelijk dat Linea het recht had om te verkopen aan bepaalde erkende subdistributeurs⁽³⁶⁹⁾. „Onder het begrip „erkende distributeurs” moeten uitsluitend worden verstaan personen, ondernemingen of andere entiteiten die gespecialiseerd zijn in de verkoop van consumptiegoederen op groothandelniveau en die van Nintendo de toelating hebben gekregen de contractproducten aan een erkende dealer te verkopen”⁽³⁷⁰⁾. Voorts wordt bepaald onder 3.3: „Subdistributeurs. Distributeur is voornemens een deel van de contractproducten te verkopen via subdistributeurs, maar mag dat alleen doen met de voorafgaande schriftelijke toestemming van Nintendo voor elk van deze subdistributeurs. Het geven van deze toestemming valt uitsluitend onder de bevoegdheid van Nintendo en iedere toestemming kan op elk moment en om enigerlei reden zonder voorafgaande kennisgeving worden ingetrokken.”⁽³⁷¹⁾ Alvorens te worden aangesteld, moesten de subdistributeurs zich ertoe verbinden dezelfde verplichtingen als Linea met betrekking tot, onder andere, toegelaten verkopen en erkende dealers na te leven⁽³⁷²⁾. Linea, en de subdistributeurs aan wie Linea mocht leveren, konden alleen verkopen aan klanten die eveneens door Nintendo moesten worden goedgekeurd, en die op hun beurt de producten alleen konden doorverkopen aan eindverbruikers.

⁽³⁶⁶⁾ Blz. 1601. Oorspronkelijke tekst: „Unfortunately we are sure that some retailers will not resist to this opportunity of making additional margin on N64 [and asked NOE for help as] We hope Nintendo can find a solution for this situation, in the very near future”.

⁽³⁶⁷⁾ Blz. 200.

⁽³⁶⁸⁾ Blz. 196.

⁽³⁶⁹⁾ Blz. 200.

⁽³⁷⁰⁾ Blz. 199. Oorspronkelijke tekst: „The term „Authorised Distributors” shall mean and be limited to those persons, companies or other entities which specialize in selling consumer products at the wholesale level and which have been authorized by Nintendo to resell the Covered Products to Authorised Dealer”.

⁽³⁷¹⁾ Blz. 200, 201 en 202. Oorspronkelijke tekst: „3.3 Sub-distributors. Distributor intends to sell part of the Covered Products through sub-distributors but may do so only if Nintendo has given prior written approval for each and every of such sub-distributors. Such granting of an approval is in Nintendo’s full discretion and any approval may be revoked by Nintendo at any time and any reason without notice”.

⁽³⁷²⁾ Blz. 240 en 201.

⁽³⁵⁹⁾ Blz. 244.

⁽³⁶⁰⁾ Blz. 136. Brief van Concentra van 17 september 2002.

⁽³⁶¹⁾ Blz. 241.

⁽³⁶²⁾ Blz. 243, 244 en 245.

⁽³⁶³⁾ Blz. 1746. Oorspronkelijke tekst: „[...] an important market share of parallel products (around [...]*) coming mainly from European Community Countries [...]”.

⁽³⁶⁴⁾ Blz. 1386.

⁽³⁶⁵⁾ Blz. 1428.

(216) Linea heeft aangevoerd ⁽³⁷³⁾ dat het nooit daadwerkelijk maatregelen heeft genomen om parallelhandel vanuit Italië te verhinderen, omdat er, wegens de hoge prijzen in Italië, weinig of geen vraag naar parallelexport vanuit Italië was.

1.14.2. Linea, parallelimport in Italië

(217) Linea verstrekke NOE, en zo nu en dan ook THE, informatie over het bestaan en de herkomst van parallelimporten in zijn gebied, in de verwachting dat deze dit probleem, dat ertoe leidde dat orders werden geannuleerd en Linea gezichtsverlies tegenover zijn klanten leed, zouden aanpakken ⁽³⁷⁴⁾.

(218) Linea schreef met name op 8 juli 1996 aan NOE, NB, NE en THE met het verzoek het bedrijf op de hoogte te brengen van ontwikkelingen in verband met een Italiaanse parallelimporteur. In deze brief staat te lezen:

„Wij hebben bewijzen dat [...]*, een van de bekende parallelimporteurs van Nintendo in Italië, producten heeft afgenomen van de volgende aanbieders/landen:

1. Duitsland

[...]* [...]

2. Verenigd Koninkrijk

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

3. België

[...]* [...]

4. Spanje

[...]* [...]

[...]* [...].

⁽³⁷³⁾ Zie het antwoord van Linea op de mededeling van punten van bezwaar, punt 4.1.

⁽³⁷⁴⁾ Blz. 1201 (d.d. 8 juli 1996), 1326-1333 (d.d. 1 april 1996), 1420-1422 (d.d. 29 mei 1996), 1471 (d.d. 10 juli 1996), 1505 (d.d. 3 december 1996), 1578 (d.d. 3 november 1997), 1579-80 (d.d. 3 november 1997), 1582 (d.d. 6 november 1997) en 1592 (d.d. 7 november 1997).

Wij rekenen erop dat u onmiddellijk maatregelen zult nemen om een eind te maken aan dit fenomeen, dat een enorme belemmering vormt voor de normale ontplooiing van onze activiteiten. Wij hopen ten eerste dat u zo vlug mogelijk ingrijpende maatregelen zult nemen om dit tegen te houden” ⁽³⁷⁵⁾.

(219) THE gaf in zijn antwoord van 10 juli 1996 Linea de verzekering dat THE zelf nooit zaken had gedaan met deze onderneming „maar indien u meer details kunt geven, kunnen wij misschien de herkomst van het product achterhalen en nagaan of wij aan onbetrouwbare dealers hebben geleverd die mogelijk zaken hebben gedaan met [...]*” ⁽³⁷⁶⁾. Linea beweert geen aanvullende gegevens te hebben verstrekt waardoor THE of enige andere partij als de leveringsbron van de uitgevoerde producten kon worden aangewezen ⁽³⁷⁷⁾. Vergelijkbare gebeurtenissen deden zich voor in december 1996 ⁽³⁷⁸⁾.

(220) Het was ook op basis van door Linea verstrekke informatie met betrekking tot de uitvoer van N64 consoles en cassettes vanuit het Verenigd Koninkrijk, dat NOE op 7 november 1997 instructies gaf aan THE om maatregelen te nemen (zie overweging 156).

(221) Linea geeft toe dat het op deze manier Italië wilde vrijwaren tegen parallelimport, maar voert ook aan dat deze pogingen geen succes hadden, aangezien de producten niettemin Italië binnenkwamen ⁽³⁷⁹⁾.

1.15. Gebeurtenissen in Denemarken, Noorwegen, Zweden, Finland en IJsland

1.15.1. Bergsala, parallelexport

(222) Sinds 1981 was Bergsala de alleenverkoper van Nintendo voor Zweden en, sinds 1986, ook voor Denemarken, Noorwegen, Finland en IJsland ⁽³⁸⁰⁾. Er bestond geen schriftelijke overeenkomst tussen Bergsala en Nintendo tot mei 1997 ⁽³⁸¹⁾. Voor de distributie van de producten in zijn gebied gebruikte Bergsala een dochteronderneming in Finland, Bergsala Fun Oy, en onafhankelijke subdistributeurs in Denemarken en Noorwegen, respectievelijk Electronic Fun I/S en Unsaco AS ⁽³⁸²⁾.

⁽³⁷⁵⁾ Blz. 1201. Oorspronkelijke tekst: „got proves that [...]*, one of the well known parallel importers of Nintendo in Italy, sourced products from the following suppliers/countries: 1) Germany: [...]* [...] 2) U.K.: [...]* [...] [...]* [...] [...]* [...] [...]* [...] [...]* [...] [...]* [...] 3) Belgium: [...]* [...] 4) Spain [...]* [...] [...]* [...] We rely on your prompt actions to stop this phenomenon which is massively impeding the regular spreading of our business. We strongly hope you undertake as soon as possible the significant step to interrupt it”.

⁽³⁷⁶⁾ Blz. 1471. Oorspronkelijke tekst: „but if you can give me further details we may be able to trace it back to see whether we supplied any dubious dealers who may have done a deal with [...]*”.

⁽³⁷⁷⁾ Antwoord van Linea op de mededeling van punten van bezwaar, punt 4.1.

⁽³⁷⁸⁾ Blz. 1505.

⁽³⁷⁹⁾ Antwoord van Linea op de mededeling van punten van bezwaar, punt 4.2.

⁽³⁸⁰⁾ Antwoord van Bergsala op de mededeling van punten van bezwaar.

⁽³⁸¹⁾ Blz. 2300.

⁽³⁸²⁾ Antwoord van Bergsala op de mededeling van punten van bezwaar.

- (223) Bergsala werkte ook samen met Nintendo om de parallelhandel te controleren. In een brief van 25 januari 1996 aan Bergsala verklaarde NCL: „Wij hebben een brief van onze dochteronderneming in Spanje ontvangen, waarin deze zich erover beklagt dat zij exemplaren van Killer Instinct (SNES) en Yoshi's Island (SNES) heeft gevonden die van u afkomstig zijn. Zij denken dat deze producten worden ingevoerd en verkocht door [...]*(³⁸³). Kunt u dit controleren? Wij zouden graag uw commentaar op deze kwestie ontvangen”(³⁸⁴). In zijn antwoord van 25 januari 1996 ontkende Bergsala ooit zaken te hebben gedaan met [...]*(³⁸⁵).
- (224) In een brief aan [...]*(³⁸⁶) van NOE van 30 april 1997, getiteld „Parallelexport van Scandinavische N64-hardware naar Griekenland”, stelde Bergsala NOE gerust: „Ik heb navraag gedaan bij onze agenten in alle landen en zij verzekeren allen dat zij niet aan ondernemingen in Griekenland of buiten hun gebied hebben verkocht. [...] Natuurlijk kan ik instaan voor Bergsala in Zweden. Indien u meer informatie zou vinden, zoals gegevens over laadplaatsen, verzoek ik u mij hiervan in kennis te stellen. Ik zal u natuurlijk mijn volledige medewerking verlenen om Europa vrij van parallelhandel te houden”(³⁸⁶). Uit dit citaat blijkt duidelijk dat Bergsala zich niet alleen ertoe verbond export vanuit Zweden, het deel van zijn gebied waar het rechtstreeks verantwoordelijk was voor de distributie van de producten, maar ook export vanuit andere landen van zijn gebied te verhinderen. Er is echter geen rechtstreeks bewijs voorhanden dat Bergsala daadwerkelijk parallelexporten vanuit Zweden of vanuit andere landen in zijn gebied, rechtstreeks of onrechtstreeks via instructies aan zijn subdistributeurs, heeft verhinderd.

1.15.2. Bergsala, parallelimport

- (225) Nadat Bergsala zich bij NOA had beklagd over het feit dat parallelimporten zijn markt en zijn betrekkingen met detailhandelaren bedreigden, gaf NOA in mei 1995 instructies aan NUK om te onderzoeken of NUK of een van zijn klanten had geleverd aan [...]*(³⁸⁷) Ltd, dat op zijn beurt had geleverd aan klanten van Bergsala in Zweden (³⁸⁷).

(³⁸³) [...]*(³⁸³) is een in Zweden gevestigde parallelhandelaar (blz. 1126). Oorspronkelijke tekst: „We received a letter from our subsidiary in Spain, in which they are complaining that they have detected Killer Instinct (SNES) and Yoshi's Island (SNES) originating from you. They believe that these products are being imported and sold by [...]*(³⁸³)”.

(³⁸⁴) Blz. 1264. Deze brief werd door NE gezonden aan NOE, dat de brief doorzond aan NCL (blz. 1266). Oorspronkelijke tekst: „Is it possible for you to control this situation? Please let us have your comments about this matter”.

(³⁸⁵) Blz. 1265.

(³⁸⁶) Blz. 1518. Oorspronkelijke tekst: „Parallel export of Scandinavian N64 hardware to Greece” Bergsala reassured NOE: „I have checked with our agents in every country and all of them can swear that they have sold nothing to Greece or outside the territory. [...] Of course I can guarantee for Bergsala in Sweden. If you find some more info like some shipping docks please let me know and I will of course fully cooperate with you to keep Europe clean from parallel goods”.

(³⁸⁷) Blz. 1676.

- (226) Van januari 1996 tot november 1997 verstrekten Bergsala (³⁸⁸) en zijn onafhankelijke subdistributeurs Unsaco AS (³⁸⁹) en Electronic Fun I/S (³⁹⁰) informatie aan NOE over het bestaan en de herkomst van parallelhandel in het gebied van Bergsala, d.w.z. Zweden, Denemarken, Noorwegen, Finland en IJsland.
- (227) Bergsala verstreekte deze informatie in de verwachting dat NOE passende maatregelen zou nemen om parallelimport in zijn gebied te verhinderen. In een brief van 8 oktober 1996 schreef Bergsala bijvoorbeeld aan NOE: „Wij worden geconfronteerd met grijze import vanuit Engeland! Het is de onderneming [...]*(³⁹¹) en ik zal haar fax naar u doorfaxen. Is er iets wat wij kunnen doen om dit probleem te verhelpen?” (³⁹¹).

1.16. De leidende rol van Nintendo

- (228) De inspanningen om de parallelhandel te controleren werden gecoördineerd en ten uitvoer gelegd door het Nintendo-concern (bestaande uit NCL en zijn volledige dochterondernemingen NOE, NOA, NF, NE, NN en, tot bepaalde tijdstippen, NB en NUK (overweging 2)). De leden van het concern worden alleen onderscheiden met het oog op de beschrijving van de feiten.
- (229) Het concern was zowel fabrikant van de producten als distributeur daarvan in Frankrijk, Nederland, Duitsland en — tot augustus 1995 — het Verenigd Koninkrijk en — tot april 1997 — België en Luxemburg, en verkeerde derhalve in een unieke positie. Het kon doeltreffend toezicht uitoefenen op het bestaan van parallelhandel, toezien op de tenuitvoerlegging van maatregelen welke noodzakelijk waren om de parallelhandel te bestrijden en rechtstreeks voordeel halen uit de implementatie van deze maatregelen.

1.16.1. Toezicht

1.16.1.1. Methoden die voor het toezicht op de parallelhandel werden gebruikt

- (230) Nintendo voerde procedures in om binnen het Nintendo-concern toezicht te houden op de parallelhandel.

(³⁸⁸) Blz. 1264 (d.d. 25 januari 1996), 1266 (d.d. 25 januari 1996), 1423 (d.d. 30 mei 1996), 1497 (d.d. 8 oktober 1996), 1517-18 (d.d. 30 april 1997), 1574 (d.d. 27 oktober 1997), 1576 (d.d. 28 oktober 1997) en 1795 (d.d. 17 november 1997).

(³⁸⁹) Blz. 1567 (d.d. 24 oktober 1997), 1583 (d.d. 6 november 1997), 1597 (d.d. 17 november 1997), en 1603 (d.d. 28 november 1997).

(³⁹⁰) Blz. 1576 (d.d. 28 oktober 1997).

(³⁹¹) Blz. 1497. Oorspronkelijke tekst: „We are facing a problem whit gray import from England! THE company is SVG and I'll fax there fax to you to. Is there any thing we can do to prevent this problem?” (sic).

(231) De maatregelen bestonden onder andere uit statistische methoden. Deze methoden waren gebaseerd op het feit dat, indien een handelaar de producten alleen aan eindverbruikers doorverkocht, het door deze handelaar aangekochte assortiment aan bepaalde verhoudingen (ratio's) moest voldoen. Meestal was parallelhandel niet interessant voor het volledige productassortiment van Nintendo. Indien een handelaar producten doorverkocht aan een parallelhandelaar of zelf producten via parallelhandel invoerde, kon dit worden nagegaan, omdat de verhouding tussen de producten die deze handelaar aankocht, verschilde met die van andere transacties. Een verhouding die stelselmatig werd gecontroleerd was de verhouding tussen consoles en spelcassettes; in de relevante correspondentie werd deze verhouding de „hardware/software-ratio” genoemd.

(232) In het algemene plan dat door NOE werd voorgesteld en begin 1995⁽³⁹²⁾ met NOA werd besproken, was reeds vastgesteld dat aankopen van klanten moesten worden gecontroleerd om parallelhandelaren op te sporen (overwegingen 105-106). Zo werden bijvoorbeeld de volgende controle-instrumenten toegepast:

— NE voerde administratieve procedures⁽³⁹³⁾ in voor het opsporen van vermoedelijke parallelhandelaren aan de hand van hun aankoopgedrag;

— in 1997 kreeg NE instructies van NOE om zijn controles te versterken⁽³⁹⁴⁾ door meer gebruik te maken van hardware/software-ratio's;

— NOE gebruikte deze procedures ook zelf om potentiële parallelhandelaren in zijn eigen gebied op te sporen. NOE controleerde de omvang van de aankopen van zijn klanten, en indien een order buiten het normale bereik viel, hield NOE de betrokken levering tegen⁽³⁹⁵⁾;

— NN maakte in de periode 1992-1995 meermaals gebruik van statistische methoden om de klant op te sporen die producten aan Omega verkocht⁽³⁹⁶⁾;

— NF maakte gebruik van een analyse van de verhouding tussen aankopen van spelconsoles en aankopen van spelcassettes om parallelimporteurs in zijn eigen gebied op te sporen en maatregelen tegen deze parallelimporteurs te nemen, zoals kan worden afgeleid uit een nota van NF van 13 oktober 1997⁽³⁹⁷⁾.

(233) Nintendo gebruikte dergelijke statistische methoden ook om te achterhalen of onafhankelijke distributeurs of de

klanten van deze laatste producten via parallelhandel uitvoerden. NF verzocht NOE de ratio's van Contact voor bepaalde aankopen van spelcassettes te controleren, om te achterhalen of Contact dan wel een van de klanten van Contact de producten naar België en Frankrijk uitvoerde⁽³⁹⁸⁾. NOE gebruikte deze methoden ook om andere dochterondernemingen van Nintendo te controleren, zoals blijkt uit het voorbeeld van NE (overweging 175).

(234) Naast deze statistische methoden, verzamelde Nintendo ook informatie over parallelimporten bij alle dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs binnen de EER. Dit gebeurde stelselmatig, en verscheidene malen ook op eigen initiatief van de betrokken dochterondernemingen en distributeurs. Bijvoorbeeld:

— op 1 april 1996 zond NOE een vragenlijst aan alle in de EER gevestigde Nintendo-distributeurs en dochterondernemingen. De vragenlijst verwees naar „[...] onze inspanningen om de bedrijfsactiviteiten van Nintendo beter te coördineren”⁽³⁹⁹⁾, en had betrekking op parallelhandel en prijzen. Op basis van de ontvangen informatie beschuldigde NOE THE ervan dat het de parallelexporten van zijn klanten niet controleerde, waardoor THE's plannen om zijn uitvoerrechten naar heel Afrika uit te breiden in het gedrang dreigden te komen (overwegingen 124-126);

— op 29 mei 1996⁽⁴⁰⁰⁾ zond NOE opnieuw een uitgebreide vragenlijst aan alle in de EER gevestigde dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs, „voor beoordeling door het hoger management”⁽⁴⁰¹⁾, waarin om informatie met betrekking tot parallelhandel in hun gebieden werd gevraagd. Het was op basis van de antwoorden op deze vragenlijst dat NOE concludeerde dat THE passende maatregelen tegen zijn exporterende klanten had genomen (overwegingen 140 en 141).

Daarenboven:

— begin 1995 besprak NOA het probleem van parallelexporten vanuit het Verenigd Koninkrijk met zijn Europese distributeurs alvorens instructies aan NUK te geven⁽⁴⁰²⁾ (overweging 107);

— tijdens de boycot van THE deed NOA navraag bij zijn distributeurs in Europa om te onderzoeken of THE doeltreffende maatregelen had genomen om een eind te maken aan de parallelexporten vanuit het Verenigd Koninkrijk (overweging 122). NOA was niet bereid de boycot van Nintendo tegen THE op te heffen voordat de resultaten bekend waren⁽⁴⁰³⁾;

⁽³⁹²⁾ Blz. 1009-1012.

⁽³⁹³⁾ Blz. 1028 en 1251.

⁽³⁹⁴⁾ Blz. 1161.

⁽³⁹⁵⁾ Blz. 1001 en 1002.

⁽³⁹⁶⁾ Blz. 632.

⁽³⁹⁷⁾ Blz. 1544: „bepaalde winkels moeten gezien hun ratio's wel importeren. Herinner ze eraan dat de samenwerkingsovereenkomsten zullen worden opgezegd, indien dit inderdaad het geval is.” („certain shops must import given their ratios. Recall them that the co-operation agreements will be broken if this is the case.”) Uit de brief blijkt duidelijk dat NF de ratio tussen verkopen van spelconsoles en verkopen van compatibele spelcassettes bedoelt.

⁽³⁹⁸⁾ Blz. 1229 en 1566.

⁽³⁹⁹⁾ Blz. 1296 tot 1302. Oorspronkelijke tekst: „[...] our effort to improve coordination of Nintendo's business”.

⁽⁴⁰⁰⁾ Blz. 1431 tot 1434 en 1152 tot 1154.

⁽⁴⁰¹⁾ Blz. 1431. Oorspronkelijke tekst: „for top management review”.

⁽⁴⁰²⁾ Blz. 1676.

⁽⁴⁰³⁾ Blz. 1750.

- eind 1997, toen parallelhandel opnieuw de kop opstak en verscheidene distributeurs hierover klaagden, verstrekten sommige distributeurs gegevens, eveneens op verzoek van NOE, waaruit bleek dat de parallel ingevoerde producten in hun gebied afkomstig waren uit het Verenigd Koninkrijk⁽⁴⁰⁴⁾ (overwegingen 155-157).
- (235) Het gebeurde ook dikwijls dat dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs van Nintendo uit eigen beweging informatie aan NOE verstrekten over parallelimport in hun gebieden. Ofschoon dit soort informatie ook nu en dan aan NOA and NCL werd gezonden, werd NOE door de andere dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs duidelijk beschouwd als de entiteit die de inspanningen ter voorkoming van parallelhandel coördineerde. Dit blijkt uit het feit dat het overgrote deel van de hierboven beschreven correspondentie tussen NOE en de andere dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs van Nintendo in verband met parallelhandel geen betrekking had op exporten van of importen in Duitsland, maar wel op parallelhandel van en naar andere gebieden.
- (236) NCL was goed op de hoogte van de bijzonderheden van het systeem ter beperking van de parallelhandel. In januari 1996 zond NOE, na een klacht van NE met betrekking tot parallelimporten vanuit Scandinavië naar Spanje te hebben ontvangen, deze klacht door aan NCL, dat zich op zijn beurt ervan vergewiste of Bergsala niet verantwoordelijk was voor deze importen (overweging 223).

1.16.2. Uitvoering

- (237) De coördinerende rol van Nintendo beperkte zich niet tot het verzamelen van informatie over parallelhandel, maar omvatte ook de uitvoering van maatregelen om een eind te maken aan eventuele gevallen van parallelhandel. Er zij aan herinnerd dat:

⁽⁴⁰⁴⁾ Op 3 november 1997 vroeg NOE aan Linea (blz. 1578): „[...] Zou u kunnen onderzoeken wie de importeur in Italië en de exporteur in het Verenigd Koninkrijk van deze producten is?” („[...] Is it possible that you research about the importer of Italy and exporter of UK of these products?”). In een brief die drie dagen later is geschreven, staat te lezen: (blz. 1582) „wij zouden van u willen krijgen: A. namen en adressen van de belangrijkste „grijze importeurs” in het verleden, B. idem voor bedrijven die mogelijk N64 uit het Verenigd Koninkrijk aanbieden, C. hoeveelheden, prijs en leveringsdatum van aanbiedingen die thans of in de toekomst op de markt worden gedaan, D. iedere aanwijzing van de bron zou natuurlijk perfect zijn.” („we would need from you: A. names and addresses of main „grey importers” in the past, B. same for companies who might be offering N64 from UK, C. quantities, price and delivery dates of offers in the market place right now or in the future, D. any indication of the source of course would be perfect”). In een fax van 6 november 1997 van Unsaco aan NOE (blz. 1583) staat te lezen: „Zoals beloofd, zend ik u alle informatie die ik heb met betrekking tot de parallelimport vanuit het Verenigd Koninkrijk”. („As promised I give you all the information I have regarding the parallel-import from the UK”). In een brief van Nortec aan NOE van 20 november 1997 (blz. 1600) staat onder andere te lezen: „Zoals ik [...] had beloofd, zend ik u vandaag per koerier alle gegevens die wij hebben gekregen van verschillende exporteurs met betrekking tot N64-hardware [...]”. („As I have promised to [...]*, I am sending you by courier today, all evidence we have from various exporters regarding N64 hardware [...]”) Nortec zond ook gedetailleerde informatie over de herkomst van de parallelhandel in zijn gebied in een brief van 7 november 1997 (blz. 1587 en 1592) en in een brief van 17 november 1997 (blz. 1596).

⁽⁴⁰⁵⁾ Blz. 1676

⁽⁴⁰⁶⁾ Blz. 1444.

⁽⁴⁰⁷⁾ Blz. 1218.

⁽⁴⁰⁸⁾ Om een beeld te krijgen van de rol van NOE, kunnen ook de volgende bladzijden relevant zijn: 996, 1000, 1022, 1071, 1081, 1085, 1097, 1112, 1119, 1132, 1135, 1152, 1158, 1163, 1188, 1203, 1209, 1216, 1220, 1247, 1249, 1296, 1390, 1396, 1409, 1444, 1455, 1504, 1506, 1511, 1526, 1529, 1539 en 1556.

1.16.3. Naleving

(238) NOE concludeerde dat maatregelen moesten worden genomen om ervoor te zorgen dat de betrokken partijen de afspraken met betrekking tot parallelhandel zouden (blijven) naleven. NOE nam deze maatregelen echter niet alleen, maar moest hiervoor een beroep doen op andere Nintendo-ondernemingen, met name NOA en NCL. Dit blijkt uit de volgende feiten:

— ofschoon NOE in april/mei 1995 het totaalplan met betrekking tot de parallelhandel opstelde, besprak het dit plan minstens drie keer met [...] van NOA en [...] van NCL en verzocht het deze laatste de nodige instructies te geven voor de implementatie van het plan. NOA gaf vervolgens instructies aan NUK, volgens de bepalingen van het plan (overwegingen 105 en 106);

— toen begin 1996 het conflict tussen Nintendo en THE ontstond, was NOE de eerste die het ondernemersgedrag van THE bekritiseerde, maar het was [...] die er vervolgens voor zorgde dat de afspraken met betrekking tot parallelhandel werden nageleefd, door de boycot tegen THE in te stellen (overweging 119) ⁽⁴⁰⁹⁾;

— het was NCL dat de impact van de advertentie van THE in CTW beoordeelde ⁽⁴¹⁰⁾. [...] nam persoonlijk deel aan de bijeenkomst op 20 maart 1996 tussen THE en Nintendo, die leidde tot de oplossing van hun conflict (overweging 122). [...] van NCL gaf instructies om de leveringsboycot tegen THE op te heffen, maar dit gebeurde pas nadat [...] daartoe een besluit had genomen na zijn ontmoeting met THE ⁽⁴¹¹⁾.

2. JURIDISCHE BEOORDELING

2.1. Jurisdictie

(239) De hierboven beschreven overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen golden voor alle lidstaten, alsmede Noorwegen en IJsland, waarvoor Bergsala de exclusieve onafhankelijke distributeur was.

(240) Voorzover de praktijken de mededinging en de handel tussen lidstaten ongunstig hebben beïnvloed, is artikel 81 van het Verdrag van toepassing. Wat betreft de gevolgen voor de handel tussen de EG en bovengenoemde landen, alsmede tussen deze beide landen is artikel 53 van de EER-overeenkomst van toepassing.

(241) Het distributiebeleid van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH dat tot uiting kwam in de praktijken waarbij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en onafhankelijke distributeurs, groot-

en detailhandelaren en wederverkopers waren betrokken, had een merkbare invloed op de mededinging en de handel tussen EU-lidstaten. Overeenkomstig artikel 56, lid 1, onder c), en lid 3, van de EER-overeenkomst is de Commissie derhalve bevoegd om in deze zaak zowel artikel 81, lid 1, van het Verdrag als artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst toe te passen.

2.2. Toepassing van artikel 81 van het Verdrag en artikel 53 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-overeenkomst)

2.2.1. Artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst

(242) Overeenkomstig artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten of tussen de overeenkomstsluitende partijen ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt of op het door de EER-overeenkomst bestreken grondgebied wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden.

2.2.2. Ondernemingen

(243) Artikel 81, lid 1, van het Verdrag ⁽⁴¹²⁾ is van toepassing op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en tussen ondernemingen afgestemde feitelijke gedragingen. De term „onderneming” wordt in het Verdrag niet gedefinieerd. Het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen heeft verklaard dat artikel 81, lid 1, van het Verdrag zich richt „tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en ertoe kan bijdragen dat een in die bepaling bedoelde inbreuk wordt gepleegd” ⁽⁴¹³⁾

(244) In het kader van de toepassing van artikel 81, lid 1, van het Verdrag kunnen in deze zaak de volgende ondernemingen in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag worden aangewezen:

— Nintendo Corporation Ltd, Nintendo of Europe GmbH, Nintendo of America Inc., Nintendo Netherlands BV (nu Nintendo Benelux BV genoemd), Nintendo France SARL, Nintendo España SA, Nintendo Belgium SPRL, en Nintendo UK Ltd;

⁽⁴⁰⁹⁾ Blz. 1275.

⁽⁴¹⁰⁾ Blz. 1750.

⁽⁴¹¹⁾ Blz. 1760.

⁽⁴¹²⁾ Om onnodige herhalingen te voorkomen, houden alle verwijzingen naar artikel 81 van het Verdrag ook een verwijzing naar artikel 53 van de EER-overeenkomst in.

⁽⁴¹³⁾ Zaak T-352/94, Mo Och Domsjö AB/Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-1989, punt 87.

- John Menzies plc. en THE Games Ltd;
- Concentra — Produtos para crianças SA;
- Linea GIG SpA;
- Nortec AE;
- Bergsala AB;
- Itochu Hellas EPE en Itochu Corporation;
- CD-Contact Data GmbH en Contact Data Belgium NV.

De klanten van deze ondernemingen, klein- en groot-handelaren, zijn in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag ook ondernemingen.

- (245) Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁽⁴¹⁴⁾ is artikel 81, lid 1, van het Verdrag niet van toepassing op de verhoudingen binnen één enkele economische eenheid, zoals die tussen een moedermaatschappij en haar afhankelijke dochterondernemingen. In dit geval is artikel 81, lid 1, niet van toepassing op de verhouding tussen Nintendo Corporation Ltd, de moedermaatschappij, en haar volledige dochterondernemingen (Nintendo España SA, Nintendo Netherlands BV, Nintendo France SARL, Nintendo of Europe GmbH, Nintendo of America Inc., alsmede in een bepaald stadium Nintendo UK Ltd (overweging 103) en Nintendo Belgium SPRL (overweging 190). Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen CD-Contact Data GmbH en Contact Data Belgium NV, de verhouding tussen Itochu Corporation en zijn (uiteindelijk) volledige dochteronderneming Itochu Hellas EPE, en de verhouding tussen John Menzies plc en zijn volledige dochteronderneming THE Games Ltd.

2.2.3. Overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen

- (246) Artikel 81, lid 1, van het Verdrag verbiedt overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
- (247) Van een overeenkomst kan worden geacht sprake te zijn wanneer de partijen zich aan een gezamenlijk plan houden dat hun individuele commerciële gedrag beperkt of waarschijnlijk zal beperken, omdat het plan de lijn van hun onderling optreden of niet-optreden op de markt bepaalt. De overeenkomst hoeft niet schriftelijk te zijn vastgelegd; er zijn geen formaliteiten noch contractuele sancties of tenuitvoerleggingmaatregelen vereist. De overeenkomst kan uitdrukkelijk zijn of besloten liggen in het gedrag van de partijen.
- (248) Volgens vaste rechtspraak „is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel [81] van het Verdrag

wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen”⁽⁴¹⁵⁾.

- (249) Volgens vaste rechtspraak valt een besluit van een onderneming dat een eenzijdige handeling is niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, van het Verdrag⁽⁴¹⁶⁾.
- (250) Het Hof van Justitie heeft duidelijk gesteld dat, in bepaalde omstandigheden, maatregelen die op duidelijk eenzijdige wijze door een producent zijn vastgesteld of opgelegd in het kader van zijn voortgezette betrekkingen met zijn distributeurs als een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag kunnen worden beschouwd⁽⁴¹⁷⁾.
- (251) In dit verband preciseerde het Gerecht van eerste aanleg in de zaak-Adalat, punt 71, „dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het geval waarin een onderneming een werkelijk eenzijdige maatregel heeft vastgesteld, dus zonder uitdrukkelijke of stilzwijgende medewerking van een andere onderneming, en dat waarin de maatregel slechts schijnbaar eenzijdig is. De eerste categorie maatregelen valt buiten het bestek van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, maar de maatregelen van de tweede categorie moeten worden geacht een overeenkomst tussen ondernemingen te behelzen, en kunnen dus binnen het toepassingsgebied van dit artikel vallen. Dit geldt met name voor mededingingsbeperkende gedragingen en maatregelen, die schijnbaar eenzijdig door de producent zijn vastgesteld in het kader van zijn contractuele betrekkingen met zijn wederverkopers, maar waarmee deze wederverkopers, althans stilzwijgend, hebben ingestemd”.
- (252) Overwegende dat zo artikel 81, lid 1, van het Verdrag⁽⁴¹⁸⁾ „het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” van die der „overeenkomsten tussen ondernemingen” of „besluiten van ondernemersverenigingen” onderscheidt, daarbij de bedoeling voorziet onder de verboden van dit artikel een vorm van coördinatie tussen ondernemingen te begrijpen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking”⁽⁴¹⁹⁾.

⁽⁴¹⁴⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 1996, in zaak C-73/95 P, Viho/Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-5457.

⁽⁴¹⁵⁾ Zaak 41/69, ACF Chemiefarma/Commissie, Jurispr. 1970, blz. 661, punt 112, en gevoegde zaken 209/78 tot 215/78 en 218/78, Van Landewyck e.a./Commissie, Jurispr. 1980, blz. 3125, punt 86, en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-7/89, Hercules Chemicals/Commissie, Jurispr. 1991, blz. II-1711, punt 256, en arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 26 oktober 2000 in zaak T-41/96, Bayer AG/Commissie (Adalat), Jurispr. 2000, blz. II-03383, punt 67.

⁽⁴¹⁶⁾ Zaak 107/82, AEG/Commissie, Jurispr. 1983, blz. 3151, punt 38; gevoegde zaken 25/84 en 26/84, Ford en Ford Europe/Commissie, Jurispr. 1985, blz. 2725, punt 21; zaak T-43/92, Dunlop Slazenger/Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-441, punt 56.

⁽⁴¹⁷⁾ Gevoegde zaken 32/78, 36/78 tot 82/78, BMW België e.a./Commissie, Jurispr. 1979, blz. 2435, punten 28 tot 30; AEG, punt 38; Ford en Ford Europe, punt 21; zaak 75/84, Metro/Commissie („Metro II”), Jurispr. 1986, blz. 3021, punten 72 en 73; zaak C-277/87, Sandoz/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-45, punten 7 tot 12; zaak C-70/93, BMW/ALD, Jurispr. 1995, blz. I-3439, punten 16 en 17; zaak-Adalat, punt 72.

⁽⁴¹⁸⁾ De rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg met betrekking tot de uitlegging van artikel 81 van het Verdrag is ook van toepassing op artikel 53 van de EER-overeenkomst. Verwijzingen naar artikel 81 van het Verdrag zijn derhalve ook van toepassing op artikel 53 van de EER-overeenkomst.

⁽⁴¹⁹⁾ Arrest in zaak 48-69, Imperial Chemical Industries Ltd/Commissie (ICI), Jurispr. 1972, blz. 619, punt 64.

- (253) De in de rechtspraak van het Hof vastgestelde criteria van coördinatie en samenwerking houden allerm minst in dat er een werkelijk „plan” zou moeten zijn opgesteld en dienen te worden verstaan in het licht van de in de Verdragsbepalingen inzake de mededinging besloten voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van zijn concurrenten aan te passen, doch staat anderzijds onverbidde lijk in de weg aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact strekkend hetzij tot beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij tot beduiding aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag ⁽⁴²⁰⁾.
- (254) Aldus kan een gedraging onder artikel 81, lid 1, van het Verdrag vallen als een „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, zelfs wanneer de partijen geen uitdrukkelijke overeenkomst hebben bereikt over een gemeenschappelijk plan waarin hun marktgedrag is vastgelegd, maar zij willens en wetens gebruik hebben gemaakt van of hebben deelgenomen aan op verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijken ⁽⁴²¹⁾.
- (255) Zoals uit de bewoordingen van artikel 81, lid 1, van het Verdrag blijkt, vereist het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, behalve de afstemming tussen de ondernemingen, een daarop aansluitend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen beide. Van de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en actief blijven op de markt, wordt echter behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs vermoed dat zij bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening blijven houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie. Dit geldt des te meer wanneer de afstemming gedurende een lange periode met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden ⁽⁴²²⁾.
- (256) Met name bij een ingewikkelde inbreuk van lange duur is het niet noodzakelijk dat de Commissie de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen van verboden gedragingen kwalificeert. De begrippen „overeenkomst” en „onderling afgestemde feitelijke gedraging” zijn niet vast en kunnen elkaar overlappen. Vaak is het zelfs niet realistisch om een dergelijk onderscheid te maken, aangezien een inbreuk tegelijkertijd de kenmerken van beide vormen van verboden gedraging kan vertonen, terwijl bij een afzonderlijk onderzoek sommige uitdrukkingen ervan preciezer kunnen worden gevat onder de ene of de andere vorm. Het zou echter kunstmatig zijn iets wat duidelijk een voortgezette gemeenschappelijke onderneming is die door hetzelfde algemene doel wordt gekenmerkt, op te splitsen in verschillende onderscheiden vormen van inbreuken. Een dergelijke gemeenschappelijke onderneming kan derhalve tegelijkertijd een overeenkomst en een onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn ⁽⁴²³⁾.
- (257) In zijn arrest in de zaak-Limburgse Vinyl Maatschappij, punt 696, heeft het Gerecht van eerste aanleg verklaard dat: „in het kader van een complexe inbreuk waarbij verschillende producenten gedurende een aantal jaren samen de markt probeerden te reguleren, van de Commissie niet kan worden geëist, dat zij de inbreuk voor elke onderneming op elk tijdstip precies als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeert daar artikel 81 van het Verdrag in elk geval op beide vormen van inbreuk ziet”.
- (258) Zoals het Hof van Justitie ⁽⁴²⁴⁾ (de uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg bevestigend) in zijn arrest in zaak C-49/92 P, Commissie tegen Anic, opmerkt, volgt uit de bewoordingen van artikel 81, lid 1, van het Verdrag dat een overeenkomst niet alleen een op zichzelf staande handeling kan zijn, maar ook een reeks handelingen of een voortgezette gedraging.
- (259) Een ingewikkelde overeenkomst kan met recht worden beschouwd als één enkele voortdurende inbreuk voor de duur van haar bestaan. De term „overeenkomst” kan met recht niet alleen worden toegepast op een algemene regeling of op uitdrukkelijk overeengekomen voorwaarden, maar ook op de uitvoering van alles wat op grond van dezelfde mechanismen en met het oog op hetzelfde gemeenschappelijke doel is overeengekomen. Dit belet niet dat de overeenkomst af en toe kan worden bijgesteld of dat de mechanismen ervan worden aangepast of versterkt om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen.
- (260) Hoewel een overeenkomst een gezamenlijke onderneming is, kan iedere deelnemer aan de overeenkomst zijn eigen specifieke rol spelen. Een of meer deelnemers kan of kunnen een dominante rol als aanvoerder(s) spelen. Interne conflicten en rivaliteiten, of zelfs „vals spelen” kunnen voorkomen. De nauwkeurigheid en de omvang van de regelingen kan in de loop van de tijd en tussen de deelnemers variëren; de regelingen kunnen geleidelijk worden uitgebreid om meer markten te bestrijken of de mechanismen ervan kunnen worden aangepast of versterkt. Dit belet evenwel niet dat de regeling een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag vormt, indien er sprake is van één gemeenschappelijk en constant doel.

⁽⁴²⁰⁾ Gevoegde zaken 40-48/73 enz., Suiker Unie e.a./Commissie, Jurispr. 1975, blz. 1663.

⁽⁴²¹⁾ Zie arrest in zaak T-7/89, Hercules Chemicals/Commissie; Jurispr. 1991, blz. II-771, punt 256.

⁽⁴²²⁾ Arrest in zaak C-199/92 P, Hüls/Commissie, Jurispr. 1999, blz. I-4287, punt 158-166.

⁽⁴²³⁾ Zie Hercules, punt 264.

⁽⁴²⁴⁾ Jurispr. 1999, blz. I-4125, punt 81.

2.2.4. *De aard van de beweerde inbreuk in het onderhavige geval*

- (261) De beweerde inbreuk bestond in een combinatie van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, verschillende middelen die gedurende een aanzienlijke tijd werden gebruikt om de gemeenschappelijke doelstelling — beperking van de parallelhandel — te bereiken. Samen vormen ze één enkele voortdurende inbreuk die drie categorieën overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen omvatte, zoals hierna wordt omschreven.
- 2.2.4.1. *De overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en zijn onafhankelijke distributeurs*
- (262) Er bestonden overeenkomsten tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en John Menzies plc (overwegingen 109-111), Concentra — Produtos para crianças SA (overweging 211), Linea GIG SpA (overweging 215), Nortec AE (overweging 207), Bergsala AB (overweging 221), Itochu Corporation (overweging 204) en CD-Contact Data GmbH (overweging 194). Op grond van al de distributieovereenkomsten met al deze distributeurs kwam Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH alleenverkoop in de contractgebieden overeen.
- (263) Van iedere alleenverkoper (ongeacht of het om een Nintendo-dochter dan wel om een onafhankelijke distributeur ging) werd verwacht dat hij parallelexport uit zijn gebied — hetzij direct, hetzij indirect via zijn klanten — voorkwam.
- (264) Deze beperkingen waren oorspronkelijk opgenomen in formele distributieovereenkomsten. In de formele distributieovereenkomsten tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en Concentra — Produtos para crianças SA (geldig van mei 1991 tot februari 1997, overweging 210), Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en Linea GIG SpA (geldig van oktober 1992 tot februari 1997, overweging 215) en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en Itochu Corporation (geldig van mei 1991 tot februari 1997, overwegingen 204-205) werd de bevoegdheid van de partijen en hun klanten tot wederuitvoer van de producten uitdrukkelijk beperkt.
- (265) Volgens de twee formele distributieovereenkomsten tussen John Menzies plc en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, die van 4 augustus 1995 tot 1 januari 1997 liepen, mocht John Menzies plc alleen verkopen aan detailhandelaren die de producten aan eindgebruikers verkochten. Parallelhandel werd derhalve drastisch beperkt, omdat wederverkoop van de producten door de afnemers van John Menzies plc aan andere marktdeelnemers, ook degenen die buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigd waren, verboden was (overwegingen 110, 114, 137, 139) ⁽⁴²⁵⁾.
- (266) Hoewel John Menzies plc zelf volgens de formele distributieovereenkomsten schijnbaar mocht leveren (aan in de EER gevestigde bedrijven) buiten zijn gebied indien daar spontaan vraag naar was (overweging 111), was het in werkelijkheid zo dat ook passieve exportverkoop voor John Menzies plc verboden was (overwegingen 162-169).
- (267) De inbreuk betekende immers ook dat de distributeurs zelf geen producten zouden verkopen aan in het buitenland gevestigde bedrijven, zelfs niet in de gevallen waarin zij volgens de contractuele bepalingen van de formele distributieovereenkomsten tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en de alleenverkopers het recht daartoe hadden.
- (268) Het onder controle krijgen van de parallelhandel werd een van de prioriteiten van de partijen toen de parallelhandel uit het Verenigd Koninkrijk begin 1995 aanzienlijk toenam. Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH reageerde daarop met de uitwerking van een gedetailleerd plan voor de tenuitvoerlegging van de inbreuk, met inbegrip van de actieve handhaving van de daarmee verband houdende beperking van de parallelhandel (overwegingen 104-106). De opstelling van het plan door Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH betekende niet dat de doelstelling, met name de beperking van de parallelhandel, werd gewijzigd. Het was enkel de bedoeling de reeds bestaande maatregelen ter beperking van de parallelhandel te versterken en strenger toe te zien op de inachtneming ervan. Aangezien de gebeurtenissen in 1995 deel uitmaken van één en dezelfde reeds bestaande voortdurende inbreuk moet het argument van Itochu Corporation ⁽⁴²⁶⁾ dat de inbreuk pas in 1995 begon, worden verworpen.
- (269) Het gedetailleerde plan van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH om de parallelhandel te bestrijden werd besproken met de (toen bestaande) onafhankelijke distributeurs van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Enkel in het geval van Bergsala AB kan met zekerheid worden bewezen dat het heeft deelgenomen aan deze besprekingen, namelijk op een vergadering die rond 15 mei 1995 plaatsvond. Deze vergadering resulteerde in instructies van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH aan NUK, zijn filiaal in het Verenigd Koninkrijk, om de leveranties aan een parallelhandelaar stop te zetten (overwegingen 105-107).

⁽⁴²⁵⁾ In die zin vertoonde de overeenkomst van John Menzies veel overeenkomsten met die van Concentra, Itochu en Linea. Vergelijk overwegingen 110, 114, 137, 138 (John Menzies) met overwegingen 204-205 (Itochu), overweging 211 (Concentra) en overweging 215 (Linea).

⁽⁴²⁶⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 33.

- (270) John Menzies plc en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH werden het in april 1996 eens over intensievere en uitgebreidere samenwerking om verdere parallelexport uit het Verenigd Koninkrijk te voorkomen. Deze samenwerking was een aanvulling van de reeds in de formele distributieovereenkomst tussen John Menzies plc en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH opgenomen bepalingen om de parallelexport aan banden te leggen (overweging 265). Hierdoor werd de controle op de parallelhandel aanzienlijk versterkt (overwegingen 118, 121, 127-131 en 143).
- (271) De nagestreefde belemmering van de parallelhandel uit het gebied van John Menzies plc was een wezenlijk onderdeel van de relatie tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en John Menzies plc, zoals heel duidelijk blijkt uit de gevolgen wanneer John Menzies plc zich niet aan de afspraak hield. Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH aarzelde niet om zijn macht als leverancier ten aanzien van zijn onafhankelijke distributeurs te gebruiken — bijvoorbeeld door de leveranties stop te zetten — om ervoor te zorgen dat zij zich aan het plan hielden of bleven houden (overwegingen 119-126).
- (272) Toen de formele distributieovereenkomsten die de parallelhandel tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH enerzijds en John Menzies plc, Linea GIG SpA en Concentra — Produtos para crianças SA anderzijds verhinderden, werden vervangen door verschillende formele distributieovereenkomsten die geen beperkingen van de parallelhandel (overwegingen 109-110, 214-215, 210-211) omvatten, bleef de inbreuk niettemin bestaan, aangezien er overeenstemming over bestond dat de alleenverkopers parallelhandel uit hun gebied moesten voorkomen. Er kwam geen verandering in het marktgedrag en in de praktijk vonden samenwerking en uitwisseling van informatie met het oog op een beperking van de parallelexport plaats zoals voorheen. Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴²⁷⁾, John Menzies plc⁽⁴²⁸⁾, Bergsala AB⁽⁴²⁹⁾, Concentra — Produtos para crianças SA⁽⁴³⁰⁾ en Linea GIG SpA⁽⁴³¹⁾ (m.a.w. alle partijen waarvoor deze overweging van belang is⁽⁴³²⁾) hebben immers allemaal toegegeven dat hun deelname aan de inbreuk tot eind december 1997 heeft geduurd en hebben derhalve
- aanvaard dat zij de inbreuk hebben voortgezet na het verstrijken van de formele distributieovereenkomsten ter beperking van de parallelexport waarbij zij partij waren.
- (273) Toen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH het gedetailleerde plan ter bestrijding van de parallelhandel ontwierp, werd er ook een systeem voor praktische samenwerking en uitwisseling van informatie inzake parallelhandel ontwikkeld, waarbij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, John Menzies plc, Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA, Bergsala AB, Itochu Corporation en later ook Nortec AE en CD-Contact Data GmbH, waren betrokken. Dit systeem vormde een aanvulling op de reeds in formele distributieovereenkomsten opgenomen bepalingen om de parallelexport aan banden te leggen (overwegingen 264-265). Het aanvullende samenwerkings- en informatie-uitwisselingsysteem werd volledig op poten gezet toen Nintendo of Europe GmbH op 1 april 1996 met een vragenlijst zijn eerste stelselmatig onderzoek naar parallelhandel met de EER instelde (overweging 232).
- (274) De informatie-uitwisseling en praktische samenwerking hielden in dat indien zich in een gebied parallelimport voerde, de distributeur van dat gebied dat aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (of, in sommige gevallen, rechtstreeks aan de distributeur van het gebied van herkomst) moest melden. Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH moest die informatie dan doorgeven aan de distributeur in het gebied vanwaar de parallelexport werd verondersteld afkomstig te zijn. Deze laatste moest op zijn beurt onderzoeken of een van zijn klanten de bron van de parallelexport was. De noodzakelijke informatie diende te worden vergaard via nauwe samenwerking tussen distributeurs, waarbij gebruik werd gemaakt van verschillende methoden, zoals test aankopen, specifieke merksystemen, statistische methodes, onder distributeurs verspreide speciale vragenlijsten en enquêtes.
- (275) De distributeur die het bestaan van parallelimport in zijn gebied meldde, kon en mocht verwachten dat er passende maatregelen zouden worden genomen om een einde aan deze invoer te stellen. Een distributeur die erachter kwam dat zijn gebied de bron van parallel-export was, moest passende maatregelen nemen om deze uitvoer te voorkomen. Om een einde te maken aan de parallelexport werd gebruikgemaakt van een reeks uiteenlopende maatregelen zoals exportverbod, opleggen van algemene verkoopvoorwaarden, formele distributieovereenkomsten, informele „maatregelen”, leverantiestop en beperkingen en bedreigingen met hetzelfde doel.
- (276) Via dat systeem werkten alle partijen samen om bronnen van parallelexport op het spoor te komen en brachten zij verslag uit van dergelijke incidenten aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH of rechtstreeks aan de distributeur in het gebied vanwaar werd vermoed dat de parallelhandel afkomstig was⁽⁴³³⁾.

⁽⁴²⁷⁾ Zie antwoord Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, punt 6.2.

⁽⁴²⁸⁾ Zie antwoord John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, begeleidende brief, punt 4 en onder 9.2.

⁽⁴²⁹⁾ Zie antwoord van Bergsala op mededeling van punten van bezwaar, punt 1.3, samen met punt 358 van de mededeling van punten van bezwaar.

⁽⁴³⁰⁾ Zie antwoord van Concentra op mededeling van punten van bezwaar, punt 3, samen met punt 358 van de mededeling van punten van bezwaar.

⁽⁴³¹⁾ Zie antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 2, samen met punt 358 van de mededeling van punten van bezwaar.

⁽⁴³²⁾ Deze overweging is irrelevant voor Itochu (aangezien het na het verstrijken van de formele distributieovereenkomst niet langer alleenverkoper voor Nintendo was) en voor Nortec en Contact (aangezien hun deelname aan de inbreuk na februari 1997 begon, toen de laatste formele distributieovereenkomst ter beperking van de parallelhandel was verstreken).

⁽⁴³³⁾ Overwegingen 107, 124, 127, 131, 140, 142, 143, 145-146, 147-150, 155-157, 160, 180-181, 184, 185, 187, 191, 192, 193, 195, 197, 200, 201, 206, 208-209, 213, 217-221, 223, 224, 225-227.

- (277) De samenwerking en informatie-uitwisseling in de praktijk vergemakkelijkt in hoge mate het opsporen van bronnen van parallelhandel, zodat het plan een doeltreffend instrument voor de beperking van deze handel werd. Het feit dat de praktische samenwerking en informatie-uitwisseling werden gebruikt om parallelhandel en wederverkopers op te sporen, blijkt heel duidelijk uit de rol die enquêtes en vragenlijsten speelden in het onderzoek dat werd ingesteld om na te gaan of John Menzies plc zich hield aan de afspraken (overwegingen 122, 124, 140, 232).
- (278) Door de oorspronkelijke formele distributieovereenkomsten werd ook een mechanisme ingesteld dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH in staat stelde de naleving van de bepalingen ter beperking van parallelhandel te controleren. Tot februari 1997 stond in de formele distributieovereenkomsten tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en Linea GIG SpA (overweging 215) en Itochu Corporation (overwegingen 204-205) en Concentra — Produtos para crianças SA (overweging 211) dat deze distributeurs met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH overeenstemming moesten bereiken over een lijst van klanten in hun gebied aan wie kon worden geleverd. Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA en Itochu Corporation waren contractueel verplicht Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH regelmatig een lijst van hun actuele klanten voor te leggen. John Menzies plc was dat eveneens verplicht tot 31 december 1996 (overwegingen 166-167). Zelfs indien deze contractuele bepalingen in de praktijk niet werden toegepast, zoals John Menzies plc (overweging 167) en Itochu Corporation⁽⁴³⁴⁾ beweerden, verandert dat niets aan de conclusie dat John Menzies en Itochu Corporation hebben deelgenomen aan een overeenkomst die een beperking van de mededinging tot doel had. Voor het bestaan van een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging is het bovendien niet nodig dat er uitvoering is gegeven aan die overeenkomst/gedraging⁽⁴³⁵⁾.
- (279) De praktische samenwerking en informatie-uitwisseling tussen distributeurs met het oog op het opsporen van parallelhandel en wederverkopers maakte het ook gemakkelijker te controleren of alle deelnemers zich hielden aan het plan, met inbegrip van het nemen van doeltreffende maatregelen om de parallelhandel vanuit hun gebied te beperken.
- (280) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH voerde ook specifieke enquêtes uit en gebruikte statistische methodes met dezelfde bedoeling: controleren of men zich aan de afspraken hield, ook binnen het Nintendo-concern zelf (overwegingen 230-235).
- (281) Nieuwe distributeurs werden gewoon opgenomen in het reeds bestaande plan. Dit was het geval met John Menzies plc, CD-Contact Data GmbH en Nortec AE, die respectievelijk pas in augustus 1995, april 1997 en april 1997 distributeur werden. John Menzies plc⁽⁴³⁶⁾ en Nortec AE⁽⁴³⁷⁾ hebben niet betwist dat zij zich aansloten bij een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ter beperking van de parallelhandel uit hun respectieve gebieden (overwegingen 110, 207-209). Ook CD-Contact Data GmbH sloot zich bij een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH aan met de bedoeling de parallelhandel vanuit zijn gebied, België en Luxemburg, te beperken (overweging 195).
- (282) Op een exportverbod hoeft alleen in gebieden met lage prijzen en niet in gebieden met hoge prijzen te worden toegezien. Maar ofschoon sommige distributeurs geen maatregelen hoefden te nemen om uitvoer uit hun gebied te voorkomen, waren zij toch van wezenlijk belang voor een doeltreffende tenuitvoerlegging van de inbreuk, omdat zij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH geregeld waarschuwden dat er parallelimport in hun respectieve gebieden plaatsvond (overwegingen 274-276).
- 2.2.4.2. Overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen John Menzies plc en zijn respectieve klanten
- (283) John Menzies plc vroeg aan sommige klanten een schriftelijke verbintenis dat de door John Menzies plc geleverde producten enkel aan eindgebruikers in het Verenigd Koninkrijk zouden worden verkocht en legde ze verschillende andere voorwaarden op, zoals de voorwaarde dat de producten niet zouden worden uitgevoerd, niet zouden worden doorverkocht aan exporteurs en/of uitsluitend weer aan eindgebruikers zouden worden verkocht (overwegingen 114, 132-139, 143, 158).
- (284) De relatie tussen John Menzies plc en zijn klanten moet worden gezien in het geheel van de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, Itochu Corporation, Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA, Bergsala AB, John Menzies, Nortec AE en CD-Contact Data GmbH als een deel van één en hetzelfde totaalplan ter beperking van de parallelhandel. Door aan zijn klanten een exportverbod en andere voorwaarden met hetzelfde effect op te leggen gaf John Menzies plc uitvoering aan deze overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

⁽⁴³⁴⁾ Antwoord van Itochu op de mededeling van punten van bezwaar, voetnoot 12.

⁽⁴³⁵⁾ Zaak C-49/92, Commissie/Anic Partecipazioni, Jurispr. 1999, blz. I-4125, punt 122.

⁽⁴³⁶⁾ Begeleidende brief bij antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, samen met de punten 81 en 268 van de mededeling van punten van bezwaar.

⁽⁴³⁷⁾ Antwoord van Nortec op mededeling van punten van bezwaar, punt 3, samen met de punten 1 en 189-190 van de mededeling van punten van bezwaar.

2.2.4.3. Overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en zijn klanten, klein- en groothandelaren

(285) In Duitsland (van januari 1991 tot augustus 1995, overwegingen 199-200), België (van januari 1994 tot april 1997, overweging 191) en Spanje (van januari 1993 tot april 1997, overwegingen 171-179) legde Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH door middel van formele distributieovereenkomsten of algemene verkoopvoorwaarden een uitdrukkelijk exportverbod of gelijkwaardige voorwaarden op aan zijn klanten, klein- en groothandelaren. In Duitsland en Spanje probeerden Nintendo of Europe GmbH en Nintendo España SA, nadat het aan hun klanten opgelegde exportverbod uit hun schriftelijke voorwaarden was geschrapt, leveranties afhankelijk te blijven stellen van de voorwaarde dat hun respectieve klanten de producten niet exporteerden. In Nederland (overwegingen 182-183) probeerde Nintendo Netherlands BV leveranties afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de klanten de producten niet aan parallelhandelaren zouden verkopen. Op deze manier werd voorkomen dat klanten van het Nintendo-concern de producten zouden uitvoeren of doorverkopen aan paralleluitvoerders. Voorts gaven de dochterondernemingen van Nintendo, die als alleenverkopers optraden, bij talrijke gelegenheden informatie om de parallelhandel naar hun respectieve gebieden tot staan te brengen (overwegingen 107, 124, 140, 175-177, 179, 180-181, 184, 185, 187, 192, 193).

(286) Door een exportverbod of gelijkwaardige voorwaarden op te leggen, of dat althans te proberen, gaf Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH uitvoering aan de inbreuk waaraan het samen met Bergsala AB, Itochu Corporation, Nortec AE, Linea GIG SpA, Concentra — Produtos para crianças SA, John Menzies plc en CD-Contact Data GmbH deelnam. Uitvoer naar de gebieden van de andere deelnemers werd voorkomen. Op dezelfde manier werd de parallelhandel tussen de aan de verschillende dochterondernemingen van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH toegewezen gebieden voorkomen.

2.2.5. Kennis van partijen van de onwettige gedragingen van de andere deelnemers

(287) Zoals het Gerecht van eerste aanleg in zijn recente arrest in de zaak Sigma tegen de Commissie heeft gesteld, kan ⁽⁴³⁸⁾: „Volgens de rechtspraak [...] een onderneming die aan een veelvoudige inbreuk op de mededingingsregels heeft deelgenomen door eigen gedragingen die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormen en die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, voor de hele duur van haar deelneming aan deze inbreuk tevens aansprakelijk

zijn voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk, wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden”.

(288) Voor Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ⁽⁴³⁹⁾, Itochu Corporation (overweging 206), Linea GIG SpA (overwegingen 145-146, 217), Nortec AE (overwegingen 208-209) en John Menzies plc (overweging 160) bestaan er rechtstreekse bewijzen dat zij toen zij informatie over parallelimport in hun gebied doorspeelden, wisten dat die informatie zou worden — of reeds was — gebruikt door andere distributeurs om de parallelexport uit hun gebied te bestrijden.

(289) Beperking van parallelexport was alleen logisch indien de distributeur wist, of althans verwachtte, dat andere distributeurs bij parallelimport in zijn eigen gebied op dezelfde wijze zouden handelen en zijn gebied op hun beurt zouden beschermen ⁽⁴⁴⁰⁾.

(290) Bergsala AB (overwegingen 223-224), CD-Contact Data GmbH (overweging 195), John Menzies plc (overwegingen 131, 132, 133, 134, 143-150, 156) en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (overwegingen 172-179, 184, 191, 199-198) wisten, nadat zij de informatie hadden ontvangen dat hun gebied de bron van parallelhandel was, dat zij de bron van parallelexport moesten opsporen en passende maatregelen moesten nemen. Redelijkerwijs kan dus worden gesteld dat, als zij verslag moesten uitbrengen over parallelimport in hun gebieden, zij verwachtten dat aan die informatie dezelfde betekenis zou worden gehecht door andere distributeurs, maar zij namen dat risico. Bergsala AB (overwegingen 225-227), CD-Contact Data GmbH (overweging 197), John Menzies plc (overweging 160) en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (overwegingen 127, 128, 131, 147-150, 156, 157, 175, 177, 178, 180, 184, 187, 191, 195, 206, 209, 223, 224) brachten aan andere partijen allemaal verslag uit over parallelhandel.

(291) John Menzies plc (overwegingen 109-111), Concentra — Produtos para crianças SA (overwegingen 211, 213), Itochu Corporation (overwegingen 204, 205) en Linea GIG SpA (overweging 215) hadden eveneens ingestemd met een formele distributieovereenkomst die erop neerkwam dat parallelhandel uit hun gebieden aan banden moest worden gelegd. Als zij verslag uitbrachten over parallelimport in hun gebieden, konden zij verwachten dat die informatie zou worden gebruikt om die parallelhandel tot staan te brengen, maar zij namen dat risico.

⁽⁴³⁹⁾ Zie bijvoorbeeld de gevallen waarnaar wordt verwezen in overweging 237, het conflict tussen John Menzies en Nintendo, de oplossing ervan, de samenwerking die vervolgens op gang kwam (overwegingen 130-131, 147-150, 155-158), contacten van Nintendo met Contact (overwegingen 195, 197) en Bergsala (overwegingen 223, 224).

⁽⁴⁴⁰⁾ Dat de distributeurs gemeenschappelijke belangen hadden, werd zelfs erkend door John Menzies (overwegingen 160-161) ondanks het feit dat het, gezien de lage handelsprijzen in het Verenigd Koninkrijk, niet waarschijnlijk was dat het bedrijf op korte termijn voordeel zou hebben bij de inbreuk.

⁽⁴³⁸⁾ Zaak T-28/99, Sigma/Commissie, arrest van 20 maart 2002, (nog niet bekendgemaakt) punt 40; Anic, punt 203.

- (292) Begin 1995, toen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH het gedetailleerde plan om een einde te maken aan de parallelhandel bedacht, waren er problemen op het gebied van parallelhandel geweest met Bergsala AB (overwegingen 107, 225). Logischerwijze kan dus worden gesteld dat Bergsala AB aan de inbreuk heeft deelgenomen⁽⁴⁴¹⁾. Bergsala AB wist inderdaad dat het doel van zijn samenwerking met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH erin bestond Europa vrij van parallelhandel te houden (overwegingen 222-224).
- (293) Ondanks het feit dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, wegens zijn centrale positie, zich bijzonder waakzaam moest tonen om met de mededingingsregels strijdige praktijken te voorkomen⁽⁴⁴²⁾, speelde het toch een hoofdrol in de inbreuk. Het coördineerde de inspanningen ter bestrijding van de parallelhandel, controleerde of de deelnemers aan de inbreuk in de pas liepen en nam, indien nodig, disciplinaire maatregelen om voor (aanhoudende) naleving door de deelnemers te zorgen (overwegingen 228-238). Als gevolg van deze leidende rol was Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH betrokken bij alle uitingen van de inbreuk.
- (294) Een rechtstreeks bewijs dat alle ondernemingen op de hoogte waren — of redelijkerwijs hadden kunnen zijn — van de onwettige gedragingen van andere distributeurs zijn de vragenlijsten die Nintendo of Europe GmbH op 1 april 1996 (overwegingen 124, 213) en 29 mei 1996 (overwegingen 140, 213) aan zijn onafhankelijke distributeurs zond.
- (295) De geadresseerden van de vragenlijsten wisten, of hadden althans kunnen weten, dat hun gedragingen bijdroegen aan de uitvoering van een gecoördineerde inspanning die het wegwerken van parallel verhandelde producten in de hele EER tot doel had.
- (296) Ten slotte hebben Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴⁴³⁾, John Menzies plc⁽⁴⁴⁴⁾, Linea GIG SpA⁽⁴⁴⁵⁾, Nortec AE⁽⁴⁴⁶⁾, Bergsala AB⁽⁴⁴⁷⁾ en Itochu Corporation⁽⁴⁴⁸⁾ in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niet betwist dat de inbreuk waaraan zij deelnamen één enkele voortdurende inbreuk was. Toch wordt hierna ingegaan op enkele van de specifiekere argumenten van bovengenoemde onderne-
- mingen, alsmede van CD-Contact Data GmbH en Concentra — Produtos para crianças SA.
- 2.2.6. *Argumenten van partijen over het bestaan van overeenkomsten en de omvang van de inbreuk*
- John Menzies plc
- (297) John Menzies plc heeft toegegeven dat zijn gedragingen vanaf februari 1996 tot eind 1997 een inbreuk vormden op artikel 81, lid 1, van het Verdrag. Met betrekking tot de periode vóór februari 1996 voert John Menzies plc aan dat zijn commercieel beleid ter vermindering van parallelhandel (met verwijzing naar het beleidsdocument „Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten”, waarover het in de overwegingen 112 en 113 gaat) geen deel uitmaakte van een regeling om de parallelhandel te beperken, maar dat het om een eenzijdige gedraging ging die buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, van het Verdrag valt.
- (298) John Menzies plc geeft toe dat dit beleid de parallelhandel beperkte⁽⁴⁴⁹⁾. De vraag is dus niet of John Menzies plc vóór februari 1996 een beleid ter beperking van de parallelexport had, maar wel of dit beleid, zoals John Menzies plc beweert, zuiver eenzijdig was.
- (299) Het gedrag van John Menzies plc in de periode vóór februari 1996 kan niet zuiver eenzijdig worden genoemd.
- (300) Er zij, ten eerste, aan herinnerd dat verschillende formele distributieovereenkomsten van John Menzies plc met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, die van 4 augustus 1995 tot 1 januari 1997 liepen⁽⁴⁵⁰⁾, bepalingen bevatten waardoor John Menzies plc enkel mocht verkopen aan detailhandelaren gespecialiseerd in de verkoop aan eindverbruikers. Deze contractuele verbintenis van John Menzies plc is identiek aan de eerste beleidsverklaring in het „Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten” (overweging 112). Deze bepalingen beperkten de parallelexport drastisch omdat zij inhielden dat wederverkoop van de producten door John Menzies plc aan andere — met inbegrip van de buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde — handelaren verboden was. Zij waren identiek met de derde verklaring inzake het commercieel beleid van John Menzies plc (overwegingen 112-113).

⁽⁴⁴¹⁾ Anic, punten 95 en 96.

⁽⁴⁴²⁾ Arrest in gevoegde zaken 100 en 103/90, SA Musique Diffusion Française, Jurispr. 1983, blz. 1825, punt 75.

⁽⁴⁴³⁾ Antwoord van Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, punt 2.1 en 2.2.

⁽⁴⁴⁴⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, begeleidende brief, punt 4, blz. 2, en onder 4.4.

⁽⁴⁴⁵⁾ Antwoord Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 2 en 4.2.

⁽⁴⁴⁶⁾ Antwoord van Nortec op mededeling van punten van bezwaar, punten 2 en 3.

⁽⁴⁴⁷⁾ Antwoord van Bergsala op mededeling van punten van bezwaar onder 1, 2 en 4.1.

⁽⁴⁴⁸⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, afdeling C.

⁽⁴⁴⁹⁾ Zie antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, blz. 8, alsmede beleidsverklaring zelf (blz. 861-863).

⁽⁴⁵⁰⁾ Tot 1 januari 1998 had John Menzies drie opeenvolgende overeenkomsten met Nintendo, waarvan de eerste twee — de overeenkomst van 4 augustus 1995 tot 31 december 1995 en de overeenkomst van 1 januari 1996 tot 31 december 1996 — de bepalingen omvatten waarnaar hier wordt verwezen. (De eerstgenoemde overeenkomst werd door een tikfout verkeerd gedateerd in voetnoot 88 van de mededeling van punten van bezwaar. Ze werd echter duidelijk vermeld als de basis van de bewering van de Commissie dat John Menzies vanaf augustus 1995 aan het plan deelnam (zie punt 358(b)). De data zijn ook juist vermeld in punt 259 van de mededeling van punten van bezwaar).

- (301) Het beleid van John Menzies plc om de parallelexport te beperken was derhalve niet eenzijdig vastgesteld en gepland, maar gewoon de uitvoering van contractbepalingen ter beperking van de parallelexport. Deze bepalingen maken een integrerend deel uit van de formele distributieovereenkomsten, welke overeenkomsten zijn in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag. Uit het feit dat John Menzies plc op 4 augustus 1995 een formele distributieovereenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft ondertekend, resulteert dat er een „wilsovereenstemming” tussen John Menzies plc en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH bestond ⁽⁴⁵¹⁾.
- (302) Ten tweede, in de briefwisseling d.d. 14 augustus 1995 (overweging 114) tussen [...] en John Menzies plc wordt uitdrukkelijk gezegd dat de weigering van John Menzies plc om voor groothandelsdoeleinden te leveren een rechtstreeks gevolg is van de formele distributieovereenkomst van John Menzies plc met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Uit dezelfde brief blijkt dat John Menzies plc de term „erkende detailhandelaren” (die in de formele distributieovereenkomst van John Menzies plc met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH wordt gebruikt) in dier voege uitlegde dat het bedrijf uitsluitend mocht leveren aan detailhandelaren, en dus niet voor groothandelsdoeleinden. Er kan derhalve worden vastgesteld dat er een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaat tussen de bepalingen ter beperking van de parallelexport in de overeenkomst van John Menzies plc met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, „Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten” en het gedrag van John Menzies plc ten aanzien van zijn klanten ⁽⁴⁵²⁾.
- (303) Ten derde is de bewering van John Menzies plc dat het „Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten” ter beperking van de parallelhandel vóór februari 1996 eenzijdig werd opgelegd, ook in tegenspraak met de gebeurtenissen in de zaak-[...] (overweging 165). Zelfs vóór de boycot door Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH in februari 1996 was John Menzies plc niet bereid een rechtstreekse zakelijke relatie met [...] aan te gaan, maar wel via een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde tussenhandelaar, namelijk [...]. Door zo te werk te gaan werd de betrokkenheid van John Menzies plc bij exportverkoop ondoorzichtiger en, derhalve minder zichtbaar voor Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH.
- (304) De beweringen van John Menzies plc ⁽⁴⁵³⁾ volgens welke zijn betrekkingen met [...] niets van doen hadden met een beleid ter beperking van parallelhandel en dat het „Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten” eenzijdig was opgelegd, moet derhalve worden verworpen ⁽⁴⁵⁴⁾.
- (305) Ondanks de bewering van John Menzies plc dat zijn formele distributieovereenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH pas op 15 september 1996 in werking trad, moet worden vastgehouden aan 4 augustus 1996, aangezien in de eerste formele distributieovereenkomst ter beperking van parallelhandel die tussen John Menzies plc en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH werd gesloten deze datum — ook de datum van ondertekening — duidelijk wordt vermeld, alsmede de datum van inwerkingtreding ⁽⁴⁵⁵⁾.
- (306) John Menzies plc voert voorts aan dat het niet opgaat zijn eigen relatie met de onafhankelijke distributeurs te omschrijven als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag, onafhankelijk van de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Het stelt dat indien er al een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging zou hebben bestaan die los van die met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH kan worden bekeken, de vraag rijst waarom de onafhankelijke distributeurs bij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH — in plaats van rechtstreeks bij John Menzies plc — gingen aankloppen toen zij zich zorgen maakten over parallelhandel uit het Verenigd Koninkrijk. John Menzies plc voert dus in wezen aan dat het enkel een overeenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft gesloten.
- (307) John Menzies plc heeft niet betwist dat het aan één enkele voortdurende inbreuk deelnam.
- (308) Om tot de conclusie te komen dat een partij aan een ruimere inbreuk heeft deelgenomen, is het voldoende aan te tonen dat zij op de hoogte was of had moeten zijn van de grotere omvang van de inbreuk; het is niet nodig te bewijzen dat de onderneming met alle deelnemers aan de inbreuk een overeenkomst heeft gesloten. John Menzies plc wist, of had althans kunnen weten, dat de inbreuk een EER-wijde dimensie had, zoals duidelijk blijkt uit het volgende:
- brief van John Menzies plc aan Nintendo of America Inc d.d. 21 februari 1996, waarin naar „Europa” wordt verwezen (overweging 118);

⁽⁴⁵¹⁾ Zie blz. 297A, 313, alsmede 298A.

⁽⁴⁵²⁾ Een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de overeenkomst van John Menzies en het gedrag van het bedrijf ten aanzien van zijn klanten kan ook worden afgeleid uit de briefwisseling tussen John Menzies en [...] en John Menzies en [...], die na februari 1996 plaatsvond (overwegingen 137, 138, 144).

⁽⁴⁵³⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, afdeling 2 en bijlage A, verwijzing naar punt 83.

⁽⁴⁵⁴⁾ Aangezien het niet eenzijdig werd opgelegd vertoont het beleidsdocument „Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten” geen gelijkens, zoals John Menzies aanvoerde (antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, afdeling 1), met het gedrag van Bandai UK, waarover John Menzies zich eerder had beklagd bij de Monopoly and Mergers Commission (MMC).

⁽⁴⁵⁵⁾ Zie blz. 297A, 313, alsmede 298A.

- brief van Nintendo of Europe GmbH d.d. 1 april 1996, waarin over parallelhandelaren overal in de EER wordt gesproken (overweging 127);
- antwoord van John Menzies plc d.d. 4 april 1996, waarin John Menzies plc zegt in het belang van „de hele Europese markt” bereid te zijn tot samenwerking (overweging 127);
- brief van John Menzies plc d.d. 11 april 1996, waarin John Menzies plc de gevolgen van de parallelhandel voor het Europese continent erkent en zegt dat het voornemens is een eind te maken aan de parallelhandel richting Europees continent (overweging 130);
- brief van John Menzies plc d.d. 24 mei 1996, waarin er opnieuw sprake is van de continentale Europese markt (overweging 132);
- brief van Nintendo of Europe aan John Menzies plc, waarin John Menzies plc namens „iedereen van overal in Europa” wordt gecomplimenteerd over zijn inspanningen om de parallelhandel tot staan te brengen (overweging 142);
- brief van John Menzies plc aan Nintendo of Europe GmbH d.d. 19 april 1996, waarin wordt verwezen naar hun andere Europese partners, waarmee zowel andere filialen van het Nintendo-concern als onafhankelijke distributeurs worden bedoeld (overweging 143).

Linea GIG SpA

- (309) Linea GIG SpA heeft aangevoerd dat het nooit rechtstreekse maatregelen heeft genomen om te controleren of er parallelhandel in zijn gebied plaatsvond⁽⁴⁵⁶⁾. Dit argument moet worden verworpen: Linea GIG SpA verstrekke regelmatig informatie aan NOE en John Menzies plc betreffende parallelimport in Italië (overwegingen 124, 128, 145-146, 155, 156, 217-221).

Concentra — Produtos para crianças SA, Itochu Corporation en Nortec AE

- (310) Concentra — Produtos para crianças SA⁽⁴⁵⁷⁾ heeft toegeven dat zijn formele distributieovereenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH een inbreuk vormde op artikel 81, lid 1, van het Verdrag. Het ontkent evenwel dat het bij het verstrekken van informatie over de parallelimport aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH de bedoeling had deze parallelimport in zijn gebied te beperken. Zoals aangegeven in de overwegingen 291 en 294 hierboven, zijn er directe en indirecte bewijzen waaruit blijkt dat dit bedrijf aan één enkele voortdurende inbreuk heeft deelgenomen.

⁽⁴⁵⁶⁾ Antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 3.

⁽⁴⁵⁷⁾ Antwoord van Concentra op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.

- (311) Itochu Corporation⁽⁴⁵⁸⁾ en Nortec AE⁽⁴⁵⁹⁾ hebben aangevoerd dat de reden waarom zij in briefwisseling met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH verslag uitbrachten over het bestaan van parallelhandel niet was die parallelhandel te beperken, maar een betere aankoop prijs bij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH te verkrijgen.

- (312) Het is reeds bewezen dat deze drie ondernemingen op de hoogte waren, of redelijkerwijs op de hoogte hadden kunnen zijn, van de algemene inbreuk. Zij leggen dus alleen maar uit waarom zij ze pleegden. Dat doet uiteraard niet ter zake voor de toepassing van artikel 81, lid 1, van het Verdrag.

CD-Contact Data GmbH

- (313) Ook CD-Contact Data GmbH⁽⁴⁶⁰⁾ heeft aangevoerd dat het een betere aankoop prijs van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH probeerde te verkrijgen. In dit geval geldt dus hetzelfde als in overweging 311 is gezegd.

- (314) CD-Contact Data GmbH heeft voorts betwist dat het een overeenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft gesloten volgens welke uitvoer uit zijn gebied moest worden voorkomen.

- (315) CD-Contact Data GmbH vindt dat er, in het licht van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak-Adalat, geen overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, tussen CD-Contact Data GmbH en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH bestond.

- (316) In de zaak-Adalat onderzocht het Gerecht van eerste aanleg de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om tot het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81 van het Verdrag te kunnen concluderen in gevallen waarin er geen directe schriftelijke bewijzen van het sluiten van een overeenkomst voorhanden zijn (Adalat, punt 71). In dit geval heeft CD-Contact Data GmbH uitdrukkelijk de verwachtingen van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH aanvaard, zoals die blijken uit de brief van CD-Contact Data GmbH aan NOE van 28 oktober 1997.

- (317) Uit deze brief blijkt dat het tot een „wilsovereenstemming” was gekomen tussen CD-Contact Data GmbH en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Beide ondernemingen waren het erover eens dat er geen uitvoer uit het gebied van CD-Contact Data GmbH mocht plaatsvinden en dat CD-Contact Data GmbH zijn leveringen zou controleren aan klanten, zoals [...]*, van wie uitvoer kon worden verwacht (overweging 195).

⁽⁴⁵⁸⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 30.

⁽⁴⁵⁹⁾ Antwoord Nortec op mededeling van punten van bezwaar, punt 3.

⁽⁴⁶⁰⁾ Antwoord van Contact op mededeling van punten van bezwaar, punt 30.

- (318) Ter ondersteuning van zijn argument dat er geen overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag bestond, voert CD-Contact Data GmbH aan dat het geen belang had bij het sluiten van een overeenkomst ter beperking van parallelhandel vanuit zijn gebied. In dit geval heeft CD-Contact Data GmbH door in te stemmen met het sluiten van zo'n overeenkomst ervoor gezorgd dat andere partijen de parallelhandel aan banden bleven leggen, zodat parallelimport in zijn eigen gebied werd voorkomen.
- (319) CD-Contact Data GmbH heeft voorts met bewijsmateriaal geprobeerd aan te tonen dat het zich niet heeft gehouden aan de overeenkomst dat de parallelhandel aan banden moest worden gelegd⁽⁴⁶¹⁾. Volgens CD-Contact Data GmbH voerde het de producten zelf uit en/of verkocht het producten aan bedrijven waarvan het wist dat ze de producten zouden uitvoeren.
- (320) Volgens vaste rechtspraak is het niet nodig rekening te houden met de concrete gevolgen van een overeenkomst indien ze tot doel heeft de mededinging in de gemeenschappelijke markt te verhinderen, beperken of vervalsen⁽⁴⁶²⁾.
- (321) CD-Contact Data GmbH heeft niettemin aanvaard dat de beslissingen van het Gerecht van eerste aanleg in de zaken T-7/89, Hercules/Commissie⁽⁴⁶³⁾, en T-9/89, Hüls/Commissie⁽⁴⁶⁴⁾, inhouden dat een partij bij een overeenkomst die een inbreuk op artikel 81 van het Verdrag vormt, niet ophoudt partij bij die overeenkomst te zijn, alleen maar omdat haar gedrag in een later stadium niet meer in alle opzichten in overeenstemming is met die mededingingsbeperkende overeenkomst. CD-Contact Data GmbH aanvaardt eveneens dat uit deze rechtspraak volgt dat alleen een innerlijk voorbehoud niet voldoende is om aan te tonen dat een onderneming die deelneemt aan een mededingingsbeperkende horizontale overeenkomst, geen partij bij die overeenkomst was⁽⁴⁶⁵⁾.
- (322) CD-Contact Data GmbH voert aan dat de Commissie in de onderhavige zaak echter niet op deze rechtspraak kan steunen, omdat de bovengenoemde zaken betrekking hebben op horizontale overeenkomsten, terwijl het in deze zaak om een verticale overeenkomst gaat.
- (323) In de communautaire rechtspraak wordt bij de beoordeling van het begrip „overeenkomst” geen onderscheid gemaakt tussen horizontale en verticale inbreuken. In punt 67 van het arrest in de zaak-Adalat, een zaak die betrekking had op het begrip overeenkomsten in het kader van verticale betrekkingen, gebruikte het Gerecht van eerste aanleg een identieke definitie van het begrip overeenkomst en steunde het op dezelfde rechtspraak als die waarnaar de Commissie hier verwijst.
- (324) Volgens vaste rechtspraak verwijst artikel 81, lid 1, op algemene wijze naar alle overeenkomsten die de mededinging in de gemeenschappelijke markt vervalsen en maakt het geen onderscheid tussen overeenkomsten „naargelang zij zijn gesloten tussen concurrenten die zich in dezelfde economische fase, dan wel in verschillende fasen bevinden”⁽⁴⁶⁶⁾.
- (325) CD-Contact Data GmbH stelt voorts dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen horizontale en verticale inbreuken. Bij een horizontale mededingingsbeperkende overeenkomst zullen alle partijen waarschijnlijk voordeel hebben bij de regeling zelfs — of misschien juist — die ondernemingen die uiteindelijk niet in overeenstemming met de mededingingsbeperkende overeenkomst handelen en beslissen, bijvoorbeeld in een prijskartel, tegen een lagere dan de overeengekomen prijs te verkopen. CD-Contact Data GmbH voert aan dat de partijen bij een verticale inbreuk daarentegen geen enkele mogelijkheid hebben om „vals te spelen”.
- (326) Het feit dat CD-Contact Data GmbH parallelexport oogluikend toeliet, bewijst echter dat het zelf „vals speelde”. Een onderneming die ondanks de onderlinge afstemming met andere partijen een zelfstandig marktbeleid voert, kan ook gewoonweg proberen zich de overeenkomst ten nutte te maken⁽⁴⁶⁷⁾.
- (327) CD-Contact Data GmbH beweert tevens dat in het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-9/89, Hüls/Commissie⁽⁴⁶⁸⁾, en met name in de punten 125 tot 127, wordt bevestigd dat ondernemingen hun onschuld kunnen bewijzen als zij op plausibele wijze kunnen uitleggen dat hun aanwezigheid op een vergadering waar mededingingsbeperkende overeenkomsten werden gesloten niet was ingegeven door het doel de mededinging te beperken. CD-Contact Data GmbH beweert dat het feit dat het geen commercieel belang bij het beperken van de parallelhandel had en dat het parallelhandel vanuit zijn gebied zelfs toeliet, op zich een bewijs is dat er van zijn zijde niet de „wil” was om deel te nemen aan de mededingingsbeperkende regeling en in dit verband een element à décharge vormt.
- (328) Maar eigenlijk heeft het Gerecht van eerste aanleg, ook in de zaak-Hüls (punten 126-127), het argument dat het feitelijke marktgedrag een element à décharge vormt, uitdrukkelijk verworpen. Het Gerecht van eerste aanleg heeft in de zaak-Sarrió⁽⁴⁶⁹⁾ het volgende verklaard: „Zelfs indien een dergelijke onderneming zich op de markt niet op de overeengekomen manier heeft gedragen, doet zulks dus niets af aan haar aansprakelijkheid voor een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag”. CD-Contact Data GmbH kan zich dus niet verlaten op het feit dat het in werkelijkheid parallelexport heeft toegelaten.

⁽⁴⁶¹⁾ Antwoord van Contact op mededeling van punten van bezwaar, punt 12 en bijlagen 1 en 2, alsmede verklaring van Contact van 6 november 2000 onder „vraag 1” en „vraag 2” en bijlagen 1 tot 4.

⁽⁴⁶²⁾ Arrest in zaak T-148/89, Tréfilunion SA/Commissie, Jurispr. 1995, blz. II-1063, punt 79, waarnaar wordt verwezen in het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 mei 1998 in zaak T-308/94, Cascades SA/Commissie, jurispr. 2002, blz. II-813, punt 106.

⁽⁴⁶³⁾ Jurispr. 1991, blz. II-1711.

⁽⁴⁶⁴⁾ Jurispr. 1992, blz. II-499.

⁽⁴⁶⁵⁾ Verklaring van Contact van 6 november 2000, onder „vraag 5”.

⁽⁴⁶⁶⁾ Arrest in gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig/Commissie, Jurispr. 1966, blz. 299.

⁽⁴⁶⁷⁾ Arrest in zaak T-308/94, Cascades/Commissie (nog niet gepubliceerd), punt 230.

⁽⁴⁶⁸⁾ Jurispr. 1992, blz. II-499.

⁽⁴⁶⁹⁾ Arrest in zaak T-334/94, Sarrió SA/Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-01439.

(329) CD-Contact Data GmbH stelt ten slotte dat het, aangezien het economisch afhankelijk was van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴⁷⁰⁾, geen andere keus had dan laatstgenoemde in de waan te laten dat het niet exporteerde en zich niet inliet met verkoop die tot uitvoer kon leiden. De Nintendo-producten waren in de betrokken periode goed voor meer dan 50 % van de omzet van CD-Contact Data GmbH.

(330) CD-Contact Data GmbH heeft geen concreet bewijsmateriaal verstrekt waaruit blijkt dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH effectief pressie op CD-Contact Data GmbH uitoefende om zich te houden aan zijn instructies inzake parallelexport. Maar zelfs indien CD-Contact Data GmbH zou kunnen bewijzen dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH inderdaad pressie uitoefende, zou het die omstandigheid niet kunnen invoeren om te rechtvaardigen dat het een inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag pleegde. In plaats van deel te nemen aan de mededingingsbeperkende gedragingen had het zich bij de bevoegde autoriteiten over de op het bedrijf uitgeoefende druk kunnen beklagen en een klacht bij de Commissie kunnen indienen overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 17⁽⁴⁷¹⁾. De argumenten van CD-Contact Data GmbH moeten bijgevolg worden verworpen.

2.2.7. Beperking van de mededinging

(331) Doel van de inbreuk was het aan banden leggen van alle passieve verkopen, ongeacht of deze het resultaat waren van verkoop op spontaan verzoek van in de EER gevestigde bedrijven buiten het alleenverkoopgebied, dan wel van uitvoer door in een dergelijk gebied gevestigde groothandelaren/detailhandelaren⁽⁴⁷²⁾. Tegen het beleid van de Commissie in dat passieve verkopen bij alleenverkoop altijd moeten worden toegestaan, werd de aan alleenverkopers verleende territoriale bescherming hierdoor zodanig verhoogd dat er sprake was van een absolute territoriale bescherming en werd in ieder gebied elke vorm van mededinging voor de distributeur van de producten in dat gebied uitgeschakeld. Hierdoor werd de intrabrand-concurrentie drastisch beperkt en kwam het tot een verdeling van de gemeenschappelijke markt.

(332) Uit het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de inbreuk vormden, samen een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst uitmaken. Omdat het doel ervan was de mededinging te beperken, is het niet nodig rekening te

houden met de concrete gevolgen voor de mededinging om te concluderen dat artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst van toepassing zijn.

(333) Uit de volgende elementen blijkt hoe dan ook dat de beperking een merkbare invloed op de mededinging had:

— de actieve tenuitvoerlegging van de inbreuk in het hele gebied van het Verdrag en van de EER-overeenkomst. Er zijn talrijke voorbeelden van verhindering van parallelexport uit een gebied (overwegingen 114, 132-142, 144, 157, 158, 165, 172, 174, 178, 183, 191, 199, 200, 206, 209);

— tussen Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en al zijn onafhankelijke distributeurs afgesproken praktische regelingen om parallelexport en -exporteurs op het spoor te komen (overwegingen 107, 124, 127, 131, 140, 142, 143, 143-146, 147-150, 155-157, 160, 180-181, 184, 185, 187, 191, 192, 193, 195, 197, 200, 201, 206, 208-209, 213, 217-221, 223, 224, 225-227), versterkt door voortdurende controles van permanente aard, ingevoerd door John Menzies plc (overwegingen 133, 149) en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (overwegingen 230, 232) om na te gaan of hun klanten producten uitvoerden;

— de hoge waarde van de verkoop van de producten en de belangrijke positie van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH in die handel.

2.2.8. Invloed op de handel tussen lidstaten en tussen partijen bij de EER-overeenkomst

(334) De inbreuk had een invloed op de handel tussen EU-lidstaten en tussen partijen bij de EER-overeenkomst.

(335) Artikel 81, lid 1, van het Verdrag is gericht op overeenkomsten, zoals deze, die het bereiken van een geïntegreerde markt tussen de lidstaten kunnen belemmeren, hetzij door het verdelen van nationale markten, hetzij door het aantasten van de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt. Analooq is artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst gericht op overeenkomsten die de totstandkoming van een homogene Europese Economische Ruimte ondermijnen.

(336) De inbreuk had door haar aard tot doel de interne markt te verdelen, omdat zij de grensoverschrijdende verkoop van de producten beperkte. Zij had derhalve een invloed op de handel tussen lidstaten⁽⁴⁷³⁾.

⁽⁴⁷⁰⁾ Antwoord van Contact op mededeling van punten van bezwaar, punten 16-17, 29 en 35.

⁽⁴⁷¹⁾ Zie Hüls, punt 128, en Tréfilunion, punt 58.

⁽⁴⁷²⁾ Voorzover dit gedrag echter betrekking had op een Nintendo-dochteronderneming die geen leveringen deed aan klanten die waren gevestigd in een gebied waarin een andere Nintendo-dochteronderneming de verantwoordelijkheid had gekregen voor de distributie van de producten, valt het niet binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 (zie VIHO).

⁽⁴⁷³⁾ Zie arrest in gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85 tot C-129/85, Ahlström e.a./Commissie („houtpulp”), Jurispr. 1993, blz. I-1307, punt 176, of arrest in zaak 19/77, Miller/Commissie, Jurispr. 1978, blz. 131.

2.2.9. *Niet-toepasselijkheid van Verordening (EEG) nr. 1983/83*

- (337) Aan iedere in de EER gevestigde dochteronderneming van het Nintendo-concern en iedere onafhankelijke Nintendo-distributeur werd een alleenverkoopgebied toegekend. Er wordt algemeen aanvaard dat alleenverkoopovereenkomsten door een verbetering van de distributie van de goederen kunnen bijdragen aan technische en economische vooruitgang. Alleenverkoopssystemen die tijdens de voor deze beschikking relevante periode van kracht waren, hadden in beginsel de groepsvrijstelling kunnen verkrijgen waarin werd voorzien door de toen geldende Verordening (EEG) nr. 1983/83, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1582/97⁽⁴⁷⁴⁾.
- (338) Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, die begon met het arrest van 13 juli 1966 in de gevoegde zaken 56 en 58/64, Grundig-Consten⁽⁴⁷⁵⁾, is het echter niet nodig de exclusiviteit die door distributieovereenkomsten wordt verleend, in die mate te verhogen dat een absolute gebiedsbescherming ontstaat — door de distributeurs elke verkoop buiten de aan hen toegewezen gebieden of aan klanten die voornemens zijn uit te voeren te verbieden — om de mogelijke voordelen van een alleenverkoopstelsel te verwezenlijken. Door de gebieden voor de goederen in kwestie hermetisch af te sluiten, en zodoende de interpenetratie van nationale markten onmogelijk te maken, wordt de economische integratie integendeel tenietgedaan.
- (339) De overeenkomsten die het voorwerp van onderhavige procedure zijn, strekken echter tot een beperking van de parallelhandel en kunnen derhalve niet onder Verordening (EEG) nr. 1983/83 vallen.

2.2.10. *Individuele vrijstelling uit hoofde van artikel 81, lid 3, van het Verdrag onmogelijk*

- (340) De Commissie kan uit hoofde van artikel 81, lid 3, van het Verdrag onder bepaalde voorwaarden een individuele vrijstelling van het in artikel 81, lid 1, van het Verdrag neergelegde verbod verlenen.
- (341) In de onderhavige zaak is niet om een dergelijke vrijstelling verzocht, aangezien de overeenkomst niet werd aangemeld. De overeenkomsten zouden hoe dan ook niet voor een vrijstelling in aanmerking zijn gekomen. Exclusieve gebiedsbescherming is een hardcore-beperking die in dit geval tot generlei verbetering van de distributie van de producten leidde. De gebruiker ontving evenmin enig voordeel. Exclusieve gebiedsbescherming belette dat de voordelen van de gemeenschappelijke markt en van prijsverschillen tussen de lidstaten ten goede kwamen

aan de gebruiker. Absolute gebiedsbescherming is ook niet onmisbaar voor een op alleenverkoopgebieden gebaseerd distributiesysteem.

2.2.11. *Duur van de inbreuk*

- (342) Bij brief van 23 december 1997 deelde Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH de Commissie mee dat het bereid was aan de procedure van de Commissie mee te werken (overweging 94). De loutere verklaring dat men voornemens is medewerking te verlenen is onvoldoende om te concluderen dat er een einde aan de inbreuk is gekomen.
- (343) Een van de belangrijkste oorzaken waarom binnen de EER parallelhandel in de producten plaatsvond, was het prijsconcurrentiebeleid dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH enkel in het Verenigd Koninkrijk voerde⁽⁴⁷⁶⁾, waar de producten heel wat meer concurrentie ondervonden dan in de rest van de EER⁽⁴⁷⁷⁾. Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH rekende aanzienlijk lagere prijzen aan voor leveringen aan John Menzies plc dan aan andere alleenverkopers; dit leidde tot parallelexport uit het Verenigd Koninkrijk naar andere EER-gebieden (overwegingen 117, 129, 130, 154-155). Uiterlijk op 5 januari 1998⁽⁴⁷⁸⁾ bracht Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH zijn prijzen voor leveringen aan alleenverkopers in de EER echter op één lijn, waardoor het een van de belangrijkste oorzaken van de parallelhandel binnen de EER wegnam.
- (344) Derhalve is de conclusie dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH in januari 1998 een einde maakte aan de inbreuk. Dit betekent niet dat andere partijen bij de inbreuk eveneens de inbreuk hadden beëindigd.

2.2.11.1. *Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH*

- (345) In januari 1991 voerde NOE algemene voorwaarden in die parallelexport uit Duitsland beperkten (overweging 199). Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft niet betwist dat het artikel 81, lid 1, van het Verdrag van januari 1991 tot eind december 1997 heeft geschonden⁽⁴⁷⁹⁾.

⁽⁴⁷⁶⁾ Nintendo stelde aanvankelijk dat de prijzen waartegen de producten uit Japan werden geleverd aan dochterondernemingen en onafhankelijke distributeurs in Europa dezelfde waren. Nintendo beweerde dat de prijsverschillen en de parallelhandel die op gang kwam te wijten waren aan (niet nader genoemde) plaatselijke marktvoorwaarden en wisselkoersschommelingen in Europa (blz. 1640-1641). Nintendo heeft de weerlegging van dit argument door de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar echter niet betwist (zie punten 324-337).

⁽⁴⁷⁷⁾ Blz. 881-882 (brief van John Menzies aan NOA van 22.2.1996), 890 (brief van John Menzies aan NOA van 24.5.1996). Blz. 975 tot 979 en 1135 tot 1147. Zie ook aan NOE gepresenteerd bedrijfsplan van John Menzies (blz. 1163 tot 1187) dat verschillende verwijzingen omvat naar scherpe prijsconcurrentie in het Verenigd Koninkrijk.

⁽⁴⁷⁸⁾ Blz. 1622.

⁽⁴⁷⁹⁾ Antwoord van Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, punt 6.2.

⁽⁴⁷⁴⁾ PB L 214 van 6.8.1997, blz. 27.

⁽⁴⁷⁵⁾ Jurispr. 1966, blz. 429.

2.2.11.2. John Menzies plc

- (346) John Menzies plc heeft erkend dat zijn gedrag vanaf februari 1996 een inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag vormde en dat dit gedrag voortduurde tot eind december 1997⁽⁴⁸⁰⁾. Voor de periode van 4 augustus 1995 tot februari 1996 heeft de Commissie aangetoond dat John Menzies plc aan de inbreuk deelnam.

2.2.11.3. Concentra — Produtos para crianças SA

- (347) Concentra — Produtos para crianças SA heeft erkend⁽⁴⁸¹⁾ dat zijn deelname aan de inbreuk van 14 mei 1991 (overweging 211) tot eind december 1997 heeft geduurd (overweging 213).

2.2.11.4. Linea GIG SpA

- (348) Linea GIG SpA heeft erkend⁽⁴⁸²⁾ dat zijn deelname aan de inbreuk van 1 oktober 1992 tot eind december 1997 heeft geduurd.

2.2.11.5. Nortec AE

- (349) De deelneming van Nortec AE aan de inbreuk duurde van 23 oktober 1997 tot eind december 1997 (overwegingen 207-209).

2.2.11.6. Bergsala AB

- (350) Bergsala AB heeft van 15 mei 1995 tot december 1997 deelgenomen aan de inbreuk (overwegingen 105-107, 225, 269).

2.2.11.7. Itochu Corporation

- (351) De datum van inwerkingtreding van de formele overeenkomst die Itochu Corporation met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH sloot ter beperking van de parallelhandel (overwegingen 204-205) is 14 mei 1991⁽⁴⁸³⁾. Itochu Corporation heeft evenwel aangevoerd dat het deze overeenkomst pas op 16 december 1991 heeft gesloten⁽⁴⁸⁴⁾ en dat er derhalve gedurende het grootste deel van 1991 geen sprake was van een overeenkomst. Aangezien er geen bewijsmateriaal is om aan te tonen dat Itochu Corporation vóór december 1991 deelnam, duurde de deelname van Itochu Corporation van 16 december 1991 tot 28 februari 1997, toen er een

einde kwam aan het distributeurschap van Itochu Corporation (overwegingen 204).

2.2.11.8. CD-Contact Data GmbH

- (352) CD-Contact Data GmbH nam van 28 oktober tot december 1997 (overwegingen 193 en 195) deel aan de inbreuk.

2.3. Adressaten van de beschikking

- (353) Er moet worden vastgesteld welke rechtspersoon of rechtspersonen binnen ieder van de in overweging 244 omschreven ondernemingen in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag de juiste adressaat of adressaten van de onderhavige beschikking zijn. In het geval van Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA, Nortec AE en Bergsala AB moet de beschikking tot deze ondernemingen zelf worden gericht, aangezien zij zelf de „onderneming” zoals bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag vormen. Voor de andere in overweging 244 omschreven ondernemingen moet een keuze worden gemaakt tussen de verschillende rechtspersonen waaruit deze ondernemingen bestaan.
- (354) Wat betreft de toewijzing van de aansprakelijkheid binnen een onderneming die uit verschillende rechtspersonen bestaat, heeft het Hof van Justitie gesteld dat: „de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij mag worden toegerekend, met name, wanneer de dochtermaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt”⁽⁴⁸⁵⁾.
- (355) In het geval van volledige dochterondernemingen wordt de beschikking gericht tot de moedermaatschappij, aangezien deze laatste het commerciële beleid van de dochteronderneming beslissend beïnvloedt⁽⁴⁸⁶⁾.
- (356) Nintendo Corporation Ltd, John Menzies plc en CD-Contact Data GmbH hebben niet betwist dat zij beslissende invloed uitoefenen op hun volledige dochters Nintendo of Europe GmbH, Nintendo Netherlands BV, Nintendo France SARL, Nintendo España SA, Nintendo Belgium SPRL, Nintendo UK Ltd en Nintendo of America Inc., respectievelijk THE Games Ltd en Contact Data Belgium NV.

⁽⁴⁸⁰⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.

⁽⁴⁸¹⁾ Antwoord van Concentra op mededeling van punten van bezwaar, punt 3.

⁽⁴⁸²⁾ Antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punten 2 en 5.

⁽⁴⁸³⁾ Blz. 157.

⁽⁴⁸⁴⁾ Blz. 181.

⁽⁴⁸⁵⁾ Arrest in zaak C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commissie (nog niet gepubliceerd), punt 26.

⁽⁴⁸⁶⁾ Arrest in zaak AEG, punt 50; arrest in zaak-Stora, punten 22-30; zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mischo in Stora, punt 48.

(357) Het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar werd ingediend door Nintendo of Europe GmbH voor en namens Nintendo of Europe GmbH zelf en Nintendo Corporation, Nintendo of America Inc., Nintendo France SARL, Nintendo Benelux BV (voorheen Nintendo Netherlands BV genoemd) en Nintendo España SA. De mededeling van punten van bezwaar was slechts gericht tot Nintendo Corporation Ltd, terwijl Nintendo of Europe GmbH alleen een kopie ontving. Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft niet betwist dat de Commissie deze beschikking kon richten tot Nintendo Corporation Ltd. Het heeft de Commissie evenwel verzocht de beschikking niet tot Nintendo Corporation Ltd, maar tot Nintendo of Europe GmbH te richten. Anderzijds vroeg het de beschikking toe te sturen aan Nintendo of Europe GmbH en wellicht aan andere dochterondernemingen van het Nintendo-concern in de EER, Nintendo of America Inc., alsmede Nintendo Corporation Ltd. Het voerde aan dat de respectieve verantwoordelijkheden van de verschillende ondernemingen binnen het Nintendo-concern hierdoor beter zouden worden weerspiegeld.

(358) Aangezien Nintendo of Europe GmbH, mede namens Nintendo Corporation Ltd, op de mededeling van punten van bezwaar antwoordde, is de Commissie van oordeel dat zowel Nintendo Corporation Ltd als Nintendo of Europe GmbH de gelegenheid hebben gehad hun standpunt kenbaar te maken over de feiten en juridische beoordeling in de mededeling van punten van bezwaar. Hetzelfde geldt niet voor de andere dochterondernemingen van Nintendo. Deze beschikking is derhalve gericht tot Nintendo Corporation Ltd en Nintendo of Europe GmbH.

(359) Wat Contact Data GmbH betreft, heeft, hoewel Activision Inc. in 1998 zeggenschap over deze onderneming verwierf, CD-Contact Data GmbH de hele duur van de inbreuk bestaan en bestaat het vandaag nog altijd als een afzonderlijk aan te merken rechtspersoon⁽⁴⁸⁷⁾. De beschikking dient dus tot Contact Data GmbH te worden gericht.

(360) Het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar werd door Itochu Corporation namens Itochu Corporation en Itochu Hellas EPE ingediend. In zijn antwoord beweert Itochu Corporation dat de Commissie het gedrag van Itochu Hellas EPE niet mag toerekenen aan Itochu Corporation, aangezien Itochu Hellas EPE zelfstandig heeft gehandeld. Om die bewering te bewijzen verwijst Itochu naar het feit dat: 1. Itochu Corporation slechts indirect de moedermaatschappij van Itochu Hellas EPE was; 2. de directe moedermaatschappij van Itochu Hellas EPE, Itochu Europe plc, slechts toezicht uitoefende op de marketingactiviteiten en financiële resultaten, maar niet intervenieerde in de dagelijkse activiteiten; 3. het Itochu Hellas EPE was dat de distributieovereenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ondertekende; 4. Itochu Hellas EPE zelfstandig een vrij groot aantal lokale personeelsleden in dienst had; 5. Itochu Hellas EPE een

netwerk opzette voor de verkoop van de producten door te investeren in een Nintendo-fanclub en in merchandising in verkooppunten, een activiteit die buiten de kernactiviteit van de groep Itochu-ondernemingen viel⁽⁴⁸⁸⁾.

(361) Ten eerste werd het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar zowel in naam van Itochu Corporation als van Itochu Hellas EPE gegeven. Ten tweede was Itochu Corporation tijdens de administratieve procedure de enige gesprekspartner van de Commissie (Stora, punten 27-29). Ten slotte vormt het feit dat Itochu Hellas EPE de distributieovereenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ondertekende, dat Itochu Europe plc „slechts” toezicht hield op de (marketing)activiteiten en financiële resultaten van Itochu Hellas EPE zonder zich met de activiteiten van alledag te moeien en dat Itochu Hellas EPE zelf een aanzienlijk aantal personeelsleden in dienst had, geen bewijs van zelfstandig marktgedrag van Itochu Hellas EPE. Derhalve dient de beschikking tot Itochu Corporation te worden gericht.

2.4. Sancties

2.4.1. Artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 en artikel 3, lid 1, van EER-Besluit nr. 362 R 17

(362) Indien de Commissie een inbreuk vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 en artikel 3, lid 1, van Besluit nr. R 17 van de EER verplichten aan de inbreuk een einde te maken.

(363) Zoals in overweging 343 gezegd, maakte Nintendo Corporation/Nintendo Europe GmbH in januari 1998 een einde aan de inbreuk.

(364) De inbreuk had ook gevolgen voor de klanten van Nintendo Corporation Ltd/Europe GmbH en die van onafhankelijke distributeurs, aan wie verschillende beperkingen werden opgelegd die parallelimport en -export belemmerden. Zelfs indien Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en zijn distributeurs niet langer dergelijke beperkingen toepassen, is het mogelijk dat klanten die daar niet van op de hoogte zijn gebracht, nog altijd denken dat zij gebonden zijn door de beperkingen op parallelexport en -import van de producten.

(365) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, John Menzies plc en Bergsala AB hebben al hun klanten brieven gestuurd, waarin zij hen schriftelijk in kennis stelden van hun recht op parallelexport en -invoer van de producten en op het kopen en wederverkopen van via parallelhandel te verkrijgen producten. Alleen Concentra — Produtos para crianças SA en Nortec AE hebben dat niet gedaan.

⁽⁴⁸⁷⁾ Zie verklaring van Contact van 16 november 2001.

⁽⁴⁸⁸⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punten 23-24, alsmede zijn verklaring van 26 november 2001.

2.4.2. Artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 en artikel 15, lid 2, van EER-Besluit nr. 362 R 17

2.4.2.1. Algemene opmerkingen

- (366) Volgens artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 en artikel 15, lid 2, van EER-Besluit nr. 362 kan de Commissie bij beschikking aan ondernemingen geldboeten opleggen van 1 000 tot 1 000 000 EUR of tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van elk van de aan de inbreuk deelnemende ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, wanneer deze opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en/of artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.
- (367) Bij de vaststelling van het bedrag van de boete moet de Commissie rekening houden met alle relevante omstandigheden, en met name met de zwaarte en de duur van de inbreuk.
- (368) De rol die elke bij de inbreuk betrokken onderneming heeft gespeeld, dient voor elke onderneming afzonderlijk te worden bekeken. Met name dient ervoor gezorgd te worden dat eventuele verzwarende of verzachtende omstandigheden in de opgelegde boete worden weergegeven.
- (369) Er dienen niet alleen geldboeten te worden opgelegd aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, maar ook aan de onafhankelijke distributeurs van Nintendo John Menzies plc, Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Corporation en CD-Contact Data GmbH.
- (370) CD-Contact Data GmbH voert aan dat de Commissie in zijn geval geen geldboete mag opleggen, omdat CD-Contact Data GmbH geen actieve medewerking heeft verleend aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, waarvan het economisch afhankelijk was. Contact verwijst naar eerdere beschikkingen van de Commissie⁽⁴⁸⁹⁾ waarin de Commissie aan ondernemingen in soortgelijke omstandigheden geen geldboeten heeft opgelegd.
- (371) De Commissie beschikt echter over een grote discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling van het bedrag van op te leggen geldboeten, inclusief de bevoegdheid helemaal geen of slechts een symbolische boete op te leggen, of integendeel het algemene niveau van de boetes op te trekken⁽⁴⁹⁰⁾. Aangezien er voldoende bewijsmateriaal bestaat om CD-Contact Data GmbH aansprakelijk te stellen voor een inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag, dient CD-Contact Data GmbH een geldboete te worden opgelegd.

2.4.2.2. Basisbedrag van de geldboete

- (372) Het basisbedrag van de geldboete wordt vastgesteld op grond van de zwaarte en de duur van de inbreuk.

Zwaarte

- (373) Bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk houdt de Commissie rekening met de aard ervan, de gevolgen ervan voor de markt (wanneer die kunnen worden gemeten) en met de omvang van de relevante geografische markt.

Aard van de inbreuk

- (374) Uit de feiten volgt dat de inbreuk tot doel had de aan alleenverkopers verleende gebiedsbescherming uit te breiden tot absolute gebiedsbescherming en in ieder gebied een einde te maken aan alle concurrentie met de distributeur van de producten in dat gebied. Zij had tevens tot doel de gemeenschappelijke markt kunstmatig te verdelen, waardoor een fundamenteel beginsel van het Verdrag in gevaar werd gebracht⁽⁴⁹¹⁾. Soortgelijke beperkingen zijn door hun aard zeer zware inbreuken op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.
- (375) De in de onderhavige zaak beschreven gebeurtenissen vormen één enkele voortdurende en opzettelijke inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.
- (376) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, Linea GIG SpA, Itochu Corporation, Concentra — Produtos para crianças SA, CD-Contact Data GmbH en Nortec AE⁽⁴⁹²⁾ hebben welbewust inbreuk gepleegd op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst.
- (377) John Menzies plc heeft aangevoerd dat het door zijn deelname aan de inbreuk slechts uit onachtzaamheid inbreuk heeft gepleegd op artikel 81 van het Verdrag, aangezien het zich niet bewust was van de onwettige aard van zijn gedragingen. Het Hof van Justitie heeft echter (onder meer in zijn arrest in de zaak-Miller) beslist dat het niet noodzakelijk is dat een onderneming zich ervan bewust was dat zij een inbreuk op artikel 81 van het Verdrag maakte, opdat een inbreuk wordt geacht opzettelijk te zijn gepleegd. Het is voldoende dat de onderneming zich ervan bewust was dat het gewraakte gedrag tot doel had de mededinging te beperken. Zoals is aangetoond, was John Menzies plc zich ervan bewust dat zijn gedragingen tot doel hadden de mededinging te beperken (overwegingen 118, 130, 131, 145, 146, 147-149, 206) en heeft het artikel 81 van het Verdrag derhalve opzettelijk geschonden.

⁽⁴⁸⁹⁾ Met name Tipp-ex (Beschikking 87/406/EEG van de Commissie in de zaken IV/31.192 en IV/31.507 (PB L 222 van 10.8.1987, blz. 1)), Tretorn e.a. (Beschikking 94/987/EG van de Commissie in de zaken IV/32.948 — IV/34.590 (PB L 378 van 31.12.1994, blz. 45)) en Volkswagen I (Beschikking 98/273/EG van de Commissie in zaak IV/35.733 (PB L 124 van 25.4.1998, blz. 60)).

⁽⁴⁹⁰⁾ SA Musique Diffusion Française, punt 109.

⁽⁴⁹¹⁾ SA Musique Diffusion Française, punt 107.

⁽⁴⁹²⁾ Zie antwoord van Nortec op mededeling van punten van bezwaar, blz. 3.

(378) Bergsala AB⁽⁴⁹³⁾ heeft aangevoerd dat het legale parallelhandel binnen de EER heeft verward met onwettige handel in namaak- en niet-toegelaten producten (producten die zonder de toestemming van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH in de EER zijn ingevoerd). Het dossier omvat echter een aantal door Nintendo of America Inc. verzonden vragenlijsten en de antwoorden van Nintendo-dochtermaatschappijen en onafhankelijke distributeurs betreffende de gerechtelijke procedures waarin laatstgenoemde betrokken waren⁽⁴⁹⁴⁾. De Finse dochteronderneming van Bergsala AB, Bergsala OY, maakt in haar antwoorden aan Nintendo of America d.d. 15 november 1995 en 2 december 1997⁽⁴⁹⁵⁾ ook een duidelijk onderscheid tussen handel in namaakproducten en grijze handel. De bewering van Bergsala AB dat het de betrokken juridische begrippen had verward is dus niet houdbaar. Bergsala AB kan hoe dan ook niet volhouden dat het zich er niet van bewust was dat zijn gedragingen tot doel hadden de mededinging te beperken (overwegingen 223, 224, 227). Derhalve dient de conclusie te zijn dat Bergsala AB welbewust inbreuk op artikel 81 van het Verdrag heeft gepleegd.

(379) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴⁹⁶⁾ voerde oorspronkelijk ook aan dat het legale parallelhandel binnen de EER had verward met onwettige handel in namaak- en niet-toegelaten producten (producten die zonder de toestemming van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH in de EER zijn ingevoerd). Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft echter de refutatie van de Commissie dat uit de documenten in het dossier integeendeel blijkt dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH perfect op de hoogte was van het juridische onderscheid tussen deze begrippen (hetgeen het trouwens ook uitdrukkelijk heeft toegegeven⁽⁴⁹⁷⁾), niet betwist. Wat telt, is hoe dan ook dat een partij welbewust de bedoeling heeft de mededinging te beperken en niet dat zij weet op welke specifieke juridische bepaling inbreuk wordt gepleegd⁽⁴⁹⁸⁾.

(380) Deze inbreuk vormde door haar aard een zeer zware inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst.

Daadwerkelijke gevolgen van de inbreuk

(381) Volgens Itochu Corporation moet bij de beoordeling van de gevolgen van de inbreuk rekening worden gehouden met het feit dat spelcassettes die compatibel zijn met Nintendo-spelconsoles niet alleen verkrijgbaar zijn bij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, maar ook bij onafhankelijke uitgevers van elektronische spelletjes, omdat dit volgens Itochu Corporation de gevolgen van de beperking van de parallelhandel in de

producten zou verzachten⁽⁴⁹⁹⁾. Het dossier omvat echter geen bewijzen ter ondersteuning van de bewering dat de verkrijgbaarheid van spelcassettes bij andere producenten dan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH de gevolgen van de inbreuk zou hebben verzacht.

(382) De inbreuk had ten doel de parallelhandel binnen de EER te beperken. De in het feitelijke gedeelte beschreven gebeurtenissen tonen aan dat de partijen maatregelen namen om de inbreuk zorgvuldig uit te voeren. Op basis daarvan had de inbreuk een aanzienlijke invloed op de markt.

Omvang van de relevante geografische markt

(383) De inbreuk beperkte de parallelhandel in de hele EER (overwegingen 333 en 118, 126, 127, 130, 132, 142, 143).

Conclusie in verband met de zwaarte van de inbreuk

(384) Rekening houdend met de aard van de inbreuk, de gevolgen ervan voor de markt en het feit dat parallelhandel in de hele EER erdoor werd beperkt, kan alleen maar worden geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen een zeer zware inbreuk op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst hebben gemaakt, waarvoor de geldboete waarschijnlijk meer dan 20 miljoen EUR zal bedragen.

Gedifferentieerde behandeling

(385) Als verschillende ondernemingen bij één enkele voortdurende inbreuk betrokken zijn, kan het in sommige gevallen nodig zijn bij de vaststelling van de bedragen in iedere zwaartecategorie een weging toe te passen om rekening te houden met het specifieke gewicht van iedere onderneming en bijgevolg met de daadwerkelijke invloed van haar inbreukmakende gedrag op de mededinging, met name wanneer er sprake is van aanzienlijke verschillen in de omvang van de ondernemingen die een zelfde soort inbreuk hebben gepleegd.

(386) In deze zaak rechtvaardigen de aanzienlijke verschillen in de omvang van de aan de inbreuk deelnemende ondernemingen een gedifferentieerde behandeling. Hiertoe kunnen de betrokken ondernemingen in beginsel worden ingedeeld in drie groepen, naar gelang van het relatieve belang van iedere firma voor Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH als distributeur van de producten (en enkel deze producten) in de EER, gemeten aan de hand van het aandeel van iedere partij in het totale volume Nintendo-spelconsoles en -cassettes, aangekocht voor distributie in de EER in 1997, d.i. het laatste jaar van het bestaan van de inbreuk.

⁽⁴⁹³⁾ Zie antwoord van Bergsala op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.1.3.

⁽⁴⁹⁴⁾ Zie blz. 1686-1694, 1699-1702, 1705-1706, 1714-1716, 1720-1721, 1727-1734, 1737-1739, 1743, 1746 tot 1806.

⁽⁴⁹⁵⁾ Zie blz. 1720 en 1806.

⁽⁴⁹⁶⁾ Argument dat is aangevoerd in brief van NOA aan de Commissie van 16 april 1998, blz. 1633.

⁽⁴⁹⁷⁾ Blz. 1638-1641.

⁽⁴⁹⁸⁾ Zie arrest in zaak T-66/92, Herlitz/Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-531, punt 45.

⁽⁴⁹⁹⁾ Zie antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 20.

- (387) Door bij de beoordeling van de verschillen in omvang van de partijen gebruik te maken van cijfers die enkel betrekking hebben op door Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH geproduceerde producten, wordt er rekening gehouden met het feit dat bepaalde partijen ook spelcassettes van andere producenten dan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH verdeelden. Aangezien alle partijen zowel bij de handel in cassettes als bij die in consoles waren betrokken, is het gemiddelde van hun respectieve marktaandeel in ieder product als basis voor de berekening genomen.
- (388) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH had een EER-wijd gemiddeld aandeel in de verkoop van de producten van [...] % . Het wordt derhalve alleen in de eerste categorie geplaatst.
- (389) John Menzies plc had een EER-wijd gemiddeld aandeel in de verkoop van de producten van [...] % . Het wordt derhalve als enige in de tweede categorie geplaatst.
- (390) Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Corporation en CD-Contact Data GmbH hadden een EER-wijd gemiddeld aandeel in de verkoop van de producten van [...] % tot [...] % . Zij worden derhalve allemaal in de derde categorie ondergebracht.
- (391) Op basis van het bovenstaande wordt het voorlopige uitgangsbetrag van de geldboeten naar gelang van de zwaarte als volgt vastgesteld:
- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 23 miljoen EUR;
 - John Menzies plc: 8 miljoen EUR;
 - Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Corporation en CD-Contact Data GmbH: 1 miljoen EUR.

Noodzaak voor een voldoende afschrikwekkende werking te zorgen

- (392) Bij de berekening van het basisbedrag van de boete moet rekening worden gehouden met de noodzaak de boete op een zodanig niveau vast te stellen dat er een voldoende afschrikwekkende werking van uitgaat. Daartoe dient nagegaan of er voor een van de adressaten een aanpassing van het uitgangsbetrag nodig is.
- (393) In het onderhavige geval moet het uitgangsbetrag van de geldboete voor Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, John Menzies plc en Itochu Corporation worden verhoogd om rekening te houden met de omvang en de totale middelen van deze ondernemingen.
- (394) Itochu Corporation heeft aangevoerd dat er, aangezien het ondertussen geen distributeur van de producten meer is, geen redenen zijn om de boete met het oog op de afschrikwekkende werking te verhogen⁽⁵⁰⁰⁾. De afschrikwekkende werking moet worden verzekerd ongeacht of de onderneming na de beëindiging van de inbreuk, al dan niet bilaterale betrekkingen met andere deelnemers aan de inbreuk heeft onderhouden.
- (395) Het is van bijzonder groot belang dat een voldoende afschrikwekkende werking wordt verzekerd wat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH betreft, aangezien, naast de omvang van de onderneming (zij is beduidend kleiner dan Itochu Corporation), ook rekening moet worden gehouden met het feit dat het de fabrikant is van de producten die het voorwerp van de inbreuk uitmaken⁽⁵⁰¹⁾.
- (396) Op basis van het bovenstaande dient het uitgangsbetrag van de aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH op te leggen geldboete met een factor 3 te worden verhoogd tot 69 miljoen EUR, dient het uitgangsbetrag voor de aan John Menzies plc op te leggen geldboete met een factor 1,25 te worden verhoogd tot 10 miljoen EUR en dient het uitgangsbetrag voor de aan Itochu Corporation op te leggen geldboete met een factor 3 te worden verhoogd tot 3 miljoen EUR.

Duur van de inbreuk

- (397) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH nam aan de inbreuk deel van januari 1991 tot eind december 1997 (overweging 345), d.w.z. gedurende zes jaar en elf maanden. Het uitgangsbetrag voor de geldboete dient derhalve met 65 % te worden verhoogd.
- (398) John Menzies plc nam deel aan de inbreuk van 4 augustus 1995 tot eind december 1997 (overwegingen 297-304, 346), of twee jaar en vier maanden. Het uitgangsbetrag van de geldboete wordt bijgevolg met 20 % verhoogd.
- (399) Soc. Rep. Concentra LDA nam deel aan de inbreuk van 14 mei 1991 tot eind december 1997 (overweging 347), hetzij gedurende zes jaar en zeven maanden. Het uitgangsbetrag dient dus met 65 % te worden verhoogd.
- (400) Linea GIG SpA nam deel aan de inbreuk van 1 oktober 1992 tot eind december 1997 (overweging 348), of gedurende vijf jaar en drie maanden. Het uitgangsbetrag dient derhalve met 50 % te worden verhoogd.
- (401) Nortec AE nam deel aan de inbreuk van 23 oktober 1997 tot eind december 1997 (overweging 349), of gedurende iets meer dan twee maanden. Het uitgangsbetrag van zijn geldboete dient dus niet te worden verhoogd.
- (402) Bergsala AB nam deel aan de inbreuk van 15 mei 1995 tot eind december 1997 (overweging 350), hetzij twee jaar en zeven maanden. Het uitgangsbetrag van zijn geldboete dient bijgevolg met 25 % te worden verhoogd.
- (403) Itochu Corporation nam deel aan de inbreuk van 16 december 1991 tot 28 februari 1997 (overweging 351), of vijf jaar en twee maanden. Het uitgangsbetrag van zijn geldboete dient derhalve met 50 % te worden verhoogd.

⁽⁵⁰⁰⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 47.

⁽⁵⁰¹⁾ SA Musique Diffusion Française, punt 75.

(404) CD-Contact Data GmbH nam deel aan de inbreuk van 28 oktober 1997 tot eind december 1997 (overweging 352), of iets meer dan twee maanden. Het uitgangsbetrag van zijn geldboete dient derhalve niet te worden verhoogd.

Conclusie met betrekking tot de basisbedragen

(405) Rekening houdend met alle factoren inzake zwaarte en duur voor alle inbreuken tezamen, zijn de basisbedragen van de aan elk van de partijen op te leggen geldboeten als volgt:

- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 113,85 miljoen EUR;
- John Menzies plc: 12 miljoen EUR;
- Concentra — Produtos para crianças SA: 1,65 miljoen EUR;
- Linea GIG SpA: 1,5 miljoen EUR;
- Nortec AE: 1 miljoen EUR;
- Bergsala AB: 1,25 miljoen EUR;
- Itochu Corporation: 4,5 miljoen EUR, en
- CD-Contact Data GmbH: 1 miljoen EUR.

2.4.2.3. Verzwarende omstandigheden

Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH

Leidinggevende rol

(406) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH was de leider en aanstoker van de inbreuk (overwegingen 228-238) en heeft dit ook niet betwist⁽⁵⁰²⁾. Gezien deze verzwarende omstandigheid moet het basisbedrag van de geldboete voor Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH met 50 % worden verhoogd.

Voortzetting van de inbreuk

(407) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft de inbreuk bovendien voortgezet nadat de Commissie haar onderzoek in juni 1995 had geopend.

(408) De Commissie kan als verzwarende omstandigheid rekening houden met het feit dat de partijen welbewust een duidelijke inbreuk hebben voortgezet nadat de Commissie een onderzoek had ingesteld naar het gedrag van de deelnemers aan een inbreuk, aangezien uit dit gedrag bleek dat de partijen bij de inbreuk bijzonder vastbesloten waren om hun inbreuk, ondanks het risico

van geldboeten, voort te zetten⁽⁵⁰³⁾. De Commissie hoefde de partijen niet uitdrukkelijk te waarschuwen dat hun gedragingen onwettig waren⁽⁵⁰⁴⁾. De omstandigheid dat bij de vaststelling van de geldboete rekening is gehouden met het feit dat de bedrijven wisten dat hun gedrag onwettig was, betekent niet dat de geldboete niet verder kan worden verhoogd om rekening te houden met het feit dat de bedrijven de inbreuk voortzetten nadat zij op de hoogte waren van het onderzoek van de Commissie⁽⁵⁰⁵⁾.

(409) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH zette dit onwettige gedrag voort nadat het op de hoogte was van het onderzoek van de Commissie. In dit verband zij erop gewezen dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ten laatste in juni 1995 kennis kreeg van het onderzoek van de Commissie naar zijn distributiesysteem (overweging 86).

(410) Bovendien blijkt uit de volgende elementen dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, nadat het kennis had gekregen van het onderzoek van de Commissie, heel vastbesloten was om de inbreuk voort te zetten:

— in maart-april 1996 oefende Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH pressie uit op John Menzies plc om ervoor te zorgen dat John Menzies plc bleef meewerken aan de inbreuk (overwegingen 119-126). Dit leidde vanaf februari 1996 tot een aanzienlijke daling van de parallelexport uit het Verenigd Koninkrijk (overwegingen 140-142);

— het door Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH opgezette systeem van informatie-uitwisseling en praktische samenwerking, dat pas in april 1996 volledig op poten stond, resulteerde in een aanzienlijke versterking van het beleid om doeltreffend toezicht te houden op parallelhandel en -verkopers (overwegingen 273-280);

— zoals Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ook heeft toegegeven⁽⁵⁰⁶⁾, werden er vanaf begin 1995 meer maatregelen genomen om de parallelhandel in Europa te beperken dan in de voorafgaande periode van de inbreuk;

— Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft toegegeven dat zijn hoger management en EER-dochterondernemingen terdege op de hoogte waren van de gevolgen die het belemmeren van parallelhandel uit hoofde van het Gemeenschapsrecht kan hebben, zeker vanaf het moment dat de Commissie in 1995 haar onderzoek instelde⁽⁵⁰⁷⁾;

⁽⁵⁰³⁾ Arrest van 20 maart 2002 in zaak T-31/99, ABB Asea Brown Boveri Ltd/Commissie (nog niet gepubliceerd), punt 211.

⁽⁵⁰⁴⁾ ABB, punt 214 en arrest van 20 maart 2002 in zaak T-21/99, Dansk Rørindustri/Commissie (nog niet gepubliceerd), punt 153.

⁽⁵⁰⁵⁾ ABB, punt 212.

⁽⁵⁰⁶⁾ Antwoord van Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, punt 6.4.

⁽⁵⁰⁷⁾ Blz. 1639-1640 en antwoord van Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.2.

⁽⁵⁰²⁾ Antwoord Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, punt 6.16.

- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH beweert dat het aan zijn dochterondernemingen in Europa de rechtsbeginselen met betrekking tot beperkingen van de aan alleenverkopers geboden bescherming en de passieve en actieve exportverkoop heeft uitgelegd in het kader van zijn conflict met John Menzies plc begin 1996 ⁽⁵⁰⁸⁾;
- in juni 1996 stuurde Nintendo France SARL immers een circulaire aan al zijn klanten, waarin het nauwkeurig uitlegde wat het als onwettige parallelimport beschouwde ⁽⁵⁰⁹⁾. Deze definitie behelsde niet de invoer van producten uit andere EER-landen die eerst in deze landen op de markt waren gebracht door of met de toestemming van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ⁽⁵¹⁰⁾;
- Bovendien heeft Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH toegegeven ⁽⁵¹¹⁾ dat zijn uitdrukkelijke instructies d.d. 15 mei 1997 voor zijn in de EER gevestigde dochterondernemingen, waarin het aan de vereisten van het Gemeenschapsrecht op het gebied van parallelhandel binnen de EER herinnerde (overweging 92), werden genegeerd door Nintendo of Europe GmbH, Nintendo France SARL en Nintendo España SA. Deze Nintendo-dochterondernemingen bleven inderdaad ook na 15 mei 1997 de parallelhandel beperken (overwegingen 153-157, 176-179).

- (411) Gelet op deze verzwarende omstandigheid dient het basisbedrag van de boete voor Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH met 25 % te worden verhoogd.

John Menzies plc

Voortzetting van de inbreuk

- (412) John Menzies plc zette de inbreuk na de instelling van het onderzoek door de Commissie voort. Het werd zich uiterlijk op 7 maart 1997 bewust van het door de Commissie ingestelde onderzoek, toen er een formeel verzoek om inlichtingen van de Commissie kwam (overweging 96). John Menzies plc heeft toegegeven dat zijn deelname aan de inbreuk vóór die datum was begonnen en dat zijn deelname tot december 1997 voortduurde ⁽⁵¹²⁾. Het basisbedrag van de geldboete voor John Menzies plc dient bijgevolg met 10 % te worden verhoogd.

Weigering medewerking te verlenen aan de Commissie

- (413) Op 7 maart 1997 zond de Commissie John Menzies plc een formeel verzoek om inlichtingen overeenkomstig

artikel 11 van Verordening nr. 17. De verklaring van John Menzies plc van 25 april 1997 was het antwoord op dat verzoek (overweging 96).

- (414) De Commissie is van mening dat in het antwoord van John Menzies plc d.d. 25 april 1997 aan de Commissie onjuiste informatie werd verstrekt, waardoor de Commissie werd misleid wat de juiste omvang van de inbreuk betreft. John Menzies plc heeft dit betwist ⁽⁵¹³⁾.
- (415) In haar verzoek om inlichtingen van 7 maart 1997 vroeg de Commissie John Menzies plc uitdrukkelijk: „Mogen dealers de producten alleen aan eindverbruikers en/of andere erkende dealers verkopen? Zo ja, kan een erkende dealer in het Verenigd Koninkrijk en Ierland ook aan ondernemingen [...] buiten het afzetgebied van THE verkopen? ⁽⁵¹⁴⁾”. De Commissie voegde daaraan toe dat de vragen waren opgeroepen door inlichtingen die de Commissie had ontvangen, waaruit bleek dat dealers mogelijk waren verhinderd in andere lidstaten aan te kopen ⁽⁵¹⁵⁾.
- (416) In zijn antwoord van 25 april 1997 verklaarde John Menzies plc het volgende: „de verkoopvoorwaarden van THE Games leggen de „dealers” geen beperkingen op wat betreft de wijze waarop een „dealer” met geleverde producten, behalve bij verhuur, mag omgaan” ⁽⁵¹⁶⁾. Het gaf [...] * als een voorbeeld van een onderneming waaraan het had toegestaan als subdistributeur op te treden. Het verklaarde ook: „er zijn geen voorbeelden van kredietwaardige detailhandelaren of postorderbedrijven aan wie de levering van producten door THE Games is geweigerd (behalve bij beperkte beschikbaarheid van producten [...])” ⁽⁵¹⁷⁾. John Menzies plc verklaarde echter eveneens dat het, ingevolge wat het een eenzijdig vastgesteld commercieel beleid noemde, niet aan subdistributeurs verkocht. Het voegde aan zijn brief d.d. 25 april 1997 een kopie toe van het document waarin dit beleid wordt uiteengezet („Commercieel beleid van THE Games ten aanzien van erkende klanten”, hierboven beschreven in de overwegingen 112 en 113).
- (417) In tegenstelling tot wat John Menzies plc in zijn antwoord van 25 april 1997 beweert, bewijst het conflict met [...] * in augustus 1995 precies het tegenovergestelde, namelijk dat John Menzies plc [...] * wilde verplichten alleen nog te verkopen aan detailhandelaren (en derhalve aan eindverbruikers) die deel uitmaakten van dezelfde groep ondernemingen als [...] *, namelijk de [...] *-groep, en niet als subdistributeur aan derde bedrijven (overweging 114).

⁽⁵⁰⁸⁾ Blz. 1640.

⁽⁵⁰⁹⁾ Blz. 1464.

⁽⁵¹⁰⁾ Uit blz. 1546 kunnen dezelfde conclusies worden getrokken.

⁽⁵¹¹⁾ Blz. 1640.

⁽⁵¹²⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, punt 9.2.

⁽⁵¹³⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, bijlage A, punt 214.

⁽⁵¹⁴⁾ Blz. 439, vraag 3.

⁽⁵¹⁵⁾ Blz. 437. Oorspronkelijke tekst: „Are Dealers restricted to reselling the products to final consumers and/or other Authorised Dealers only? If so, can the Authorised Dealer in the UK and Ireland also sell to companies [...] outside the sales territory of THE?”.

⁽⁵¹⁶⁾ Blz. 447. Oorspronkelijke tekst: „there are no restrictions imposed upon „dealers” by THE Games’ terms and conditions for sale with respect to how that „dealer” may deal with Products supplied other than with respect to rental”.

⁽⁵¹⁷⁾ Blz. 446. Oorspronkelijke tekst: „there are no examples of credit-worthy retailers or mail order sellers being refused supply of Product by THE Games (save in circumstances of limited availability of product [...])”.

- (418) Bovendien heeft John Menzies, in tegenstelling tot het antwoord van John Menzies plc van 25 april 1997, geweigerd aan ondernemingen te leveren omdat zij de producten hadden uitgevoerd of de bedoeling hadden dat te doen. John Menzies legde dus inderdaad beperkingen op die erop neerkwamen dat zijn klanten niet konden verkopen aan ondernemingen buiten hun afzetgebied (overwegingen 132-139).
- (419) Op basis van het bovenstaande is de conclusie dat het gedrag van John Menzies plc moet worden gezien als een weigering om medewerking aan de Commissie te verlenen, die duurde tot het moment, begin januari 1998, waarop het besloot mee te werken. Rekening houdend met deze verzwarende omstandigheid, is het passend dat het basisbedrag van de boete voor John Menzies plc nog eens met 10 % wordt verhoogd.
- (420) Concluderend dient het basisbedrag van de geldboete voor John Menzies plc met 20 % te worden verhoogd.

2.4.2.4. Verzachtende omstandigheden

Een zuiver passieve rol in de inbreuk

- (421) Op basis van de in de overwegingen 217 en 218 beschreven feiten moet de rol van Concentra — Produtos para crianças SA als zuiver passief worden beschouwd voor het grootste deel van de betrokken periode. Een vermindering van het basisbedrag van de boete voor Concentra — Produtos para crianças SA met 50 % is bijgevolg gerechtvaardigd.
- (422) Bergsala AB, Linea GIG SpA, Itochu Corporation, CD-Contact Data GmbH en John Menzies plc⁽⁵¹⁸⁾ hebben aangevoerd dat zij een zuiver passieve of „volgers” rol in de inbreuk hebben gespeeld. Ter ondersteuning van deze bewering hebben zij de volgende argumenten naar voren geschoven.
- (423) Bergsala AB wijst op de leidinggevende rol van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, het feit dat het de informatie over parallelimport in zijn gebied slechts op vraag van het Nintendo-concern had verstrekt en het feit dat het economisch afhankelijk was van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en derhalve geen andere keus had dan deel te nemen aan de inbreuk⁽⁵¹⁹⁾.
- (424) De argumenten van Bergsala AB moeten evenwel worden verworpen, omdat het spontaan informatie over parallelimport in zijn grondgebied aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft verstrekt, toen het Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH verzocht een einde aan die parallelimport te stellen (overweging 227).
- (425) Linea GIG SpA⁽⁵²⁰⁾ voert aan dat het geen mogelijkheid tot autonome besluitvorming had, aangezien het voor
- leveringen van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH meer moest betalen dan andere distributeurs, daar het (in tegenstelling tot Bergsala AB) nooit deelnam aan een vergadering die tot doel had de parallelhandel te beperken en het nooit een rechtstreekse maatregel heeft genomen om toezicht uit te oefenen op de parallelhandel, de prijs van de producten vast te stellen of parallelexport uit of naar Italië te verhinderen.
- (426) De argumenten van Linea GIG SpA moeten om de volgende redenen worden verworpen:
- het argument van Linea GIG SpA met betrekking tot zijn onvermogen tot autonome besluitvorming wordt weerlegd door zijn eigen verklaring dat het probeerde Italië vrij van parallelimport te houden (overwegingen 217-221);
 - het loutere feit dat Bergsala AB nooit deelnam aan een vergadering die tot doel had de parallelhandel te beperken op zichzelf niet relevant is voor de conclusie dat het gedrag van Linea GIG SpA met betrekking tot de inbreuk passief was. Er zijn intendeel bewijzen dat Linea GIG SpA actief heeft deelgenomen aan de inbreuk (overwegingen 217-221).
- (427) Itochu Corporation⁽⁵²¹⁾ wijst op de verticale aard van de inbreuk en de daaruit voortvloeiende ongelijke positie van de verschillende partijen, alsmede de leidinggevende rol van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Als bewijs van zijn relatief passieve rol in de inbreuk voert Itochu Corporation aan dat: i) zijn overeenkomst met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ter beperking van de parallelhandel het bedrijf werd opgelegd zonder dat het de mogelijkheid had te weigeren (gelet op het feit dat andere onafhankelijke distributeurs dezelfde distributieovereenkomsten hadden); ii) zijn mededelingen over parallelhandel „minder emotioneel” van toon en minder frequent waren dan die van de andere distributeurs, en met name die van Nortec AE; iii) de voortdurende aanwezigheid van parallel ingevoerde goederen in Griekenland.
- (428) Itochu Corporation stelt voorts dat het zich ten aanzien van de inbreuk altijd terughoudender heeft opgesteld⁽⁵²²⁾ dan andere onafhankelijke distributeurs. Ter ondersteuning van deze bewering wijst het erop dat het minder goed presteerde als distributeur van de producten, dat de wettigheid van de beperking van de parallelhandel en zijn marketingbeleid het voorwerp waren van een intern conflict bij Itochu Corporation en dat het zelf betrokken was bij parallelexport en -import. Het voert bovendien aan dat het niet de bedoeling had de parallelhandel te beperken, maar een betere aankoopprijs te verkrijgen bij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, dat zijn winst maximaliseerde door zijn prijzen in een aantal gebieden kunstmatig te verhogen ten koste van de onafhankelijke distributeurs.

⁽⁵¹⁸⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, punt 9.4.

⁽⁵¹⁹⁾ Antwoord van Bergsala op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.1.1.

⁽⁵²⁰⁾ Antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 3.

⁽⁵²¹⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punten 36-38 en 42.

⁽⁵²²⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 37.

(429) De argumenten die Itochu Corporation aanvoert ter ondersteuning van zijn standpunt dat het slechts een passieve rol in de inbreuk heeft gespeeld, moeten om de volgende redenen worden verworpen:

— de verticale aard van de inbreuk is een algemeen kenmerk van de inbreuk dat niet ter zake doet bij de beoordeling van het daadwerkelijke gedrag van Itochu Corporation in verband met de inbreuk. Het algemene gedrag van Itochu Corporation als distributeur van de producten en het bestaan van een intern conflict binnen de onderneming staan los van zijn concrete gedrag in het kader van de inbreuk;

— de frequentie van de mededelingen van Itochu Corporation over parallelhandel en de al dan niet „emotionele” toon daarvan houden geen verband met het feit dat Itochu Corporation spontaan informatie over binnenkomende parallelhandel in zijn gebied heeft meegedeeld, hoewel het wist dat die zou dienen om de parallelhandel uit andere gebieden te beperken (overweging 206). De omstandigheid dat parallelimport in Griekenland een terugkerend probleem was, bewijst alleen dat Itochu met zijn onwettige gedrag niet het beoogde doel heeft bereikt en niet dat Itochu niet heeft deelgenomen aan de inbreuk;

— uit de door Itochu Corporation aangehaalde documenten⁽⁵²³⁾ blijkt dat NOE stappen heeft ondernomen om te verhinderen dat Itochu producten van John Menzies plc kocht. De brief d.d. 1 april 1996 wijst er echter op dat NOE Itochu Corporation ervan overtuigde geen producten van John Menzies plc te kopen door gewoon aan te voeren dat het anders moeite zou hebben om John Menzies plc te overreden de parallelexport uit het Verenigd Koninkrijk te blijven beperken. Door geen producten van John Menzies plc te kopen steunde Itochu Corporation dus de inspanningen van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH om John Menzies plc te verplichten de inbreuk voort te zetten;

— het feit dat Itochu Corporation (en CD-Contact Data GmbH) zelf exporteerde is geen bewijs van zijn zuiver passieve deelname. Het feit dat een onderneming waarvan is bewezen dat zij heeft deelgenomen aan een inbreuk met de bedoeling parallelhandel te beperken, zich op de markt niet op de overeengekomen manier gedraagt, is niet noodzakelijk een gegeven dat als een verzachtende omstandigheid in aanmerking moet worden genomen bij de vaststelling van het bedrag van de op te leggen geldboete. Een onderneming die, in weerwil van haar aansluiting bij een gezamenlijke inbreuk, een min of meer zelfstandig marktbeleid voert, kan gewoonweg proberen zich de inbreuk ten nutte te maken⁽⁵²⁴⁾;

— de omstandigheid dat Itochu Corporation dezelfde formele distributieovereenkomst had als andere onafhankelijke distributeurs, kan ten slotte niet worden beschouwd als een bewijs van zijn passieve houding of van een andere positie dan die van andere onafhankelijke distributeurs, aangezien het feit dat een overeenkomst bepalingen omvat die een beperking van de parallelhandel tot doel hebben, op zichzelf geen aanwijzingen bevat voor het daadwerkelijke gedrag dat later ter verwezenlijking van dat doel wordt vertoond.

(430) CD-Contact Data GmbH wijst erop dat het de producten leverde aan in het buitenland en in zijn gebied gevestigde ondernemingen, terwijl het wist dat die producten zouden worden uitgevoerd. Het verwijst tevens naar andere beschikkingen van de Commissie⁽⁵²⁵⁾ waarin ondernemingen die economisch afhankelijk waren van hun leveranciers maar niet actief aan de inbreuk deelnamen, geen geldboete was opgelegd.

(431) Zoals aangegeven in overweging 434, is uitvoer op zichzelf niet voldoende als bewijs van een passieve rol. Een onderneming die, in weerwil van haar aansluiting bij een gezamenlijke inbreuk, een min of meer zelfstandig marktbeleid voert, kan gewoonweg proberen zich de inbreuk ten nutte te maken. Aangezien CD-Contact Data GmbH aan NOE spontaan informatie over parallelimport in zijn gebied heeft verstrekt (overweging 197), moet zijn deelname als actief worden beschouwd.

(432) John Menzies plc verhinderde parallelhandel uit het Verenigd Koninkrijk als onderdeel van een stelselmatig commercieel beleid dat pro-actief werd toegepast zonder dat daar voortdurende controle en herinneringen van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH of andere onafhankelijke distributeurs voor nodig waren (overweging 133). Dat er bij John Menzies plc geen sprake was van zuiver passief gedrag, wordt bewezen door het feit dat het op eigen initiatief zijn controle versterkte door een merksysteem in te voeren om parallelhandelaren op het spoor te komen (overweging 149) en dat het bijkomende informatie aan andere deelnemers vroeg om zijn inspanningen ter vermindering van parallelexport uit het Verenigd Koninkrijk te vergemakkelijken (overwegingen 144, 145, 146, 147).

(433) De Commissie komt derhalve tot de slotsom dat er geen rechtvaardiging is om de geldboeten, met uitzondering van die van Concentra — Produtos para crianças SA, te verlagen omdat de ondernemingen een passieve rol zouden hebben gespeeld.

⁽⁵²³⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 31.

⁽⁵²⁴⁾ Zaak T-308/94, Cascades SA/Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-925, punt 230.

⁽⁵²⁵⁾ Met name Beschikking 87/406/EEG van de Commissie in de zaken IV/31.192 en IV/31.507, Tipp-ex (PB L 222 van 10.8.1987, blz. 1), Beschikking 94/987/EG van de Commissie in de zaken IV/32.284 — 34.590, Tretorn e.a. (met speciale verwijzing naar de zaak-Tenimport) (PB L 378 van 31.12.1994, blz. 45) en Beschikking 98/273/EG van de Commissie in zaak IV/35.733, Volkswagen (PB L 124 van 25.4.1998, blz. 60).

Niet-uitvoering in de praktijk van de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels

- (434) Concentra — Produtos para crianças SA, Linea GIG SpA, Itochu Corporation en CD-Contact Data GmbH beweren dat zij de inbreukmakende gedragsregels niet toepasten. Linea GIG SpA⁽⁵²⁶⁾ en Bergsala AB⁽⁵²⁷⁾ voeren voorts aan dat er in de mededeling van punten van bezwaar geen sprake is van rechtstreekse maatregelen tegen derden met het oog op de verhindering van wettige parallelhandel als gevolg van hun eigen deelname aan de inbreuk.
- (435) Er bestaat ruim voldoende bewijsmateriaal dat de parallelhandel werd beperkt door partijen bij dezelfde inbreuk waaraan de bovengenoemde ondernemingen deelnamen. Deze partijen kunnen derhalve niet beweren dat de inbreuk waaraan zij deelnamen niet daadwerkelijk werd uitgevoerd. Het feit dat geen maatregelen tegen derden ter verhindering van parallelhandel werden genomen als een rechtstreeks resultaat van het gedrag van een bepaalde partij, verandert niets aan deze conclusie.
- (436) Linea GIG SpA⁽⁵²⁸⁾ en Itochu Corporation⁽⁵²⁹⁾ voeren bovendien aan dat er in hun gebieden parallelimport bleef plaatsvinden. Het loutere feit dat de partijen er niet volledig in slaagden het doel van de inbreuk te bereiken, vormt echter geen bewijs van de niet-uitvoering van de overeenkomst.
- (437) De conclusie is derhalve dat het niet gerechtvaardigd is wegens deze verzachtende omstandigheid een vermindering van de geldboeten te verlenen.

Beëindiging van de inbreuk bij de eerste stappen van de Commissie

- (438) De Commissie had John Menzies plc vóór het op 1 december 1997 tot bekentenissen overging, in haar verzoek om inlichtingen d.d. 7 maart 1997 reeds vragen gesteld omtrent zijn distributiepraktijken en mogelijke verhindering van parallelhandel (overwegingen 96-98) en, zoals aangegeven in overweging 412 e.v., maakte John Menzies plc bij deze stappen van de Commissie geen einde aan de inbreuk. Er is dus geen geldige reden om de geldboete van John Menzies plc te verlagen wegens beëindiging van de inbreuk bij de eerste stappen van de Commissie.
- (439) Linea GIG SpA heeft aangevoerd dat er in de loop van de administratieve procedure van de Commissie een einde werd gemaakt aan de inbreuk en dat dit als verzachtende omstandigheid in aanmerking moet worden genomen. Linea GIG SpA was van oordeel dat

dit element des te meer speelde omdat zij alle onrechtmatige activiteiten had stopgezet, vooraleer de Commissie enige maatregel ten aanzien van Linea GIG SpA had genomen⁽⁵³⁰⁾. Om aanspraak te kunnen maken op het voordeel van deze verzachtende omstandigheid moet de onderneming echter aantonen dat haar vrijwillige actie om een einde te maken aan de inbreuk rechtstreeks verband houdt met de door de Commissie gedane stappen. Aangezien Linea GIG SpA dit niet kon bewijzen, zijn er geen gronden om zijn geldboete wegens deze omstandigheid te verlagen.

Schadeloosstelling van derden door Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH

- (440) Na zijn besluit tot het verlenen van medewerking deed Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, op aansporing van de Commissie, voorstellen voor aanzienlijke financiële vergoedingen aan derden waarvan in de mededeling van punten van bezwaar van Commissie was gezegd dat zij door de activiteiten van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH financiële schade hadden geleden. Er werden voorstellen gedaan aan [...]*, [...]*, [...]*, [...]*, [...]* [...]*, [...]*, [...]*, [...]* en [...]*⁽⁵³¹⁾ (overwegingen 123, 131, 132, 136-138, 147-150, 157, 165, 209), die door al deze ondernemingen, met uitzondering van [...]* en [...]*, werden aanvaard⁽⁵³²⁾.
- (441) Rekening houdend met deze factor, dient Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH een vermindering van zijn geldboete met 300 000 EUR te worden toegekend.

Handelen onder pressie

- (442) John Menzies plc⁽⁵³³⁾ heeft aangevoerd dat de Commissie als een verzachtende omstandigheid in aanmerking moet nemen dat John Menzies plc instemde met de inbreuk, omdat een weigering nadelige gevolgen voor John Menzies plc zou hebben meegebracht.
- (443) Al heeft Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH echt pressie moeten uitoefenen om ervoor te zorgen dat het gedrag van John Menzies plc niet tegen de inbreuk inging (overwegingen 119-126) en ook al zou niet-instemming met het beleid van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ter beperking van de parallelhandel waarschijnlijk inderdaad een zware klap hebben toegebracht aan John Menzies plc (overweging 120), had John Menzies plc zich in plaats van de inbreuk te begaan tot de Commissie moeten wenden met een klacht over het gedrag van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Om deze redenen kan de geldboete niet worden verminderd.

⁽⁵²⁶⁾ Antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.2.

⁽⁵²⁷⁾ Antwoord van Bergsala op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.1.4.

⁽⁵²⁸⁾ Antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 4.2.

⁽⁵²⁹⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 43.

⁽⁵³⁰⁾ Antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 5.

⁽⁵³¹⁾ Antwoord van Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, bijlage B.

⁽⁵³²⁾ Verklaring van Nintendo van 21 december 2001.

⁽⁵³³⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, punt 9.4.

(444) De bewering van Linea GIG SpA en Itochu Corporation dat zij geen keus hadden en de formele distributieovereenkomst van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ter beperking van de parallelexport wel moesten aanvaarden, is geen reden om hun geldboeten te verlagen. Het feit dat er niet te onderhandelen viel over de voorwaarden, neemt niet weg dat zij vrijelijk besloten ze te aanvaarden en dat zij de inbreuk niet pleegden. Er kan derhalve geen vermindering van de geldboete worden verleend.

(445) Nortec AE stelt dat het, als het wilde overleven, geen andere keus had dan artikel 81, lid 1, te schenden. Het beweert dat de producten die uit het Verenigd Koninkrijk via parallelimport in Griekenland binnenkwamen een ernstige bedreiging voor het bedrijf vormden, omdat er zo'n groot verschil was tussen de hoge aankooprijzen die Nortec AE aan Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH moest betalen en de prijs die parallelimporteurs in het Verenigd Koninkrijk konden krijgen.

(446) Volgens Nortec AE werd zijn situatie nog neteliger door het gedrag van [...]*, de alleenverkoper van Sony Playstation en compatibele spelletjes in Griekenland en de belangrijkste Griekse parallelhandelaar in Nintendo-producten. Aangezien de overeenkomst van Nortec AE met Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH het de onderneming verbood concurrerende producten te distribueren, terwijl [...]* dat kennelijk wel kon, was Nortec AE in het nadeel. Als bewijs van het vermeende onwettige gedrag van [...]* verstrekte Nortec AE kopieën van twee uitspraken van de rechtbank van eerste aanleg van Athene tegen [...]* en in het voordeel van Nortec AE.

(447) Nortec AE had bij Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH kunnen aandringen op hetzij een prijsverlaging voor de producten, hetzij een versoepeling van de voorwaarden van zijn distributieovereenkomst. Aangezien het in plaats daarvan heeft besloten deel te nemen aan de inbreuk, kan Nortec AE op deze grond geen vermindering van de boete worden verleend.

Behaalde financiële voordeel

(448) Itochu Corporation⁽⁵³⁴⁾, John Menzies plc⁽⁵³⁵⁾ en CD-Contact Data GmbH⁽⁵³⁶⁾ hebben aangevoerd dat hun financiële voordeel bij de inbreuk niet evenveel bedroeg als dat van andere deelnemers of dat zij zelfs helemaal geen financieel voordeel hebben behaald. In beginsel vormt het niet behalen van een financieel voordeel of het ondervinden van enig economische nadeel ingevolgd deelname aan een inbreuk geen verzachtende omstandigheid. Ondanks de bewering van CD-Contact Data GmbH, staat er niets in Beschikking 94/985/EG van de

Commissie in de zaak-Far Eastern Freight Conference⁽⁵³⁷⁾ dat in tegenspraak met deze conclusie is.

(449) Er zijn dus geen redenen om de geldboeten op deze gronden te verminderen.

„Nalevingsprogramma” van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en John Menzies plc

(450) Na hun beslissing om samen te werken voerden Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en John Menzies plc programma's in om ervoor te zorgen dat de wetgeving werd nageleefd.

(451) Hoewel de Commissie uiteraard alle maatregelen toejucht die ondernemingen nemen om de kennis van de mededingingsregels bij hun personeel te bevorderen, ontslaan deze initiatieven de Commissie niet van haar plicht hun zeer zware inbreuk op de mededingingsregels te bestraffen.

Niet-toepassing van de clementiemededeling

(452) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁵³⁸⁾, John Menzies plc⁽⁵³⁹⁾ Linea GIG SpA⁽⁵⁴⁰⁾, Bergsala AB⁽⁵⁴¹⁾ en CD-Contact Data GmbH⁽⁵⁴²⁾ verzochten om toepassing van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (de zogenaamde „clementieregeling”)⁽⁵⁴³⁾.

(453) De toepassing van de clementieregeling is overeenkomstig het eerste punt van die mededeling beperkt tot „geheime kartels” tussen ondernemingen „die erop gericht zijn de prijzen af te spreken, productie- of verkoopquota vast te stellen, markten te verdelen [...], of de invoer of uitvoer te beperken”. De toepassing is beperkt tot een subcategorie van overeenkomsten die onder artikel 81, lid 1, van het Verdrag vallen, met name geheime en horizontale overeenkomsten (zoals „kartels”). Aangezien de onderhavige inbreuk echter van verticale aard is, kunnen de partijen niet van de toepassing van de clementiemededeling profiteren.

Daadwerkelijke medewerking door de ondernemingen in het kader van de procedure buiten de werkingssfeer van de clementiemededeling

(454) Daadwerkelijke medewerking van ondernemingen in het kader van de procedure van de Commissie kan in aanmerking worden genomen als een verzachtende omstandigheid buiten de werkingssfeer van de clementiemededeling. Enkele bij deze inbreuk betrokken bedrijven hebben in dit opzicht daadwerkelijk medewerking verleend aan de Commissie.

⁽⁵³⁷⁾ PB L 378 van 31.12.1994, blz. 17.

⁽⁵³⁸⁾ Antwoord van Nintendo op mededeling van punten van bezwaar, punten 6.9-6.14.

⁽⁵³⁹⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, punt 10.

⁽⁵⁴⁰⁾ Antwoord van Linea op mededeling van punten van bezwaar, punt 2.

⁽⁵⁴¹⁾ Antwoord van Bergsala op mededeling van punten van bezwaar, punt 3.

⁽⁵⁴²⁾ Antwoord van Contact op mededeling van punten van bezwaar, punt 37.

⁽⁵⁴³⁾ PB C 207 van 18.7.1996, blz. 4.

⁽⁵³⁴⁾ Antwoord van Itochu op mededeling van punten van bezwaar, punt 40.

⁽⁵³⁵⁾ Antwoord van John Menzies op mededeling van punten van bezwaar, punt 5.

⁽⁵³⁶⁾ Antwoord van Contact op mededeling van punten van bezwaar, punt 37.

John Menzies plc

- (455) John Menzies plc legde zijn verklaring van 13 januari 1998 spontaan af.
- (456) De verklaring van John Menzies plc van 13 januari 1998 omvatte de hierboven in de overwegingen 127-131 vermelde brieven d.d. 4 april 1996 van NOE aan John Menzies plc en het antwoord van John Menzies plc aan NOE d.d. 11 april 1996, die een aanzienlijke bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van de uitgebreide samenwerking tussen John Menzies plc en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH om de controle op de parallellexport uit het gebied van John Menzies plc aan te scherpen. In dezelfde verklaring werd ook nadere informatie verstrekt over het feit dat John Menzies plc meermaals was aangesproken over passieve exportverkoop. De Commissie is van mening dat de verklaring van 13 januari verder ging dan de verplichting van John Menzies plc om te antwoorden op eerdere formele verzoeken om inlichtingen en dat de verklaring derhalve kan worden beschouwd als daadwerkelijke medewerking in het kader van de procedure van de Commissie.
- (457) Gelet op het bovenstaande is een vermindering van het basisbedrag van de geldboete voor John Menzies plc met 40 % gerechtvaardigd wegens daadwerkelijke medewerking.

Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH

- (458) Na de bekentenis van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH van 23 december 1997 (overweging 94) verstrekte de onderneming de Commissie spontaan — na John Menzies plc — talrijke documenten in verklaringen die op 21 januari, 1 april en 15 mei 1998 binnenkwamen ⁽⁵⁴⁴⁾.
- (459) Deze documenten hebben bijgedragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk, doordat zij de Commissie meer inzicht hebben gegeven in de feiten waarvan zij kennis had gekregen door haar eigen verificaties en de door John Menzies plc verstrekte documenten. Deze documenten hielpen ook de deelname van verschillende partijen en de geografische omvang van de inbreuk vast te stellen, zodat zij als daadwerkelijke medewerking in het kader van de procedure van de Commissie kunnen worden beschouwd. Volgens de Commissie gingen deze verklaringen verder dan wat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH verplicht was te antwoorden op formele verzoeken om inlichtingen. Zij kunnen dan ook worden beschouwd als daadwerkelijke medewerking in het kader van de procedure van de Commissie.
- (460) Gelet op het bovenstaande rechtvaardigt de daadwerkelijke medewerking van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH dan ook een vermindering met 25 % van het basisbedrag van zijn geldboete.

- (461) Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft de Commissie verzocht dat deze haar beoordelingsbevoegdheid zodanig zou gebruiken dat het voordeel dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH eventueel voor zijn vrijwillige medewerking zou verkrijgen, ook ten goede zou komen aan zijn onafhankelijke distributeurs. De reden hiervoor is dat het als aanbieder en leider uit zijn benadering van de Commissie geen voordeel wenst te halen ten koste van zijn distributeurs.
- (462) Een vermindering van de geldboete wegens medewerking tijdens de administratieve procedure is enkel gerechtvaardigd indien het gedrag van de onderneming in kwestie de Commissie in staat heeft gesteld het bestaan van een inbreuk gemakkelijker vast te stellen en er eventueel een einde aan te maken ⁽⁵⁴⁵⁾. De Commissie kan bijgevolg niet ingaan op het verzoek van Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Maar niets belet Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH uiteraard zijn onafhankelijke distributeurs na deze beschikking zelf te vergoeden, indien het dat wenst.
- (463) Behalve John Menzies plc en Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH heeft geen enkele partij extra bewijsmateriaal aangebracht.
- (464) Samenvattend dienen de basisbedragen voor ieder van de bedrijven als volgt te worden verlaagd:
- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 25 %, vermeerderd met 300 000 EUR;
 - John Menzies plc: 40 %;
 - Concentra — Produtos para crianças SA: 50 %;
 - Linea GIG SpA: 0 %;
 - Nortec AE: 0 %;
 - Bergsala AB: 0 %;
 - Itochu Corporation: 0 %, en
 - CD-Contact Data GmbH: 0 %.

2.4.2.5. Vermogen om te betalen

- (465) Itochu Corporation heeft aangevoerd dat de Commissie rekening moet houden met het feit dat Itochu Hellas EPE in de periode dat het distributeur van de producten was, met uitzondering van de jaren 1995-1996, verliezen heeft geleden.
- (466) Bij de vaststelling van geldboeten rekening houden met de slechte financiële situatie van een onderneming zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de markt ⁽⁵⁴⁶⁾. Itochu Corporation heeft hoe dan ook niet bewezen dat deze verliezen van Itochu Hellas EPE zijn financiële situatie hebben verzwakt.

⁽⁵⁴⁵⁾ Zie arrest in zaak C-297/98, SCA Holding/Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-10.101, punt 36.

⁽⁵⁴⁶⁾ Arrest in gevoegde zaken 96-102, 104, 108 en 110/82, NV IAZ International België e.a./Commissie Navewa, Jurispr. 1983, blz. 3369, punten 54-55.

⁽⁵⁴⁴⁾ Blz. 988, 1236 en 1668.

(467) Linea GIG SpA voert aan dat het bedrijf op 8 januari 1999 in liquidatie ging en om bescherming tegen zijn schuldeisers verzocht⁽⁵⁴⁷⁾, waarbij het aanbod alle activa van het bedrijf aan zijn schuldeisers af te staan. Het verzoek werd ingewilligd, hetgeen op 17 november 1999 door de nationale rechtbank in Florence werd bekrachtigd. Bij de vaststelling van geldboeten rekening houden met de slechte financiële situatie van een onderneming, zou echter neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de markt.

(468) Bergsala AB leidt uit Beschikking 85/206/EEG van de Commissie⁽⁵⁴⁸⁾ af dat de Commissie in speciale omstandigheden tevens kan besluiten geen geldboeten op te leggen. Bergsala AB stelt dat zijn financiële situatie ten tijde van zijn antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie als een dergelijke speciale omstandigheid kan worden beschouwd waarin de oplegging van geen geldboete of slechts een symbolische geldboete gerechtvaardigd is.

(469) Volgens de Commissie kunnen slechts bij uitzondering geldboeten worden bijgesteld om rekening te houden met het reële onvermogen om in een bepaalde sociale context te kunnen betalen.

(470) [...] ⁽⁵⁴⁹⁾ ⁽⁵⁵⁰⁾

(471) Bergsala AB bleef evenwel beweren dat zijn financiële positie van die aard was dat een aanzienlijke geldboete het voortbestaan van het bedrijf in gevaar kon brengen⁽⁵⁵¹⁾.

(472) Om dit argument te onderzoeken, vroeg de Commissie in september 2002 nadere inlichtingen over de financiële positie van het bedrijf. Na het antwoord van het bedrijf te hebben onderzocht, is de Commissie tot de slotsom gekomen dat het in dit geval niet gerechtvaardigd is de geldboete bij te stellen.

(473) Bergsala AB heeft derhalve zelfs geen bewijs verstrekt van zijn onvermogen te betalen, laat staan binnen een speciale sociale context.

(474) Op deze basis kan een vermindering van de aan Bergsala AB, Itochu Corporation en Linea GIG SpA op te leggen geldboete derhalve niet worden gerechtvaardigd.

2.4.2.6. Het bedrag van de in deze procedure opgelegde geldboeten

(475) Gelet op het voorgaande zijn de definitieve bedragen van de geldboeten per onderneming als volgt vastgesteld:

— Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 149,128 miljoen EUR;

⁽⁵⁴⁷⁾ Op grond van de artikelen 160 e.v. van koninklijk besluit nr. 267 van 16 maart 1942.

⁽⁵⁴⁸⁾ IV/26.870, aluminiumvoer uit Oost-Europa (PB L 92 van 30.3.1985, blz. 1).

⁽⁵⁴⁹⁾ Antwoord van Bergsala op de mededeling van punten van bezwaar, punten 2.6, 2.7 en deel 4.2, verder bevestigd door de verklaring van Bergsala van 17 november 2000.

⁽⁵⁵⁰⁾ Verklaring van Bergsala van 10 mei 2001.

⁽⁵⁵¹⁾ Verklaring van Bergsala van 10 mei 2001.

— John Menzies plc: 8,64 miljoen EUR;

— Concentra — Produtos para crianças SA: 825 000 EUR;

— Linea GIG SpA: 1,5 miljoen EUR;

— Nortec AE: 1 miljoen EUR;

— Bergsala AB: 1,25 miljoen EUR;

— Itochu Corporation: 4,5 miljoen EUR, en

— CD-Contact Data GmbH: 1 miljoen EUR,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De volgende ondernemingen hebben, op de markt van spelconsoles en -cassettes welke compatibel zijn met door Nintendo geproduceerde spelconsoles, inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, van het Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst door, gedurende de aangegeven periodes, deel te nemen aan een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekten of als gevolg hadden dat de parallellexport van Nintendo-spelconsoles en -cassettes werd beperkt:

— Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH van januari 1991 tot eind december 1997;

— John Menzies plc van 4 augustus 1995 tot eind december 1997;

— Concentra — Produtos para crianças SA van 14 mei 1991 tot eind december 1997;

— Linea GIG SpA van 1 oktober 1992 tot eind december 1997;

— Nortec AE van 23 oktober 1997 tot eind december 1997;

— Bergsala AB van 15 mei 1995 tot eind december 1997;

— Itochu Corporation van 16 december 1991 tot 28 februari 1997, en

— CD-Contact Data GmbH van 28 oktober 1997 tot eind december 1997.

Artikel 2

1. De in artikel 1 genoemde ondernemingen maken onmiddellijk een einde aan de bedoelde inbreuk, voorzover zij zulks nog niet hebben gedaan.

Zij onthouden zich van iedere overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in verband met hun activiteiten op de markten voor spelconsoles en -cassettes die compatibel zijn met door Nintendo geproduceerde spelconsoles, welke hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg als de inbreuk kunnen hebben.

2. Concentra — Produtos para crianças SA en Nortec AE moeten binnen drie maanden, te rekenen vanaf de datum van kennisgeving van deze beschikking, al hun klanten schriftelijk op de hoogte brengen van de rechten die deze klanten hebben op parallellexport en -import van Nintendo-producten, alsmede op het kopen en wederverkopen van via parallelhandel te verkrijgen Nintendo-producten.

Artikel 3

Wegens de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden aan de in hetzelfde artikel genoemde ondernemingen de volgende geldboeten opgelegd:

- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, hoofdelijk aansprakelijk, een geldboete van 149,128 miljoen EUR;
- John Menzies plc, een geldboete van 8,64 miljoen EUR;
- Concentra — Produtos para crianças SA, een geldboete van 825 000 EUR;
- Linea GIG SpA, een geldboete van 1,5 miljoen EUR;
- Nortec AE, een geldboete van 1 miljoen EUR;
- Bergsala AB, een geldboete van 1,25 miljoen EUR;
- Itochu Corporation, een geldboete van 4,5 miljoen EUR, en
- CD-Contact Data GmbH, een geldboete van 1 miljoen EUR.

Artikel 4

De geldboeten moeten binnen drie maanden, te rekenen vanaf de datum van kennisgeving van deze beschikking, worden betaald door storting op rekening nr. 642-0029000-95 (SWIFT-code: BBVABEBB; IBAN-code: BE76 6420 0290 0095) van de Europese Commissie bij Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), Kunstlaan 43, B-1040 Brussel.

Na het verstrijken van deze termijn is van rechtswege rente verschuldigd tegen de rentevoet die op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking wordt gegeven door de Europese Centrale Bank op haar belangrijkste herfinancierings-transacties wordt toegepast, vermeerderd met 3,5 procentpunt, of 6,78 %.

Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot:

- Nintendo Corporation Ltd
60, Kamitakamatsu-cho
Higashiyama-Ku
Kyoto 605, Japan
- Nintendo of Europe GmbH
Nintendo Center
D-63760 Großostheim
- John Menzies plc
108 Princes Street
Edinburgh EH2 3AA,
United Kingdom
- Concentra — Produtos para crianças SA
Rua Prof. Henrique Barros 9
P-2685 Prior Velho
- Linea GIG SpA
Via Volturmo, 3/12
I-50019 Osmannoro
Sesto Fiorentino, Firenze
- Nortec AE
8, Alexandroupoleos str.
G-44 51 Metamorfoosi, Athene
- Bergsala AB
Marios Gata 21
S-434 37 Kungsbacka
- Itochu Corporation
5-1, Kita-Aoyama, 2-chome
Minato-ku
Tokyo 107-8077, Japan
- CD-Contact Data GmbH
Brunnfeld 2-6
D-93133 Burglengenfeld.

Deze beschikking vormt executoriale titel overeenkomstig artikel 256 van het Verdrag.

Gedaan te Brussel, 30 oktober 2002.

Voor de Commissie

Mario MONTI

Lid van de Commissie