

Edição
em língua portuguesa

Legislação

Índice

I Actos cuja publicação é uma condição da sua aplicabilidade

.....

II Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade

Comissão

2003/674/CE:

- ★ **Decisão da Comissão, de 2 de Julho de 2002, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo C.37.519 — Metionina) ⁽¹⁾ [notificada com o número C(2002) 2276]** 1

2003/675/CE:

- ★ **Decisão da Comissão, de 30 de Outubro de 2002, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution e COMP/36.321 Omega — Nintendo) ⁽¹⁾ [notificada com o número C(2002) 4072]** 33

⁽¹⁾ Texto relevante para efeitos do EEE.

Preço: 22,00 EUR

PT

Os actos cujos títulos são impressos em tipo fino são actos de gestão corrente adoptados no âmbito de política agrícola e que têm, em geral, um período de validade limitado.

Os actos cujos títulos são impressos em tipo negro e precedidos de um asterisco são todos os restantes.

II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 2 de Julho de 2002

relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE

(Processo C.37.519 — Metionina)

[notificada com o número C(2002) 2276]

(Apenas fazem fé os textos nas línguas inglesa e alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2003/674/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

PARTE I — OS FACTOS

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

A. RESUMO DA INFRACÇÃO

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,

- (1) As seguintes empresas são destinatárias da presente decisão:

— Aventis SA,
— Aventis Animal Nutrition SA,
— Nippon Soda Company Ltd,
— Degussa AG.

Tendo em conta o Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado ⁽¹⁾, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 ⁽²⁾, e, nomeadamente, os seus artigos 3.º e 15.º,

- (2) A infracção consiste na participação dos produtores de metionina supramencionados num acordo e/ou prática concertada contínuos, contrários ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao artigo 53.º do Acordo EEE, que abrangeram a totalidade do território do EEE, através do qual acordaram objectivos em matéria de preços para o produto, acordaram e aplicaram um mecanismo de execução de aumentos dos preços, trocaram informações sobre volumes de vendas e quotas de mercado e controlaram e aplicaram os seus acordos.

Tendo em conta as decisões da Comissão, de 1 de Outubro de 2001 e de 17 de Dezembro de 2001, de dar início a um processo no presente caso,

- (3) As empresas participaram na infracção desde Fevereiro de 1986 até Fevereiro de 1999.

Tendo sido dada às empresas em causa a oportunidade de apresentarem as suas observações sobre as objecções colocadas pela Comissão nos termos do n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 e do Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos nos termos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE ⁽³⁾,

B. A INDÚSTRIA DA METIONINA

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de práticas restritivas e posições dominantes,

1. O PRODUTO

Tendo em conta o relatório do auditor no presente processo ⁽⁴⁾,

- (4) A metionina é um dos mais importantes aminoácidos. Os aminoácidos são moléculas orgânicas que formam proteínas, uma das componentes de base dos alimentos para consumo humano e animal. Existem mais de 20 aminoácidos que participam na formação das

Considerando o seguinte:

proteínas. Os aminoácidos que não podem ser produzidos naturalmente pelo corpo têm de ser adicionados aos alimentos para animais; são conhecidos por «aminoácidos essenciais»; a metionina, um aminoácido fonte de enxofre, constitui um dos tipos. Se o regime alimentar não contiver todos os aminoácidos essenciais, cessa a síntese das proteínas pelo organismo vivo. O primeiro aminoácido cuja ausência interrompe a síntese das proteínas dos restantes aminoácidos é designado por «primeiro aminoácido limitante». A metionina é o primeiro aminoácido limitante para as aves de capoeira. Quando o teor natural de metionina dos alimentos para as aves de capoeira é baixo, tem de ser aumentado com suplementos.

- (5) É adicionada metionina aos alimentos compostos para animais e às pré-misturas para todas as espécies animais. A metionina é principalmente utilizada no sector dos alimentos para aves de capoeira, mas está cada vez mais a ser adicionada nos alimentos para suínos e nos alimentos especiais para animais.
- (6) A metionina é apresentada em duas formas principais: metionina DL (MDL) e análogo de hidroximetionina (MHA).
- (7) A metionina DL é uma forma branca cristalizada, com um conteúdo activo de praticamente 100 %.
- (8) O análogo de hidroximetionina é produzido sob forma líquida pela Novus (o sucessor do produtor norte-americano Monsanto) com um conteúdo activo nominal de 88 %. A metionina líquida foi introduzida pela Monsanto na década de 80 e representa actualmente cerca de 50 % do consumo mundial de metionina.
- (9) A eficiência biológica relativa das duas formas rivais tem sido objecto de um longo debate entre os produtores. Embora ambas as formas sejam utilizadas para os mesmos fins e derivadas das mesmas matérias-primas, são produzidas de modos diferentes.

2. OS PRODUTORES

RHÔNE-POULENC (AGORA AVENTIS SA)

- (10) A Rhône-Poulenc, com sede em Courbevoie, França, era, durante todo o período relevante, uma empresa internacional que desenvolvia actividades de investigação, desenvolvimento, produção e comercialização de produtos químicos intermédios orgânicos e inorgânicos, especialidades químicas, fibras, plásticos, produtos farmacêuticos e produtos agro-químicos.
- (11) Os produtos farmacêuticos, os produtos fitossanitários e veterinários e as especialidades químicas constituíam a sua actividade principal.
- (12) Em 1998, o grupo Rhône-Poulenc totalizou 86,8 mil milhões de francos franceses (13,15 mil milhões de ecus).
- (13) Em 1 de Dezembro de 1998, a Rhône-Poulenc e a Hoechst AG anunciaram a fusão das suas actividades no domínio das ciências da vida, formando uma nova entidade, a «Aventis» (que seria propriedade, a 50 %, das duas empresas-mãe) e a separação progressiva das suas

actividades de produtos químicos durante um período de três anos. O passo seguinte foi a fusão completa das duas empresas-mãe.

- (14) Em Maio de 1999, foi anunciado um programa acelerado para o projecto de fusão, que deveria ser sujeito a aprovações regulamentares e de outros tipos.
- (15) Em 9 de Agosto de 1999, a Comissão decidiu, nos termos do n.º 1, alínea b), do artigo 6.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas⁽⁵⁾, não se opor à fusão e declará-la compatível com o mercado comum⁽⁶⁾.
- (16) Em 15 de Dezembro de 1999, foi anunciada a realização da operação de concentração. A Aventis é dirigida por um conselho de direcção composto por quatro membros e por um comité executivo que inclui os quatro membros do conselho de direcção e outros cinco altos dirigentes da empresa. O novo grupo está dividido em duas áreas de actividade: a Aventis Pharma e a Aventis Agriculture. A Aventis Agriculture inclui actividades no domínio da fitotecnia, da biotecnologia vegetal, da nutrição animal e dos produtos veterinários. O director executivo da Aventis Agriculture, anteriormente presidente do sector fitossanitário e veterinário da Rhône-Poulenc, é também membro do comité executivo da Aventis. A Aventis tem sede em Estrasburgo.
- (17) Em 2000 as vendas, em termos provisórios, do grupo da nova entidade elevaram-se a 22,30 mil milhões de euros.
- (18) A empresa do grupo Rhône-Poulenc responsável pela metionina durante o período relevante era a Rhône-Poulenc Animal Nutrition («RPAN»). A RPAN era uma filial a 100 % da Rhône-Poulenc, que produzia e comercializava aditivos nutricionais, incluindo vitaminas e aminoácidos, para utilização em alimentos para animais (aves de capoeira, suínos e ruminantes). É agora conhecida por Aventis Animal Nutrition SA («AAN»). A RPAN estava directamente ligada à divisão fitossanitária e veterinária da Rhône-Poulenc SA e dependia dela (a 100 %). Tanto a Aventis SA como a AAN são destinatárias da presente decisão.
- (19) A AAN/RPAN tem a sua sede internacional em Antony, perto de Paris. Tem igualmente sedes regionais de vendas para a África (com sede em França), América do Norte, América do Sul e região da Ásia e do Pacífico.
- (20) Em termos funcionais, a RPAN fazia parte do sector fitossanitário e veterinário da Rhône-Poulenc.
- (21) Os principais aditivos para alimentos para animais da AAN/RPAN são as vitaminas A e E (utilizadas nos alimentos para aves de capoeira e para suínos) e a metionina.
- (22) A Rhône-Poulenc produz tanto metionina DL como MHA, embora a maior parte da sua produção seja em forma de pó. Produz metionina DL seca em duas fábricas em França e numa terceira no Brasil; as suas instalações em Espanha e nos Estados Unidos produzem a forma líquida.

(23) Em 1998, as vendas mundiais de aditivos nutricionais para alimentos para animais da Rhône-Poulenc elevaram-se a cerca de []* milhões de ecus, o que lhe proporcionou uma quota de []* do mercado global. Na Comunidade, registou vendas de cerca de []* milhões de ecus, que corresponderam a uma quota de mercado de []*.

(24) Em 1998, a Rhône-Poulenc anunciou que as suas vendas mundiais de metionina se elevavam a cerca de []* milhões de ecus, contra 311 milhões de ecus registados no ano anterior.

DEGUSSA AG

(25) A Degussa AG de Düsseldorf foi criada em 2000, quando a SKW Trostberg e a Degussa-Hüls se fundiram na sequência da fusão entre as respectivas empresas-mãe, VIAG e VEBA, formando a E.ON. A própria Degussa-Hüls foi criada em 1998, através da fusão de duas grandes empresas alemãs do sector químico, a Degussa AG de Francoforte e a Hüls AG de Marl.

(26) Em 2000, as vendas, em termos provisórios, das duas entidades objecto da fusão elevaram-se a cerca de []* euros.

(27) O novo grupo inclui seis divisões que correspondem às actividades no sector das especialidades químicas da nova Degussa: saúde e nutrição, produtos químicos para construção, produtos de química fina e industrial, revestimentos e *filers* avançados, polímeros especiais e produtos químicos de alto desempenho.

(28) Antes da concentração, as actividades de alimentos para animais eram dirigidas pela Degussa-Hüls. Antes da fusão com a Hüls AG de Marl em 1998, as actividades de alimentos para animais eram dirigidas directamente pela Degussa AG de Francoforte.

(29) A Degussa é o único fornecedor de fonte única dos três aminoácidos essenciais mais importantes: metionina, lisina e treonina.

(30) A Degussa produz apenas metionina DL (seca).

NIPPON SODA COMPANY LIMITED

(31) A Nippon Soda de Tóquio é uma importante empresa global que desempenha actividades de produção de pesticidas, produtos químicos agrícolas, aditivos para alimentos para animais, compostos farmacêuticos e compostos de sódio e potássio.

(32) Juntamente com a Mitsui, é proprietária da Novus International, o produtor norte-americano de MHA (a Nippon Soda é []*).

(33) O volume de negócios da Nippon Soda Company durante o exercício que terminou em Março de 2000 ascendeu a []*.

(34) A Nippon Soda não produz metionina na Europa. Produz metionina em pó (MDL) no Japão; []* da sua produção são vendidos na Ásia e []* no EEE (através da Mitsui).

(35) A MDL fabricada pela Nippon Soda no Japão para venda no EEE — e, com efeito, no resto do mundo —

é em primeiro lugar vendida no Japão à Mitsui, que não é ela própria, um fabricante do produto. A Mitsui é responsável pela distribuição e comercialização na Europa e efectua os seus fornecimentos através da sua filial europeia.

OUTROS PRODUTORES

1. Sumitomo

(36) A Sumitomo Chemical Company Ltd de Osaka e Tóquio é um dos maiores produtores do sector químico do Japão, com um leque de produtos que inclui produtos químicos de base, produtos petroquímicos, produtos de química fina, produtos agro-químicos e produtos farmacêuticos.

(37) As vendas totais do grupo no exercício que terminou em Março de 2001 elevaram-se a []*.

2. Novus

(38) A Novus International Inc. (St. Louis, Missouri) era anteriormente a divisão de aditivos para alimentos para animais da Monsanto Company. Foi criada como uma nova empresa em 1991, ficando responsável pelas actividades de aditivos adquiridas junto da Monsanto pela Mitsui & Co. Ltd e pela Nippon Soda Co. Ltd []* das existências são propriedade da Mitsui & Co. (Tóquio) []* da Mitsui & Co. (Estados Unidos) Inc. (Nova Iorque) e o restante []* da Nippon Soda.

(39) A Novus produz um análogo líquido de metionina sob a marca comercial Alimet. A sua fábrica em Chocolate Bayou (Texas) passou a dispor de uma capacidade de produção de []* após a extensão das suas instalações em 1999.

(40) Em 2000, o volume de negócios total da Novus elevava-se a []*.

3. O MERCADO DA METIONINA

OFERTA

(41) A produção de metionina sintética é um processo complexo que envolve a hidrólise de proteínas comuns. As três matérias-primas principais utilizadas na produção da metionina são a acroleína, o mercaptano de metilo e o ácido cianídrico.

(42) Os produtores de metionina são principalmente grandes empresas químicas que desenvolvem actividades a nível mundial. A metionina é normalmente produzida pelos seus departamentos de aditivos de alimentos para animais.

(43) Os três principais produtores mundiais são a Rhône-Poulenc, a Degussa e a Novus.

(44) A Rhône-Poulenc detém cerca de []* do mercado mundial, a Degussa []* e a Novus dos Estados Unidos detém []*. A Nippon Soda do Japão []* e a Sumitomo []* desenvolvem também actividades a nível global.

- (45) Por forma a avaliar a dimensão do mercado da metionina durante o período relevante, a Comissão tomou em consideração diversas estimativas e, em especial, as fornecidas pelos principais produtores de metionina nas suas respostas aos pedidos de informação enviados em 27 de Julho e 7 de Dezembro de 1999.
- (46) []*. O mercado comunitário está avaliado em cerca de 260 milhões de euros.

PROCURA

- (47) Os principais clientes de metionina são os produtores de alimentos para animais (fabricantes de alimentos compostos) e pré-misturas; a produção de alimentos para aves de capoeira representa a maior parte do consumo, seguida pelos alimentos para suínos.
- (48) Os produtores de pré-misturas preparam um pacote concentrado de vitaminas e minerais, incluindo oligo-elementos, aminoácidos e drogas terapêuticas, que é integrado nos alimentos para animais. Os fabricantes de alimentos compostos representam a fase seguinte no processo de produção de alimentos para animais, mas muitos deles adquirem a metionina directamente junto dos produtores e não numa forma concentrada junto dos fabricantes de pré-misturas.
- (49) À medida que a procura de produtos alimentares tem vindo a aumentar, os produtores de gado comercial têm, cada vez mais, optado por se integrar em amplas organizações industriais de produção de alimentos para animais, criação e abate de gado e fabrico de alimentos preparados ou processados (são conhecidos como «integradores»).

COMÉRCIO INTRACOMUNITÁRIO

- (50) A metionina é produzida em três Estados-Membros (Alemanha, França e Espanha) e comercializada em toda a Comunidade. Todos os destinatários da presente decisão, com excepção de um, dispõem de instalações de produção na Comunidade (em alguns casos através de filiais). As restantes vendas de metionina realizadas na Comunidade provêm de países terceiros (como o Japão e os Estados Unidos).
- (51) A metionina produzida pela Aventis SA/AAN em França e Espanha e pela Degussa na Alemanha é vendida em toda a Comunidade, o que implica um volume significativo de trocas comerciais entre Estados-Membros. Além disso, as vendas de metionina realizadas pela Nippon Soda através das filiais Mitsui estabelecidas em certos Estados-Membros geram fluxos comerciais para outros Estados-Membros.

C. ASPECTOS PROCESSUAIS

- (52) Em 26 de Maio de 1999, a Rhône-Poulenc apresentou à Comissão uma declaração em que admitia a sua participação num cartel []* de fixação de preços e repartição de quotas no sector da metionina e em que invocava a comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas em processos de cartel («Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas»).

- (53) A Rhône-Poulenc não apresentou quaisquer elementos de prova documentais relativos à infracção. Afirmou que os empregados da RPAN não elaboraram ou não guardaram quaisquer documentos relevantes.

- (54) Em 16 de Junho de 1999, funcionários da Comissão e funcionários do Bundeskartellamt da Alemanha, agindo ao abrigo de uma decisão da Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 14.º do Regulamento n.º 17, efectuaram uma investigação nas instalações da Degussa-Hüls em Francoforte.

- (55) Na sequência da investigação no local, a Comissão enviou, em 27 de Julho de 1999, um pedido de informações à Degussa-Hüls nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, no que se refere aos documentos que tinha obtido nessa empresa. A Degussa-Hüls respondeu ao pedido em 9 de Setembro de 1999.

- (56) A Comissão enviou pedidos de informação à Nippon Soda, à Novus e à Sumitomo Chemical em 7 de Dezembro de 1999 e à Mitsui em 10 de Dezembro do mesmo ano. As respostas foram recebidas durante o mês de Fevereiro de 2000. A Nippon Soda apresentou uma declaração complementar em 16 de Maio de 2000.

- (57) Em 1 de Outubro de 2001, a Comissão deu início a um processo no presente caso e adoptou uma comunicação de objecções contra cinco produtores de metionina. Em 17 de Dezembro de 2001, a Comissão enviou a mesma comunicação de objecções à Aventis Animal Nutrition SA (seguidamente designada «AAA»), uma filial a 100 % da Aventis SA. Todas as partes apresentaram observações por escrito em resposta às objecções da Comissão. Em 21 de Dezembro de 2001, o consultor jurídico da Aventis SA e da Aventis Animal Nutrition SA informou a Comissão de que apresentaria apenas uma resposta à sua comunicação de objecções, em nome de ambas as empresas.

- (58) As respostas às comunicações de objecções foram recebidas entre 10 de Janeiro e 18 de Janeiro de 2002. A Aventis SA/AAN e a Nippon Soda admitiram a infracção e não contestaram significativamente os factos. A Degussa admitiu igualmente a infracção, mas apenas para o período entre 1992 e 1997. Em 25 de Janeiro de 2002, realizou-se uma audição oral, durante a qual as partes tiveram a oportunidade de ser ouvidas.

- (59) Tendo em conta os elementos de prova, a Comissão decidiu não prosseguir o processo contra duas outras partes.

D. DESCRIÇÃO DOS ACONTECIMENTOS

1. PARTICIPANTES E ORGANIZAÇÃO

- (60) A estrutura, organização e funcionamento do cartel basearam-se numa apreciação comum do mercado.

- (61) Os representantes habituais das empresas nas reuniões eram os seguintes:

- para a Rhône-Poulenc (Aventis SA/AAN): []*,
- para a Degussa: []*,
- para a Nippon Soda: []*.

- (62) As reuniões do cartel eram realizadas a diferentes níveis:
- principalmente durante os primeiros anos do cartel, realizaram-se periodicamente reuniões ao mais alto nível ou «cimeiras» de presidentes, directores executivos, directores gerais, etc.,
 - numa fase posterior, a partir de 1989, foram realizadas reuniões mais técnicas a nível de «gestores» ou de «pessoal» e não ao mais alto nível (declaração da Nippon Soda de 23 de Fevereiro de 2000, p. 5),
 - existiram igualmente contactos bilaterais entre empresas.

2. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CARTEL

a) OBJECTIVOS

- (63) Com base nas declarações apresentadas pelos participantes e nos documentos constantes do processo da Comissão, a Comissão identificou determinadas características essenciais do cartel, que foram acordadas e aplicadas pelos seus membros durante toda a vigência do cartel, o que lhe permitiu formar uma imagem clara do funcionamento do cartel.
- (64) O cartel tinha três objectivos principais: fixar preços-objectivo, acordar aumentos concertados de preços e partilhar informações sobre os volumes de vendas e as quotas de mercado.

1. Preços-objectivo e preços mínimos absolutos

- (65) Os membros do cartel acordaram na aplicação de preços mínimos. Chegaram a acordo sobre escalões de preços e discutiram o «anúncio» de novas listas de preços pelos membros do cartel (ver considerandos 82 a 88, 136, 106, 112, 131, 136, 143 a 145, 152 e 153, 156 e 157, 167, 176, 182 e 183).
- (66) Os participantes chegaram a acordo sobre a necessidade de aumentar os seus preços. Discutiram qual o aumento máximo que o mercado aceitaria e acordaram um aumento de preços baseado no resultado destas discussões (ver considerandos 98, 103, 106, 112, 128, 136 e 137).
- (67) Na generalidade, estes preços-objectivo eram fixados em []*. Contudo, eram também fixados os preços-objectivo para cada mercado nacional (na moeda nacional e em marcos alemães). Os preços eram objecto de análise, relativamente a cada mercado nacional, por forma a verificar se os preços-objectivo tinham sido atingidos, utilizando por vezes como referência certos clientes individuais (ver considerandos 128, 132, 144, 152, 155, 156 a 159 e 161).
- (68) Para além dos preços-objectivo, os participantes acordaram igualmente preços mínimos para cada mercado nacional (os denominados preços de base ou preços absolutamente mínimos) (ver considerandos 152 a 155).

2. Aumentos concertados de preços

- (69) Os aumentos de preços eram organizados em diferentes «campanhas» e a sua aplicação era analisada durante as

reuniões seguintes do cartel. Foram identificadas diversas campanhas de aumentos de preços (ver considerandos 106 e 116 a 118).

3. Partilha de informações sobre quotas de mercado/volumes de vendas

- (70) Os participantes trocaram informações sobre volumes de vendas e capacidade de produção e trocaram e compararam as suas estimativas sobre o volume total do mercado []* (ver considerandos 82, 134, 149, 169 a 171 e 183).
- (71) A Nippon Soda, ao descrever o modo habitual de funcionamento das reuniões trilaterais, afirma que (nomeadamente) eram trocadas informações relativas aos fornecimentos das principais componentes da metionina, capacidades, taxas de funcionamento das fábricas e procura do produto (ver considerando 170).
- (72) Durante os primeiros anos do cartel, manifestavam mesmo as suas opiniões sobre o futuro crescimento do mercado e sobre as modalidades de distribuição das quotas entre produtores, proporcionalmente à sua capacidade de produção (ver considerando 82).
- (73) Embora tal não tivesse necessariamente acontecido durante todo o período de funcionamento do cartel, a Comissão dispõe de elementos de prova de que, em certas ocasiões, os participantes acordaram em limitar as importações provenientes do exterior do EEE por forma a manter os níveis de preços (ver considerando 82) ou a apoiar os aumentos de preços (ver considerandos 141 e 145).

b) APLICAÇÃO

1. Controlo das vendas

- (74) Por forma a aplicar com êxito os acordos do cartel, os participantes trocaram informações relativas aos seus volumes de vendas. Os dados objecto do intercâmbio eram compilados e debatidos em reuniões regulares. Os participantes utilizavam estas informações como base para as discussões destinadas a determinar os preços-objectivo que seriam estabelecidos (ver considerandos 88, 128, 130, 139, 150 e 154).
- (75) Durante a cooperação, a Degussa propôs mesmo estabelecer um verdadeiro sistema de controlo do volume, acompanhado de um esquema de compensação, mas esta empresa afirmou que nunca foi aplicado (ver considerandos 134, 148, 149 e 164 a 168). Uma vez que não existem quaisquer elementos de prova do contrário, a Comissão aceita que este sistema de controlo do volume nunca foi aplicado.

2. Reuniões multilaterais regulares

- (76) A realização de reuniões multilaterais e bilaterais regulares constituía uma característica fundamental da organização do cartel. Entre 1986 e 1999 foram identificadas mais de 25 reuniões multilaterais.

- (77) Realizaram-se reuniões periódicas ao mais alto nível ou «cimeiras», bem como reuniões mais técnicas a nível de «gestores» ou de «pessoal». As reuniões multilaterais eram muitas vezes precedidas ou seguidas de reuniões bilaterais, onde eram debatidas questões específicas e trocadas informações relevantes para a aplicação das disposições do cartel.
- (78) Inicialmente, as reuniões ao mais alto nível eram organizadas uma ou duas vezes por ano. Tendo em conta as variações verificadas durante todo o período de funcionamento do cartel, pode afirmar-se que as reuniões operacionais se realizavam normalmente três ou quatro vezes por ano, e os participantes assumiam rotativamente a sua organização (ver considerandos 82 e 120).

3. FUNCIONAMENTO DO ACORDO DO CARTEL

- (79) No cartel registaram-se três períodos distintos. O primeiro período decorreu desde Fevereiro de 1986 até 1989. Durante este período, os participantes representavam praticamente toda a produção de metionina, o acordo global foi aplicado sem grandes dificuldades e os preços registaram uma tendência no sentido da subida.
- (80) O final do primeiro período foi marcado pela saída da Sumitomo dos acordos e pela entrada no mercado da Monsanto com um análogo líquido de metionina. Na sequência destes acontecimentos, os preços começaram a descer drasticamente (a declaração da Rhône-Poulenc, página 4, refere mesmo uma descida de 30 % no Verão e Outono de 1989). Afigura-se que, inicialmente, os participantes restantes (Degussa, Rhône-Poulenc e Nippon Soda) tinham dúvidas acerca da melhor forma de reagir à nova situação: deveriam concentrar-se em recuperar as quotas de mercado ou seria mais eficiente centrarem-se nos preços? Decorre dos elementos de prova do processo da Comissão que, após a realização de diversas reuniões em 1989 e 1990, os membros do cartel concordaram por unanimidade (pelo menos até Novembro de 1990) em centrarem os seus esforços no aumento de preços. Por razões de clareza, a Comissão considerará o «período de transição» entre 1989 e 1990 como um segundo período.
- (81) O terceiro período do cartel decorreu desde 1991 até ao final do cartel em Fevereiro de 1999. Durante este período, as empresas participantes viram-se obrigadas a concentrar os seus esforços na manutenção dos níveis de preços, devido ao aumento drástico das vendas do produto líquido da Monsanto (Novus a partir de 1991).

1986-1989

- (82) O cartel teve início em meados da década de 80. No início de 1986, a Rhône-Poulenc e a Degussa contactaram a Nippon Soda e a Sumitomo porque consideravam que os produtores japoneses estavam a tentar conquistar os «seus» mercados nacionais [declaração da Nippon Soda de 23 de Fevereiro de 2000, página 4 (7) e anexos (8)].
- (83) Com efeito, segundo a Nippon Soda, a Rhône-Poulenc, a Degussa, a Nippon Soda e a Sumitomo reuniram-se a nível de departamento em Fevereiro de 1986 e chegaram a acordo sobre um sistema destinado a limitar as importações japonesas. Durante a reunião, []*, o

director de departamento da Nippon Soda, concordou em limitar as vendas da sua empresa aos níveis do ano anterior (1985), ou seja, 14 500 toneladas ou 21,3 % dos mercados mundiais fora dos Estados Unidos e do Japão. Simultaneamente, foi concluído um acordo semelhante com a Sumitomo, limitando assim as vendas da metionina «japonesa» no mercado do EEE. Foram também acordados escalões de preços.

- (84) Na sua declaração complementar de 2 de Fevereiro de 2000 (páginas 3, 15 e 16), a Rhône-Poulenc confirma que concluiu um acordo com a Sumitomo, segundo o qual esta última empresa limitaria as suas vendas no mercado do EEE. Esta afirmação vem corroborar a versão dos acontecimentos apresentada pela Nippon Soda. Embora não lhe fosse possível recordar a data exacta do acordo, a Rhône-Poulenc situa-o em «algures na década de 80». Admite ainda que se realizaram contactos entre os produtores entre 1985 e 1988.
- (85) A Sumitomo confirma igualmente que se realizaram reuniões entre os produtores acima referidos durante a década de 80. Recorda ter-se reunido com a Nippon Soda, a Rhône-Poulenc e a Degussa em 1987 e 1988, mas afirma que os seus representantes ficaram com a impressão de que os restantes participantes já se conheciam (9).
- (86) Embora as três empresas confirmem que a Degussa, a Rhône-Poulenc e a Nippon Soda estabeleceram pela primeira vez contactos em meados de 80, as declarações e a documentação da Nippon Soda constituem os elementos mais pormenorizados, tanto em termos de datas como de conteúdo. Desta forma, considera-se que o cartel foi criado em Fevereiro de 1986 (embora a Rhône-Poulenc refira 1985 como o ano dos primeiros contactos e a Sumitomo 1987).
- (87) Quanto aos assuntos abordados nestas reuniões, a Nippon Soda afirma (página 4 da sua declaração de 23 de Fevereiro de 2000) que, na reunião de Fevereiro de 1986, os produtores de metionina discutiram e acordaram escalões de preços e limitações das importações japonesas para o EEE. A cooperação deveria prosseguir e os participantes acordaram em realizar outras «cimeiras» ao mais alto nível, uma ou duas vezes por ano, intercaladas com reuniões de «pessoal» mais frequentes, por forma a prosseguirem a cooperação em matéria de preços. Os acordos em questão abrangiam a totalidade do mercado mundial fora dos Estados Unidos e do Japão, incluindo a Comunidade Europeia.
- (88) Embora a Sumitomo afirme que apenas tenha aceite o convite por curiosidade, confirma que, numa reunião realizada em Francoforte no Outono de 1987 (10), a Nippon Soda, a Rhône-Poulenc, a Degussa (que presidia à reunião) e a Sumitomo trocaram e compararam as suas estimativas do volume total do mercado mundial, expressaram as suas opiniões acerca do futuro crescimento do mercado e sobre as modalidades de repartição das quotas entre produtores (tratava-se de repartir as quotas proporcionalmente à capacidade de produção), revelaram o volume das suas vendas e a capacidade de produção do ano anterior e debateram o «anúncio» de novas listas de preços [resposta da Sumitomo ao pedido de informações nos termos do artigo 11.º, página 8 (11)].

- (89) A Sumitomo afirma igualmente que durante uma reunião nas instalações do departamento veterinário da Rhône-Poulenc em França no Outono de 1988, os mesmos participantes discutiram estimativas e a repartição do futuro crescimento do mercado.
- (90) Contudo, a Rhône-Poulenc afirma que as reuniões dos membros do cartel no período 1985-1988 não constituíram um «esforço organizado» para chegar a acordos de fixação de preços ou de repartição do mercado.
- (91) Não obstante, à luz dos elementos de prova supramencionados apresentados pela Nippon Soda e pela Sumitomo, a Comissão não pode aceitar esta versão dos acontecimentos. Além disso, a Rhône-Poulenc admite na sua declaração complementar, de 2 de Fevereiro de 2000, que «algures na década de 80» concluiu um «acordo de cavalheiros» com a Sumitomo, através do qual a Sumitomo se comprometia a não vender metionina na Europa e a Rhône-Poulenc a manter-se fora do mercado japonês⁽¹²⁾. Os contactos entre concorrentes na década de oitenta não foram, consequentemente, tão inocentes como a Rhône-Poulenc inicialmente alegou.
- (92) Neste contexto, a Aventis afirmou na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão que o facto de ter realçado as reuniões realizadas durante a década de 90 não deveria ser interpretado como um esforço para ocultar os contactos efectuados na década de 80: é natural que as recordações e os registos sejam mais completos nos anos 90.
- (93) Por último, no que se refere à Sumitomo, alega que só participou na reunião realizada no departamento veterinário da Rhône-Poulenc em França, no Outono de 1988, porque pretendia anunciar aos restantes produtores a sua intenção de não participar em mais nenhuma reunião⁽¹³⁾.
- (94) Este facto é confirmado pelos restantes membros do cartel. Na sua declaração complementar de 2 de Fevereiro de 2000 (páginas 3, 15 e 16), a Rhône-Poulenc afirma que a Sumitomo cessou os contactos em 1988 «porque considerava que eram demasiado arriscados». A Nippon Soda afirmou⁽¹⁴⁾ que as cimeiras, na sua forma inicial, terminaram no final de 1988, ou por volta dessa data, quando a Sumitomo anunciou a sua intenção de se retirar da cooperação porque o mercado se tinha expandido e já não estava disposta a aceitar limites nas suas vendas.
- EVOLUÇÃO DURANTE 1989-1990
- (95) A Rhône-Poulenc afirma que os primeiros acordos terminaram em 1988 e são completamente distintos dos acordos de 1990. Na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão, a Degussa refere que os primeiros acordos de cartel finalizaram em 1989. A Degussa alega também que os elementos de prova constantes do processo da Comissão não vêm apoiar quaisquer alegações de que o «cartel de 1986» tivesse prosseguido em 1989 e 1990.
- (96) A Comissão deve todavia rejeitar estes argumentos. Embora os participantes, (incluindo a Rhône-Poulenc)
- tenham apresentado elementos de prova em apoio da sua alegação de que a Sumitomo cessou a cooperação no final de 1988, não foram apresentados quaisquer elementos de prova para apoiar a alegação de que as restantes partes do cartel teriam anunciado umas às outras a intenção de cessar o acordo ou pôr termo aos contactos. Pelo contrário, a Comissão dispõe de elementos de prova que demonstram que o cartel prosseguiu em 1989 e 1990:
- a Nippon Soda afirma claramente que não existiu qualquer quebra de continuidade: embora as «cimeiras» anuais de alto nível tenham com efeito cessado, as reuniões regulares a nível do pessoal continuaram ininterruptamente durante 1989 e 1990⁽¹⁵⁾,
 - em Agosto de 1989, realizou-se uma reunião entre a Nippon Soda, a Degussa e a Rhône-Poulenc (ver considerandos 98 e 99),
 - em Maio de 1990, ou por volta dessa data, os membros do cartel estabeleceram contactos sobre a possibilidade de aumentar os preços da metionina a partir de Julho de 1990 (ver considerandos 100 a 106),
 - a Rhône-Poulenc admite ter-se reunido com a Degussa em 10 de Junho de 1990 para discutir a descida dos preços (ver considerandos 107 e 108),
 - em Novembro de 1990, os participantes reuniram-se novamente e acordaram aumentar os seus preços (ver considerandos 112 e 115 a 120).
- (97) Desta forma, não só as restantes partes nunca manifestaram qualquer intenção de pôr termo aos acordos mas também — contrariamente às afirmações da Degussa e da Aventis — o cartel continuou a funcionar da mesma forma.
- (98) Em apoio a esta afirmação, de que as reuniões regulares prosseguiram em 1990, a Nippon Soda apresentou um documento preparatório, com data de 5 de Maio de 1990⁽¹⁶⁾, elaborado pela Nippon Soda para as suas discussões com a Degussa, que revelava que tinha de facto sido organizada uma reunião entre a Nippon Soda, a Degussa e a Rhône-Poulenc em Agosto de 1989. Além disso, a nota revela que os membros do cartel debateram aumentos de preços em 1990 (ver considerandos 100 a 106).
- (99) Nesta reunião, a Nippon Soda e a Rhône-Poulenc tentaram persuadir a Degussa a não acompanhar os preços reduzidos que eram então oferecidos pela Monsanto e pela Sumitomo. []* (da Degussa) visitou o Japão no Outono de 1989; em discussões com a Nippon Soda sobre os preços, justificou as vendas a preços reduzidos da Degussa como sendo necessárias para manter os volumes de venda e, desta forma, reduzir os custos fixos.
- (100) A nota de 5 de Maio de 1990 confirma também que o cartel estava ainda em funcionamento, embora os participantes possam ter tido dificuldades em determinar a forma de reagirem à nova situação de mercado, na sequência da entrada da Monsanto em 1988-1989.

- (101) Com efeito, a nota prossegue explicando que a política da Degussa no início de 1990 consistia em reconquistar os clientes de metionina da Monsanto, oferecendo preços reduzidos mesmo aos pequenos clientes, tendo a Nippon Soda considerado que a Degussa «não tomava em consideração os efeitos do seu comportamento sobre a totalidade do mercado da metionina».
- (102) A Nippon Soda ficou indignada quando a Degussa ([]*) deu claramente a impressão de que considerava que os preços eram instáveis porque existiam demasiados concorrentes e que, consequentemente, os japoneses deveriam abandonar o mercado.
- (103) Apesar de registarem dificuldades evidentes para coordenarem as suas acções, a nota revela que os participantes continuaram a reunir-se e partilhavam a opinião de que a tendência de descida dos preços devia ser invertida. A Nippon Soda registou que a Degussa, tendo garantido o volume de fornecimentos e o nível de utilização de capacidade desejados através das suas vendas a preços reduzidos, estava agora a tentar aumentar a rentabilidade das suas operações, propondo um aumento de preços. A Monsanto anunciou que o aumento iria ter lugar nesse mês. «Considerando obviamente que o mês de Julho era uma boa altura para anunciar um aumento de preços, a Degussa estava a tentar sondar a Nippon e a Rhône-Poulenc acerca da possibilidade de realizarem uma outra reunião tripartida num futuro próximo».
- (104) A Rhône-Poulenc tinha planos ligeiramente diferentes dos da Degussa no que se refere aos preços e pretendia manter os mesmos níveis: «A Rhône-Poulenc não parecia muito interessada na proposta de conjugação de esforços para aumentar os preços. A Rhône-Poulenc parecia estar mais interessada em encontrar uma forma de fazer face a uma eventual nova descida dos preços do que na proposta de acção concertada para aumentar os preços».
- (105) Em Maio de 1990, para a Nippon Soda, a questão fundamental residia em conseguir que a Rhône-Poulenc apoiasse a iniciativa de preços proposta: «os esforços conjuntos de aumento de preços nunca serão bem sucedidos sem a participação da Rhône-Poulenc». Devido à recente alteração de pessoal na RPAN e à substituição de []* por []*, a Nippon Soda considerava que devia prosseguir os esforços no sentido de manter contactos estreitos com os seus superiores na Rhône-Poulenc.
- (106) Independentemente das percepções dos diferentes participantes acerca da nova situação do mercado (na sequência da entrada da Monsanto) e das suas atitudes face a esta situação, a Degussa, a Rhône-Poulenc e a Nippon Soda reuniram-se diversas vezes em 1989 e 1990 para discutir preços e dados de mercado e para planear a sua reacção conjunta à nova situação do mercado. Desta forma, em meados de 1990, tinham chegado totalmente a acordo sobre um sistema destinado a organizar o mercado, concentrando-se nos preços. Embora a nota (de Maio de 1990) revele claramente que as partes estavam a debater um aumento dos preços para Julho de 1990, não mostra se realmente aplicaram o aumento de preços discutido. Contudo, a acta de uma reunião do cartel de 7 de Novembro de 1990 sugere uma «primeira» campanha de aumento de preços antes de 1991 (ver considerandos 116 a 118). De qualquer forma, fica pelo menos estabelecido que, contrariamente às alegações da Aventis e da Degussa, as partes estavam em contacto entre si, trocaram informações sobre preços e vendas e discutiram aumentos de preços durante 1989 e 1990.
- (107) A Rhône-Poulenc afirma⁽¹⁷⁾ que se encontrou novamente com representantes da Degussa em 10 de Junho de 1990, nos escritórios de Francoforte desta empresa, para debater a descida dos preços.
- (108) Na reunião participaram []* e []* da Rhône-Poulenc e []*, []* e []* da Degussa (na sua declaração complementar, a Rhône-Poulenc corrigiu a sua afirmação anterior de que a Nippon Soda esteve também presente nesta reunião). []* era o director da divisão de produtos de química fina e industrial da Degussa, enquanto []* era []* da divisão de nutrição animal da Rhône-Poulenc, RPAN.
- (109) A Rhône-Poulenc acrescenta na sua declaração complementar (página 3)⁽¹⁸⁾ que quando passou a integrar a empresa em Abril de 1990, []* tinha sido «encorajado» por []* e []* (o seu antecessor) a contactar []* da Degussa, com o objectivo de «restabelecer» contactos regulares.
- (110) A Rhône-Poulenc afirma que nesta reunião de 10 de Junho de 1990 a Rhône-Poulenc e a Degussa decidiram contactar a Nippon Soda para a fazer aderir ao sistema [com efeito, tal como acima demonstrado, e tal como admite a Nippon Soda⁽¹⁹⁾, o cartel de 1986 nunca cessou e a Nippon Soda já fazia parte dos acordos]. []* organizou uma reunião com a Nippon Soda, que se realizou em Hong Kong em 19 de Novembro de 1990 ou em redor dessa data. A Nippon Soda forneceu [anexo b à sua declaração de 23 de Fevereiro de 2000⁽²⁰⁾] uma acta de uma reunião de directores realizada em Seul, em 7 de Novembro de 1990 (é muito provável que se trate, de facto, da reunião que a Rhône-Poulenc situa em Hong Kong).
- (111) Antes da reunião tripartida []* e []* tinham-se reunido mais uma vez em Versalhes (para trocarem informações de mercado, segundo afirma a Rhône-Poulenc, mas também, presumivelmente, para prepararem a sua posição face à Nippon Soda). []* forneceu a []* os dados relativos às vendas da Rhône-Poulenc e os dois tentaram determinar o volume do mercado mundial.
- (112) A Rhône-Poulenc afirma que, na reunião de Novembro, as três empresas acordaram que necessitavam de aumentar os seus preços. Após discutir qual o aumento que o mercado suportaria, concordaram em aumentar os preços de 2,50 dólares dos Estados Unidos/kg para 2,80 dólares dos Estados Unidos/kg.
- (113) A Rhône-Poulenc esteve representada por []* e []*, a Degussa por []* e a Nippon Soda por []*.

- (114) Os participantes acordaram em prosseguir as suas reuniões regulares em diversos locais em toda a Europa e na Ásia, incluindo Taipé, Singapura, Banguécoque, Tóquio, Paris, Viena, Londres, Nice, Bruxelas, Roma, Copenhaga, Düsseldorf, Hamburgo e Estrasburgo.
- (115) A nota da Nippon Soda ⁽²¹⁾ sobre a reunião de Seul (se é que se trata de facto da mesma que a Rhône-Poulenc identifica como tendo sido realizada em Hong Kong), de 7 de Novembro de 1990, apresenta uma imagem um pouco mais completa das discussões.
- (116) Embora se afirme que a Rhône-Poulenc e a Degussa estavam «nervosas acerca da proposta de segundo aumento de preços» devido ao baixo valor do dólar dos Estados Unidos e ao aparente silêncio da Monsanto acerca do aumento planeado, torna-se claro, pelo contexto da nota, que as três partes acordaram um «segundo aumento de preços» (é possível que esta segunda «campanha» envolvesse duas fases, com um aumento em 1 de Janeiro e outro em 1 de Abril de 1991).
- (117) Para além de fornecer elementos de prova inequívocos da existência do acordo entre os membros do cartel para aplicar um aumento de preços durante 1991, a acta da Nippon Soda relativa à reunião de 7 de Novembro de 1990 revela igualmente que tinha existido um «primeiro» aumento de preços anterior. Trata-se muito provavelmente do aumento de preços discutido para Julho de 1990, o que confirma que, contrariamente à impressão dada pela Rhône-Poulenc de que o cartel tinha sido inicialmente criado em finais de 1990, o aumento de preços de Julho de 1990 tinha já sido objecto de concertação numa «primeira campanha» (ver considerando 106).
- (118) Os preços em dólares dos Estados Unidos referidos nesta nota são superiores aos mencionados pela Rhône-Poulenc na sua declaração (2,80 dólares dos Estados Unidos/kg): o primeiro aumento de Janeiro devia fazer subir o preço em dólares dos Estados Unidos para um montante até 3,30-3,50 dólares dos Estados Unidos/kg, e o segundo deveria aumentá-lo para um nível de 3,60-3,70 dólares dos Estados Unidos/kg em Abril. Estes preços revelam que, na altura da reunião tripartida no Extremo Oriente em Novembro de 1990, o aumento de preços de Julho de 1990 tinha restabelecido os preços, que tinham descido no primeiro semestre do ano, para os níveis do início do ano.
- (119) Com efeito, no que se refere aos preços na Europa, o memorando é explícito:
- «Tendo em conta o que precede, as três partes acordaram (...) na área do mercado alemão, em que o preço se situava em 5,10 marcos alemães/kg, o que equivale a 3,40-3,50 dólares dos Estados Unidos/kg, seria na prática difícil aumentar o preço ainda mais. Desta forma, neste território, o nível de preços actual deverá permanecer inalterado durante o primeiro trimestre de 1991. Contudo, no âmbito de uma táctica defensiva, deverá ser anunciado um aumento de preços, de cerca de 10 %, com efeitos em Abril de 1991.
- A Rhône-Poulenc e a Degussa deverão contactar separadamente a Monsanto e tentar persuadi-la a aderir a uma segunda campanha de aumento de preços. Para que estejamos prontos para o aumento de preços proposto, previsto para Janeiro de 1991 e para datas posteriores, deverão realizar-se reuniões com a Monsanto em Novembro de 1998 [sic] ⁽²²⁾ ⁽²³⁾.
- (...)
- Deverá realizar-se uma outra reunião no final de Fevereiro (em 26 de Fevereiro) de 1991 na Europa, para voltar a discutir os preços dos produtos [sic] para Abril de 1991 e para depois desta data.»
- (120) Tal como acordado na reunião do Extremo Oriente de Novembro de 1990, a partir de 1991 os representantes da Degussa, da Rhône-Poulenc e da Nippon Soda reuniram-se três ou quatro vezes por ano em diferentes cidades da Europa e da Ásia, sendo as reuniões organizadas rotativamente por cada um deles [declaração complementar da Rhône-Poulenc, página 4; resposta da Nippon Soda, página 9 ⁽²⁴⁾].
- (121) Na Degussa foi encontrada documentação relativa a diversas destas reuniões com a anotação «cimeira», apesar de a Nippon Soda considerar que estas reuniões regulares a partir de 1989 se realizaram a nível de «gestores» ou de «pessoal» e não ao mais alto nível [resposta da Nippon Soda, página 5 ⁽²⁵⁾].
- (122) A Nippon Soda forneceu [declaração de 23 de Fevereiro de 2000, páginas 9 e 10 ⁽²⁶⁾] uma lista de nove reuniões trilaterais relativamente às quais estavam disponíveis dados pormenorizados, mas tal como o salienta, as reuniões realizaram-se três vezes ao ano (a Rhône-Poulenc refere quatro); são apresentadas na página 10 da sua declaração de 23 de Fevereiro de 2000 ⁽²⁷⁾ outras reuniões, relativamente às quais a Nippon Soda apenas dispunha de informações incompletas.
- (123) A Rhône-Poulenc forneceu uma lista mais completa das reuniões realizadas a partir de 1990, embora afirme que as datas são aproximativas e não são necessariamente rigorosas [anexos à declaração complementar ⁽²⁸⁾].
- (124) A Degussa forneceu uma lista de reuniões regulares [ver página 5 da sua resposta ao pedido de informações nos termos do artigo 11.º, de 9 de Setembro de 1999 ⁽²⁹⁾] que se iniciaram com a reunião de Lisboa, de Março de 1992.
- (125) Admite apenas a existência de duas reuniões anteriores (afirma que se realizaram em 1991) com a Rhône-Poulenc (em Paris e Francoforte), mas alega que não tinham qualquer relação com as «cimeiras»; os dois produtores (afirma a Degussa) realizaram uma troca geral de informações sobre a evolução do mercado e as capacidades de produção de metionina. Estas reuniões poderão, na verdade, ser as três identificadas pela Rhône-Poulenc como tendo sido realizadas em Francoforte em Junho e Agosto de 1990 e em Paris em finais de 1990, antes da reunião no Extremo Oriente com a Nippon Soda. Fica também claro, das alegações da Rhône-Poulenc, que estas reuniões não foram tão

inocentes como alega a Degussa. Na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão, a Degussa afirma que, pura e simplesmente, não se recorda de reuniões organizadas antes das duas reuniões de 1991, uma vez que nenhum dos actuais empregados da Degussa tem qualquer reminiscência do que se passou antes de 1992. Afirma igualmente que a Comissão não dispõe de quaisquer datas exactas para as reuniões de 1990 ou 1991. Contudo, à luz dos elementos de prova apresentados nos pontos anteriores, a Comissão pode rejeitar este argumento.

1991-1998

- (126) Durante as investigações que realizou na Degussa, a Comissão obteve notas manuscritas muito completas elaboradas por []* em diversas reuniões regulares ([]* foi o responsável de *marketing* do sector de aditivos para alimentos para animais da Degussa, a partir de 1991 e até ao final de 1994).
- (127) A primeira destas notas dizia respeito a uma reunião realizada em Lisboa em 15-17 de Março de 1992 ⁽³⁰⁾. As abreviaturas utilizadas por []* para os diferentes interlocutores revelam que entre os participantes se encontravam []*, []* e []* da Rhône-Poulenc, []* e []* da Degussa e []* e []* da Nippon Soda [outro documento ⁽³¹⁾ parece relacionar-se com uma reunião bilateral entre a Degussa e a Rhône-Poulenc, realizada pouco antes desta reunião].
- (128) Após ter trocado as previsões dos níveis de preços para o ano em curso, os participantes analisaram, para cada região e país, o nível corrente de preços, as perspectivas de aumento de preços e as actividades em termos de clientes individuais.
- (129) No que se refere à Europa as observações iniciam-se da seguinte forma ⁽³²⁾:
- «Porque não 6,20?»
1. Materiais russos (400-500 toneladas de Outubro a Fevereiro)
 2. Efeitos das existências
 3. Aumento de preços faseado pela Novus
 4. - 1 500 toneladas Deg./- 1 500 toneladas RP + MHA (cinco meses).».
- (130) Decorre claramente destas observações que os participantes esperavam fixar o preço-objectivo em 6,20 marcos alemães [segundo a Degussa, resposta ao pedido de informações nos termos do artigo 11.º, página 14 ⁽³³⁾], e que se registou um «desapontamento geral» entre os produtores quando o preço da metionina não se estabilizou acima de 6 marcos alemães.
- (131) Uma lista de preços interna encontrada na Degussa ⁽³⁴⁾ sugere que no final de Fevereiro de 1992 o preço-objectivo para o primeiro trimestre de 1992 se elevava a 5,90 marcos alemães e que o preço limite era de 5,80 marcos alemães. Dado o facto de as reuniões trimestrais regulares se centrarem na fixação de preços

e o facto de, em anexo às notas de []* relativas a diversas das reuniões, se encontrar uma lista no mesmo formato, é razoável presumir que existe uma estreita ligação entre a «lista» interna da Degussa e as reuniões.

- (132) Segue-se uma análise de cada mercado nacional na Europa. A Degussa deveria anunciar um novo preço de 6,05 marcos alemães para a Alemanha. Aparentemente, um cliente (Bela-Mühle) tinha recebido ofertas de 5,90-5,95 marcos alemães para o segundo trimestre de 1992. A Rhône-Poulenc aumentou os seus preços para 6,00-6,05 marcos alemães (a discussão prosseguiu nestes mesmos termos no que se refere à Bélgica, França, Grécia, Reino Unido, Irlanda, Países Baixos, Itália, Noruega, Finlândia, Suécia, Áustria, Portugal, Espanha e Suíça).
- (133) A seguinte cimeira que foi registada por []* realizou-se em Taipé em Julho de 1992 ⁽³⁵⁾.
- (134) Após discussões sobre a forma de fazer face às importações provenientes da Rússia através de distribuidores, os participantes analisaram a situação do volume na Europa. Uma vez que a Degussa tinha «perdido» 2 500 toneladas nos primeiros seis meses, foi considerada a principal «perdedora»; a Rhône-Poulenc e a Nippon Soda desceram também ligeiramente. Os grandes ganhadores eram a Novus e os russos. Foi elaborado um balanço que demonstrava a existência de um défice de 700 toneladas, que podia ser compensado por uma redução das exportações e por reimportações.
- (135) Na reunião de Tóquio de 22 e 23 de Novembro de 1992 ⁽³⁶⁾, a questão das importações russas surgiu novamente. Uma análise do mercado mundial comparativamente com o ano anterior concluiu que se tinha registado um aumento da procura de 4-5 %.
- (136) Uma nota elaborada por []* ⁽³⁷⁾ (a autoria não é contestada) em finais de 1992/início de 1993 fornece mais informações. Não é certo se diz respeito à reunião de Novembro de 1992 ou a uma reunião realizada em Singapura em 2 de Fevereiro de 1993. Afigura-se que, por volta desta altura, os preços começaram novamente a descer. A nota começa «Europa Preise: Q4/92 = avg 5,60 Q1 93 = avg 5,20».
- Os produtores debateram o aumento de preços anunciado pela Rhône-Poulenc, aparentemente apenas para a MAH. A nota diz o seguinte:
- «Anúncio de aumentos de preços da RP apenas para NP 99. 15 % de aumento → DM 6,40 (= FF 21,80) publicado na semana passada em F (última semana de Janeiro).».
- (137) Com efeito, a lista de preços da Degussa ⁽³⁸⁾, no mesmo formato que a nota interna encontrada nesta empresa ⁽³⁹⁾ (e utilizando a taxa de câmbio de 26 de Fevereiro de 1993), revela um objectivo («Ziel») para o segundo trimestre de 1993 de 6,40 marcos alemães e um «limite» de 6,20 marcos alemães, embora uma nota manuscrita indique que este último valor foi subsequentemente adoptado como «objectivo».

- (138) []* elaborou notas da reunião de Nice realizada em 1 (ou 2) de Junho de 1993 ⁽⁴⁰⁾. Os participantes debateram a situação das matérias-primas. O problema russo foi também analisado pormenorizadamente, antes de uma análise dos mercados nacionais individuais e das regiões. Foi salientado que a Novus estava a vender Alimet na Alemanha a 4,50 marcos alemães (equivalente a 5,62 marcos alemães para a forma cristalina).
- (139) A Nippon Soda forneceu à Comissão uma nota de uma reunião bilateral realizada com []* da Degussa algumas semanas antes, que incluía os preparativos para a reunião do «clube» em Nice ⁽⁴¹⁾. Com efeito, as questões de «interesse comum» debatidas com a Degussa diziam respeito à China, Taiwan, Filipinas e Austrália. Uma reunião preparatória entre a Nippon Soda e a Rhône-Poulenc, realizada na véspera da reunião do «clube» em Nice, dizia igualmente respeito ao mercado europeu. As questões abordadas foram a introdução de um aumento de preços (que tinha sido adiado porque o produto continuava a ser oferecido aos antigos preços, mas que começou a ser aceite durante Maio); actividades dos «perturbadores» (clientes que voltavam a vender a preços mais baixos) nos Países Baixos e noutras locais e as propostas de preços da Nippon Soda à BP no Reino Unido ⁽⁴²⁾.
- (140) A Nippon Soda apresentou também a sua própria nota pormenorizada da «reunião do clube» realizada em Junho de 1993 em Nice ⁽⁴³⁾.
- (141) A nota refere o acordo entre a Rhône-Poulenc e os russos: as exportações russas deveriam limitar-se a 6 000 toneladas destinadas à Rhône-Poulenc e mais 1 000 toneladas que seriam vendidas à Welding, uma empresa da Alemanha. A Rhône-Poulenc ia contactar a Welding solicitando-lhes que «suspendessem quaisquer vendas enquanto estamos a envidar esforços para aumentar o preço de mercado da metionina» (página 3).
- (142) A nota da Nippon Soda relativa à reunião do clube de Junho de 1993 é muito mais pormenorizada no que se refere ao mercado europeu do que a da Degussa.
- (143) A segunda metade da reunião foi passada a «discutir a recente evolução nos mercados regionais e a fixar o preço-objectivo para o terceiro trimestre».
- (144) É feita referência a longas discussões sobre o preço-objectivo para a Europa, que tinha sido previamente acordado em 6,20 marcos alemães/kg e 6,40 marcos alemães/kg (ver considerandos 136 e 137). A Nippon Soda registou, durante as viagens dos seus executivos através da Europa, em Maio, que o preço normal de mercado era de 6,00 florins neerlandeses nos Países Baixos, 2,30 libras esterlinas no Reino Unido e 125 francos belgas na Bélgica. Considerou que o mercado estava muito lento. A Rhône-Poulenc não ficou satisfeita com o facto de a Degussa estar a vender abaixo do preço-objectivo em []*, o que provocava um retorno do produto para a Europa, onde era revendido a apenas 5,32 a 5,33 marcos alemães/kg. Apesar das dificuldades na fixação de preços na Europa «foi praticamente acordado que o actual preço-objectivo de 6,20 marcos alemães/kg se manteria inalterado durante o terceiro trimestre, com excepção dos preços-objectivo aplicáveis a Portugal e Espanha, países onde as moedas tinham novamente registado uma desvalorização de 6 %, e ao Reino Unido, onde o preço-objectivo deveria, tal como tínhamos acordado anteriormente, ser aumentado em duas fases; nestes países os preços seriam fixados posteriormente» ⁽⁴⁴⁾.
- (145) A grande diferença entre o preço-objectivo europeu de 6,20 marcos alemães/kg (3,80 dólares dos Estados Unidos) e o preço-objectivo do Extremo Oriente, de apenas 3,30-3,40 dólares dos Estados Unidos (= 5,25-5,40 marcos alemães) constituía um motivo de preocupação. Caso este diferencial se mantivesse, existia um risco grave de o produto exportado a partir da Europa voltar a entrar no território europeu e destabilizar o preço.
- (146) A reunião seguinte dos membros do cartel realizou-se em Hamburgo, em 6 de Setembro de 1993 [notas de []* ⁽⁴⁵⁾]. Esta reunião incidiu sobre a proposta de aquisição, pela ADM (Archer Daniels Midland), de uma participação de 25 % na fábrica da Rhône-Poulenc em Institute, Virgínia. A rentabilidade da Novus, a sua posição no mercado e os seus objectivos foram também analisados aprofundadamente. Os participantes especularam acerca do que a Novus poderia conseguir ao aumentar os preços e perguntaram, de forma codificada, se «precisam de outra lição?».
- (147) A proposta da Degussa consistia em que se deveria permitir que []* (director europeu da Novus) mostrasse o que valia, aumentando os preços da Novus em 15 %, como contrapartida de uma garantia no que se refere a volumes e clientes ⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾.
- (148) Tal como se pode verificar das notas de conclusão na acta de []*, tinha sido lançado um esquema de repartição de volume: «dados de oito regiões (não países/clientes) só quando a Novus participar; só quando forem conhecidos os objectivos em termos de quota de mercado».
- (149) A base prevista para o esquema — que incluiria um mecanismo de compensação — consistia nas vendas realizadas nos últimos três anos (1990-1992). Na sua resposta à comunicação de objecções, a Degussa alega que se deveria entender da declaração *supra* que []* não acreditava que um sistema de repartição de volumes pudesse ser aplicado sem a cooperação da Novus. A Degussa afirma na sua resposta à comunicação de objecções que o intercâmbio regular de dados relativos aos volumes (ver quadro na página 198 do processo) servia de base para chegar a acordo sobre alterações no preço-objectivo e nunca tinha dado origem a uma repartição de volumes ou clientes entre os participantes.
- (150) Durante a reunião seguinte, realizada em Tóquio em 2 de Dezembro de 1993 (a data manuscrita «2.12.92» é um erro), foram analisadas as questões habituais do controlo das vendas da Rússia e da Novus ⁽⁴⁸⁾. É óbvio que os participantes estavam preocupados com o desafio que constituía a Novus, que estava a obter a quota mais elevada do mercado da metionina com o seu análogo líquido. Tinha alcançado 500 toneladas de vendas na Europa, enquanto a Rhône-Poulenc, a Degussa e a Nippon Soda tinham sofrido uma descida das suas quotas de mercado relativas (ver quadro no final da página 3 da nota).

- (151) Foi também debatida a eficiência biológica relativa da MDL e da MHA em termos de tonelagem. Em resposta à comunicação de objecções da Comissão, a Degussa explica que se tratava de uma proposta da Degussa no sentido de fixar o preço-objectivo de MHA em 80 % do preço-objectivo da MDL (para a Europa).
- (152) Os esforços contínuos dos produtores para manter os preços (identificados pela Rhône-Poulenc como a sua principal preocupação, declaração, página 5) surgem novamente na lista anexa à nota de []*, com a mesma data. É claro que a pressão no sentido da descida dos preços identificada na reunião de Nice tinha obrigado os participantes a baixarem os seus objectivos. O objectivo de 6,20 marcos alemães/kg deixou de ser considerado realista. Para cada mercado nacional ([]* dos então Estados-Membros), a nota refere: i) o «preço-objectivo» (Ziel Q3/93) na moeda nacional e em marcos alemães ou equivalente; ii) o preço «limite» nas mesmas moedas para o mesmo período; iii) alguns preços «efectivos» (Reino Unido, Alemanha, Países Baixos, França, Espanha, Itália) e o preço equivalente para o Alimet e para os produtos líquidos da Rhône-Poulenc (AT 88).
- (153) O preço-objectivo (fixado no início do ano em 6,20 marcos alemães) passou então para 5,65 marcos alemães, e o preço «limite» para 5,50. Afigura-se que estes preços foram posteriormente revistos para valores ainda mais baixos, ou seja, 5,40 e 5,20 marcos alemães, respectivamente ⁽⁴⁹⁾.
- (154) A reunião seguinte, relativamente à qual []* manteve as suas habituais notas pormenorizadas ⁽⁵⁰⁾, realizou-se em Berlim, de 1 a 3 de Março de 1994. Os preços tinham continuado a descer e foi proposto lançar um aumento em Maio/Junho. Foi feita uma análise dos preços nos diferentes mercados nacionais europeus, o que incluiu uma referência a clientes individuais, novos preços e limites de preços.
- (155) No contexto desta reunião, foi elaborado e actualizado um calendário de preços (no mesmo formato que o anexo a relatórios anteriores) no final de Janeiro de 1994, mantendo o objectivo de 5,40 marcos alemães e o equivalente noutras moedas, mas com novos «preços mínimos absolutos» para cada mercado nacional; a última coluna, intitulada «observações» («Bemerkungen»), revela diversos preços mínimos manuscritos, com uma anotação «até 15.5 a Degussa deve anunciar 5,50» ⁽⁵¹⁾.
- (156) Realizou-se uma outra reunião trimestral em Königstein, em 7 de Junho de 1994 ou por volta dessa data ⁽⁵²⁾ (as notas de []* incluem comentários sobre os preços na Dinamarca, Itália, Espanha e Bélgica). No que se refere à Dinamarca, foi elaborada uma breve nota «Alle informiert, mündlich» («todos informados oralmente»), presumivelmente uma referência ao facto de os clientes terem sido avisados do próximo aumento de preços.
- (157) Em 4 de Junho de 1994, a Degussa anunciou um aumento de preços a nível mundial para 5,50 marcos alemães na imprensa especializada («Ernährungsdienst»). Foi igualmente referido que a Rhône-Poulenc («Les Marchés», em 16 de Junho de 1994) aumentou os seus preços tanto para a metionina em pó, como para a metionina líquida (Rhodimet AT 88) em 10 % ⁽⁵³⁾.
- (158) []* elaborou novamente notas exaustivas de preparação para a reunião trilateral em Novembro de 1994 ⁽⁵⁴⁾. A situação de preços em cada país é resumida, com observações sobre clientes individuais.
- (159) Na Alemanha (por exemplo), os preços de mercado situavam-se entre 5,05 e 5,15 marcos alemães. No que se refere a um cliente (Bela) o preço era mesmo inferior a 5,00 marcos alemães; suspeitava-se que a Rhône-Poulenc lhe vendesse componentes russas. Os preços em França foram considerados satisfatórios, mas as quantidades uma «catástrofe».
- (160) []* fez referência a um aumento de preços (presumivelmente o do Verão de 1994), tendo realçado que o «objectivo» não tinha sido alcançado: as entregas a granel registaram um preço inferior a 5,00 marcos alemães/kg. Das notas consta a seguinte observação sucinta: «actualizar lista de preços».
- (161) Parece igualmente que []* encontrou ou contactou a Nippon Soda em 24 de Novembro de 1994, imediatamente antes da reunião principal, e discutiu os preços aplicáveis na Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Reino Unido ⁽⁵⁵⁾.
- (162) Na última reunião relativamente à qual []* elaborou notas ⁽⁵⁶⁾ — realizada no Hotel Juan Carlos I em Barcelona, de 27 a 29 de Novembro de 1994 — após os debates habituais sobre a Rússia, a China e a Novus, os participantes reflectiram sobre a sua incapacidade de, no passado, adoptarem uma visão estratégica da evolução do mercado.
- (163) Tinha-se registado uma «melhoria considerável» na rendibilidade da metionina entre 1991 e 1993, mas em 1994 as margens de lucro diminuíram.
- (164) As observações de []* — e a posição dos restantes — foram registadas da seguinte forma:
- «No passado: compensação após a resolução de um problema; ??
- Não actuamos de forma estratégica, mas apenas segundo tácticas em casos individuais;
- É o pessoal de vendas que determina os clientes.
- “Estou disposto a compensar os clientes que outros perderam”: []*
- Proposta: Compensar sempre por perdas de volume em 1995, boa situação por que as existências da Novus estão baixas.».

- (165) Foi nesta reunião que o sistema de controlo de volume foi mais uma vez analisado:
- «Objectivos de 1995»
- []* proposta: Indexação com base no volume de vendas de 1994 (= 100 %).
- Após o primeiro trimestre, voltar a reunir e comparar dados após o segundo trimestre ...».
- (166) Os produtores analisaram igualmente os preços em cada mercado, possivelmente numa sessão distinta ⁽⁵⁷⁾. []* registou novamente as discussões com algum pormenor. []* da Rhône-Poulenc recordava com nostalgia os primeiros anos:
- «Nunca havia qualquer problema entre []* ⁽⁵⁸⁾ e eu próprio; muitas coisas foram reguladas subsequentemente».
- (167) Na Europa, a taxa aplicada era agora de 5,20 marcos alemães. Foi acordado um novo objectivo de 5,80 marcos alemães e o novo preço devia ser anunciado na imprensa especializada, produzindo efeitos em 1 de Janeiro de 1995 (em Itália e no Reino Unido os preços-objectivo e o preço limite deveriam entrar em vigor «imediatamente, sem excepções!»).
- (168) As reacções dos participantes à proposta da Degussa no que se refere às quotas não ficaram registadas. Na sua resposta de 9 de Setembro de 1999 ao pedido de informações da Comissão (página 21), a Degussa alega que a sugestão de []* não foi aceite. Argumenta que não valia a pena levar a cabo um exercício deste tipo: uma vez que os três participantes em conjunto apenas detinham 65 % do mercado, a troca dos respectivos dados não proporcionaria uma imagem rigorosa do mercado. A Degussa confirmou a sua posição na sua resposta à comunicações de objecções da Comissão.
- (169) Embora seja possível que os participantes nunca tenham aplicado um sistema de repartição de volumes, realizaram regularmente intercâmbios de dados relativos às vendas. Com efeito, a Rhône-Poulenc menciona na sua declaração (página 5) que, durante as reuniões, os três concorrentes «trocaram muitas vezes dados de vendas calculadas numa base regional ou país a país». Subsequentemente, esta empresa desmentiu esta declaração na sua declaração complementar, página 5.
- (170) Contudo, a Nippon Soda confirma que as reuniões trilaterais implicavam normalmente (e nomeadamente) o intercâmbio de informações no que se refere aos fornecimentos das principais componentes da metionina, capacidades, taxas de funcionamento das fábricas e procura do produto (declaração complementar, página 12).
- (171) Na Degussa foi também encontrado um quadro manuscrito ⁽⁵⁹⁾, que comparava as quotas de mercado percentuais da Novus, Rhône-Poulenc, Degussa, Nippon Soda e Sumitomo a nível mundial e para cada região ([]* em 1993, 1994 e 1995.
- (172) O quadro, que foi compilado pela Degussa a partir de uma base de dados informatizada e actualizado regularmente, apresenta as toneladas vendidas por cada produtor em cada mercado nacional. Embora a Degussa alegue que os dados relativos aos seus concorrentes foram obtidos a partir das suas próprias fontes «internas», o rigor de muitos dos dados parecer apontar noutro sentido, tal como o indica o facto de se realizar, durante as reuniões, um intercâmbio regular de dados relativos às vendas. As folhas impressas foram distribuídas no interior da Degussa por []* a []*, []* e []*, sendo todos eles participantes regulares nas reuniões do cartel.
- (173) Segundo a Rhône-Poulenc (declaração, página 5), as reuniões trimestrais do cartel continuaram até Julho de 1998.
- (174) Em Outubro de 1994 (data em que passou a ser responsável pelo desenvolvimento comercial) []* deixou de ser o chefe de *marketing* do departamento de aditivos para animais e deixou, aparentemente, de participar nas reuniões. Consequentemente, não foram encontradas quaisquer notas pormenorizadas relativas ao período após a reunião de Barcelona.
- (175) Parece razoável presumir, na ausência de qualquer registo pormenorizado das reuniões, que estas continuaram a ter na generalidade o mesmo objectivo e conteúdo [a Nippon Soda alega na página 13 da sua resposta ao pedido de informações nos termos do artigo 11.º, de 23 de Fevereiro de 2000 ⁽⁶⁰⁾, que as reuniões eram «cada vez mais um cerimonial» e que os acordos em matéria de preços funcionavam mais através do intercâmbio de informações do que do estabelecimento de preços fixos, mas não existem quaisquer provas documentais que o confirmem].
- (176) Por seu turno, a Rhône-Poulenc forneceu [declaração complementar, página 18 e anexo ⁽⁶¹⁾] instruções da direcção sobre os preços para 1997 que, segundo afirma, reflectem os preços-objectivo para regiões individuais «que se encontravam dentro do intervalo de variação dos preços-objectivo acordados nas reuniões descritas». Mesmo que se tratassem agora de «reuniões amigáveis», o cerimonial incluía a fixação de objectivos, tal como antes.
- (177) A Degussa não enumera quaisquer reuniões após a realizada em 13 e 14 de Outubro de 1997 em Copenhaga. A Nippon Soda identifica uma outra reunião em Düsseldorf, em 13 de Maio de 1998 [página 10 da sua resposta ⁽⁶²⁾].
- (178) Contudo, a Rhône-Poulenc descreve [declaração complementar, páginas 8 e 9 ⁽⁶³⁾] três outras reuniões realizadas durante o último ano de funcionamento do cartel, depois da reunião de Copenhaga de Outubro de 1997 e até à reunião final em Nancy, em 4 de Fevereiro de 1999.

(179) Em Maio de 1998, []* da Rhône-Poulenc, []* da Degussa e []* da Nippon Soda reuniram-se em Francoforte (a Nippon Soda afirma que se tratou de facto de Düsseldorf) em 13 de Maio. As duas empresas europeias explicaram aos novos participantes da Nippon Soda como se tinham realizado as reuniões anteriores e informaram-nos de que os preços tinham de aumentar; a Nippon Soda concordou em seguir qualquer iniciativa em matéria de preços [declaração complementar da Rhône-Poulenc, página 8 ⁽⁶⁴⁾].

5. O TERMO DO CARTEL

(180) Após a partida de []* da Rhône-Poulenc no Outono de 1997, o seu substituto a partir de []* ([]*) deu instruções aos directores (afirma a Rhône-Poulenc) para pôr termo a todos os contactos com os concorrentes. []* telefonou a []* (Degussa), []* (Novus), []* (Nippon Soda) e []* (Sumitomo), para os informar desta instrução [declaração complementar, página 9 ⁽⁶⁵⁾].

(181) A carreira de []* na RPAN foi curta. Ao tornar-se []* em Março de 1998, []* autorizou os executivos da empresa a restabelecer/continuar os contactos com os seus concorrentes; contudo, as reuniões trimestrais deveriam cessar, presumivelmente devido à sua grande visibilidade e ao inerente risco de serem descobertas (nesta altura as investigações das autoridades *antitrust* norte-americanas no sector das vitaminas estavam já muito avançadas).

(182) A reunião seguinte identificada pela Rhône-Poulenc realizou-se em Heidelberg no final do Verão/princípios do Outono de 1998, após os preços terem começado a descer em meados de 1998. []* e []* participaram por parte da Rhône-Poulenc; []* e []* representaram a Degussa. Acordaram em aumentar os preços. A Nippon Soda não participou nestas reuniões.

(183) Na última reunião conhecida, no hotel Mercure em Nancy, em 4 de Fevereiro de 1999, participaram mais uma vez apenas a Degussa []* e a Rhône-Poulenc []*. Contudo — afirma a Nippon Soda — []* e []* debateram as condições do mercado durante o jantar em Paris, nessa mesma noite [resposta ao pedido de informações nos termos do artigo 11.º, página 12 ⁽⁶⁶⁾]. Segundo a Rhône-Poulenc, os participantes na reunião de Nancy avaliaram a dimensão total do mercado []* e as posições respectivas dos produtores; a Rhône-Poulenc afirma que as informações de mercado da Degussa eram «muito boas». Foi acordado um preço-objectivo de 3,20 dólares dos Estados Unidos/5,30 marcos alemães.

(184) Foi presumivelmente por ocasião da reunião de Maio de 1998 que foram acordadas medidas no sentido de pôr termo às reuniões do «clube» e de manter contactos bilaterais. Para além de duas reuniões realizadas em Heidelberg e Copenhaga entre a Degussa e a Rhône-Poulenc, []* e []* da Rhône-Poulenc continuaram os seus contactos telefónicos com os seus homólogos da Nippon Soda.

(185) Estes contactos apenas terminaram em Fevereiro de 1999, quando a direcção da Rhône-Poulenc deu mais uma vez instruções no sentido de terminar esta prática [declaração complementar da Rhône-Poulenc, página 10 ⁽⁶⁷⁾].

PARTE II — APRECIACÃO JURÍDICA

A. COMPETÊNCIA

(186) Os acordos acima descritos afectaram todos os consumidores de metionina estabelecidos nos países do EEE.

(187) O Acordo EEE, que contém disposições relativas à concorrência inspiradas no Tratado CE, entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1994. Por conseguinte, a presente decisão inclui a aplicação, a partir dessa data, das regras de concorrência do Acordo EEE (em especial do n.º 1 do artigo 53.º) aos acordos relativamente aos quais são levantadas objecções ⁽⁶⁸⁾.

(188) Na medida em que os acordos afectaram a concorrência no mercado comum e o comércio entre os Estados-Membros da Comunidade, aplica-se o artigo 81.º do Tratado. Na medida em que as operações do cartel afectaram o comércio entre os países da CE e da EFTA, ou entre os países da EFTA que faziam parte do EEE, aplica-se o artigo 53.º do Acordo EEE.

(189) Se um acordo ou prática afectar exclusivamente o comércio entre Estados-Membros da Comunidade, a Comissão é competente e aplica o artigo 81.º do Tratado. Se, em contrapartida, um acordo afectar apenas o comércio entre Estados da EFTA, o Órgão de Fiscalização da EFTA tem competência exclusiva e aplica as regras de concorrência do EEE previstas no artigo 53.º do Acordo EEE ⁽⁶⁹⁾.

(190) No presente caso, a Comissão tem competência, nos termos do artigo 56.º do Acordo EEE, para aplicar tanto o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, como o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, uma vez que o cartel teve um efeito apreciável sobre o comércio entre Estados-Membros da Comunidade ⁽⁷⁰⁾.

B. APLICAÇÃO DO ARTIGO 81.º DO TRATADO CE E DO ARTIGO 53.º DO ACORDO EEE

1. N.º 1 DO ARTIGO 81.º DO TRATADO CE E N.º 1 DO ARTIGO 53.º DO ACORDO EEE

(191) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE estabelece que são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado

comum, designadamente as que consistam em fixar de forma directa ou indirecta os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção, limitar ou controlar a produção e a distribuição, ou repartir o mercado ou as fontes de abastecimento.

- (192) O n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE (que se inspira no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE) contém uma proibição semelhante. Contudo, a referência que é feita no n.º 1 do artigo 81.º ao comércio «entre Estados-Membros» é substituída por uma referência ao comércio «entre as partes contratantes» e a referência à concorrência «no mercado comum» é substituída por uma referência à concorrência «no território abrangido pelo Acordo EEE».

2. ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS

- (193) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e o artigo 53.º do Acordo EEE proibem os acordos, decisões de associações e práticas concertadas.
- (194) Pode considerar-se que existe um acordo quando as partes aderem a um plano comum, que limita ou que é susceptível de limitar o seu comportamento comercial individual, ao determinar as linhas da sua acção mútua ou ausência de acção no mercado. Não é necessário que seja consignado por escrito; não são necessárias quaisquer formalidades, sanções contratuais ou medidas de aplicação. O facto do acordo pode ser expresso ou implícito no comportamento das partes.
- (195) No seu acórdão nos processos apensos T-305/94, etc. — *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros/Comissão (PVC II)* (71), o Tribunal de Primeira Instância afirmou que: «segundo jurisprudência constante, para que haja acordo, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, basta que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de se comportar no mercado de um modo determinado».
- (196) O artigo 81.º do Tratado (72) estabelece uma distinção entre o conceito de «práticas concertadas» e o de «acordos entre empresas» ou de «decisões de associações de empresas»; o objectivo consiste em fazer abranger pela proibição prevista nesse artigo uma forma de coordenação entre empresas que, sem ter sido levada ao ponto da realização de um acordo propriamente dito, substitui cienteemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas (73).
- (197) Os critérios de coordenação e de cooperação estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal, longe de exigirem a elaboração de um verdadeiro plano, devem ser entendidos à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo as quais cada operador económico deve determinar de modo autónomo a política que pretende adoptar no mercado comum. Se é exacto que esta exigência de autonomia não exclui o direito de os operadores económicos se adaptarem inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores que tenha por objectivo ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer revelar a tal concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir por si próprio no mercado (74).
- (198) Por conseguinte, um determinado comportamento pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, como sendo uma «prática concertada», mesmo se as partes não tiverem chegado a um acordo pleno e prévio quanto a um plano comum definindo a sua acção no mercado, mas adoptaram cienteemente ou aderiram a instrumentos colusivos que facilitavam a coordenação do seu comportamento comercial (75).
- (199) Embora nos termos do n.º 1 do artigo 81.º, a noção de prática concertada implique, para além da concertação entre empresas, um comportamento no mercado que seja consequente com essa concertação pelo nexo de causalidade entre esses dois elementos, há que presumir, sem prejuízo de prova em contrário, que as empresas que participam na concertação e que estão activas no mercado atendem às informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado, principalmente quando a concertação ocorrer regularmente durante um longo período (76).
- (200) Não é necessário, principalmente no caso de uma infracção completa de longa duração, que a Comissão caracterize essa infracção exclusivamente como uma das formas de comportamento ilegal. Os conceitos de acordo e de prática concertada são fluidos e podem sobrepor-se. Com efeito, pode mesmo não ser possível de forma realista efectuar tal distinção, uma vez que uma infracção pode apresentar simultaneamente características de cada forma de comportamento proibido e, ao serem consideradas isoladamente, algumas das suas manifestações poderão rigorosamente ser descritas como um desses comportamentos e não como outro. Contudo, seria artificial em termos de análise subdividir o que é claramente um comportamento comum contínuo, caracterizado por uma única finalidade, vindo nela diversas infracções distintas. Por conseguinte, um cartel pode ser simultaneamente um acordo e uma prática concertada. O n.º 1 do artigo 81.º não prevê qualificação específica para este tipo de infracção complexa (77).
- (201) No seu acórdão PVC II, o Tribunal de Primeira Instância afirmou que «no âmbito de uma infracção complexa, que implicou vários produtores durante vários anos prosseguindo um objectivo de regulação em comum do mercado, não se pode exigir que a Comissão classifique precisamente a infracção, para cada empresa ou a cada momento dado, de acordo ou de prática concertada uma vez que, de qualquer modo, ambas essas formas de infracção são visadas pelo artigo [81.º] do Tratado» (78).

- (202) Para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º, um «acordo» não exige o mesmo grau de certeza que um contrato comercial de direito civil. Além disso, no caso de um cartel complexo de longa duração, o termo «acordo» pode, correctamente, ser aplicado não só a um plano global ou às condições expressamente acordadas, mas também à aplicação do que foi acordado com base nos mesmos mecanismos e na prossecução do mesmo objectivo comum.
- (203) Embora um cartel seja uma empresa comum, cada participante no acordo pode desempenhar o seu papel específico. Um ou mais participantes podem exercer um papel dominante enquanto líderes. Podem ocorrer conflitos e rivalidades internas, ou mesmo «batota», mas tal não impedirá contudo que o acordo constitua um acordo/prática concertada para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, quando existe um objectivo comum, único e contínuo. Um cartel complexo pode, correctamente, ser considerado uma única infracção contínua durante o período em que existiu. O acordo pode ter variado ocasionalmente, ou os seus mecanismos terem sido adaptados ou reforçados por forma a tomar em consideração uma nova situação.
- (204) Com efeito, num cartel complexo de longa duração, em que as diversas práticas concertadas seguidas e os acordos concluídos fazem parte de uma série de esforços envidados pelas empresas para prosseguirem um objectivo comum de eliminar ou falsear a concorrência, a Comissão pode concluir que constituem uma infracção única e contínua. Tal como o Tribunal de Primeira Instância observou sobre este ponto no processo T-7/89 — Hercules/Comissão ⁽⁷⁹⁾, seria artificial dividir esse comportamento contínuo, caracterizado por uma única finalidade, vendo nela diversas infracções distintas: «Com efeito, [a recorrente] participou — durante anos — num conjunto integrado de sistemas que constituíam uma infracção única que se concretizou progressivamente, tanto através de acordos ilegais como através de práticas concertadas ilícitas.».
- (205) O mero facto de cada participante no cartel poder desempenhar o papel que é adequado às suas circunstâncias próprias específicas, não exclui a sua responsabilidade pela infracção no seu conjunto, incluindo actos cometidos por outros participantes, mas que partilham o mesmo objectivo ilegal e o mesmo efeito anticoncorrencial. Uma empresa que participa numa prática ilícita comum através de acções que visavam contribuir para a realização do objectivo partilhado é igualmente responsável, relativamente a todo o período em que participou na referida infracção, pelos comportamentos postos em prática por outras empresas no âmbito da mesma

infracção. É o que se passa, com efeito, quando se prova que a empresa em questão conhecia os comportamentos ilícitos dos outros participantes ou podia razoavelmente prevêê-los e estava pronta a aceitar o risco ⁽⁸⁰⁾.

3. INFRACÇÃO ÚNICA E CONTÍNUA

- (206) Entre Fevereiro de 1986 e Fevereiro de 1999, existem amplos elementos de prova da existência duma colusão única e contínua no mercado do EEE da metionina entre a Aventis, a Nippon Soda e a Degussa, que representam em conjunto cerca de 60 % deste mercado. Com efeito, as partes expressaram mutuamente a sua intenção comum de se comportarem de uma determinada forma no mercado e aderiram a um plano comum no sentido de limitar o seu comportamento comercial individual. Consequentemente, pode considerar-se que o acordo relativo à participação neste plano com o objectivo de restringir a concorrência data, pelo menos, de Fevereiro de 1986. Esta colusão pretendia alcançar um único objectivo económico anticoncorrencial: evitar a concorrência em matéria de preços, chegando a acordo sobre preços-objectivo e aumentos de preços.
- (207) Este plano, que foi subscrito pela Rhône-Poulenc, pela Nippon Soda e pela Degussa, foi desenvolvido e aplicado durante um período de quase 13 anos, através de um complexo de acordos colusivos, acordos específicos e/ou práticas concertadas, com o mesmo objectivo comum de eliminar a concorrência entre as empresas. Os participantes nestes comportamentos ilícitos sabiam, ou tinham necessariamente de saber, que os referidos comportamentos se inseriam num plano global de prossecução daquele objectivo ilícito comum ⁽⁸¹⁾.
- (208) Dada a finalidade e objectivo comum, que os produtores prosseguiram continuamente, de eliminar a concorrência no sector da metionina, a Comissão considera que o comportamento em questão constituiu uma infracção única e contínua ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE. Estes acordos são descritos pormenorizadamente na parte factual da presente decisão. Esta descrição é apoiada por elementos de prova amplos e claros, referidos de forma sistemática em todo o texto. O comportamento em questão constituiu, por conseguinte, uma infracção única e contínua ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (209) Embora se possa considerar, justamente, que os acordos entre produtores apresentam todas as características de um verdadeiro «acordo», alguns elementos factuais do comportamento ilícito poderiam, correctamente, ser descritos como uma prática concertada, se fosse adequado fazê-lo.

- (210) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Degussa contesta a alegação da Comissão segundo a qual, embora as «cimeiras» (ou seja, as reuniões ao mais alto nível entre directores de departamento) possam ter terminado em 1988, verificou-se contudo uma infracção contínua a partir de 1986, uma vez que as reuniões de «pessoal», mais frequentes, não foram interrompidas e prosseguiram. A Degussa alega que é impossível terem sido tomadas decisões ou terem sido concluídos acordos a nível do «pessoal», após terem cessado as reuniões a nível superior. Além disso, a Degussa refere que a Comissão não estabelece qualquer nexo de continuidade entre estas duas categorias de reuniões, nem determina quem participou nas alegadas reuniões a nível do «pessoal».
- (211) Segundo a Degussa, as reuniões cessaram no final de 1988 e a Degussa participou pela primeira vez na infracção na reunião realizada em meados de 1992 ⁽⁸²⁾.
- (212) À luz dos considerandos 95 a 125, o argumento segundo o qual deixou de haver continuidade no sistema ilegal entre 1988 e 1992 deve ser rejeitado. Tal como afirmado no considerando 97, não só os participantes nunca manifestaram qualquer intenção de pôr termo aos seus acordos, mas também o funcionamento do cartel nunca foi interrompido. Com efeito, fica demonstrado nos considerandos 95 a 125 que os participantes continuaram a estar presentes em reuniões em 1989, 1990 e 1991 sem se terem distanciado publicamente do que nelas se passava. Dada a natureza manifestamente anticoncorrencial das reuniões iniciais, a falta de elementos de prova de que a participação nas reuniões não tinha qualquer intenção anticoncorrencial permite concluir que, com efeito, o sistema ilegal prosseguiu ⁽⁸³⁾. A questão de saber se os acordos e/ou práticas concertadas foram de facto aplicados é abordada nos considerandos 278 a 281.
- a aplicação concertada destes aumentos de preços em diferentes mercados,
 - a troca de informações sobre dados de vendas, por forma a controlar as quotas de mercado alcançadas,
 - a fixação concertada de preços a clientes individuais,
 - a limitação concertada, o impedimento ou a «suspensão» de importações provenientes do exterior da Comunidade, por forma a garantir o êxito dos aumentos de preços,
 - a participação em reuniões regulares e outros contactos, com o objectivo de chegar a acordo sobre as restrições supramencionadas e de as aplicar e/ou alterar conforme necessário.
- (215) Este tipo de acordos têm como objecto a restrição da concorrência, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE. Uma vez que o preço constitui o principal instrumento de concorrência, os diversos acordos e mecanismos colusivos adoptados pelos produtores destinavam-se todos, em última análise, a inflacionar os preços em seu benefício e acima do nível que seria determinado pelas condições da livre concorrência.
- (216) Por forma a concluir que o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE são aplicáveis, não é necessário considerar os efeitos reais sobre a concorrência de um acordo, logo que se determine que os acordos tenham por objecto a restrição da concorrência ⁽⁸⁴⁾.
- (217) Contudo, o cartel teve também um efeito restritivo sobre a concorrência. Com efeito, os preços-objectivo e os aumentos de preços que constituíam o objectivo principal do cartel foram acordados, anunciados aos clientes e aplicados em todo o EEE.

4. RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA

- (213) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE mencionam expressamente como restritivos da concorrência os acordos que
- fixam de forma directa ou indirecta os preços de compra ou venda ou quaisquer outras condições de transacção,
 - limitam ou controlam a produção,
 - repartem os mercados ou as fontes de abastecimento.
- (214) No complexo de acordos e disposições em apreço no presente caso, os elementos que se seguem podem ser identificados como relevantes para determinar a existência de uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE:
- o acordo relativo aos preços-objectivo e aos preços mínimos,
 - o acordo relativo aos aumentos concertados de preços,
- (218) Nas suas respostas à comunicação de objecções, a Degussa e a Nippon Soda alegam que a Comissão não demonstrou que se verificava um verdadeiro impacto restritivo sobre a concorrência. O efeito restritivo dos acordos em questão é estabelecido de forma mais pormenorizada nos considerandos 271 a 291 *infra*.

5. EFEITO SOBRE O COMÉRCIO ENTRE ESTADOS-MEMBROS DA COMUNIDADE E ENTRE AS PARTES CONTRATANTES DO ACORDO EEE

- (219) O acordo contínuo entre os produtores teve um efeito apreciável sobre o comércio entre os Estados-Membros da Comunidade e entre as partes contratantes do Acordo EEE.
- (220) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE tem por objecto os acordos susceptíveis de prejudicar a realização do mercado comum entre Estados-Membros, quer através da repartição dos mercados nacionais, quer ao afectar a estrutura de concorrência no mercado comum. Da mesma forma, o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE abrange os acordos que prejudicam a realização de um Espaço Económico Europeu homogéneo.

(221) Tal como demonstrado na secção «Comércio intracomunitário» *supra* (considerando 50), o mercado da metionina caracteriza-se por um volume substancial de trocas comerciais entre Estados-Membros. Existia igualmente um volume considerável de comércio entre a Comunidade e os membros da EFTA do EEE. A Noruega importa 100 % das suas necessidades de metionina principalmente junto da Comunidade, tal como acontecia com a Áustria, a Finlândia e a Suécia antes da adesão.

(222) A aplicação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE a um cartel, não se limita, contudo, à parte das vendas dos membros que implicam, de facto, a transferência de bens entre Estados-Membros. Não é também necessário, para que se apliquem estas disposições, demonstrar que o contacto individual de cada participante, em oposição ao cartel no seu conjunto, afectou o comércio entre Estados-Membros ⁽⁸⁵⁾.

(223) No presente caso, os acordos do cartel abrangeram mais de dois terços do comércio em toda a Comunidade Europeia e no EEE, neste importante sector industrial. A existência de um mecanismo de fixação de preços e de afectação de quotas deve ter resultado, ou foi susceptível de resultar, no desvio automático dos fluxos comerciais do curso que de outro modo teriam seguido ⁽⁸⁶⁾.

6. DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO DE CONCORRÊNCIA APLICÁVEIS À ÁUSTRIA, FINLÂNDIA, NORUEGA E SUÉCIA

(224) O Acordo EEE entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1994. No que se refere ao período anterior a essa data, durante o qual o cartel esteve em funcionamento, a única disposição aplicável ao presente processo é o artigo 81.º do Tratado CE. O artigo 81.º não abrange qualquer restrição da concorrência provocada pelos acordos do cartel na Áustria, Finlândia, Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suécia (então Estados membros da EFTA) antes de 1 de Janeiro de 1994.

(225) No período compreendido entre 1 de Janeiro e 31 de Dezembro de 1994, as disposições do Acordo EEE aplicavam-se aos seis Estados membros da EFTA. Por conseguinte, o cartel constituiu uma infracção tanto ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, como ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, e a Comissão tem competência para aplicar ambas as disposições. A restrição da concorrência nestes seis Estados da EFTA, durante este período de um ano, é abrangida pelo n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(226) Após a adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia à Comunidade, em 1 de Janeiro de 1995, o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado tornou-se aplicável ao cartel, na medida em que afectou a concorrência nestes mercados. O funcionamento do cartel na Noruega continuou a constituir uma infracção ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(227) Na prática, resulta do atrás exposto que o funcionamento do cartel na Áustria, Finlândia, Noruega e Suécia é abrangido pela legislação da concorrência do EEE e/ou da Comunidade, a partir de 1 de Janeiro de 1994.

C. DESTINATÁRIOS

1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

(228) Por forma a identificar os destinatários da presente decisão, é necessário determinar as entidades jurídicas responsáveis pela infracção.

(229) A legislação de concorrência da Comunidade e do EEE tem por objecto a «empresa», conceito que não é idêntico à noção de pessoa colectiva para efeitos do direito comercial, do direito das sociedades ou do direito fiscal nacional. O termo «empresa» não é definido no Tratado. Pode contudo referir-se a qualquer entidade que desenvolva uma actividade comercial.

(230) Consoante os casos, poderá ser possível tratar como «empresa» relevante para efeitos do artigo 81.º do Tratado e do artigo 53.º do Acordo EEE, todo o grupo ou subgrupos individuais ou empresas filiais. Neste contexto, por forma a determinar se uma empresa-mãe deve ser responsabilizada pelo comportamento ilícito de uma filial é necessário estabelecer que a filial «não determina de modo autónomo a sua linha de actuação no mercado, mas aplica, no essencial, as instruções que lhe são dirigidas pela sociedade-mãe» ⁽⁸⁷⁾. Nos processos AEG-Telefunken ⁽⁸⁸⁾ e BPB Industries ⁽⁸⁹⁾, o Tribunal decidiu que quando se trata de uma filial a 100 %, esta segue em princípio, necessariamente, a política traçada pela sociedade-mãe.

(231) No processo *Stora Kopparbergs Bergslags AB* ⁽⁹⁰⁾, o Tribunal sustentou a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que uma empresa-mãe era responsável pelo comportamento da sua filial, afirmando que: «perante a detenção da totalidade do capital desta, o TPI poderia legitimamente supor (...) que a sociedade-mãe exercia efectivamente uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial, especialmente depois de ter observado (...) que durante o procedimento administrativo, [a empresa-mãe] se tinha apresentado como (...) o único interlocutor da Comissão relativamente à infracção em causa». Tal confirma a presunção de que a empresa-mãe de uma filial detida a 100 % exerce uma influência decisiva sobre o comportamento da sua filial. No processo citado, a validade desta presunção foi confirmada por uma indicação adicional, ou seja, o comportamento da empresa-mãe.

(232) Quando se conclui que uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e/ou ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE foi cometida durante um determinado período de tempo, é necessário identificar a pessoa singular ou colectiva responsável pelo funcionamento da empresa na data da infracção.

(233) Quando uma empresa comete uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e/ou ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE e aliena posteriormente os activos que constituíram o veículo da infracção, retirando-se assim do mercado relevante, a empresa em questão continuará a ser considerada responsável pela infracção durante o período em causa, se continuar a existir ⁽⁹¹⁾.

2. DESTINATÁRIOS DA PRESENTE DECISÃO

- (234) No presente caso, a Rhône-Poulenc alterou o seu estatuto jurídico desde o final ou presumível final da sua participação na infracção.
- (235) Contudo, uma alteração do estatuto jurídico ou da sua firma não exime uma empresa da sua responsabilidade relativamente a sanções resultantes do seu comportamento anticoncorrencial. Por conseguinte, a responsabilidade pelo pagamento de uma coima poderá ser transferida para o sucessor quando a empresa que cometeu a infracção deixou legalmente de existir.
- (236) Tal acontece porque o objecto da legislação de concorrência do Tratado CE (e do Acordo EEE) é a empresa, conceito que não é necessariamente idêntico à noção de pessoa colectiva para efeitos do direito comercial, do direito das sociedades ou do direito fiscal nacional.
- (237) A «empresa» não é definida no Tratado CE. Pode tratar-se de qualquer entidade que desempenhe uma actividade comercial. No caso de uma grande empresa multinacional, a miríade de filiais, a estrutura complexa de propriedade e de participações e a organização, para efeitos da gestão das actividades do grupo, em divisões separadas operacionais ou funcionais e/ou áreas geográficas que não correspondem necessariamente à sua estrutura empresarial, poderá tornar a situação complexa. O Tribunal de Primeira Instância decidiu que «o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado dirige-se a entidades económicas constituídas cada uma por uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e incorpóreos que prossegue, de forma duradoura, um objectivo económico determinado, organização esta que pode concorrer para a prática de uma das infracções previstas nesta disposição»⁽⁹²⁾.
- (238) Além disso, embora o objecto das regras de concorrência sejam as empresas, a aplicação da legislação e a imposição e cobrança de qualquer sanção obriga à identificação de uma pessoa colectiva específica responsável pelo comportamento dessa empresa e que pode ser destinatária do processo.
- (239) Tal como o Tribunal de Primeira Instância observou no processo T-6/89 — Enichem Anic/Comissão⁽⁹³⁾, quando, entre o momento em que a infracção foi praticada e o momento em que a entidade responsável pela exploração da empresa tiver deixado de ter existência jurídica, deve, numa primeira fase, proceder-se à localização dos elementos materiais e humanos que concorreram para a prática da infracção com vista a identificar, numa segunda fase, a entidade sobre quem recaiu a responsabilidade da gestão da empresa.
- (240) A pessoa singular ou colectiva a quem é imposta a coima pode, conseqüentemente, ser diferente da que existia na altura em que a infracção foi cometida.
- (241) No caso da Rhône-Poulenc, tal como referido nos considerandos 10 a 17, a sua fusão completa com a Hoechst, de que resultou a Aventis, significa que a responsabilidade é transferida para a nova entidade. Existe uma continuidade óbvia entre a Rhône-Poulenc e a nova entidade em que foi integrada. A Rhône-Poulenc deixou de existir formalmente e a sua personalidade jurídica, bem como todos os seus elementos físicos e humanos, foram transferidos para a Aventis SA.
- (242) Para além da sucessão de responsabilidade entre a Rhône-Poulenc e a Aventis (acima analisada), a questão da atribuição da responsabilidade à filial ou à sua empresa-mãe deve também ser examinada. A Comissão dirigiu a sua comunicação de objecções à Aventis SA e à AAN.
- (243) Neste contexto, a Aventis SA é de opinião de que a decisão final deveria ser exclusivamente dirigida à sua filial AAN, anteriormente RPAN. Para apoiar esta opinião, a Aventis argumenta⁽⁹⁴⁾ que a AAN e as suas filiais formam um subgrupo auto-suficiente do grupo Rhône-Poulenc (agora Aventis), em que a participação da empresa-mãe em última análise, Aventis SA, se limita ao exercício das funções de controlo habituais dos accionistas maioritários; que, ao dirigir a decisão à AAN, a Comissão evitaria prejudicar desnecessariamente a reputação da Hoechst AG (com a qual a Rhône-Poulenc realizou uma fusão em Dezembro de 1999) e da Aventis SA (a empresa-mãe em última análise da entidade resultante da fusão); que, quando no âmbito de um grupo de empresas, a responsabilidade comercial relativa a uma determinada actividade está atribuída e é levada a cabo de forma tão clara por um subgrupo definido, não se pode escolher se a decisão da Comissão deve ser dirigida à empresa-mãe ou às empresas filiais responsáveis de um determinado grupo; e que, por último, a Aventis SA informou a Comissão de que o destinatário da decisão deveria ser a AAN pouco após ter recebido a comunicação de objecções; por conseguinte, a Aventis SA alega que durante todo o processo nunca se apresentou como o destinatário correcto.
- (244) A RPAN (agora AAN) era a entidade, no âmbito da Rhône-Poulenc, responsável pelas actividades de metionina durante todo o período da infracção. A sua participação directa no cartel é estabelecida pelos factos e não é contestada. A Comissão considera contudo que tanto a RPAN (agora AAN) como a Rhône-Poulenc (agora Aventis) podem ser consideradas responsáveis pelo comportamento durante todo o período da infracção. Para além de ser o único accionista da RPAN durante todo o período da infracção (ver considerandos 230 e 231), a Rhône-Poulenc SA (e posteriormente a Aventis SA) foi o único interlocutor da Comissão durante o processo administrativo (apresentando duas declarações!), tendo espontanea e voluntariamente contactado a Comissão antes de receber a comunicação de objecções. Em nenhum momento esta empresa negou o seu conhecimento dos cartéis em que a RPAN participava directamente e nunca, antes de receber a comunicação de objecções, contestou a imputação da infracção.

- (245) Além disso, os representantes jurídicos da Aventis representaram tanto a Aventis SA como a AAN durante todo o processo. Com efeito, em 21 de Dezembro de 2001, o consultor jurídico da Aventis SA e da Aventis Animal Nutrition SA informou a Comissão de que iria apresentar uma única resposta à comunicação de objecções da Comissão, em nome de ambas as empresas.
- (246) De realçar igualmente que a RPAN dependia directamente da divisão fitossanitária e veterinária da Rhône-Poulenc (agora Aventis Agriculture), uma filial a 100 % que dela dependia directamente. Por seu turno, a divisão fitossanitária e veterinária da Rhône-Poulenc cumpria instruções da Rhône-Poulenc, a empresa-mãe em última análise responsável pela gestão do grupo: o seu [], []* (que posteriormente passou para a Aventis Agriculture) é também membro do Comité Executivo da Rhône-Poulenc (agora Aventis).
- (247) Com base no que precede, a Comissão conclui que a Aventis SA (anteriormente Rhône-Poulenc) pode também ser considerada responsável pelo comportamento da sua filial durante todo o período da infracção. Nas circunstâncias do presente caso, afigura-se adequado dirigir a decisão tanto à AAN como à Aventis SA. Deve considerar-se que estas empresas são solidariamente responsáveis por qualquer coima.
- (248) No caso da Degussa, a única questão que se coloca é a sucessão da responsabilidade. Até à sua fusão com a Hüls AG, em 1998, de que resultou a Degussa-Hüls AG, a empresa directamente envolvida nos acordos do cartel era a Degussa AG (Frankfurt am Main). Através de uma fusão total com a Hüls, a Degussa AG (Frankfurt am Main) deixou de ter existência legal e as suas responsabilidades e actividades foram transferidas para a nova entidade, Degussa-Hüls AG. A fusão subsequente entre a Degussa-Hüls e a SKW Trostberg AG, de que resultou a Degussa AG (Düsseldorf), em 2001, implicou que a responsabilidade foi transferida para a nova entidade em que a empresa foi integrada. Desta forma, a decisão será dirigida à Degussa AG.
- (249) Neste contexto, a Degussa afirma que a Comissão, ao calcular o montante da coima, apenas deveria tomar em consideração a dimensão económica da «antiga» Degussa AG (Frankfurt am Main), uma vez que as fusões subsequentes não alteraram a sua posição no mercado da metionina. O impacto efectivo, sobre o mercado relevante, das empresas em causa, tendo em conta a sua dimensão económica, é abordado nos considerandos 297 e seguintes.
- (250) É um facto incontestável que a Nippon Soda participou directa e autonomamente no cartel. Por conseguinte, a totalidade do grupo é responsável pela infracção, sendo assim destinatário da presente decisão.
- apreciação nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE, bem como a aplicação de quaisquer coimas, ao período a partir de Fevereiro de 1986, quando foi realizada a primeira reunião multilateral do cartel conhecida (ver considerandos 82 a 85).
- (252) Tal como demonstram a documentação e a informação fornecidas pela Nippon Soda, foi nesta primeira reunião multilateral do cartel que os participantes acordaram, a nível departamental, estabelecer quotas, fixar preços e realizar reuniões regulares tanto a nível de «cimeiras» como a nível de «pessoal».
- (253) A Rhône-Poulenc, a Degussa e a Nippon Soda participaram nesse acordo. A Rhône-Poulenc confirma, embora com menos precisão do que a Nippon Soda, que o cartel deve ter sido criado por volta de meados dos anos oitenta (a Rhône-Poulenc refere 1985). Dada a declaração pormenorizada e a documentação contemporânea fornecidas pela Nippon Soda e relativas ao funcionamento do cartel durante a década de oitenta, a Comissão pode estabelecer com exactidão o início do cartel em Fevereiro de 1986 (ver considerandos 82-85). A Degussa alega que não participou na infracção até meados de 1992. Admite apenas a realização de duas reuniões antes dessa data e alega não estarem relacionadas com as «cimeiras» (ver considerandos 124 e 125). A Comissão não pode aceitar esta versão dos acontecimentos. Ficou claramente estabelecido na parte factual da presente decisão que a Degussa participou efectivamente na infracção desde o início de 1986 (ver nomeadamente considerandos 82-89, 96-121).
- (254) De salientar que na medida em que afectou a Áustria, a Finlândia, a Noruega e a Suécia, o cartel não constitui uma infracção à legislação da concorrência antes da entrada em vigor do Acordo EEE, em 1 de Janeiro de 1994.
- (255) Embora as reuniões iniciais do cartel («cimeiras» realizadas uma ou duas vezes por ano) tenham cessado na sua forma original no final de 1988 (após um membro ter anunciado que iria abandonar os acordos), os elementos de prova constantes do processo da Comissão revelam claramente não só que as restantes partes nunca manifestaram qualquer intenção de pôr termo aos acordos, mas também que o funcionamento do cartel continuou imperturbável até Fevereiro de 1999, contrariamente ao que a Degussa e a Aventis declararam.
- (256) Tal como estabelecido na parte factual da presente decisão, a alteração da situação causada pelo facto de um membro ter abandonado os acordos e pela chegada ao mercado da Monsanto com o seu produto análogo líquido, pode ter obrigado as restantes partes a adaptar a sua colusão, mas a estrutura básica do mecanismo prosseguiu, tendo inclusivamente evoluído para fazer face às novas condições. Tal não significa que tenha sido formado um novo cartel, mas reflecte simplesmente a evolução orgânica de um mecanismo complexo de colusão.

D. DURAÇÃO DA INFRAÇÃO

- (251) Embora os contactos bilaterais entre os produtores de metionina tivessem ocorrido antes da reunião multilateral inicial, a Comissão limitará neste caso a sua

(257) O cartel prosseguiu até Fevereiro de 1999. Mesmo apesar de as reuniões trilaterais entre a Degussa, a Rhône-Poulenc e a Nippon Soda poderem ter terminado em meados de 1998, os contactos não terminaram (presumindo que terminaram) até Fevereiro de 1999 (reunião de 4 de Fevereiro de 1999, em Nancy).

(258) A Degussa argumenta que, no que lhe diz respeito, a Comissão deveria considerar a reunião de Copenhaga de 1997, como a última data da infracção. Além disso, na sua resposta à comunicação de objecções, a Degussa afirma que a Comissão não especificou durante quanto tempo a Degussa participou no cartel. Considera que a Comissão alega que a Degussa participou até meados de 1998.

(259) A Comissão deve rejeitar estes argumentos. Em primeiro lugar, a Comissão indicou claramente nos pontos 61 e 99 da sua comunicação de objecções (versão alemã) que considera que a Degussa participou na infracção até Fevereiro de 1999. Desta forma, a Degussa não pode alegar que os seus direitos de defesa seriam violados se a Comissão considerasse que a Degussa participou no cartel para além de meados de 1998. Em segundo lugar, a Comissão demonstrou de forma suficiente que continuou de facto a participar até ao fim presumido do cartel, em Fevereiro de 1999 (ver considerandos 182-185).

E. MEDIDAS DE CORRECÇÃO

1. ARTIGO 3.º DO REGULAMENTO N.º 17

(260) Quando a Comissão verifica a existência de uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE ou ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, pode exigir às empresas em causa que ponham termo à infracção, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 ⁽⁹⁵⁾.

(261) Neste caso, a Comissão afirmou na sua comunicação de objecções que não era possível declarar com absoluta certeza que a infracção tinha cessado.

(262) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Aventis realça que se tinha assegurado de que a AAN tinha cessado completamente a sua participação em quaisquer acordos ilegais no sector da metionina, desde o início de Fevereiro de 1999, alguns meses antes de ter contactado a Comissão para divulgar o cartel neste sector. A Nippon Soda afirmou que tinha posto termo à sua participação em Fevereiro de 1999. A Degussa alega que cessou a sua participação em 1997.

(263) Apesar destas observações, e para que não restem dúvidas, é necessário exigir que as empresas que conti-

nuam a desenvolver actividades no mercado da metionina e que são destinatárias da presente decisão ponham termo à infracção, se não o fizeram já, e se abstenham doravante de qualquer acordo, prática concertada ou decisão de associação com efeito ou objecto igual ou semelhante.

2. N.º 2 DO ARTIGO 15.º DO REGULAMENTO N.º 17

CONSIDERAÇÕES DE ORDEM GERAL

(264) Nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, a Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas coimas entre mil e um milhão de euros, podendo este montante ser superior, desde que não exceda 10 % do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção, sempre que, deliberada ou negligentemente, cometam uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e/ou no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(265) Ao fixar o montante da coima, a Comissão deverá tomar em consideração todas as circunstâncias relevantes e, em especial, a gravidade e a duração da infracção, que constituem os dois critérios expressamente referidos no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

(266) O papel desempenhado por cada empresa participante na infracção será apreciado de forma individual. Em especial, a Comissão fará reflectir na coima aplicada quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes e aplicará, conforme adequado, a Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas ⁽⁹⁶⁾.

(267) Ao apreciar a gravidade da infracção, a Comissão tomará em consideração a sua natureza, o seu impacto efectivo sobre o mercado, quando este pode ser apreciado e a dimensão do mercado relevante. O papel desempenhado por cada empresa participante na infracção será também apreciado de forma individual.

O MONTANTE DA COIMA

(268) O cartel constituiu uma infracção deliberada ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE: plenamente cientes do carácter restritivo do seu comportamento e, além disso, do seu carácter ilegal, os principais produtores de metionina chegaram a acordo para criar um sistema secreto e institucionalizado destinado a restringir a concorrência num sector industrial significativo.

1. O montante de base

- (269) O montante de base é determinado em função da gravidade e duração da infracção.

Gravidade

- (270) Ao apreciar a gravidade da infracção, a Comissão toma em consideração a sua natureza, o seu impacto efectivo sobre o mercado, quando este pode ser apreciado, e a dimensão do mercado geográfico relevante.

Natureza da infracção

- (271) Decorre dos factos acima apresentados que a infracção consistiu em práticas de partilha de mercado e de fixação de preços, que constituem, pela sua própria natureza, o tipo mais grave de infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

- (272) Nos acordos de cartel participaram importantes operadores do EEE e estes acordos foram concebidos, dirigidos e promovidos ao mais alto nível de cada empresa participante⁽⁹⁷⁾. Pela sua própria natureza, a aplicação de um acordo de cartel do tipo acima descrito conduz automaticamente a uma importante distorção da concorrência, que beneficia exclusivamente os produtores participantes no cartel e é altamente prejudicial para os clientes e, em última análise, para o público em geral.

- (273) Desta forma, a Comissão considera que esta infracção constitui, pela sua própria natureza, uma infracção muito grave ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

- (274) A Nippon Soda argumenta que a Comissão não demonstrou de forma suficiente a gravidade real da infracção ao apreciar a sua natureza (e para efeitos da fixação de uma eventual coima), embora não conteste que a infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE está estabelecida. A este respeito, a Nippon Soda refere que não só o cartel não tinha capacidades (e em especial capacidades demonstradas) para exercer qualquer influência significativa no mercado europeu, mas que foi também extremamente ineficaz. Na opinião da Nippon Soda, os documentos da Comissão revelam que os participantes nas reuniões tinham pouca ou nenhuma capacidade para controlarem o mercado da forma que seria de esperar de um cartel eficaz.

- (275) A Comissão rejeita esta abordagem. Em primeiro lugar, está demonstrado (ver considerandos 276-291) que a infracção teve impacto no mercado da metionina do EEE. Em segundo lugar, o facto de o cartel não ter alcançado todos os resultados desejados pelos seus membros não prova, de forma alguma, que o cartel não produziu quaisquer efeitos sobre o mercado. É óbvio que os cartéis de fixação de preços e de repartição de mercados prejudicam, pela sua própria natureza, o funcionamento correcto do mercado único. O que é importante é que a estrutura de concorrência normal que teria vigorado no mercado único da metio-

nina foi substituída por um mecanismo de colusão em matéria do preço do produto, ou seja, a componente essencial da concorrência. Como tal, considera-se que a infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE é muito grave.

Impacto efectivo da infracção sobre o mercado da metionina no EEE

- (276) A infracção foi cometida por empresas que, durante o período relevante, detinham a maior parte⁽⁹⁸⁾ dos mercados mundial e europeu da metionina. Além disso, os acordos destinavam-se especificamente a elevar os preços para um nível superior àquele que teriam normalmente alcançado e a restringir as quantidades vendidas. Uma vez que estes acordos foram aplicados, produziram um impacto efectivo sobre o mercado.

- (277) Não é necessário quantificar pormenorizadamente em que medida os preços foram diferentes dos que poderiam ter vigorado na ausência destes acordos. Com efeito, esta diferença nem sempre pode ser avaliada de forma segura, uma vez que diversos factores externos podem afectar simultaneamente as tendências dos preços do produto, o que torna extremamente difícil chegar a conclusões sobre a importância relativa de todos os efeitos causais possíveis.

- (278) Contudo, os acordos do cartel foram aplicados. Durante todo o período do cartel, as partes trocaram os seus dados de vendas e, com base nestes dados, tal como a Degussa confirma na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão, as partes acordaram novos preços-objectivo (ver considerandos 88, 128, 130, 139, 150, 154). O intercâmbio destas informações relativas às vendas e às quotas de mercado foi fundamental em termos da pressão contínua exercida sobre os preços constituindo, por conseguinte, um elemento essencial do cartel. Na prática, os novos preços-objectivo foram efectivamente anunciados aos clientes, normalmente através da imprensa especializada (ver considerandos 88, 136, 157, 167). As partes controlaram de perto a aplicação destes acordos, através da organização de reuniões regulares multilaterais e bilaterais. Nestas reuniões, as partes trocavam informações relativas às vendas, discutiam os preços do mercado (o que lhes permitia controlar se os preços-objectivo acordados tinham sido alcançados) e, se necessário, acordavam um ajustamento dos preços-objectivo (ver, por exemplo, considerandos 88, 128, 130, 139, 150, 154).

- (279) Embora durante os primeiros anos do cartel as partes (que controlavam praticamente toda a produção de metionina) se puderam centrar no aumento dos preços da metionina (ver considerandos 98, 103, 106, 112, 128, 136, 137), estas iniciativas tornaram-se cada vez mais difíceis a partir da entrada da Monsanto (Novus) no mercado. Quando os preços começaram a descer de forma significativa devido aos efeitos combinados da chegada da Monsanto ao mercado da metionina e de uma quebra generalizada da procura (a Rhône-Poulenc

- refere 30 % no Verão e Outono de 1989), os membros do cartel conseguiram, apesar disso, inverter esta tendência no sentido da descida, através dos seus esforços conjuntos: foram aplicados, com êxito, aumentos de preços desde Julho de 1990 até 1992-1993. Posteriormente, os esforços das empresas centraram-se na manutenção dos preços existentes (ver, por exemplo, considerandos 137, 152-153, 160).
- (280) Esta situação foi confirmada por uma nota apresentada pela Nippon Soda relativa a uma reunião realizada em 17 de Maio de 1993 ⁽⁹⁹⁾, que revela que os preços no mercado de metionina estavam a aumentar. A Degussa conseguia vender metionina a 6,80 marcos alemães/kg a um dos seus maiores clientes, a Cebeco. Antes da reunião de 7 de Novembro de 1990, os preços situavam-se ainda em 2,50 dólares dos Estados Unidos/kg [4,03 marcos alemães/kg ⁽¹⁰⁰⁾]. Tal como referido no considerando 112, os membros do cartel concordaram, na sua reunião de Novembro de 1990, em aumentar os preços de 2,50 dólares dos Estados Unidos/kg para 2,80 dólares dos Estados Unidos/kg [4,51 marcos alemães/kg ⁽¹⁰¹⁾]. A Nippon Soda refere preços em dólares dos Estados Unidos mais elevados: o primeiro aumento em Janeiro (1991) deveria aumentar os preços em dólares dos Estados Unidos para 3,30-3,50 dólares dos Estados Unidos/kg [equivalente a 5,10 marcos alemães/kg, segundo informação da própria Nippon Soda; 5,31 marcos alemães/kg-5,64 marcos alemães/kg, com base nos dados Eurostat ⁽¹⁰²⁾] e o segundo aumento deveria aumentar os preços para 3,60/3,70 dólares dos Estados Unidos/kg [5,80-5,92 marcos alemães/kg ⁽¹⁰³⁾].
- (281) Tendo em conta o que precede e o esforço envidado por cada participante na organização complexa do cartel, não existem dúvidas de que o acordo anticoncorrencial foi aplicado durante todo o período relevante da infracção. Esta aplicação contínua, durante um período de mais de dez anos, deve ter produzido um impacto sobre o mercado. Nos considerandos 279 e 280 demonstra-se que foi de facto o que aconteceu.
- (282) A Nippon Soda refere que a sua capacidade de causar um dano significativo aos outros operadores ou aos consumidores em qualquer mercado abrangido pela competência da Comissão é praticamente inexistente, porque a empresa não efectua quaisquer vendas próprias no EEE e apenas desempenhou um papel passivo no cartel. A Nippon Soda vende a sua metionina à Mitsui no Japão, que posteriormente vende o produto no EEE, detendo uma quota de mercado estimada em apenas []*. Além disso, a Nippon Soda afirma que o próprio cartel foi extremamente ineficaz (ver considerandos 274-275). Segundo a Nippon Soda, os elementos de prova constantes no processo da Comissão demonstram que os participantes tinham apenas uma capacidade limitada de influenciar o mercado. Com efeito, a Nippon Soda alega que, na prática, os produtores não dispunham nem da capacidade nem da vontade necessárias para fixar os preços do mercado, independentemente das discussões realizadas nas suas reuniões. Para apoiar a sua argumentação, a Nippon Soda cita os próprios elementos de prova da Comissão relativos ao período 1992-1993, que revelam que os preços desceram repetidamente abaixo do preço-objectivo de 6,20 marcos alemães/kg.
- (283) Além disso, os membros do alegado cartel parecem ter «feito batota», de tal forma que as reuniões perderam gradualmente o seu sentido, degenerando em eventos sociais antes de cessarem completamente. Embora a Nippon Soda concorde que nenhum destes factores exime necessariamente uma empresa do facto de ter cometido uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, cada um deles constitui um contributo e, segundo a declaração da Nippon Soda, é determinante para efeitos da conclusão da Comissão no que se refere à «gravidade» de qualquer infracção que se conclua que a Nippon Soda cometeu.
- (284) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Degussa chega às mesmas conclusões, realçando que a infracção se limitou à fixação de preços-objectivo. Segundo a Degussa, nunca existiu qualquer acordo sobre um mecanismo para aplicar aumentos de preços ou para repartir quotas, volumes ou clientes. Não existia também qualquer mecanismo de controlo que incluísse um sistema de compensação para controlar a aplicação do acordo.
- (285) Com efeito, segundo a Degussa, os elementos de prova revelam que, apesar das reuniões entre a Rhône-Poulenc, a Nippon Soda e a Degussa, os preços continuaram a descer (5 marcos alemães/kg no Verão de 1984).
- (286) A Degussa afirma que o cartel era também ineficaz porque a Novus (com uma quota de mercado a nível do EEE de []*) não participou nos acordos. Pela mesma razão, os participantes nunca puderam aplicar aumentos de preços ou um regime de repartição de volumes. Consequentemente, segundo a Degussa, a infracção teve apenas um impacto «insignificante» no mercado do EEE.
- (287) Nenhum dos argumentos utilizados pelas partes para minimizar a conclusão da Comissão de que o cartel produziu um verdadeiro efeito sobre o mercado é conclusivo. As explicações dadas para provar a incapacidade de alcançar os preços-objectivo (em especial a partir de 1992-1993), poderão ser em certa medida válidas, mas não demonstram de forma convincente que a aplicação do acordo do cartel não teve qualquer influência sobre a fixação e flutuação dos preços no mercado da metionina. Com efeito, dado que as partes substituíram a situação incerta da livre concorrência por uma colusão contínua, os preços foram necessariamente estabelecidos a um nível diferente daquele que teria vigorado num mercado competitivo.
- (288) O facto, salientado pela Nippon Soda e pela Degussa, de que, apesar de todos os esforços do cartel, os preços da metionina foram diminuindo ao longo do tempo, ilustra certamente as dificuldades com que as partes se depararam para aumentar os preços numa situação de mercado difícil. Contudo, não demonstra que a prática ilegal não produziu qualquer efeito no mercado, não demonstrando também que os preços não foram mantidos acima de um nível concorrencial.
- (289) Pelo contrário, ao analisar os esforços combinados dos membros do cartel (ver considerando 278 e seguintes), poderá justificadamente concluir-se que durante todo o período do cartel, incluindo após 1992/1993, os membros do cartel conseguiram manter os preços a um nível superior àquele que seria alcançado sem os acordos ilícitos.

- (290) Tal como referido no considerando 275, o facto de os resultados desejados pelos participantes no cartel não terem sido completamente alcançados não prova, de forma alguma, que o cartel não tenha afectado o mercado. Por outro lado, é inconcebível, nomeadamente tendo em conta os riscos envolvidos, que as partes tivessem repetidamente acordado em reunir-se em diferentes locais no mundo inteiro para fixar preços-objectivo durante o período da infracção, se considerassem que o cartel tinha um impacto reduzido ou nulo sobre o mercado da metionina.
- (291) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Degussa refere que os próprios elementos de prova da Comissão vêm apoiar a sua alegação de que a Degussa e a Rhône-Poulenc actuaram de forma completamente autónoma no mercado entre 1989 e 1990 (ver considerandos 101 e 102). Contudo, este argumento não pode ser aceite. Não só a Comissão dispõe de amplos elementos de prova que revelam que a Rhône-Poulenc e a Degussa continuaram, de facto, a participar na infracção entre 1989 e 1991 (ver considerandos 95-125), mas o facto de a Rhône-Poulenc e a Degussa poderem ter «objectivos ocultos» que as levavam a ignorar, em certa medida, os compromissos que assumiram perante os outros participantes no cartel, não implica que não tenham aplicado o acordo de cartel. Tal como o Tribunal de Primeira Instância decidiu no processo Cascades, «uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício»⁽¹⁰⁴⁾.
- A dimensão do mercado geográfico relevante*
- (292) O cartel abrangia a totalidade do mercado comum e, após a sua criação, a totalidade do EEE. Todas as partes do mercado comum e do EEE estiveram sob a influência da colusão. Para efeitos do cálculo da gravidade, a Comissão considera, por conseguinte, que a totalidade da Comunidade e, depois da sua criação, a totalidade do EEE foram afectadas pelo cartel.
- Conclusão da Comissão sobre a gravidade da infracção*
- (293) Tendo em conta a natureza do comportamento em análise, o seu impacto efectivo sobre o mercado da metionina e o facto de ter abrangido a totalidade do mercado comum e, depois da sua criação, a totalidade do EEE, a Comissão considera que as empresas objecto da presente decisão cometeram uma infracção muito grave ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- Classificação dos participantes no cartel*
- (294) Na categoria das infracções muito graves, a escala proposta de coimas possíveis permite aplicar um tratamento diferenciado às empresas, por forma a tomar em consideração a capacidade económica efectiva dos infractores para prejudicarem significativamente a concorrência, permitindo também fixar a coima a um nível que garanta um efeito suficientemente dissuasivo. Tal parece ser particularmente necessário quando, tal como no presente caso, existe uma disparidade considerável na dimensão das empresas que participaram na infracção.
- (295) No presente caso, que envolve diversas empresas, será necessário, ao fixar o montante de base das coimas, ter em consideração o peso específico e, por conseguinte, o impacto efectivo sobre a concorrência, do comportamento ilícito de cada empresa.
- (296) Para o efeito, as empresas em causa podem ser divididas em diversas categorias, em função da sua importância relativa no mercado em causa, podendo esta divisão ser ajustada, sempre que adequado, por forma tomar em consideração outros factores e, principalmente, a necessidade de garantir um efeito dissuasivo suficiente.
- (297) Como base de comparação da importância relativa das empresas no mercado em causa, a Comissão considera adequado, no presente caso, utilizar as suas quotas respectivas no mercado mundial do produto. Dado o carácter global do mercado, estes dados fornecem a imagem mais adequada da capacidade das empresas participantes para prejudicarem significativamente os outros operadores no mercado comum e/ou no EEE. Além disso, a quota no mercado mundial de cada parte no cartel fornece também uma indicação da sua contribuição para a eficácia do cartel no seu conjunto ou, inversamente, da instabilidade que teria afectado o cartel caso essa empresa não participasse. A comparação baseia-se nas quotas do mercado mundial para o produto, no último ano civil completo da infracção (ano de 1998).
- (298) A Rhône-Poulenc e a Degussa situavam-se entre os três principais produtores de metionina no mercado geográfico relevante. Em 1998, as suas quotas estimadas do mercado mundial elevavam-se a []* e []*, respectivamente.
- (299) A Nippon Soda era um operador de menores dimensões no mercado mundial da metionina. Em 1998, a sua quota de mercado estimada elevava-se a []*, ou seja quase quatro vezes inferior à da Rhône-Poulenc, o produtor de menores dimensões seguinte.
- (300) No que se refere ao EEE, em 1998 a quota de mercado da Rhône-Poulenc elevava-se a cerca de []* e a da Degussa a aproximadamente []*. Contudo, a Nippon Soda representava apenas cerca de []* do mercado do EEE da metionina (na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão, a Nippon Soda estimava a sua quota no mercado EEE em []*).
- (301) Desta forma, a Rhône-Poulenc e a Degussa constituirão uma primeira categoria. A Nippon Soda constituirá uma segunda categoria.

(302) Com base no que precede, a Comissão fixa os montantes de base das coimas determinadas em função da gravidade, da seguinte forma:

- Aventis SA/AAN e Degussa: 35 milhões de euros,
- Nippon Soda: 8 milhões de euros.

Efeito dissuasivo suficiente

(303) Por forma a garantir que a coima produz um efeito dissuasivo suficiente e toma em consideração o facto de as grandes empresas disporem de conhecimentos jurídicos e económicos e de infra-estruturas que lhes permitem mais facilmente reconhecer que o seu comportamento constitui uma infracção e estarem conscientes das consequências que dela decorrem nos termos da legislação da concorrência, a Comissão determinará seguidamente se é necessário qualquer outro ajustamento ao montante inicial para qualquer das empresas.

(304) Com volumes de negócios a nível mundial de respectivamente []* e []* em 2000, a Aventis e a Degussa são operadores de muito maiores dimensões do que a Nippon Soda (volume de negócios a nível mundial de []* em 2000). Neste contexto, a Comissão considera que o ponto de partida adequado para uma coima resultante do critério da importância relativa no mercado relevante, necessita de um novo ajustamento no sentido da subida, por forma a tomar em consideração a dimensão e os recursos globais da Aventis e da Degussa, respectivamente.

(305) Com base no que precede, a Comissão considera que, para garantir um efeito suficientemente dissuasivo, é necessário que o ponto de partida da coima determinada nos termos do considerando 302 seja aumentado em 100 % ($\times 2$), para 70 milhões de euros, no que se refere à Degussa e à Aventis SA.

Duração da infracção

(306) A Comissão considera que a Aventis, a Degussa e a Nippon Soda cometeram uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, entre Fevereiro de 1986 e Fevereiro de 1989 e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, entre 1 de Janeiro de 1994 e Fevereiro de 1999.

(307) Embora a Nippon Soda não conteste a duração da própria infracção, alega que o período que deverá ser tomado em consideração para efeitos da determinação da coima não pode ser de treze anos. Para apoiar o seu argumento, refere que a natureza e a composição das reuniões mudaram ao longo dos anos e que gradualmente as reuniões «se esgotaram»; que a Comissão tinha apresentado poucos elementos de prova relativamente a determinados períodos; e que a Comissão tinha recolhido e reconhecido elementos de prova segundo os quais algumas actividades cessaram numa fase muito inicial do período de treze anos.

(308) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Nippon Soda refere que, embora a comunicação em matéria de coimas indique que uma infracção de «longa duração»

pode justificar um aumento de 10 % por ano, tal não significa que todas as infracções devam ser sujeitas a este aumento «anual». Em segundo lugar, o objectivo de analisar separadamente a duração consiste em permitir que sejam impostas sanções relativamente às restrições «que têm um impacto prejudicial sobre os consumidores durante um longo período». Tal como foi anteriormente analisado na secção «Gravidade», a Nippon Soda alega que o impacto efectivo sobre os consumidores não ficou demonstrado. Em terceiro lugar, a Nippon Soda afirma que seria errado, ao calcular as coimas, considerar a duração como o período compreendido entre o primeiro e o último elemento de uma infracção complexa, sem apreciar o que ocorreu entre eles.

(309) Por seu turno, a Aventis não contesta de forma significativa a duração da infracção na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão, embora levante algumas dúvidas quanto à credibilidade das informações da Nippon Soda relativas à data de início da infracção, em especial no que se refere à reunião de Fevereiro de 1986. Tal como já mencionado, afirma neste contexto que o facto de não possuir informações mais pormenorizadas sobre os contactos na década de oitenta não deve ser considerado como um esforço para ocultar esses contactos, devendo-se apenas, como é normal, ao facto de as recordações e os registos serem mais completos nos anos noventa. O início e duração dos acordos de cartel foram estabelecidos nos considerandos 82-86 e 251-259. Por último, a Degussa contesta firmemente a duração da infracção, admitindo apenas a sua participação entre 1992 e 1997. A duração da participação da Degussa na infracção é analisada nos considerandos 251-259).

(310) A Comissão deve rejeitar os argumentos da Nippon Soda. Após ter estabelecido a existência e a duração da infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, a Comissão deverá tomar em consideração, na determinação da coima, a duração total da infracção. Tal como o Tribunal de Justiça afirmou (ao sustentar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância) no processo C-49/92 P — Comissão/Anic Partecipazioni SpA, é correcto considerar-se um cartel complexo como uma infracção única e contínua durante o período em que existiu, apesar de o acordo poder ter variado ocasionalmente, ou os seus mecanismos terem sido adaptados ou reforçados por forma a tomar em consideração uma nova situação. A validade desta apreciação não é afectada pela possibilidade de um ou mais elementos de uma série de acções ou de um comportamento contínuo poderem, individualmente e por eles próprios, constituir uma violação ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE. Por conseguinte, é correcto considerar-se que a infracção existiu entre Fevereiro de 1986 e Fevereiro de 1999.

(311) A Comissão conclui, assim, que a Aventis, a Degussa e a Nippon Soda cometeram uma infracção durante doze anos e dez meses. Os montantes iniciais das coimas determinados pela gravidade (ver considerandos 302 e 311) são desta forma aumentados em 10 % por ano (e 5 % por seis meses), ou seja, em 125 %.

Conclusão sobre os montantes de base

(312) Desta forma, a Comissão fixa os montantes de base das coimas da seguinte forma:

- Aventis SA/AAN: 157,5 milhões de euros,
- Degussa AG: 157,5 milhões de euros,
- Nippon Soda Company Ltd: 18 milhões de euros.

2. Circunstâncias agravantes

Papel de líder na infracção

- (313) A Comissão tem na sua posse elementos que indicam que determinados destinatários da presente decisão tomaram iniciativas no sentido de lançar o cartel.
- (314) Tal como referido nos considerandos 82-84, a Rhône-Poulenc e a Degussa contactaram em primeiro lugar os seus homólogos japoneses para estabelecerem acordos anticoncorrenciais de fixação de preços no mercado da metionina e para limitar as importações japonesas no EEE. A Rhône-Poulenc recorda da reunião de 1990 que, juntamente com a Degussa, acordaram em «fazer com que a Nippon Soda aderisse ao sistema» (ver *supra*, considerando 110).
- (315) Por outro lado, se se considerar todos os elementos de prova no presente processo, tal como descritos na parte factual da presente decisão, concluiu-se que a iniciativa do cartel foi conjunta. Concluiu-se que todos os membros do cartel participaram na maior parte das reuniões do cartel e organizaram, rotativamente, tais reuniões. Participaram todos activa e directamente na infracção, trocando informações sobre as vendas e analisando e debatendo os preços-objectivo.
- (316) Além disso, a Aventis alega que a RPAN nunca obrigou qualquer outra empresa a participar no cartel, nem actuou como instigadora ou líder. Afirma que a Nippon Soda desempenhou um papel muito activo no cartel e que muitas vezes a própria Degussa actuava como líder ⁽¹⁰⁵⁾.
- (317) A Degussa alega que não se deve considerar que desempenhou um papel mais activo no cartel do que a Rhône-Poulenc ou a Nippon Soda. Relativamente à afirmação, constante da comunicação de objecções, de que a reunião de 1987 em Francoforte foi presidida pela Degussa, esta empresa alega que se limitou a fornecer uma sala de reuniões e a apresentar os participantes individuais. Quando a Rhône-Poulenc afirma que []* da Degussa organizou uma reunião com a Nippon Soda em Hong Kong, deverá entender-se que a Degussa apenas contactou a Nippon Soda após uma decisão conjunta da Degussa e da Rhône-Poulenc, que conduziu à organização da reunião em Hong Kong. Por último, a Comissão deverá tomar em consideração o facto de as suas actividades durante 1991 e 1994 terem sido salientadas porque a maior parte das informações relativas a

este período se basearem nas notas elaboradas por []* da Degussa.

(318) À luz do que precede, a Comissão considera que não pode ser identificado qualquer líder específico do cartel.

3. Circunstâncias atenuantes

Papel exclusivamente passivo na infracção

- (319) A Nippon Soda afirma na sua resposta que, na medida em que as discussões disseram respeito ao EEE, desempenhou sempre um papel passivo na infracção. Alega que a sua reduzida quota no mercado mundial e do EEE da metionina (no qual, além disso, apenas está presente através da Mitsui) significava que os produtores europeus actuavam como líderes naturais em questões relevantes para os mercados europeus. []*.
- (320) A capacidade económica efectiva das empresas para influenciarem o mercado do EEE com base na sua dimensão económica foi tomada em consideração no cálculo da coima de base (ver considerandos 294-302).
- (321) A Comissão não tem qualquer razão para considerar que a Nippon Soda desempenhou um papel passivo, «de seguidora do líder» na infracção. A Nippon Soda participou na grande maioria das reuniões do cartel identificadas e participou directa e activamente na infracção. Com efeito, a Nippon Soda participou nas reuniões e trocou informações acerca das vendas durante toda a sua participação. Desta forma, a Nippon Soda não pode argumentar que desempenhou um papel exclusivamente «passivo» ⁽¹⁰⁶⁾.
- (322) O próprio documento da Nippon Soda de 5 de Maio de 1990 ⁽¹⁰⁷⁾, por exemplo, indica claramente que em 1989, «a Nippon Soda e a Rhône-Poulenc tentaram persuadir a Degussa a não acompanhar os preços baixos que estavam nessa altura a ser oferecidos pela Monsanto e pela Sumitomo», intervindo assim activamente na definição das operações do cartel.
- (323) Desta forma, a Comissão conclui que a Nippon Soda não tem direito a beneficiar de uma redução da coima com base num alegado papel exclusivamente passivo no cartel.
- (324) Por último, o facto de a Nippon Soda ser um interveniente de menores dimensões no mercado da metionina não a exime da sua responsabilidade enquanto empresa. Em especial, a Nippon Soda poderia ter comunicado o cartel à Comissão.

Não aplicação, na prática, dos acordos ilegais

- (325) Tal como referido nos considerandos 278-281, a Comissão considera que os acordos anticoncorrenciais foram cuidadosamente aplicados. Esta circunstância atenuante não é, consequentemente, aplicável a nenhum dos destinatários da presente decisão.

Outras circunstâncias atenuantes

- (326) Tal como acima referido (ver considerandos 282-287), a Nippon Soda e a Degussa afirmaram que a Comissão devia considerar que os acordos apenas produziram um impacto «insignificante» no mercado do EEE. Tanto a Nippon Soda como a Degussa afirmam que, não obstante os acordos do cartel, os preços continuaram a descer abaixo dos preços-objectivo acordados. Tanto a Degussa como a Nippon Soda afirmaram igualmente que os participantes nem sempre estavam dispostos a aplicar os acordos.
- (327) A Comissão considera que a infracção teve um impacto efectivo no mercado do EEE, tal como foi analisado nos considerandos 276-291. Em primeiro lugar, a Comissão realça que a aplicação dos acordos sobre os preços-objectivo não implica, necessariamente, que sejam exactamente aplicados esses preços. A não aplicação regular desses preços-objectivo não constitui, necessariamente, uma circunstância atenuante. Pode considerar-se que os acordos são aplicados quando as partes fixam os seus preços de modo a deslocá-los em direcção ao preço-objectivo acordado. Foi o que se passou no cartel que afectou o mercado da metionina.
- (328) Em segundo lugar, embora tal já tenha sido referido no considerando 291, a Comissão realça mais uma vez que o facto de uma empresa, cuja participação numa concertação com os seus concorrentes em matéria de preços ficou demonstrada, não se ter comportado no mercado de um modo conforme ao convencionado com os seus concorrentes não constitui necessariamente um elemento que deva ser tomado em consideração, como circunstância atenuante, aquando da determinação do montante da coima a aplicar. Tal como acima referido, uma empresa que prossegue, apesar da concentração com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode, simplesmente, tentar utilizar o acordo em seu benefício ⁽¹⁰⁸⁾.
- (329) Quanto à alegação da Nippon Soda (ver *supra*, considerando 282), segundo a qual a sua participação nos acordos do cartel apenas pode ter causado um impacto insignificante em qualquer mercado abrangido pelo âmbito da competência da Comissão, uma vez que não vende ela própria metionina no EEE, a Comissão realça que o simples facto de a Nippon Soda vender no EEE através de um distribuidor independente não constitui, em si, uma circunstância atenuante. No que se refere à Nippon Soda, ficou demonstrado não só que participou activamente nos acordos do cartel durante toda a duração do mesmo (ver considerandos 319-324), mas também que a infracção teve um impacto efectivo sobre o mercado (ver considerandos 276-291). Tal como acima referido, a Comissão tomou devidamente em consideração o facto de que a dimensão económica da Nippon Soda, comparativamente com os outros membros do cartel, implicou que a sua capacidade económica efectiva para influenciar o mercado do EEE era menor (ver considerandos 294-302).
- (330) A Degussa afirma igualmente que tomou medidas para impedir qualquer infracção futura às regras *antitrust*. Neste contexto, adoptou um programa de cumprimento da legislação. A Comissão saúda o facto de a Degussa ter instituído uma política de cumprimento da legislação

antitrust. Contudo, considera que esta iniciativa chegou demasiado tarde e não pode, enquanto instrumento de prevenção, dispensar a Comissão do seu dever de penalizar uma infracção das regras de concorrência cometida pela Degussa no passado. À luz do que precede, a Comissão não tomará em consideração a adopção, por parte da Degussa, de um programa de cumprimento da legislação, enquanto circunstância atenuante para justificar uma redução na coima.

- (331) Desta forma, a Comissão conclui que não existem quaisquer circunstâncias atenuantes aplicáveis aos participantes na presente infracção que afecta o mercado da metionina.

4. Aplicação da comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas

- (332) Os destinatários da presente decisão cooperaram com a Comissão em diversas fases da investigação da infracção, com o objectivo de obterem o tratamento favorável previsto na comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas. Por forma a satisfazer as expectativas legítimas das empresas em causa quanto à não aplicação ou à redução das coimas com base na sua cooperação, a Comissão analisa seguidamente em que medida as partes em questão satisfizeram as condições previstas na Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas.

Não aplicação ou redução muito substancial da coima («secção B»)

- (333) A Aventis alega que reúne as condições previstas na comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas para obter uma redução de pelo menos 75 % da coima ou mesmo uma isenção da coima que de outra forma lhe seria aplicada.
- (334) A Aventis (AAN) refere que foi o primeiro produtor a tomar a iniciativa de informar a Comissão da existência do cartel da metionina e da sua participação nesse cartel, e que foi também o primeiro produtor a apresentar elementos de prova decisivos sem os quais, segundo a Aventis, o cartel poderia não ter sido descoberto. Além disso, a Aventis refere que a RPAN teria já terminado a sua participação no cartel quando informou a Comissão acerca da sua existência, em Maio de 1999.
- (335) A Aventis alega ainda que cooperou continuamente com a Comissão e que forneceu todas as informações na sua posse. Além disso, a Aventis afirma que não obrigou nenhuma outra empresa a participar no cartel nem actuou como instigador ou líder, contrariamente ao que afirma a Nippon Soda.
- (336) Além disso, a Aventis (sucessora da Rhône-Poulenc) ⁽¹⁰⁹⁾ contesta qualquer sugestão expressa ou tácita, incluída na comunicação de objecções, segundo a qual a Rhône-Poulenc teria tentado ocultar ou minimizar os contactos entre os produtores na década de oitenta. Pelo contrário, afirma a Aventis, o início e o final dos contactos entre os produtores de metionina não teriam sido divulgados se não fosse a Rhône-Poulenc, que foi a única empresa a descrever as três últimas reuniões, a partir de Maio de 1998 até Fevereiro de 1999. A Aventis refere que tinha

conhecimento, ao denunciar o cartel, que este seria considerado como uma infracção de longa duração, ou seja de mais de cinco anos, e que este factor poderia provocar um aumento significativo no montante da coima. Por último, segundo a Aventis, a Comissão devia considerar que a AAN não participou em nenhuma outra infracção anterior do mesmo tipo.

- (337) A Aventis refere igualmente que em cartéis como o cartel da metionina, a comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas deveria ser aplicada de forma mais efectiva: se a Comissão não conceder uma isenção à primeira empresa que a informou acerca das práticas ilegais num cartel como o da metionina, a política de não aplicação ou de redução de coimas da Comissão não produzirá o efeito desejado de incitar as empresas a denunciarem um cartel.
- (338) A Comissão admite que a Aventis foi a primeira empresa a apresentar elementos de prova decisivos da existência de um cartel internacional, que afectava o EEE, no sector da metionina. Esta informação foi fornecida através de uma declaração apresentada pela Rhône-Poulenc em 26 de Maio de 1999, após a qual a Comissão realizou uma investigação nas instalações da Degussa-Hüls. Desta forma, a Aventis preenche as condições previstas na secção B da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas.
- (339) A Comissão regista que a Rhône-Poulenc não estava em condições de fornecer qualquer elemento de prova documental acerca da infracção, uma vez que os funcionários da RPAN não elaboraram ou não mantiveram quaisquer documentos relevantes. A Comissão salienta igualmente que a declaração não foi exaustiva no que se refere ao funcionamento do cartel durante a década de oitenta. Inicialmente, com base nas informações à sua disposição, a Aventis considerou mesmo que estes acordos «não constituíam um esforço organizado para chegar a acordos de fixação de preços ou de repartição do mercado e que tinham cessado em 1987 ou 1988». A Comissão reconhece contudo que esta afirmação se pode justificar devido a uma recordação incompleta dos acontecimentos, tal como afirmou a Aventis/AAN. Em último lugar, a Comissão salienta que a Aventis não contestou de forma substancial os factos descritos na comunicação de objecções da Comissão. A Comissão tomará em consideração todos estes elementos ao determinar o montante da redução da coima.
- (340) Por conseguinte, a Comissão concede à Aventis uma redução de 100 % da coima que de outra forma lhe seria aplicada, caso não tivesse cooperado com a Comissão.
- (341) A Nippon Soda afirma que as informações que forneceu acerca da infracção no período anterior a 1990 justificam que se considere que esta empresa preenche todas as condições previstas nas secções B ou C da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. A Nippon Soda argumenta que se a Comissão concluir que os elementos de prova fornecidos pela Nippon Soda acerca das infracções anteriores a 1990 não preenchem as condições previstas nos pontos B ou C da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas, não estará a reconhecer o mérito que é devido à

Nippon Soda pelas suas contribuições referentes a este período. Desta forma, a Nippon Soda solicita que a Comissão utilize o seu poder discricionário para reconhecer e recompensar o valor acrescentado proporcionado pela Nippon Soda relativamente ao período anterior a 1990, concedendo-lhe uma redução superior à prevista na comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas.

- (342) Nem a Nippon Soda nem a Degussa foram as primeiras empresas a fornecer à Comissão informações decisivas sobre o cartel de metionina, tal como exigido na alínea d) da secção B da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. Estas empresas não preenchem também a condição prevista na alínea a) da mesma secção B.

Redução substancial da coima («secção C»)

- (343) A Nippon Soda e a Degussa não foram as primeiras empresas a fornecer à Comissão informações decisivas sobre o cartel da metionina, tal como exigido na alínea a) da secção C da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. Por conseguinte, nenhuma das empresas acima referidas preenche as condições previstas na secção C.

Redução significativa da coima

- (344) No que se refere ao período anterior a 1990, a Nippon Soda alega que preencheu e excedeu todas as condições previstas na secção D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. Desta forma, deveria ser-lhe concedido o nível máximo de redução da coima disponível nos termos desta secção D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas, no que se refere ao período posterior a 1990, ou seja, 50 %. Todavia, a Nippon Soda argumenta que a sua cooperação no âmbito do presente processo permitiu que a Comissão elaborasse um processo relativo ao período posterior a 1990 muito mais sólido e bem documentado do que seria de outra forma possível. Desta forma, a Nippon Soda considera que a Comissão deveria utilizar o seu poder discricionário para conceder um nível de redução de coima superior relativamente a este período. Por último, a Nippon Soda argumenta igualmente que lhe deveria ser concedida uma redução da coima por não ter contestado nenhum dos factos incluídos na comunicação de objecções.
- (345) A Comissão admite que a Nippon Soda forneceu informações que contribuíram de forma significativa para estabelecer os factos relativos à existência dos acordos do cartel anteriores a 1990. Contudo, tal como acima referido, a Nippon Soda não pode beneficiar das disposições previstas nas secções B ou C da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas porque não foi a primeira empresa a apresentar elementos de prova decisivos, tal como é exigido na alínea b) da secção B e na alínea a) da secção C ⁽¹¹⁰⁾.
- (346) A Comissão conclui que a Nippon Soda preenche as condições previstas no primeiro e segundo travessões do n.º 2 da secção D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas.

- (347) As informações prestadas pela Nippon Soda eram pormenorizadas e, por conseguinte, foram amplamente utilizadas pela Comissão no âmbito da sua investigação. A Nippon Soda forneceu informações valiosas relativas aos antecedentes, origem e funcionamento do cartel. Tal como acima referido, a Comissão considera que as informações fornecidas pela Nippon Soda relativamente ao período anterior a 1990 contribuíram significativamente para o estabelecimento da existência dos acordos do cartel entre 1986 e 1990. A Comissão reconhece igualmente que a Nippon Soda não contestou os factos, tal como apresentados na comunicação de objecções. Por forma a tomar plenamente em consideração o valor das informações fornecidas no que se refere aos acordos do cartel anteriores a 1990 e outros aspectos da contribuição da Nippon Soda para a investigação (incluindo a não contestação dos factos), a Comissão conceder-lhe-á uma redução de 50 % da coima que lhe teria sido aplicada se não tivesse cooperado com a Comissão.
- (348) Por seu turno, a Degussa afirma que cooperou amplamente com a Comissão durante a sua investigação, fornecendo informações valiosas sobre o funcionamento do cartel entre 1992 e 1997, excedendo assim de forma significativa a sua obrigação legal de responder aos pedidos de informação da Comissão. A Degussa alega que colaborou com a Comissão para esclarecer, classificar e inserir os documentos no contexto correcto, o que permitiu que a Comissão demonstrasse o funcionamento do cartel entre 1992 e 1997. Consequentemente, a Degussa alega que preenche as condições exigidas para uma redução significativa da coima.
- (349) A Comissão salienta, contudo, que as informações fornecidas pela Degussa foram quer encontradas durante as investigações realizadas nas instalações da Degussa-Hüls em 16 de Junho de 1999, quer fornecidas pela Degussa em resposta ao pedido de informações da Comissão de 28 de Julho de 1999.
- (350) Neste contexto, a Degussa alega que a Comissão, na sua comunicação de objecções, recusou incorrectamente aceitar a natureza voluntária da cooperação da Degussa. A Degussa afirma que, segundo jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância⁽¹¹¹⁾, não era obrigada a responder às questões que a Comissão formulou na sua carta nos termos do artigo 11.º, porque «ultrapassavam claramente elementos puramente factuais».
- (351) A Comissão não pode aceitar este argumento e reafirma a sua opinião de que a maior parte da cooperação da Degussa não pode ser considerada «voluntária». Com efeito, as informações fornecidas pela Degussa na resposta ao pedido de informações nos termos do artigo 11.º são, na sua maioria, inteiramente abrangidas pelo âmbito do dever de uma empresa, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, de responder integralmente a tais pedidos. Nenhuma das perguntas incluídas na carta da Comissão nos termos do artigo 11.º referidas pela Degussa em apoio à sua alegação pode ser considerada como prejudicial para os direitos de defesa da Degussa. Tal como o Tribunal decidiu no processo Orkem⁽¹¹²⁾, o Regulamento n.º 17 não reconhece à empresa que seja objecto de uma medida de investigação qualquer direito de se furtar à execução dessa medida em virtude de o seu resultado poder fornecer a prova de uma infracção que cometeu às normas da concorrência. Pelo contrário, impõe à empresa uma obrigação de colaboração activa, que implica que ponha à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objecto do inquérito.
- (352) No seu pedido de informações, a Comissão pretendeu principalmente obter um esclarecimento factual dos documentos (e de algumas citações pouco claras apresentadas nesses documentos) encontrados nas instalações da Degussa durante a investigação realizada em 16 de Junho de 1999 e a apresentação de documentos já existentes. É jurisprudência estabelecida dos Tribunais⁽¹¹³⁾ que a Comissão pode solicitar esta clarificação factual. Neste contexto, o Tribunal de Primeira Instância afirmou⁽¹¹⁴⁾ que «o facto de ser obrigado a responder às questões colocadas pela Comissão, relativas unicamente a factos, [...] não é susceptível de violar o princípio do respeito dos direitos da defesa ou o direito a um processo equitativo. Com efeito, nada impede o destinatário de demonstrar mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, ao exercer os seus direitos da defesa, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão».
- (353) Contudo, a Comissão admite que a Degussa não podia ter sido obrigada a fornecer todas as informações que forneceu e que estas confirmaram a grande maioria das reuniões realizadas entre 1992 e 1997, bem como diversos dos factos em questão. No que se refere à cooperação global da Degussa no âmbito da investigação, a Comissão conclui, por conseguinte, que a Degussa preenche as condições previstas no primeiro travessão do n.º 2 da secção D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas e concede a esta empresa uma redução de 25 % da coima que lhe teria sido aplicada caso não tivesse cooperado com a Comissão.
- (354) Contudo, a Degussa contesta os factos apresentados na comunicação de objecções no que se refere à duração do cartel. A Degussa alega que «os factos, tal como descritos na comunicação de objecções, apenas são correctos na medida em que afirmam que a Degussa participou num acordo ilegal entre meados de 1992 e 1997 (reunião de Copenhaga)». A Comissão demonstrou na parte factual da presente decisão que a Degussa participou, com efeito, nos acordos de cartel durante todo o período da infracção. Desta forma, a Comissão conclui que a Degussa não preenche as condições previstas no segundo travessão do n.º 2 da secção D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas. Consequentemente, a Degussa não preenche as condições exigidas para uma redução da coima, nos termos do segundo travessão do n.º 2 da secção D da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas.

Conclusão sobre a aplicação da comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas

(355) Concluindo, no que se refere à natureza da sua cooperação e à luz das condições previstas na comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas, a Comissão concederá aos destinatários da presente decisão as seguintes reduções às respectivas coimas:

- à Aventis SA/AAN: uma redução de 100 %,
- à Degussa AG: uma redução de 25 %,
- à Nippon Soda Company Ltd: uma redução de 50 %.

5. Montantes finais das coimas aplicáveis no presente processo

(356) Concluindo, as coimas a aplicar, nos termos do n.º 2, alínea a) do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, são as seguintes:

- Aventis SA/AAN: 0 euros,
- Degussa AG: 118 125 000 euros,
- Nippon Soda Company Ltd: 9 000 000 de euros,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A Aventis SA e a Aventis Animal Nutrition SA, solidariamente responsáveis, a Degussa AG e a Nippon Soda Company Ltd cometeram uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE ao participarem, da forma e na medida apresentadas nos considerandos, num complexo de acordos e de práticas concertadas no sector da metionina.

A duração da infracção foi a seguinte:

- desde Fevereiro de 1986 até Fevereiro de 1999.

Artigo 2.º

As empresas enumeradas no artigo 1.º deverão pôr imediatamente termo à referida infracção caso não o tenham feito já. Deverão doravante abster-se, no que se refere às suas actividades no sector de metionina, de quaisquer acordos ou práticas concertadas com efeito ou objecto igual ou semelhante ao da infracção.

Artigo 3.º

Desta forma, são aplicadas as seguintes coimas às empresas designadas no artigo 1.º, no que se refere à infracção nele verificada:

- Degussa AG, uma coima de 118 125 000 euros,
- Nippon Soda Company Ltd, uma coima de 9 000 000 de euros.

Artigo 4.º

A coima será paga no prazo de três meses a contar da data de notificação da presente decisão na seguinte conta bancária:

Conta n.º 642-0029000-95 da Comissão Europeia no:

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA
Avenue des Arts/Kunstlaan, 43
B-1040 Bruxelas

Código SWIFT: BBVABEBB

Código IBAN: BE76 6420 0290 0095

Decorrido este período, serão automaticamente devidos juros à taxa aplicável pelo Banco Central Europeu às suas principais operações de refinanciamento no primeiro dia do mês em que a decisão foi adoptada, acrescida de 3,5 pontos percentuais.

Artigo 5.º

São destinatárias da presente decisão:

Aventis SA
1, avenue de l'Europe
F-67300 Strasbourg

Aventis Animal Nutrition SA
42, avenue Aristide Briand
F-92150 Antony

Degussa AG
Bennigsenplatz 1
D-40474 Düsseldorf

Nippon Soda Company Ltd
Edifício Shinotemachi
2-2-1 Otemachi/Chiyoda-Ku
Tokyo 100-8165 (Japão)

A presente decisão constitui título executivo nos termos do artigo 256.º do Tratado.

Feito em Bruxelas, em 2 de Julho de 2002.

Pela Comissão

Mario MONTI

Membro da Comissão

(*) Partes deste texto foram omitidas a fim de garantir a não divulgação de informações confidenciais. Essas partes estão entre parênteses rectos e marcadas com um asterisco.

(¹) JO L 13 de 21.2.1962, p. 204.

(²) JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

(³) JO L 354 de 30.12.1998, p. 18.

(⁴) JO C 241 de 8.10.2003.

(⁵) JO L 395 de 30.12.1989, p. 1.

(⁶) Processo IV/M.1378, JO C 254 de 7.9.1999, p. 5.

(⁷) [1767].

- (⁸) [1800-1801, 1802-1805, 1806-1809, 1810-1813, 1814-1820].
- (⁹) Resposta da Sumitomo nos termos do artigo 11.º, p. 6 e seguintes.
- (¹⁰) [1767].
- (¹¹) [1614-1615].
- (¹²) [1732].
- (¹³) [1616].
- (¹⁴) [1767].
- (¹⁵) Esta distinção pode não ter sido tão clara para outras empresas como para a Nippon Soda: a Degussa continuou sempre a utilizar o termo «cimeira». Todavia, parece que o rumo e o objectivo das reuniões se alteraram com a chegada da Monsanto (cujas actividades de metionina foram posteriormente separadas, para formar a Novus) no mercado europeu em 1988-1989.
- (¹⁶) [1802-1805].
- (¹⁷) [1712-1713, 1719].
- (¹⁸) [1719-1720].
- (¹⁹) Declaração da Nippon Soda de 23 de Fevereiro de 2000, p. 4 e 5 [1767-1768].
- (²⁰) [1800-1801].
- (²¹) [1800-1801].
- (²²) Trata-se obviamente de um erro de dactilografia. O que está em causa é 1990.
- (²³) A nota revela igualmente que os membros do cartel estavam principalmente preocupados com a chegada da Monsanto no mercado (documentos encontrados na Degussa que revelam dados relativos à Monsanto sobre as vendas em toneladas em 1990 e sobre os seus principais clientes, demonstram que a Monsanto constituía a principal preocupação do cartel, ver p. [49] e [50-51]. Em diversas ocasiões durante o período de funcionamento do cartel, tentaram que a Monsanto cooperasse.
- (²⁴) [1712].
- (²⁵) [1768].
- (²⁶) [1772-1773].
- (²⁷) [1773].
- (²⁸) [1782-1799].
- (²⁹) [558].
- (³⁰) [134-137].
- (³¹) [195].
- (³²) [136].
- (³³) [567].
- (³⁴) [192-193].
- (³⁵) [198].
- (³⁶) [190-191].
- (³⁷) [187].
- (³⁸) [173].
- (³⁹) [192-193].
- (⁴⁰) [175-180].
- (⁴¹) [1806-1809].
- (⁴²) [1810-1813].
- (⁴³) [1814-1820].
- (⁴⁴) [1914-1820] (p. 5).
- (⁴⁵) [167-172].
- (⁴⁶) [167-172] (p. 4).
- (⁴⁷) No âmbito dos acordos, foi por diversas vezes sugerido que os participantes deveriam tentar convencer a Novus a aderir. Contudo estas iniciativas não deram resultados.
- (⁴⁸) [154-158].
- (⁴⁹) [154-158] (última página).
- (⁵⁰) [118-121].
- (⁵¹) [122].
- (⁵²) [125-133].
- (⁵³) [59].
- (⁵⁴) [105-115].
- (⁵⁵) [105-115] (p. 11).
- (⁵⁶) [80-83].
- (⁵⁷) [97].
- (⁵⁸) []* da Degussa, que participou até 1991.
- (⁵⁹) [294].
- (⁶⁰) [1776].
- (⁶¹) [1773, 1745-1754].
- (⁶²) [1773].
- (⁶³) [1724-1725].
- (⁶⁴) [1724].
- (⁶⁵) [1725].
- (⁶⁶) [1775].
- (⁶⁷) [1726].
- (⁶⁸) Ver Acta Final do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (JO L 1 de 3.1.1994, p. 3).
- (⁶⁹) Nos termos do n.º 1, alínea b), do artigo 56.º do Acordo EEE, e sem prejuízo da competência da Comissão das Comunidades Europeias nos casos em que o comércio entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia é afectado, o Órgão de Fiscalização da EFTA é também competente nos casos em que o volume de negócios das empresas em causa no território da EFTA seja igual ou superior a 33 % do seu volume de negócios no território do EEE.
- (⁷⁰) Ver *infra*, capítulo 5, «Efeito sobre o comércio entre Estados-Membros da Comunidade e partes contratantes do Acordo EEE».
- (⁷¹) Processos apensos T-305/94 etc. — Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros/Comissão (PVC II), Col. 1999, p. II-931, ponto 715.
- (⁷²) A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância analisada *infra* no que se refere à interpretação do termo «acordos» e da expressão «práticas concertadas» no artigo 81.º do Tratado CE expressa princípios já consagrados antes da assinatura do Acordo EEE. Desta forma, aplica-se igualmente a estas expressões na medida em que são utilizadas no artigo 53.º do Acordo EEE. Por conseguinte, as referências ao artigo 81.º aplicam-se igualmente ao artigo 53.º
- (⁷³) Processo 48/69 — Imperial Chemical Industries/Comissão, Col. 1972, p. 619, ponto 64.
- (⁷⁴) Processos apensos 40-48/73 etc. — Suiker Unie e outros/Comissão, Col. 1975, p. 1663.
- (⁷⁵) Ver igualmente acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-7/89 — Hercules/Comissão, Col. 1991, p. II-1711, ponto 256.
- (⁷⁶) Ver acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-199/92 P — Hüls/Comissão, Col. 1991, p. I-4287, pontos 158-166.
- (⁷⁷) Acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-7/89 — Hercules/Comissão, ponto 264.
- (⁷⁸) Ponto 696.
- (⁷⁹) Acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-7/89 — Hercules/Comissão, pontos 262-263.
- (⁸⁰) Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-49/92 — Comissão/Anic, Col. 1999, p. I-4125, ponto 83.
- (⁸¹) Ver acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-25/95 e outros — Cimenteries CBR e outros/Comissão, Col. 2000, p. II-491, ponto 2430.
- (⁸²) Segundo a resposta da Degussa à carta da Comissão nos termos do artigo 11.º, esta reunião realizou-se em Lisboa, de 15 a 17 de Março de 1992. Na sua resposta à comunicação de objecções, a Degussa refere-se à mesma reunião como a reunião de «Barcelona» de 1992, mas é óbvio que, na verdade, em vez de «Barcelona» se deverá ler «Lisboa».

- (⁸³) Ver, por exemplo, acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-25/95 — Cimenteries SBR/Comissão, Col. 2000, p. II-491; acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-21/99 — Dansk Rorindustri A/S/Comissão, pontos 41-49 (ainda não publicado); acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-12/89 — Solvay & Cie SA/Comissão, Col. 1992, p. II-907, pontos 98-99; acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-141/89 — Tréfileurope/Comissão, Col. 1995, p. II-791, pontos 85-86.
- (⁸⁴) Acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-25/95 — Cimenteries SBR/Comissão, Col. 2000, p. II-491, ponto 3927. Ver também acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância nos processos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94 — European Night Services/Comissão, Col. 1998, p. II-3196, ponto 136, em que o Tribunal fez esta afirmação especificamente em relação a acordos de fixação de preços.
- (⁸⁵) Acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-13/89 — Imperial Chemical Industries/Comissão, Col. 1992, p. II-1021, ponto 304.
- (⁸⁶) Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça nos processos apensos 209 a 215 e 218/78 — Van Landewyck e outros/Comissão, Col. 1980, p. 3125, ponto 170.
- (⁸⁷) Processo 48/69 — Imperial Chemical Industries, Col. 1972, p. 619, pontos 132-133.
- (⁸⁸) Processo 107/82 — AEG-Telefunken, Col. 1983, p. 3151, pontos 50.
- (⁸⁹) Processo T-65/89 — BPB Industries, Col. 1993, p. II-0389, ponto 149 (Recurso rejeitado por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-310/93, Col. 1995, p. I-0865).
- (⁹⁰) Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-286/98 — Stora Kopparbergs Bergslags AB, Col. 2000, p. I-9925, ponto 29.
- (⁹¹) Decisões da Comissão no processo Polipropileno (JO L 230 de 18.8.1986, p. 1, ponto 96); no processo PVC, JO L 74 de 17.3.1989, p. 1, ponto 43; e no processo Cartão, JO L 243 de 19.9.1994, p. 1, ponto 156. Ver também processo T-6/89 — Enichem Anic SpA/Comissão (Polipropileno), Col. 1991, p. II-1623. Acórdão sustentado pelo Tribunal de Justiça no processo C-49/92 P — Comissão/Anic Partecipazioni SpA, Col. 1999, p. I-4125. Ver também processo T-327/94 — SCA Holdings Ltd/Comissão, Col. 1998, p. II-1373. Acórdão sustentado pelo Tribunal de Justiça no processo C-297/98 P — SCA Holdings Ltd, Col. 2000, p. I-10101.
- (⁹²) Processo T-352/94 — Mo Och Domsjö AB/Comissão, Col. 1998, p. II-1989, ponto 87.
- (⁹³) Ver igualmente acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Stora Kopparbergs Bergslags AB/Comissão, Col. 2000, p. I-9925, pontos 37 e 38.
- (⁹⁴) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Aventis faz referência à sua carta de 17 de Janeiro de 2002 dirigida à Comissão, em que apresenta as razões que a levam a considerar que a AAN deveria ser a destinatária da decisão e não a Aventis SA.
- (⁹⁵) Nos termos do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 2894/94 do Conselho, de 28 de Novembro de 1994, relativo a certas regras de aplicação do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, «são aplicáveis *mutatis mutandis* as normas comunitárias de execução dos princípios enunciados nos artigos 85.º e 86.º (actuais artigos 81.º e 82.º) do Tratado CE» (JO L 305 de 30.11.1994, p. 6).
- (⁹⁶) JO C 207 de 18.7.1996, p. 4.
- (⁹⁷) Ver considerando 61.
- (⁹⁸) Os membros do cartel abrangiam praticamente todo o mercado durante os primeiros anos do cartel. Após a entrada da Monsanto (Novus a partir de 1991) no mercado, os membros do cartel começaram, gradualmente, a perder quotas de mercado. Todavia, perto do final da infracção, os participantes continuavam a deter mais de 60 % dos mercados mundial e europeu da metionina.
- (⁹⁹) [1806-1809].
- (¹⁰⁰) 1 dólar dos Estados Unidos = 1,61147 marcos alemães em 1990 (taxa de câmbio oficial do Eurostat).
- (¹⁰¹) 1 dólar dos Estados Unidos = 1,61147 marcos alemães em 1990 (taxa de câmbio oficial do Eurostat).
- (¹⁰²) 1 dólar dos Estados Unidos = 1,61147 marcos alemães em 1990 (taxa de câmbio oficial do Eurostat).
- (¹⁰³) 1 dólar dos Estados Unidos = 1,61147 marcos alemães em 1990 (taxa de câmbio oficial do Eurostat).
- (¹⁰⁴) Processo T-308/94, Col. 1998, p. II-925, ponto 230.
- (¹⁰⁵) Resposta da Aventis à comunicação de objecções da Comissão, p. 14.
- (¹⁰⁶) Ver, por exemplo, ponto 365 da decisão da Comissão no processo COMP/36.545/F3, Amino-ácidos (JO L 152 de 7.6.2001, p. 24).
- (¹⁰⁷) Ver considerando 98 e seguintes.
- (¹⁰⁸) Processo T-308/94 — Cascades SA/Comissão, Col. 1998, p. II-925, ponto 230.
- (¹⁰⁹) Tal como analisado *supra*, ver secção «Destinatários».
- (¹¹⁰) A Nippon Soda também não preenche a condição prevista na alínea a) da secção B.
- (¹¹¹) Acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância em 20 de Fevereiro de 2001 no processo T-112/98 — Mannesmann Röhren-Werke AG/Comissão e acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo 374/87 — Orkem/Comissão, Col. 1989, p. 3283, ponto 35.
- (¹¹²) Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo 374/87 — Orkem/Comissão, Col. 1989, p. 3283, ponto 27.
- (¹¹³) Acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância em 20 de Fevereiro de 2001 no processo T-112/98 — Mannesmann Röhren-Werke AG/Comissão, pontos 70, 77 e 78; acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo 374/87 — Orkem/Comissão, Col. 1989, p. 3283, pontos 37, 38 e 40. Ver também acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-227/92 P — Hoechst AG/Comissão, Col. 1989, p. 2859 e as conclusões do advogado-geral Mischo apresentadas em 20 de Setembro de 2001 no processo C-94/2000 — Roquette Frères SA/Comissão no que se refere aos poderes conferidos à Comissão pelo artigo 14.º do Regulamento n.º 17 para lhe permitir dar cumprimento às tarefas que lhe são cometidas pelo Tratado CE a fim de determinar a existência de qualquer infracção aos artigos 81.º ou 82.º do Tratado CE.
- (¹¹⁴) *Ibid.*, ponto 78.

DECISÃO DA COMISSÃO

de 30 de Outubro de 2002

relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE
(COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution e COMP/36.321 Omega
— Nintendo)

[notificada com o número C(2002) 4072]

(Apenas fazem fé os textos nas línguas inglesa, portuguesa, grega, alemã, italiana e sueca)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2003/675/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

1. OS FACTOS

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

1.1. Os interessados directos no processo

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu,

- (1) Na presente decisão, as referências aos interessados directos serão feitas da seguinte forma: na parte relativa aos factos, far-se-á referência aos autores da infracção. Na parte relativa à apreciação jurídica, far-se-á referência aos destinatários efectivos da presente decisão.

Tendo em conta o Regulamento n.º 17 do Conselho, primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado ⁽¹⁾, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 ⁽²⁾, e, nomeadamente, o seu artigo 3.º e o n.º 2 do seu artigo 15.º,

1.1.1. O grupo de empresas Nintendo

Tendo em conta a denúncia apresentada pela Omega Electro BV, em 28 de Novembro de 1996, participando uma infracção aos artigos 81.º e 82.º do Tratado por parte da Nintendo Netherlands BV e da Nintendo UK Ltd e solicitando à Comissão que lhe pusesse termo e aplicasse uma coima,

- (2) A última empresa-mãe do grupo Nintendo é a Nintendo Corporation Ltd («NCL»), uma empresa cotada na bolsa, com sede em Quioto, Japão. No EEE, as actividades da Nintendo são da responsabilidade das suas filiais a 100 % ⁽³⁾ em seguida indicadas:

Tendo em conta a decisão da Comissão de 25 de Abril de 2000 de dar início a um processo no presente caso,

— Nintendo of Europe GmbH («NOE»). A NOE é a principal filial da Nintendo no EEE. Coordena determinadas práticas comerciais da Nintendo na Europa e foi o distribuidor exclusivo da Nintendo na Alemanha, pelo menos entre Janeiro de 1991 ⁽⁴⁾ e 31 de Dezembro de 1997,

Tendo dado às empresas em causa a oportunidade de apresentarem as suas observações relativamente às objecções formuladas pela Comissão, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 e no Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos do artigos 85.º e 86.º do Tratado CE ⁽⁵⁾,

— Nintendo of America Inc («NOA»). Muito embora não fosse responsável pela distribuição dos produtos Nintendo no EEE foi também responsável pela coordenação de determinadas práticas comerciais da Nintendo na Europa durante o período relevante para efeitos da presente decisão,

Tendo em conta o relatório final do Auditor no presente processo ⁽⁶⁾,

— Nintendo Netherlands BV («NN»). A NN foi o distribuidor exclusivo da Nintendo nos Países Baixos, pelo menos entre 1 de Janeiro de 1993 ⁽⁷⁾ e 31 de Dezembro de 1997. Esta empresa é actualmente denominada Nintendo Benelux BV,

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

— Nintendo France SARL («NF»). A NF foi o distribuidor exclusivo da Nintendo em França, pelo menos entre 31 de Dezembro de 1992 ⁽⁸⁾ e 31 de Dezembro de 1997,

Considerando o seguinte:

⁽¹⁾ JO 13 de 21.2.1962, p. 204.

⁽²⁾ JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁽³⁾ JO L 354 de 30.12.1998, p. 18.

⁽⁴⁾ JO C 241 de 8.10.2003.

⁽⁵⁾ Ver coluna 1(b), p. 132-136 do processo.

⁽⁶⁾ Página 415.

⁽⁷⁾ Página 2667.

⁽⁸⁾ Página 2216.

- Nintendo España SA («NE»). A NE foi o distribuidor exclusivo da Nintendo em Espanha, pelo menos entre 1 de Janeiro de 1994 ⁽⁹⁾ e 31 de Dezembro de 1997,
 - Nintendo Belgium SPRL («NB»). A NB foi o distribuidor exclusivo da Nintendo na Bélgica e no Luxemburgo, pelo menos entre 1 de Janeiro de 1994 e Abril de 1997 ⁽¹⁰⁾,
 - Nintendo UK Ltd («NUK»). A NUK foi o distribuidor exclusivo da Nintendo no Reino Unido e na Irlanda, pelo menos entre Março de 1993 e 4 de Agosto de 1995 ⁽¹¹⁾.
- (3) O termo «Nintendo» pode referir-se a todas ou a qualquer uma das empresas do grupo Nintendo acima mencionadas.

1.1.2. Os distribuidores independentes da Nintendo

- (4) Noutros territórios, a Nintendo designou distribuidores exclusivos independentes:
- (5) A THE Games Ltd, departamento comercial da John Menzies Distribution Limited, por seu turno, filial a 100 % da John Menzies plc, foi designada em Agosto de 1995 distribuidor exclusivo independente para o Reino Unido e Irlanda, depois de a NUK ter deixado de exercer esta função (em seguida designadas «THE»), situação que se manteve até 31 de Dezembro de 1997, pelo menos.
- (6) A Chaves Feist & Cia Lda, posteriormente denominada Soc. Rep. Concentra Lda e, desde Setembro de 2001, Concentra — Produtos para Crianças SA (em seguida designada «Concentra»), foi o distribuidor exclusivo da Nintendo para Portugal, pelo menos entre 14 de Maio de 1991 e 31 de Dezembro de 1997 ⁽¹²⁾.
- (7) A Linea GIG SpA (em seguida designada «Linea») foi o distribuidor exclusivo da Nintendo para a Itália, pelo menos entre 1 de Outubro de 1992 ⁽¹³⁾ e 31 de Dezembro de 1997.
- (8) A Bergsala AB (em seguida designada «Bergsala») foi o distribuidor exclusivo da Nintendo para a Suécia desde 1981 e, desde 1986, também para a Dinamarca, Noruega, Finlândia e Islândia ⁽¹⁴⁾.
- (9) A Itochu Hellas EPE (na correspondência frequentemente designada Itochu Hellas Ltd) foi o distribuidor exclusivo da Nintendo para a Grécia, pelo menos entre 14 de Maio de 1991 e Fevereiro de 1997. As acções da Itochu Hellas EPE pertenceram sempre, na sua totalidade, à

Itochu Corporation ou a filiais a 100 % desta empresa ⁽¹⁵⁾. Deste modo, a Itochu Hellas EPE é, ultimamente, uma filial a 100 % da Itochu Corporation (em seguida designada «Itochu»), empresa com sede em Tóquio, Japão.

- (10) A Nortec AE (em seguida designada «Nortec») foi o distribuidor exclusivo da Nintendo para a Grécia depois da Itochu, pelo menos entre 4 de Abril de 1997 e 31 de Dezembro de 1997 ⁽¹⁶⁾.
- (11) A CD-Contact Data GmbH foi o distribuidor exclusivo da Nintendo para a Bélgica e o Luxemburgo, pelo menos entre Abril de 1997 e 31 de Dezembro de 1997. Para o efeito, criou uma filial a 100 %, a Contact Data Belgium NV (em seguida designada «Contact»), responsável pela distribuição dos produtos no respectivo território ⁽¹⁷⁾.
- (12) Em 29 de Setembro de 1998, a Activision Inc, uma empresa criada segundo a lei do Estado de Delaware (EUA), obteve o controlo da CD-Contact Data GmbH mediante aquisição de todas as suas partes de capital.
- (13) Subsequentemente, em 9 de Junho de 1999, a CD-Contact Data GmbH criou uma filial a 100 % denominada CD Contact data BV, com sede nos Países Baixos. Todas as partes de capital da Contact Data Belgium NV, anteriormente propriedade da CD-Contact Data GmbH, foram transferidas para esta nova empresa. A CD-Contact Data GmbH continua a existir com o estatuto de sociedade gestora de participações sociais ⁽¹⁸⁾.

1.1.3. Omega

- (14) A Omega Electro BV (em seguida designada «Omega») é uma empresa situada nos Países Baixos que opera no sector da importação e venda de jogos electrónicos. Em 26 de Novembro de 1996, apresentou uma denúncia ao abrigo do disposto no n.º 2, alínea b), do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 que incidia, essencialmente, sobre a distribuição de cartuchos e consolas de jogos Nintendo, contendo uma série de informações relativas, *inter alia*, às práticas comerciais da Nintendo destinadas a impedir o comércio paralelo e à política de imposição de preços de revenda nos Países Baixos.

1.2. Os mercados do produto relevantes

- (15) O presente caso diz respeito a consolas e jogos de vídeo, ou cartuchos de jogos, que permitem aos utilizadores jogar num ecrã.

⁽⁹⁾ Resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 10. Ver também declaração da Itochu de 26 de Novembro de 2001.

⁽¹⁰⁾ Páginas 2595, 1622-1624.

⁽¹¹⁾ Páginas 138-153. A CD-Contact GmbH. é uma filial a 100 % da Contact Vermögensverwaltung GmbH. Esta empresa e a CD-Contact Belgium NV tinham os mesmos sócios e conselho de administração. A CD-Contact Data GmbH criou a Contact Data Belgium em 27 de Março de 1997 (p. 2531-2535 e 2618). O facto de a Contact Data Belgium BV ser uma filial a 100 % da CD-Contact Data GmbH decorre também das declarações da Contact de 19 de Novembro de 2001.

⁽¹⁸⁾ Declaração da Contact, de 19 de Novembro de 2001.

⁽⁹⁾ Página 136.

⁽¹⁰⁾ Página 132.

⁽¹¹⁾ Páginas 426, 313 e 279A.

⁽¹²⁾ Página 244. Carta da Concentra datada de 17 de Setembro de 2002.

⁽¹³⁾ Página 200.

⁽¹⁴⁾ Ver resposta da Bergsala à comunicação de objecções.

- (16) Na correspondência dos interessados directos, o termo «*hardware*» é frequentemente utilizado como sinónimo de «consola de jogos». Na presente decisão, a expressão «consola de jogos» é sistematicamente utilizada, excepto nas citações. Analogamente, na correspondência dos interessados directos, o termo «*software*» é frequentemente utilizado como sinónimo de «cartucho de jogos». Na presente decisão, a expressão «cartucho de jogos» é sistematicamente utilizada, excepto nas citações.
- (17) Durante o período de duração da infracção, a Nintendo fabricou vários tipos de consolas (ver quadro 1 em baixo) e respectivos cartuchos de jogos, conjuntamente designados «os produtos»⁽¹⁹⁾.

1.2.1. Consolas de jogos

- (18) As consolas de jogos são equipamentos electrónicos destinados e especificamente concebidos para jogos vídeo. A interface do utilizador é um simples manípulo ou controlo, como um «joy stick», que permite ao jogador controlar os movimentos das personagens no ecrã. As consolas de jogos podem ser divididas em consolas fixas e consolas portáteis. Durante o período em que se registou a infracção, existiam quatro gerações de consolas fixas, conhecidas por 8-bit, 16-bit, 32-bit e 64-bit, em ordem crescente de sofisticação. As várias consolas no mercado durante o período relevante para efeitos da presente decisão e os seus fabricantes são indicados no quadro 1.

QUADRO 1

Consolas dos principais fabricantes durante o período relevante para efeitos da presente decisão

	Nintendo	Sega	Sony
Portáteis	Game-boy	Game gear	Nenhuma
Consolas fixas de 8-bit	NES	Master System	Nenhuma
Consolas fixas de 16-bit	SNES	Mega Drive	Nenhuma
Consolas fixas de 32-bit	Nenhuma	Sega Saturn	Sony Playstation

⁽¹⁹⁾ O comércio de produtos usados é ignorado. Os produtos (em especial os cartuchos de jogos) têm um ciclo de vida muito curto, facto que sugere que perdem rapidamente o interesse para os consumidores (ver considerando 76). Na realidade, um inquérito junto dos consumidores realizado no Reino Unido revelou que muito poucos consumidores tinham adquirido jogos em segunda mão. [Relatório da Monopoly and Mergers Commission, p. 196 (p. 2591)]. Por conseguinte, dado que o volume de comércio de produtos usados é muito reduzido face ao de produtos novos, não tem qualquer relevância para a quota de mercado dos produtos Nintendo novos vendidos pelos interessados directos. Este facto não foi contestado por qualquer dos interessados directos.

	Nintendo	Sega	Sony
Consolas fixas de 64-bit	Nintendo 64	Nenhuma	Nenhuma

1.2.1.1. Os computadores pessoais e as consolas de jogos não são produtos substituíveis

A procura

- (19) À semelhança das consolas de jogos, os computadores pessoais (PC) permitem utilizar jogos. Contudo, um PC não pode ser considerado substituto de uma consola, quer fixa, quer portátil, pelas seguintes razões:
- (20) Os PC e as consolas de jogos destinam-se a satisfazer necessidades distintas dos consumidores:
- enquanto, por definição, os PC são equipamentos multifunções destinados a satisfazer uma vasta gama de necessidades, incluindo, mas não necessariamente, os jogos⁽²⁰⁾, as consolas de jogo destinam-se exclusivamente a satisfazer as necessidades lúdicas, em especial das gerações mais novas, ou, pelo menos estão especialmente preparadas para tal,
 - além disso, é incontestável que o desempenho técnico e as características das consolas de jogos fixas são, em termos de jogos, substancialmente superiores às dos PC, facto que pode ser ilustrado pelas declarações feitas a este respeito pelos presidentes da THE e da Nintendo⁽²¹⁾,
 - ademais, em comparação com as consolas de jogos fixas, os PC têm um período de vida reduzido enquanto plataforma de jogos que permite utilizar as edições mais recentes caso não sejam efectuados melhoramentos («upgrades») adicionais onerosos⁽²²⁾,
 - a necessidade de melhorar um PC torna-o também num equipamento mais complexo para jogar, o que diminuirá provavelmente o seu interesse, na perspectiva dos consumidores que procuram apenas uma plataforma de jogos.
- (21) Ademais, o preço de um PC de gama média é cinco vezes superior ao de uma consola de jogos⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Ver plano de actividades da THE para 1997/1998 (p. 542). Ver ainda as declarações do Sr. Cean, fundador da Titus Interactive, uma empresa de criação de jogos, em «La Tribune» de 9 de Abril de 1998 (p. 4, IV/35.706, p. 116).

⁽²¹⁾ Ver plano de actividades da THE para 1997/1998 (p. 541 e 542). No que se refere às declarações do presidente da Nintendo, ver relatório anual da Nintendo de 1995 (p. 2341).

⁽²²⁾ Ver plano de Actividades da THE para 1997/1998 (p. 541). Ver também Financial Times de 2 de Dezembro de 1998, (IV/35.706 p. 115 e 116), onde se cita o porta-voz da GT Interactive (empresa editora de jogos).

⁽²³⁾ Ver plano de Actividades da THE para 1997/1998 (p. 541).

- (22) Tendo em conta o que precede, é pouco provável que os utilizadores que pretendam adquirir um dispositivo para jogos optem pela compra de um PC na sequência de um ligeiro, mas permanente, aumento do preço das consolas. O inverso é igualmente verdade: os utilizadores que pretendam algo mais do que um mero dispositivo para jogos não optarão muito provavelmente por uma consola na sequência de um ligeiro, mas permanente, aumento do preço dos PC.
- (23) Esta conclusão é corroborada pelos resultados de um estudo de mercado: menos de 15 % dos consumidores que possuíam já uma consola fixa e tencionavam adquirir uma nova admitiam a hipótese de adquirir um PC para o efeito⁽²⁴⁾.

A oferta

- (24) O critério relevante para apreciar a substituíbilidade do lado da oferta consiste em saber se, a curto prazo, fornecedores alternativos podem passar a produzir os produtos relevantes e comercializá-los sem incorrerem em custos adicionais significativos ou noutros riscos em resposta a uma pequena, mas permanente, alteração dos preços relativos. No presente caso, os elementos de prova revelam que nenhum construtor de PC tentou alguma vez entrar no mercado das consolas de jogos. Um fabricante de produtos electrónicos de consumo (Sony) e um produtor de *software* (Microsoft), foram os únicos a tentar uma incursão neste mercado. Deve no entanto acrescentar-se, por um lado, que esta entrada apenas afectou o mercado das consolas fixas e, por outro, que a Microsoft só o fez posteriormente ao período da infracção. Assim sendo, a substituíbilidade do lado da oferta não é relevante para a definição do mercado⁽²⁵⁾.
- (25) No atinente às consolas portáteis, recorrer-se-á às considerações desenvolvidas no ponto 20 para demonstrar que não são substituíveis nem relativamente aos PC, nem aos *laptops*. Em termos de necessidades a satisfazer, para além dos jogos, as consolas portáteis (contrariamente aos PC) são facilmente transportáveis. Não estão concebidas para outra finalidade que não os jogos. Além disso, os preços dos PC são cerca de 10 a 15 vezes superiores aos das consolas portáteis. Uma comparação com os *laptops* em nada altera a conclusão de que as consolas portáteis não são substituíveis relativamente aos PC. Os *laptops* são PC portáteis e, por conseguinte, dispositivos multifunções destinados a satisfazer uma vasta gama de necessidades. Ademais, os *laptops* são, para um determinado nível de desempenho, significativamente mais onerosos do que os PC, essencialmente devido ao custo de determinadas componentes, nomeadamente o ecrã LCD e o processador de economia de energia. Por outro lado, os *laptops* exigem componentes miniaturizadas, as quais tendem a ser mais dispendiosas. Em conclusão, os PC e *laptops* não substituem as

consolas de jogos, fixas ou portáteis, pelo que os PC e *laptops* pertencem a mercados distintos⁽²⁶⁾. O facto de os PC e *laptops* pertencerem a um mercado do produto distinto do das consolas de jogos, fixas ou portáteis, não foi contestado pelos interessados directos.

1.2.1.2. As consolas de jogos fixas e as consolas de jogos portáteis constituem mercados do produto distintos

- (26) Pode estabelecer-se uma distinção entre as consolas de jogos fixas e as consolas portáteis, ou seja, as consolas de bolso. As considerações que se seguem corroboram a conclusão de que devem ser definidos mercados distintos para estes dois tipos de consolas de jogos.

A procura

- (27) Estes dois tipos de consolas destinam-se, ambos, a satisfazer diferentes necessidades dos utilizadores, em especial no que se refere às exigências de portabilidade. As consolas fixas são utilizadas num local específico, com uma televisão normal, enquanto as consolas portáteis podem ser utilizadas em qualquer local. A utilização de consolas portáteis apenas exige um cartucho de jogos, enquanto a das consolas fixas exige a ligação a uma televisão.
- (28) Ambos os tipos de consolas têm capacidades técnicas consideravelmente diferentes. As consolas fixas oferecem uma melhor resolução de imagem, mais cores e uma maior capacidade informática (permitindo, em consequência, utilizar jogos mais sofisticados) e admitem, frequentemente, vários jogadores em simultâneo. Os jogos destinados às consolas portáteis são muito pouco sofisticados em comparação com os destinados às consolas fixas.
- (29) Ademais, os preços das consolas portáteis e das consolas fixas são substancialmente diferentes, sendo o preço das primeiras substancialmente inferior ao das segundas. Por exemplo, para 1997/1998, o preço de venda a retalho que a THE tencionava recomendar para a N 64, SNES (com um jogo) e Gameboy Classic era, respectivamente, de 249,99, 79,99 e 39,99 libras esterlinas. Um outro produto da linha Game Boy (Game Boy Pocket) tinha um preço de venda a retalho recomendado de 49,99 libras esterlinas⁽²⁷⁾. Nessa época, o preço da consola fixa mais popular da Nintendo, a N 64, era, portanto, pelo menos, cinco vezes superior ao da consola portátil da mesma marca.
- (30) Consequentemente, é muito pouco provável que um número significativo de utilizadores reais ou potenciais de um ou outro tipo de consola optasse pelo outro tipo em resultado de um ligeiro, mas permanente, aumento de preço.

⁽²⁴⁾ Inquérito de consumo realizado pela Sega e referido no relatório da MMC, p. 58 (p. 2591).

⁽²⁵⁾ Ver comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 5), ponto 23.

⁽²⁶⁾ Posição confirmada pela THE que declara na página 542: «A posição das consolas está assegurada enquanto escolha dos jogadores».

⁽²⁷⁾ Página 573.

A oferta

- (31) A concorrência entre fornecedores de consolas fixas caracteriza-se pelo facto de ser lançada no mercado, de três em três ou de quatro em quatro anos, uma nova geração de consolas fixas de tecnologia mais avançada. Com o lançamento de uma nova geração de consolas fixas, as vendas das consolas das gerações anteriores declinam⁽²⁸⁾. Este fenómeno não foi verificado relativamente às consolas portáteis⁽²⁹⁾. Durante todo o período da infracção e posteriormente, a Nintendo foi a única a lançar um novo produto, muito embora se tratasse simplesmente de uma nova versão da sua consola portátil já existente. A inovação em termos de produto limitava-se essencialmente à redução da dimensão da consola e ao aumento do número de cores disponíveis.
- (32) Contrariamente ao sucedido relativamente às consolas fixas, no mercado das consolas portáteis não entraram novos produtores, nem durante o período da infracção, nem posteriormente.
- (33) Mais significativo ainda é o facto de o único concorrente da Nintendo, a Sega, ter deixado de ser um concorrente viável em 1995 (ver quadro 4 e ponto 75). Desde então, não foi lançado no mercado qualquer novo produto por outra empresa que não a Nintendo.
- (34) Por conseguinte, dado que as consolas fixas e as consolas portáteis não são produtos substituíveis, pode concluir-se que pertencem a mercados do produto distintos. Os interessados directos não contestaram o facto de as consolas fixas e portáteis pertencerem a mercados distintos.

1.2.2. Os jogos

- (35) Por si só, a aquisição de uma consola de jogos não permite a um utilizador começar a jogar. O *software* que permite a função jogo encontra-se em cartuchos de jogos, os quais permitem jogar directamente na consola. Estes cartuchos de jogos são distribuídos e vendidos aos utilizadores finais.
- (36) Os suportes e o *software* para diferentes marcas de consola e mesmo para consolas diferentes do mesmo produtor têm especificações técnicas distintas. Em resultado, um cartucho de jogos editado para uma determinada consola não pode ser utilizado noutra consola⁽³⁰⁾

e, uma vez adquirida uma determinada consola, só podem ser utilizados jogos compatíveis com essa mesma consola.

- (37) Em consequência, no caso de um ligeiro, permanente, aumento do preço de um determinado cartucho de jogos, é pouco provável que o utilizador de uma determinada consola opte por um cartucho compatível com outra consola, visto que teria de suportar não só o custo desse cartucho, como também o custo de aquisição de uma nova consola compatível. Incontestavelmente, o número de cartuchos que é necessário adquirir para rentabilizar essa mudança é em muito superior ao número médio de jogos que um proprietário comum de uma consola de jogos possui. Os custos da mudança de consola podiam ser menos importantes se as consolas de jogos fossem compatíveis entre si; ora, as diferentes consolas de diferentes marcas, e mesmo as diferentes gerações de consolas Nintendo, não eram compatíveis entre si⁽³¹⁾.
- (38) Em conclusão, os factos disponíveis apontam para a existência de mercados de cartuchos de jogos distintos, em função da consola a que se destinam e do fabricante. Todavia, não é necessário definir com maior precisão estes mercados, na medida em que a Nintendo aceitou a) as conclusões factuais e jurídicas da Comissão expostas na comunicação de objecções, e b) que as restrições da concorrência identificadas pela Comissão na comunicação de objecções tinham repercussões significativas sobre a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE⁽³²⁾.

1.2.3. Argumentos da Nintendo em matéria de definição do mercado do produto

- (39) Não obstante não ter contestado os factos descritos na comunicação de objecções, a Nintendo argumentou no sentido de uma definição mais alargada dos mercados do produto relevantes, defendendo que a concorrência se exerce entre «sistemas» (ou seja, as consolas e respectivos cartuchos como um todo). Em consequência, a definição do mercado do produto relevante deveria incluir todas as consolas de jogos e cartuchos de jogos compatíveis. A argumentação da Nintendo tem duas vertentes.

⁽²⁸⁾ Ver por exemplo Screen Digest, Julho de 1998, p. 159 (p. 2577).

⁽²⁹⁾ Relatório anual da Nintendo de 1999.

⁽³⁰⁾ Este facto não impede que existam diferentes versões do mesmo jogo para diferentes consolas. Todavia, estes jogos devem ser vendidos em suportes distintos, sendo cada um deles compatível com a consola a que se destina e incompatível com todas as outras.

⁽³¹⁾ Os cartuchos de jogos para uma consola de uma determinada geração podem por vezes ser utilizados noutras consolas da mesma marca mediante utilização de um adaptador adequado. O adaptador «Super Game Boy» permitia utilizar os cartuchos Game Boy numa consola SNES (Relatório anual da Nintendo de 1995, p. 15) (p. 2341). No entanto, não existem adaptadores para consolas de marcas diferentes, nem mesmo para a maior parte das consolas de uma mesma marca.

⁽³²⁾ Ver resposta da Nintendo à comunicação de objecções, pontos 2.1 a 2.3.

- (40) Em primeiro lugar defende que um fabricante é desencorajado de aumentar os preços das suas consolas não só por tal aumento contribuir para a diminuição das respectivas vendas, mas também, visto as consolas e seus jogos compatíveis serem produtos complementares, devido à consequente diminuição das vendas dos jogos compatíveis⁽³³⁾. Dado que da definição do mercado do produto relevante decorre que a elasticidade de preços entre consolas de diferentes fabricantes deve ser elevada, pode igualmente assumir-se que esta diminuição consequente das vendas de cartuchos de jogos em resultado do aumento do preço das consolas seria considerável. A perda de lucros seria ainda mais elevada dada a elevada margem associada aos cartuchos de jogos.
- (41) Em segundo lugar, a Nintendo argumentou que, visto um aumento dos preços das consolas de jogos estimular a procura de consolas concorrentes e, por conseguinte, de cartuchos de jogos compatíveis com essas mesmas consolas, as consolas de jogos e os cartuchos de jogos compatíveis pertencem ao mesmo mercado. A Nintendo argumenta ainda que a Comissão reconheceu que a alteração dos preços dos cartuchos tem incidência sobre a procura das consolas⁽³⁴⁾.
- (42) Antes de mais, a Comissão pretende salientar que a definição do mercado não é, no presente caso, decisiva para a verificação da infracção. Em seguida, a Nintendo utilizou o critério da substituíbilidade de forma incorrecta. O critério relevante para determinar se existe um mercado distinto para um produto consiste em verificar se os utilizadores optam facilmente por produtos alternativos em resposta a um aumento permanente, embora ligeiro, dos preços desse produto. Contudo, para determinar se os cartuchos de jogos compatíveis com uma determinada consola pertencem ao mesmo mercado que os cartuchos de jogos compatíveis com outras consolas, a Nintendo utilizou um critério baseado num aumento hipotético dos preços das consolas de jogos e não dos cartuchos de jogos.
- (43) Além disso, relativamente ao primeiro argumento da Nintendo, a Comissão verifica que a Nintendo reconhece que as consolas e os jogos são produtos complementares. A Comissão considera que o primeiro argumento da Nintendo implica simplesmente que as consolas fixas pertencem a um único mercado do produto, posição esta partilhada pela própria Comissão. Caso o argumento da Nintendo fosse válido, então a única conclusão a tirar seria a de que o poder de mercado dos fabricantes de consolas poderia não ser muito importante.
- (44) No que se refere ao segundo argumento, a Comissão considera que a Nintendo confunde as noções de substituíbilidade entre produtos, relevante para a definição de mercado do produto, e de complementaridade. A noção de complementaridade entre dois produtos não é relevante para a definição do mercado do produto, visto que, por definição, significa que a correlação da procura dos dois produtos é positiva, pelo que o aumento do preço de um desses produtos resultará na diminuição da procura de ambos. Muito embora possa efectivamente ser tido em conta pelas empresas ao definirem as suas políticas de preços, este aspecto não é relevante para efeitos da definição do mercado do produto.
- (45) A Comissão entende que, para uma análise correcta da procura de cartuchos de jogos e sua interacção com a procura de consolas de jogos, deve distinguir-se entre actuais proprietários de consolas de jogos, por um lado, e novos compradores de consolas e consumidores que tencionam substituir a sua consola tornada obsoleta por uma nova, por outro.
- (46) Como indicado no considerando 37, os actuais proprietários de uma consola deparam-se com custos de substituição consideráveis caso optem por outros cartuchos de jogos, ficando em geral «presos» por períodos de tempo de pelo menos três a quatro anos, normalmente até que a sua consola se torne obsoleta. No que a eles se refere, a concorrência ocorreu quando decidiram adquirir uma determinada consola. A sua reacção a um pequeno mas permanente aumento de preços nos jogos compatíveis com essa consola é limitada uma vez que adquirir um jogo incompatível apenas fará sentido se a consola associada a esse novo jogo for adquirida simultaneamente.
- (47) Na realidade, segundo a NOE, o que sucede é que: «Quando um consumidor adquire o *hardware* — por qualquer razão — adquirirá [...] o *software* correspondente»⁽³⁵⁾. Deste modo, a Nintendo reconhece que os actuais proprietários de uma consola não mudarão, muito provavelmente, para outra consola.
- (48) Para os consumidores que não têm ainda uma consola ou que têm uma consola que, entretanto, se tornou obsoleta e tencionam adquirir uma nova, o nível de preços dos cartuchos de jogos pode ser uma das variáveis competitivas utilizadas pelos fabricantes de consolas para concorrer nesse mercado. Todavia, não existem no processo elementos que permitam afirmar que os preços dos jogos são mais ou menos importantes do que outros elementos, como o preço da própria consola, as suas capacidades técnicas, o período de vida de cada geração, a compatibilidade entre gerações sucessivas de consolas do mesmo fabricante, a disponibilidade e catálogo de jogos⁽³⁶⁾ (*) e o calendário de lançamento de novos jogos.

⁽³⁵⁾ «When a customer has bought the hardware — for whatever reason — he will buy [...] the software anyhow» [língua original], p. 1527 e 1528.

⁽³⁶⁾ Página 566. Ver também um artigo do Frankfurter Zeitung de 2 de Fevereiro de 1999, baseado numa entrevista com [...] da NOE, no qual o relativo sucesso da Playstation da Sony é essencialmente atribuído ao número de jogos disponíveis para essa consola (p. 2590).

(*) Partes deste texto foram omitidas a fim de garantir a não divulgação de informações confidenciais. Essas partes estão entre parênteses rectos e marcadas com um asterisco.

⁽³³⁾ Isto é, o número de cartuchos de jogos para as consolas adicionais que teriam sido vendidas caso não tivesse aumentado o preço das consolas.

⁽³⁴⁾ Anexo A da resposta da Nintendo à comunicação de objecções, ponto 5.

(49) A Nintendo não efectuou também qualquer cálculo preciso da elasticidade dos preços. Contudo, afigura-se, com base nos dados disponíveis, que a procura, tanto de consolas como de jogos, é relativamente pouco elástica⁽³⁷⁾. A baixa elasticidade dos preços dos jogos e das consolas indica que, para o consumidor, o preço não é o factor determinante da sua decisão de aquisição.

(50) Na realidade, não obstante os jogos compatíveis com a N 64 fossem vendidos a preços ligeiramente superiores, por exemplo, aos dos jogos compatíveis com a Playstation da Sony, a N 64 registou a mais rápida taxa de vendas na história dos jogos após o seu lançamento⁽³⁸⁾, o que sugere que o mais elevado preço relativo dos jogos para as consolas N 64 tem pouca ou nenhuma influência na apetência do consumidor pela N 64.

(51) Se os actuais proprietários de uma consola de jogos não substituem a sua consola por outra em resposta a um ligeiro, permanente, aumento do preço dos cartuchos de jogos e se este mesmo aumento não for suficiente para induzir os consumidores que não têm ainda uma consola ou que tencionam substituir a sua velha consola por uma nova a adquirirem uma consola diferente, concluir-se-á forçosamente que, contrariamente ao defendido pela Nintendo em matéria de concorrência a nível dos sistemas, os cartuchos de jogos compatíveis com uma determinada consola constituem um mercado distinto do dos jogos compatíveis com outra consola.

(52) Seja como for, a questão de saber se a concorrência tem lugar a nível dos sistemas ou se o preço dos jogos tem influência significativa sobre a decisão de aquisição de uma nova consola pode ser deixada em aberto na medida em que a Nintendo aceitou, por um lado, as conclusões factuais e jurídicas da Comissão expostas na

⁽³⁷⁾ A elasticidade dos preços a nível da procura mede a resposta da procura a alterações do preço de um determinado produto. Quanto mais pequena for a elasticidade dos preços a nível da procura, menor será a alteração da procura em resposta a alterações do preço do produto, e inversamente. Quando esta elasticidade é inferior a 1, a resposta da procura é tão reduzida que um fornecedor que aumente os seus preços continuará ainda a aumentar as suas receitas líquidas, na medida em que a redução do número de unidades vendidas é compensada pelo aumento das receitas decorrente do aumento dos preços unitários.

O facto de a elasticidade dos preços das consolas ser inferior a 1 decorre das páginas 1527 e 1558. A NOE estima que um aumento do preço da consola N 64 provocaria [...]*. Neste caso, ainda segundo a NOE, a margem bruta da NF seria consideravelmente reforçada. Se, ao adquirirem uma consola, os consumidores não são sensíveis aos preços, serão também insensíveis ao preço dos produtos complementares que poderão vir a adquirir posteriormente.

Decorre da página 1527 que a elasticidade dos preços dos cartuchos de jogos é inferior a 1, uma vez que um aumento dos preços dos cartuchos de jogos compatíveis com a consola N 64 implicaria um aumento da margem bruta da NF, o que é lógico se se considerar a não elasticidade da procura de cartuchos de jogos.

⁽³⁸⁾ Relatório anual da Nintendo para 1997, p. 2249.

comunicação de objecções e, por outro, que as restrições da concorrência identificadas pela Comissão na comunicação de objecções tinham repercussões significativas sobre a concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado⁽³⁹⁾.

1.3. Âmbito geográfico dos mercados

1.3.1. Compatibilidade técnica

(53) O facto de as consolas fixas terem de ser utilizadas conjuntamente com uma televisão implica que podem exigir adaptações a diferentes normas de televisão. A norma PAL é utilizada em todos os países do EEE, à excepção da França que adoptou a norma SECAM. De acordo com a Nintendo⁽⁴⁰⁾, as consolas fixas construídas para funcionarem com a norma SECAM não funcionarão correctamente num país de norma PAL (e vice-versa). Assim, as diferentes normas de televisão constituem uma barreira técnica ao comércio de consolas. Por conseguinte, no que se refere ao mercado geográfico das consolas fixas, deve estabelecer-se uma distinção entre a França e o resto do EEE.

(54) Na zona PAL, afigura-se que as consolas N 64 funcionam em qualquer ponto do EEE mediante ligeiras alterações técnicas⁽⁴¹⁾. No que se refere às outras consolas fixas da Nintendo, afigura-se que podem também funcionar em qualquer território onde vigore a norma PAL, eventualmente com apenas ligeiras alterações⁽⁴²⁾. Por conseguinte, pelo menos por razões de compatibilidade, não é necessário proceder a qualquer outra subdivisão geográfica do mercado na zona PAL no EEE.

⁽³⁹⁾ Ver resposta da Nintendo à comunicação de objecções, pontos 2.1 a 2.3 e anexo A.

⁽⁴⁰⁾ Declaração da Nintendo de 1 de Setembro de 1998, p. 24 (p. 2329).

⁽⁴¹⁾ Ver faxes da Nortec à NOE (p. 1559), da Bergsala à NOE (p. 1574) e da Linea à NOE (p. 1579 e 1580). Desta correspondência pode inferir-se que as consolas NOE importadas do Reino Unido necessitam quando muito de um cabo SCART, de uma ficha eléctrica diferente e de um simples manual de instruções na língua local. O custo desta operação é irrelevante face ao valor da consola. Analogamente, não existem quaisquer barreiras técnicas às importações no Reino Unido (p. 775).

⁽⁴²⁾ Ver acórdão de 27 de Setembro de 1995 do «Tribunal de Commerce» de Bruxelas, proferido no processo Nintendo Belgium — Horelec, relativo à importação paralela de jogos do Reino Unido. Deste acórdão pode inferir-se que as alterações técnicas necessárias para adaptar às normas belgas as consolas destinadas ao Reino Unido são simultaneamente viáveis e legais. O acórdão, em razão da sua data, apenas poderia afectar as consolas NES e/ou SNES (p. 2220-2228).

- (55) Visto que não existe qualquer interacção directa entre os cartuchos de jogos e os ecrãs de TV (ambos ligados através da consola), não existem problemas técnicos de compatibilidade análogos relativamente aos cartuchos de jogos. Na realidade, os jogos para as consolas SNES funcionam de modo adequado independentemente da norma televisiva em função da qual as consolas foram construídas⁽⁴³⁾. Foram objecto de comércio paralelo da Bélgica para a França⁽⁴⁴⁾ e da Espanha para a França⁽⁴⁵⁾ jogos destinados, respectivamente às consolas N 64 e NES. Em Espanha e na Bélgica é utilizada a norma PAL, enquanto em França é utilizada a norma SECAM. Uma vez que os cartuchos de jogos para consolas fixas podem ser utilizados independentemente de as consolas a que se destinam terem sido concebidas em função da norma SECAM ou PAL, não existiam barreiras técnicas ao comércio destes produtos.
- (56) Por fim, as consolas portáteis são tecnicamente idênticas à escala mundial. Os jogos destinados a estas consolas são também idênticos à escala mundial.

1.3.2. Outras considerações relevantes para a definição do mercado geográfico

- (57) No âmbito da solução global para evitar o comércio paralelo, a NOE considerou necessário «visar diferenças de preços comerciais até 10 % na Europa, após condições max.»⁽⁴⁶⁾, o que implica que, para impedir os retalhistas estabelecidos num território de mudarem para fornecedores estabelecidos noutro território, as diferenças de preços não devem ultrapassar 10 %. Significa isto que os fornecedores dos diferentes territórios constituem efectivamente uma fonte de abastecimento alternativa real para o fornecimento dos produtos. Pode desde já concluir-se, exclusivamente nesta base, que existe um mercado correspondente ao EEE para produtos tecnicamente idênticos. Esta afirmação é consistente com a conclusão de que as condições da procura no EEE eram bastante homogéneas.
- (58) A título de reforço desta análise, pode afirmar-se que a composição da oferta de produtos em cada mercado do produto relevante é muito semelhante em todo o EEE visto que as consolas de jogos da Nintendo, Sega e Sony são vendidas em todos os países do EEE e que a grande maioria dos cartuchos de jogos disponíveis é também vendida em todo o EEE⁽⁴⁷⁾. Frequentemente,

assiste-se ao lançamento no mesmo dia de novos produtos em todo o EEE⁽⁴⁸⁾. As quotas de mercado da Nintendo, Sony e Sega eram sensivelmente iguais em diferentes áreas do EEE e a entrada da Sony no mercado das consolas fixas teve um impacto bastante semelhante nas quotas de mercado dos interessados em todo o EEE⁽⁴⁹⁾. Por conseguinte, na perspectiva da oferta, não existem diferenças substanciais a nível das condições da concorrência no EEE.

- (59) Além disso, os custos de transporte ou outras barreiras ao comércio não limitam significativamente o comércio dos produtos, visto que as consolas de jogos e respectivos cartuchos foram repetidamente objecto de comércio paralelo entre diferentes Estados-Membros. Por outro lado, eventuais barreiras ao comércio dos produtos são ainda menos importantes no caso dos jogos e das consolas portáteis do que no das fixas, dado o seu pequeno volume e peso e o facto de não necessitarem, aparentemente, de qualquer adaptação às condições locais.
- (60) Pode ainda referir-se a existência, em certos países, de empresas que propunham activamente a retalhistas produtos comercializados nos circuitos paralelos, o que confirma que o comércio paralelo e a revenda a consumidores finais destes produtos eram consideradas actividades com potencial comercial que não exigiam alterações significativas das características técnicas do produto ou da sua embalagem⁽⁵⁰⁾. Do mesmo modo, a existência de comerciantes paralelos contribuiu para tornar mais transparente o comércio de produtos vendidos nestes circuitos e para aumentar a eficácia em termos de custo para compradores potenciais⁽⁵¹⁾, o que reduz ainda mais eventuais obstáculos susceptíveis de impedir os comerciantes de passarem a abastecer-se junto de fornecedores situados noutros territórios.
- (61) Não obstante, registavam-se, entre os diferentes países do EEE, diferenças de preço consideráveis. A Nintendo acabou por não fixar os seus preços dentro dos limites que teria impedido o comércio paralelo, optando, em vez disso, por restringir esse comércio. Tendo em conta o que precede, estas diferenças de preços não sugerem a existência de mercados geográficos distintos, mas sublinham apenas o facto de as infracções em causa terem por efeito prático a partilha do mercado único.

⁽⁴³⁾ Ver declaração da Nintendo de 5 de Outubro de 1998 (p. 2493).

⁽⁴⁴⁾ Ver p. 1229, 1566 e 1575.

⁽⁴⁵⁾ Ver p. 1255.

⁽⁴⁶⁾ «shoot for prices within 10 % difference to trade within Europe after max. terms» [língua original], p. 1010.

⁽⁴⁷⁾ De acordo com um inquérito encomendado pela MMC [ver p. 216 e 217 do relatório (p. 2591)] sobre os preços no Reino Unido, Alemanha e França, os pacotes de consolas e de jogos em análise encontravam-se facilmente à venda a retalho em todos os países estudados e, em geral, em armazém. Pontualmente, os documentos do processo permitem comparar os produtos disponíveis em diferentes países (ver por exemplo, p. 1272, 1306-1307, 1327-1333). Destas comparações infere-se que todas as consolas e pelo menos a maior parte dos jogos se encontram disponíveis junto do distribuidor oficial local, bem como junto de comerciantes dos circuitos paralelos, o que indica que as ofertas de produtos são muito semelhantes nos diferentes países do EEE.

⁽⁴⁸⁾ Páginas 1010 e 1229.

⁽⁴⁹⁾ Ver quadros 2, 3 e 4, a seguir aos pontos 70, 71 e 72.

⁽⁵⁰⁾ Páginas 1120 e 1126. Ver, de novo, faxes da Nortec à NOE (p. 1559), da Bergsala à NOE (p. 1574) e da Linea à NOE (p. 1579 e 1580) relativos à necessidade limitada e ao custo irrelevante da adaptação dos produtos às condições dos mercados locais.

⁽⁵¹⁾ A título de exemplo, afigura-se que os operadores paralelos prestavam o serviço de adaptar os produtos por si comercializados às condições locais, isto é, forneciam os cabos scart e os adaptadores necessários no caso das consolas fixas.

1.3.3. Direitos de propriedade intelectual

- (62) A Comissão admitiu a possibilidade de os mercados geográficos serem mais vastos do que o EEE. Todavia, esta hipótese foi afastada visto a Nintendo ter adoptado a política sistemática de agir judicialmente contra os comerciantes que importam nos circuitos paralelos consolas e jogos Nintendo de fora do EEE, alegando que tal infringe os direitos de propriedade intelectual de que é titular no EEE. Com efeito, seguindo instruções da NCL a NF ameaçou todos os seus clientes de que actuaria judicialmente contra quaisquer vendedores que importassem ilegalmente os produtos através dos circuitos paralelos, isto é, de fora do EEE, sem o consentimento da Nintendo, uma vez que isso constituiria uma violação do direito de propriedade intelectual da Nintendo. A denúncia da Omega decorre de acções judiciais intentadas contra si pela Nintendo a este respeito. A NB dirigiu-se também ao tribunal com vista a impedir a Horelec de importar dos EUA ⁽⁵²⁾.

1.3.4. O âmbito geográfico dos mercados segundo a Concentra

- (63) A Concentra argumenta que o mercado português deve ser considerado um mercado distinto ⁽⁵³⁾. A Concentra não contestou a análise da Comissão relativa ao âmbito geográfico dos mercados do produto relevantes, nem os factos subjacentes a esta análise. Argumenta que a sua situação se distingue das restantes simplesmente por a legislação portuguesa estabelecer que os consumidores têm o direito de ser informados em língua portuguesa e as empresas que exercem actividades em Portugal deverem prestar informações em português ⁽⁵⁴⁾.
- (64) Contudo, a inexistência de comércio paralelo não implica necessariamente a existência de mercados nacionais distintos. Um tal fenómeno pode perfeitamente acontecer numa zona em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas para que exista um único mercado geográfico.
- (65) A comercialização de consolas no EEE pode exigir várias operações, mas que se limitam a: alterar a ficha eléctrica das consolas fixas, incluir o denominado cabo scart para ligar a consola à televisão como utilizado no país de destino e oferecer um simples manual de instruções redigido na língua local. O processo da Comissão contém diversos documentos provenientes dos interessados ⁽⁵⁵⁾ que calculam o custo destas operações. A

Concentra não contestou estes factos nem apresentou factos adicionais. Destes documentos decorre claramente que estes custos são irrelevantes face ao valor da consola e não impedem, obviamente, o comércio paralelo.

- (66) Deste modo, embora a comercialização no EEE possa implicar certos custos, no presente caso, esses custos não são suficientemente elevados para justificar a existência de mercados geográficos distintos.
- (67) A existência de um mercado geográfico distinto para Portugal é igualmente desmentida pelo facto de, contrariamente à afirmação da Concentra, o comércio paralelo de consolas e jogos em Portugal ter sido, pelo menos ocasionalmente, substancial, atingindo níveis equivalentes ao registado noutros territórios ⁽⁵⁶⁾.
- (68) Em conclusão, relativamente às consolas fixas, devem distinguir-se dois mercados geográficos, a saber, a França, por um lado, e o resto do EEE, por outro. O mercado geográfico das consolas portáteis corresponde ao EEE. O âmbito geográfico de todos os mercados de cartuchos de jogos compatíveis com as diferentes consolas Nintendo corresponde também ao EEE.

1.4. A situação da concorrência nos mercados relevantes

1.4.1. Os mercados das consolas de jogos

- (69) Durante o período da infracção, existia apenas um número limitado de fornecedores significativos de consolas de jogos, a saber, a Nintendo, a Sony e a Sega, todas elas empresas japonesas. Outras plataformas de jogos, como a 3DO, a Commodore CD32, a Philips CD-i e a Atari Jaguar, não tinham força significativa no mercado ⁽⁵⁷⁾.
- (70) No ano que terminou em 31 de Março de 1997, o volume de negócios da Nintendo a nível mundial ascendeu a 417,6 mil milhões de ienes ⁽⁵⁸⁾, o do departamento de jogos da Sony a 419 mil milhões de ienes ⁽⁵⁹⁾ e o do departamento de equipamento de consumo da Sega a 114,5 mil milhões de ienes ⁽⁶⁰⁾, ou seja, 2 990 milhões, 3 001 milhões e 820 milhões de euros, respectivamente.

⁽⁵⁶⁾ Páginas 1427-1428 e 1441-1442.

⁽⁵⁷⁾ A Comissão solicitou à Nintendo que apresentasse dados relativos ao volume de negócios no EEE a nível de consolas de jogos da própria Nintendo, bem como da Sony, da Sega e de outros produtores. A Nintendo não apresentou dados relativos ao volume de negócios de outros produtores de consolas, nem tão-pouco os referiu (p. 2250-2268). Ver ainda CTW, «A modern map of Europe», declarações da Nintendo de 1 de Setembro de 1998 (p. 2289).

⁽⁵⁸⁾ Relatório anual da Nintendo para 1997. A Nintendo realiza mais de 90 % das suas vendas e das suas receitas no mesmo segmento de actividades (ver relatório anual de 1997, p. 58) (p. 2249). Desta forma, o seu volume global de negócios pode ser comparado com o volume de negócios dos segmentos de actividades equivalentes da Sega e da Sony.

⁽⁵⁹⁾ Ver extracto do sítio internet da Sony apresentado nas declarações da Nintendo de 1 de Setembro de 1998 (p. 2276).

⁽⁶⁰⁾ Ver Agence France Presse, 22 de Maio de 1998 (p. 2334).

⁽⁵²⁾ No que respeita à NF, ver p. 1221 e 1222. No que respeita à NN, ver p. 3 e 50-66. No que respeita à NB, ver p. 1303.

⁽⁵³⁾ Ver resposta da Concentra à comunicação de objecções, pontos 20-24.

⁽⁵⁴⁾ Lei n.º 24/96, de 31 de Julho de 1996, Decreto-Lei n.º 238/86, de 19 de Agosto de 1986 (alterado pelo Decreto-Lei n.º 42/88, de 6 de Fevereiro de 1988).

⁽⁵⁵⁾ Ver ponto 25 e nota de pé-de-página 17 da comunicação de objecções, com base em factos descritos nas páginas 1559, 1574, 1579, 1580 e 2220-2228. A página 1559 descreve a situação na Grécia que, em termos de dimensão do mercado e situação geográfica relativa, é comparável à de Portugal.

(71) Em 1994, a Nintendo tinha quotas de mercado consideráveis no que se refere a todos os tipos de consolas existentes na altura no mercado, tanto em França como nos outros países do EEE (ver quadros 2 e 4 *infra*). Na realidade, antes de Setembro de 1995, a Sega e a Nintendo vendiam praticamente 100 % de todas as consolas de jogos no EEE ⁽⁶¹⁾. No final de Setembro de 1995, a Sony, com a sua Playstation de 32-bit, entrou no(s) mercado(s) do EEE de consolas de jogos e conquistou uma quota de mercado significativa. Por seu lado, a Sega lançou, embora com menos êxito, uma consola de 32-bit (Saturn). A resposta da Nintendo a este desafio, a N 64, só foi lançada no EEE em Março de 1997. Contudo, segundo os relatórios anuais da Nintendo relativos a 1995 e 1996, esta empresa continuava a destacar-se enquanto maior produtor mundial de produtos de vídeo doméstico ⁽⁶²⁾. Em 1997, o volume de negócios global da Nintendo a nível mundial foi apenas ligeiramente inferior ao do departamento de jogos da Sony.

(72) De acordo com a Datamonitor ⁽⁶³⁾, as vendas europeias de consolas fixas da Sony em 1997 ascenderam a 673 milhões de dólares, ou seja, 530 milhões de euros, a preço de retalhista. O volume de negócios da Nintendo no EEE relativo às consolas ascendeu a cerca de [...] * de euros a preços de grossista no ano terminado em Março de 1998 ⁽⁶⁴⁾. O volume de negócios europeu da Sega a nível apenas das consolas de jogos não é conhecido. Todavia, é de um modo geral aceite que as vendas das consolas Sega são significativamente inferiores às da Sony e da Nintendo. Na realidade, no exercício financeiro de 1996/1997, o volume de negócios realizado pela Sega a nível europeu com consolas e jogos ascendeu a 173 milhões de libras esterlinas, ou seja, 250 milhões de euros ⁽⁶⁵⁾, valor este inferior ao volume de negócios realizado pela Nintendo apenas com as consolas. Deste modo, em 1997, a quota da Nintendo no(s) mercado(s) do EEE no que se refere às consolas de jogos ascendia ainda a, pelo menos, [...] * % ⁽⁶⁶⁾.

1.4.1.1. O mercado das consolas de jogos fixas

(73) Os dados do quadro 2 demonstram que, em 1994, a Nintendo tinha quotas consideráveis a nível de todos os tipos de consolas fixas no mercado da França e no dos restantes países do EEE (à excepção do Reino Unido).

⁽⁶¹⁾ De acordo com um estudo da Durlacher & Co. intitulado «A survey of the video and computer games industry», p. 36, em 1994, 4 % das vendas de consolas a nível mundial eram imputáveis a outras empresas que não a Sega e a Nintendo (p. 2378).

⁽⁶²⁾ Ver p. 1 e 24 do relatório anual da Nintendo para 1995 e p. 8 do relatório anual da Nintendo para 1996 (p. 2341 e 2248).

⁽⁶³⁾ CTW, 22 de Setembro de 1997, «Datamonitor's five year review», incluído na declaração da Nintendo de 1 de Setembro de 1998, p. 3 (p. 2253).

⁽⁶⁴⁾ Declaração da Nintendo de 1 de Setembro de 1998, p. 16 (p. 2266).

⁽⁶⁵⁾ Declaração da Nintendo de 1 de Setembro de 1998, p. 4 (p. 2254).

⁽⁶⁶⁾ «Pelo menos», uma vez que, se o volume de negócios da Sony e da Sega fosse calculado a preços de grossista e apenas fossem tomadas em consideração as vendas de consolas da Sega, a quota de mercado da Nintendo seria necessariamente superior.

QUADRO 2

Quotas de mercado, em termos de volume, da Nintendo e da Sega, por tipo de consola fixa e por país, em 1994

	UK	D	E	F
Consolas fixas Nintendo 8-bit (NES)	35	55	67	73
Consolas fixas Sega 8-bit (Master System)	65	45	33	27
Consolas fixas Nintendo 16-bit (SNES)	37	69	37	53
Consolas fixas Sega 16-bit (Mega Drive)	63	31	63	47

Fonte: GFK, Nielsen ⁽⁶⁷⁾.

(74) Segundo dados retirados da Screen Digest, a quota de mercado da Nintendo em 1997, em termos de volume, exclusivamente no que se refere às consolas fixas avançadas, excluindo, pois, as vendas das consolas SNES 16-bit, ascendia a 31 % do mercado francês das consolas de jogos fixas e a 37 % do mercado das consolas de jogos fixas que inclui todos os outros países do EEE (ver quadro 3). A Itochu confirmou que, na Grécia, a posição competitiva da Nintendo no referente a consolas fixas era análoga à registada nos outros países do EEE ⁽⁶⁸⁾. Por conseguinte, embora a importância da Nintendo enquanto fornecedor de consolas de jogos fixas possa ter diminuído com a entrada da Sony no mercado, pode concluir-se que a Nintendo continua a ser um fornecedor importante de consolas fixas, quer em França, quer no EEE.

QUADRO 3

Quotas de mercado, em termos de volume, a nível das vendas de consolas fixas avançadas (32 e 64-bit), em 1997 ⁽⁶⁹⁾

	B, L, NL	D	Irl	I	Escandinávia	E, P	Gr, A	UK	Eur. (ex. F)	F
N 64	38	48	31	32	43	28	66	32	37	31

⁽⁶⁷⁾ Ver processo 35.587, volume VIII, p. 2143-2169.

⁽⁶⁸⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 19.

⁽⁶⁹⁾ Ver páginas 2575-2576. Em 1997, as vendas de consolas fixas de 16-bit menos avançadas deixaram de representar uma parte significativa da venda de consolas fixas. A partir do quadro apresentado no artigo «UK market soars to £890m» da CTW (p. 2293), pode deduzir-se que, no Reino Unido, a quota de mercado de consolas avançadas da Nintendo é de apenas 31,7 %. Este valor é muito próximo do valor referido relativamente ao Reino Unido no quadro 2, mas foi calculado por outras fontes, o que reforça a credibilidade dos valores apresentados neste quadro. Deste mesmo quadro infere-se que as vendas de consolas de 16-bit constituíram cerca de 6 % das vendas de consolas de jogos no Reino Unido.

	B, L, NL	D	Irl	I	Escandinávia	E, P	Gr. A	UK	Eur. (ex. F)	F
Saturn	3	1	2	3	2	4	2	7	4	3
Playstation	60	51	66	65	55	68	32	62	59	66

Fonte: Quadro elaborado com base em dados apresentados pela Screen Digest. Devido a arredondamentos, a soma das colunas nem sempre é de 100 %.

1.4.1.2. O mercado das consolas de jogos portáteis

- (75) Em 1994, a Nintendo tinha uma importante quota do mercado do EEE das consolas portáteis (ver quadro 4). Subsequentemente, as suas quotas de mercado aumentaram consideravelmente. Em 1995, o Game Boy da Nintendo representava [...] % do mercado de consolas portáteis na Alemanha, [...] % em Espanha e [...] % em França ⁽⁷⁰⁾. No Reino Unido, de acordo com o plano de actividades da THE para 1997/1998, «o declínio do Game Gear deixa o Game Boy numa posição dominante no mercado das consolas portáteis, com uma quota de [...] %» ⁽⁷¹⁾. Deste modo, pode também concluir-se que a Nintendo é, de longe, o mais importante fornecedor de consolas portáteis no EEE. A Itochu confirmou de novo que, na Grécia, a posição competitiva da Nintendo no referente a consolas portáteis era análoga à registada nos outros países do EEE ⁽⁷²⁾.

QUADRO 4

Quotas de mercado, em termos de volume, da Sega e da Nintendo, relativas a consolas portáteis, por país, em 1994

	UK	D	E	F
Consolas portáteis Nintendo (Game Boy)	73	87	63	73
Consolas portáteis Sega (Game Gear)	27	13	37	27

Fonte: GFK, Nielsen ⁽⁷³⁾.

1.4.2. O mercado dos cartuchos de jogos

- (76) Em relação a cada consola existe um vasto catálogo de cartuchos de jogos compatíveis. Na realidade, a existência de um número significativo de jogos é um dos principais factores que contribuem para o êxito de uma consola. Os cartuchos de jogos são desenvolvidos/comercializados quer pelo próprio fabricante da consola quer por terceiros, em geral sob licença sua. Estes editores de jogos podem recorrer, para a distribuição dos seus jogos, a canais independentes dos da Nintendo ⁽⁷⁴⁾.

- (77) Os cartuchos de jogos são vendidos para serem utilizados na base instalada das consolas de jogos. De acordo com o Relatório Anual da Nintendo para 1997, a base instalada a nível mundial no final de Abril de 1997 de consolas Game Boy era de 55 milhões de unidades, tendo sido vendidos 235 milhões de cartuchos de jogos compatíveis. No caso da SNES, estes valores ascenderam a 46 milhões e 359 milhões de unidades, respectivamente ⁽⁷⁵⁾.

- (78) A concorrência nos diferentes mercados distintos dos cartuchos de jogos é essencialmente ditada pela qualidade em termos de presença de personagens populares (como o personagem «Mário» da Nintendo), pela qualidade gráfica, pela originalidade de cada jogo no seu género ⁽⁷⁶⁾ e pelo preço relativo face aos outros jogos disponíveis para essa consola. O período de procura de um jogo específico é relativamente curto, oscilando entre, apenas, três e 12 meses. Embora exista sempre em qualquer altura um grande número de jogos compatíveis com uma determinada consola, as vendas de cartuchos de jogos concentram-se num pequeno número de jogos lançados recentemente. De acordo com a THE ⁽⁷⁷⁾, [...] % das vendas de jogos referiam-se aos 10 jogos mais populares na altura. Só os jogos com maior êxito conseguem ser objecto de procura durante vários anos. Quando a procura de um jogo específico começa a declinar, os jogos em armazém são vendidos a preços reduzidos, o que cria uma estrutura de venda de topo de gama e de preços económicos para os cartuchos de jogos. O preço de venda a retalho recomendado dos jogos económicos é cerca de 50 % inferior ao do dos jogos topo de gama ⁽⁷⁸⁾.

- (79) Não é possível indicar com precisão as quotas de mercado para os produtos da Nintendo relativamente a

⁽⁷⁰⁾ Páginas 2449-2450.

⁽⁷¹⁾ «The demise of the Game Gear leaves Game Boy dominating the portable market with a share of 99,7 %» [língua original], p. 531.

⁽⁷²⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 19.

⁽⁷³⁾ Ver processo n.º 35.587, volume VIII, p. 2143-2169.

⁽⁷⁴⁾ A Omega e a Itochu, por exemplo, distribuíam cartuchos de jogos desenvolvidos por terceiros (p. 2 e resposta da Itochu à comunicação de objecções da Comissão, ponto 20).

⁽⁷⁵⁾ Página 2249.

⁽⁷⁶⁾ Página 567.

⁽⁷⁷⁾ Páginas 532 e 554, onde se declara que [...] % dos títulos representavam [...] % das vendas.

⁽⁷⁸⁾ Páginas 575 e 576.

cada um dos mercados de cartuchos de jogos compatíveis com as suas consolas numa base anual ⁽⁷⁹⁾. Todavia, a importância da Nintendo como editor de jogos reflecte-se no facto de ter figurado, em 1997, em segunda posição na lista elaborada pela Charttrack dos 20 maiores editores do Reino Unido ⁽⁸⁰⁾. Se calculada em termos de vendas combinadas de cartuchos de jogos para todos os tipos de consolas, ou seja, relativamente a um volume de negócios consideravelmente superior ao volume de negócios combinado dos mercados relevantes de jogos compatíveis com consolas Nintendo, a quota de mercado desta empresa ascende a 18,5 % ⁽⁸¹⁾. A sua quota nos mercados relevantes dos jogos compatíveis com consolas Nintendo deve, por conseguinte, ser significativamente superior, uma vez que a Nintendo apenas edita cartuchos de jogos compatíveis com as suas próprias consolas. Na Alemanha, a quota da Nintendo no mercado de todos os suportes de jogos para consolas ascende a 54 % ⁽⁸²⁾.

- (80) A importância da Nintendo enquanto editor de jogos pode verificar-se também a partir dos factos relatados nas secções 1.4.2.1 a 1.4.2.3. Na realidade, estes permitem inferir que a Nintendo foi o principal fornecedor de cada mercado de cartuchos de jogos compatíveis com as consolas Nintendo, SNES, N 64 e Game Boy.

1.4.2.1. O mercado dos cartuchos de jogos compatíveis com a consola SNES

- (81) No que se refere às vendas totais na Europa de cartuchos de jogos destinados às consolas de 16-bit, as vendas da Nintendo em 1995 e 1996 apontam, à primeira vista, para quotas de mercado de [...] % e [...] % respectivamente ⁽⁸³⁾. Todavia, estes valores subestimam ainda a quota da Nintendo no mercado relevante do EEE dos cartuchos de jogos compatíveis com a consola SNES. Em primeiro lugar, a Nintendo apenas edita cartuchos de jogos compatíveis com as suas próprias consolas, enquanto essas percentagens dizem respeito ao mercado agregado dos cartuchos de jogos compatíveis com a consola SNES e dos jogos compatíveis com a consola Sega de 16-bit. Deste modo, a quota de mercado da Nintendo, pertinente neste caso, isto é, no contexto do mercado dos jogos compatíveis com a consola SNES, tem necessariamente de ser superior à

quota referente a um mercado definido de uma forma mais vasta. Em segundo lugar, os valores relativos ao mercado na sua totalidade baseiam-se nos preços de venda a retalho, enquanto a «quota da Nintendo» é calculada com base no volume de negócios da Nintendo a preços comerciais, sem consideração das margens dos retalhistas e dos distribuidores independentes.

- (82) De acordo com a Gallup, a Nintendo tinha, no Reino Unido, uma quota do mercado dos jogos compatíveis com a consola SNES, em termos de volume, de 43 % no trimestre que terminou em 31 de Dezembro de 1994. No mesmo período, os principais concorrentes da Nintendo neste mercado foram a Virgin, a Acclaim, a Ocean e a Sony, com quotas de mercado de, respectivamente, 9,5 %, 9,1 %, 7,9 % e 4,2 %. Em termos de volume, a quota de mercado da Nintendo no trimestre terminado em 31 de Março de 1995 ascendeu a 29,4 %. No mesmo período, as quotas de mercado da Virgin, Acclaim, Ocean e Sony ascenderam, respectivamente a, 11,4 %, 9,5 %, 8,5 % e 8,9 % ⁽⁸⁴⁾. A quota de mercado da Nintendo no Reino Unido manteve-se relativamente estável durante todo o período da infracção ⁽⁸⁵⁾.

1.4.2.2. O mercado dos cartuchos de jogos compatíveis com a consola N 64

- (83) No Reino Unido, as vendas de cartuchos de jogos compatíveis com a consola N 64 da Nintendo ascenderam, em 1997, a 63 milhões de libras, isto é, 91 milhões de euros, a preços de retalho ⁽⁸⁶⁾. Em 1997, o volume de negócios da Nintendo no Reino Unido a preços de grossista ascendeu a [...] * de euros no exercício financeiro que terminou em Março de 1998 ⁽⁸⁷⁾. Nestas circunstâncias, a quota da Nintendo em 1997 no mercado dos cartuchos de jogos compatíveis com a consola N 64 foi de, pelo menos, [...] * % ⁽⁸⁸⁾. Prevvia-se que, no segundo semestre de 1998, 17 outros editores de jogos lançassem um total de 33 jogos para a plataforma N 64, para além dos comercializados pela Nintendo. A Acclaim e a Infogrames foram os mais importantes, com cinco e seis jogos respectivamente ⁽⁸⁹⁾. Estes dados dizem exclusivamente respeito ao Reino Unido. Todavia, é incontestável que, no EEE, a quota de mercado dos cartuchos de jogos para a consola N 64 não pode ser inferior.

⁽⁷⁹⁾ Embora a Comissão tenha solicitado à Nintendo que apresentasse dados que permitissem proceder a estes cálculos (página 2249), a Nintendo não o fez (páginas 2260-2266).

⁽⁸⁰⁾ CTW, 9 de Fevereiro de 1998, p. 8 das declarações da Nintendo à Comissão de 1 de Setembro de 1998 (página 2258).

⁽⁸¹⁾ O denominador utilizado pela Charttrack para calcular os dados percentuais inclui também o volume de vendas de jogos compatíveis com as consolas Sega e Sony, que não integram os mercados relevantes.

⁽⁸²⁾ Página 2590.

⁽⁸³⁾ Estes dados foram calculados tomando em consideração, no que se refere aos anos relevantes, os dados relativos às consolas de 16-bit constantes do quadro 2 das declarações da Nintendo de 1 de Setembro de 1998 (página 6) e o volume de negócios da Nintendo no EEE no que se refere a jogos para as consolas SNES, tal como constam dos quadros 16 e 18 das mesmas declarações (páginas 14 e 15) (páginas 2256, 2264, 2265).

⁽⁸⁴⁾ Processo IV/35.587, p. 305 e 321. Na altura, a Sony não tinha ainda lançado no mercado a sua própria consola, mas agia na qualidade de editor/criador de jogos. Não se deve conferir demasiada importância às variações das quotas de mercado trimestrais. As vendas de cartuchos de jogos são bastante voláteis e podem variar consideravelmente a curto prazo, dependendo do êxito do eventual lançamento no mercado durante o trimestre de um novo jogo (ver também considerando 76). Todavia, as quotas de mercado permanecem relativamente estáveis numa perspectiva de mais longo prazo.

⁽⁸⁵⁾ Página 881.

⁽⁸⁶⁾ «Record year right on track» da CTW, incluído nas declarações da Nintendo de 1 de Setembro de 1998 (p. 2296).

⁽⁸⁷⁾ Quadro 18 das declarações da Nintendo de 1 de Setembro de 1998 (página 2265).

⁽⁸⁸⁾ Uma vez mais «pelo menos», visto que os dados relativos às vendas da Nintendo são expressos em preços comerciais enquanto o denominador é expresso em preços de venda a retalho.

⁽⁸⁹⁾ Screen Digest, Julho de 1998 (página 2574A).

1.4.2.3. O mercado dos cartuchos de jogos compatíveis com a consola Game Boy

- (84) De acordo com a Gallup, no Reino Unido, a quota da Nintendo, em termos de volume, no mercado dos jogos compatíveis com a consola Game Boy ascendeu a 57,0 % e 53,6 % nos trimestres que terminaram em 31 de Dezembro de 1994 e 31 de Março de 1995, respectivamente. Neste mercado, a Ocean e a Acclaim foram os seus principais concorrentes, com quotas de mercado médias nos mesmos períodos de, respectivamente, 8 % e 6,3 %⁽⁹⁰⁾.

1.5. O processo

- (85) Em Março de 1995, a Comissão deu início a uma investigação no sector dos jogos vídeo (Processo IV/35.587 PO Video Games). Na sequência das conclusões preliminares a que chegou, a Comissão deu início, em Setembro de 1995, a uma investigação complementar especificamente sobre o sistema de distribuição da Nintendo (Processo IV/35.706 PO/Nintendo Distribution). O Processo IV/36.321 Omega — Nintendo decorreu de uma denúncia formal apresentada, nos termos do n.º 2, alínea b), do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 em Novembro de 1996, pela Omega.

1.5.1. Contactos entre a Nintendo e a Comissão durante a investigação

- (86) Em Junho de 1995⁽⁹¹⁾, a Comissão enviou à Nintendo um pedido de informações nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, nomeadamente, em relação aos seus distribuidores e filiais no EEE, bem como solicitando cópia dos acordos formais de distribuição com as empresas activas em França, Alemanha, Itália e Reino Unido. Na sua resposta de 31 de Julho de 1995⁽⁹²⁾, a NOE comunicou os nomes dos principais distribuidores e filiais da Nintendo no EEE e enviou uma cópia do acordo formal de distribuição com a Linea, o distribuidor italiano. A NOE declarou não existirem acordos a nível dos outros territórios especificados, uma vez que as empresas activas nesses mercados eram filiais a 100 % da Nintendo.
- (87) Em 19 de Setembro de 1995, a Comissão solicitou também uma cópia das condições e modalidades gerais de venda da NOE⁽⁹³⁾. Foi declarado que estas condições estavam a ser revistas e que cópias das novas condições

seriam enviadas à Comissão logo que disponíveis. Numa resposta adicional ao pedido nos termos do artigo 11.º, de 26 de Junho de 1995, foram enviadas à Comissão, em 26 de Setembro de 1995, cópias dos acordos formais de distribuição com os distribuidores grego e português⁽⁹⁴⁾. Em 9 de Outubro de 1995⁽⁹⁵⁾, a Comissão enviou um pedido de informações sobre certas disposições desses acordos. Em 20 de Novembro de 1995⁽⁹⁶⁾, a Nintendo informou a Comissão de que estava a rever os seus acordos de distribuição, mas que lhe enviaria eventuais propostas específicas de alteração.

- (88) Subsequentemente, em 19 de Janeiro de 1996⁽⁹⁷⁾, realizou-se uma reunião entre representantes da Comissão e da Nintendo. A Comissão solicitou à Nintendo que descrevesse a sua política de distribuição. A Nintendo declarou que os acordos estavam a ser revistos e que um projecto final dos acordos seria enviado à Comissão quando concluído. A Nintendo referiu que esta versão passaria a constituir o acordo-tipo a utilizar por todos os distribuidores. A Nintendo assegurou à Comissão que quaisquer preocupações relativas às obrigações dos distribuidores seriam tidas em conta no novo projecto de acordo de distribuição.
- (89) Em 19 de Abril de 1996⁽⁹⁸⁾, a Nintendo apresentou o seu novo projecto de acordo com os distribuidores independentes, como debatido na reunião de 19 de Janeiro de 1996. Numa outra reunião realizada em 24 de Abril de 1996⁽⁹⁹⁾ entre a Comissão e representantes da Nintendo, a Comissão solicitou a clarificação de uma série de aspectos, incluindo as condições relativas ao «vendedor autorizado» e o estatuto dos antigos acordos. A Nintendo informou a Comissão de que o acordo com o distribuidor italiano tinha caducado e que os outros estavam ainda em vigor. Nesta ocasião, a Nintendo esclareceu que um «vendedor autorizado» tinha inteira liberdade de vender a qualquer pessoa e confirmou que o novo acordo era aplicável em todo o EEE.
- (90) Em 27 de Novembro de 1996⁽¹⁰⁰⁾, foi enviado à Comissão o projecto revisto de acordo a utilizar para todos os distribuidores do EEE, o qual tinha em devida conta os aspectos abordados na reunião de 24 de Abril de 1996. Finalmente, acabaram por ser aplicados a partir do início de 1997 acordos elaborados com base nesta versão do acordo-quadro.

⁽⁹⁴⁾ Processo 35.587, vol. XI, p. 2926.

⁽⁹⁵⁾ Processo 35.706, p. 1-3.

⁽⁹⁶⁾ Processo 35.706, p. 12.

⁽⁹⁷⁾ Processo 35.706, p. 13-14.

⁽⁹⁸⁾ Processo 35.706, p. 20.

⁽⁹⁹⁾ Processo 35.706, p. 37.

⁽¹⁰⁰⁾ Processo 35.706, p. 95-109.

⁽⁹⁰⁾ Processo IV/35.587, páginas 305 e 321.

⁽⁹¹⁾ Processo 35.587, vol. X, p. 2737.

⁽⁹²⁾ Processo 35.587, vol. X, p. 2747.

⁽⁹³⁾ Processo 35.587, vol. XI, p. 2908.

- (91) Na sequência da denúncia da Omega no final de 1996⁽¹⁰¹⁾, a Comissão alargou a sua investigação. Em 7 de Março de 1997⁽¹⁰²⁾, a Comissão solicitou à Nintendo, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, que apresentasse os acordos de distribuição que tinha celebrado com distribuidores exclusivos independentes, assim como as modalidades e condições gerais de venda e os acordos de distribuição com clientes em vigor nos países em que filiais da Nintendo tinham agido como distribuidores exclusivos durante o período 1994-1996.
- (92) Na sua resposta de 16 de Maio de 1997⁽¹⁰³⁾, a Nintendo reconheceu que alguns dos seus acordos de distribuição e condições e modalidades gerais continham certas restrições ao comércio paralelo no EEE. Na medida em que, na altura, os acordos não tinham ainda caducado, foram alterados no sentido de pôr termo a esta situação. Concretamente, em 15 de Maio de 1997⁽¹⁰⁴⁾, a NOA deu instruções à NE para que suprimisse das condições e modalidades gerais de venda as disposições que proibiam vendas fora do território da NE. Além disso, na mesma data, a NOA escreveu também a todas as suas filiais do EEE recordando-lhes as exigências do direito comunitário em matéria de comércio paralelo intra-EEE⁽¹⁰⁵⁾.
- (93) Como já referido⁽¹⁰⁶⁾, a denúncia da Omega alegava que a Nintendo praticava uma política de imposição dos preços de revenda nos Países Baixos⁽¹⁰⁷⁾. Na resposta à denúncia da Omega, de 11 de Abril de 1997, a Nintendo declarava: «a Nintendo não assegura a aplicação do preço de venda a retalho recomendado»⁽¹⁰⁸⁾. Numa carta de 22 de Outubro de 1997 da Comissão à NOE, sugeria-se o envio de uma circular aos revendedores neerlandeses da Nintendo, esclarecendo que poderiam fixar livremente os seus preços de revenda⁽¹⁰⁹⁾. A Nintendo aceitou enviar esta circular em 30 de Outubro de 1997⁽¹¹⁰⁾.
- (94) Em 23 de Dezembro de 1997, a Nintendo escreveu à Comissão informando-a de que tinha tido conhecimento de «um problema grave no que se refere ao comércio paralelo na Comunidade»⁽¹¹¹⁾. Manifestou a sua vontade de cooperar voluntariamente com a Comissão, informando-a do seu *modus operandi* a nível de certos aspectos da sua política de distribuição na Europa e apresentando-lhe relatórios escritos sobre os aspectos pertinentes. No contexto das suas declarações recebidas em 21 de Janeiro, 1 de Abril e 15 de Maio 1998, a Nintendo apresentou à Comissão centenas de documentos⁽¹¹²⁾.
- (95) Subsequentemente a este reconhecimento da situação, a Nintendo tomou também medidas que se afiguravam credíveis para assegurar o respeito das leis comunitárias no futuro. Estas medidas incluíam apresentações, em 25 de Fevereiro de 1998, aos seus quadros superiores, três seminários — dois dos quais contaram com a participação, para além das filiais da Nintendo no EEE, dos seus distribuidores independentes — e instruções às suas filiais do EEE. A Nintendo continua a organizar estes encontros⁽¹¹³⁾.
- 1.5.2. *Correspondência entre a THE e a Comissão no decurso da investigação e reconhecimento dos factos por parte desta empresa*
- (96) A Comissão dirigiu um pedido formal de informações à THE em 7 de Março de 1997, suscitado por informações recebidas sugerindo que os revendedores poderiam ter sido impedidos de adquirir produtos noutros Estados-Membros⁽¹¹⁴⁾. A THE respondeu em 25 de Abril de 1997 informando que não tinha restringido o comércio paralelo por parte dos seus revendedores e que nunca lhes tinha recusado o fornecimento de produtos Nintendo alegando que se destinavam à exportação⁽¹¹⁵⁾.
- (97) Posteriormente, a Comissão recebeu novas informações no sentido de o comércio paralelo estar a ser dificultado, em especial a partir do Reino Unido. Em consequência, a Comissão enviou à THE um novo pedido de informações, recebido em 10 de Outubro de 1997⁽¹¹⁶⁾. Em 1 de Dezembro de 1997, a resposta da THE⁽¹¹⁷⁾ a este pedido revelava que a THE, a Nintendo e alguns outros interessados estavam implicados em práticas ilegais de restrição do comércio paralelo. Em 13 de Janeiro de 1998, a THE apresentou espontaneamente elementos de prova suplementares⁽¹¹⁸⁾.
- (98) Subsequentemente, a THE tomou várias medidas para evitar novas violações ao direito da concorrência, designadamente um programa formal de conformidade com o direito da concorrência, que previa relatórios de conformidade, apresentações aos directores executivos e aos directores financeiros de todas as filiais da John Menzies, visitas a instalações e instruções a título permanente com vista à revisão dos acordos e práticas susceptíveis de colocarem problemas a nível do direito da concorrência.

⁽¹⁰¹⁾ Páginas 1-66.

⁽¹⁰²⁾ Páginas 88-90.

⁽¹⁰³⁾ Páginas 105-108.

⁽¹⁰⁴⁾ Páginas 116 e 118.

⁽¹⁰⁵⁾ Páginas 110-113.

⁽¹⁰⁶⁾ Ver ponto 14 *supra*.

⁽¹⁰⁷⁾ Páginas 10-12.

⁽¹⁰⁸⁾ «Nintendo does not enforce its recommended retail prices» [língua original], página 639. As informações prestadas nesta carta correspondem às instruções explícitas da NOE (página 656).

⁽¹⁰⁹⁾ Página 757.

⁽¹¹⁰⁾ Páginas 758-759 e 760-764.

⁽¹¹¹⁾ Páginas 1638-1641.

⁽¹¹²⁾ Páginas 988, 1236 e 1668.

⁽¹¹³⁾ Ver declarações da Nintendo de 9 de Agosto de 2001 e a sua resposta à comunicação de objecções, ponto 4.4.

⁽¹¹⁴⁾ Página 437.

⁽¹¹⁵⁾ Páginas 446-447.

⁽¹¹⁶⁾ Página 804.

⁽¹¹⁷⁾ Páginas 807 e seguintes.

⁽¹¹⁸⁾ Páginas 956-987.

1.5.3. Contactos entre a Comissão e outros distribuidores no âmbito do processo

- (99) Antes da notificação da comunicação de objecções, a Comissão não teve quaisquer contactos com outros distribuidores que não a própria Nintendo e a THE, a não ser no que se refere à correspondência relativa à confidencialidade dos documentos constantes do processo da Comissão. Nessa correspondência com a Soc. Rep. Concentra Lda, agora denominada Concentra — Produtos para Crianças, SA, Linea Gig SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Hellas EPE e CD-Contact Data GmbH, de 9 de Junho de 1999, a Comissão referia também a sua intenção de dar início a um processo formal relativamente a estas empresas (assim como relativamente à Nintendo e à THE) ⁽¹¹⁹⁾.

1.5.4. O processo administrativo

- (100) Em 25 de Abril de 2000, a Comissão enviou uma comunicação de objecções à Nintendo Corporation Ltd (com cópia à Nintendo of Europe GmbH), à John Menzies plc (com cópia à THE Games Ltd), à Soc. Rep. Concentra Lda agora denominada Concentra — Produtos para Crianças, SA, à Linea GIG SpA, à Nortec AE, à Bergsala AB, à Itochu Corporation (com cópia à Itochu Hellas EPE) e à CD-Contact Data GmbH (com cópia à Contact-Data Belgium NV).
- (101) Nenhum dos interessados solicitou uma audição formal nos termos do Regulamento (CE) n.º 2842/98, pelo que não foi organizada qualquer audição formal.

1.6. A situação no Reino Unido e Irlanda

- (102) O comportamento da Nintendo e dos seus distribuidores independentes será descrito pormenorizadamente, começando pelo Reino Unido e pela Irlanda. Os factos são apresentados relativamente a cada território em separado e, sempre que necessário, a cada um dos diferentes interessados directos que exercia actividades nesses territórios em diversos momentos.

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

1.6.1. A situação relativa à Nintendo UK Ltd

- (103) Pelo menos entre Março de 1993 ⁽¹²⁰⁾ e 4 de Agosto de 1995 ⁽¹²¹⁾, a NUK foi o distribuidor exclusivo da Nintendo no Reino Unido e na Irlanda.
- (104) Em comparação com a Alemanha, os preços comerciais no Reino Unido eram baixos, sendo propostos a clientes alemães produtos exportados através dos circuitos paralelos a preços inferiores aos praticados pela NOE ⁽¹²²⁾. A existência de um volume considerável de comércio paralelo em 1994 e 1995 constitui também um indício de diferenças de preços ⁽¹²³⁾.
- (105) Em várias cartas de Abril e Maio de 1995, a NOE solicitou a [...] ⁽¹²⁴⁾ [...] que desse instruções a todas as filiais da Nintendo dado que: «As importações cinzentas começam a tornar-se um problema real grave [...] Do seu lado, esperamos as seguintes instruções: [...] B. Devem ser dadas instruções rigorosas a todas as filiais [...] — para que eliminem inequivocamente os clientes conhecidos por exportar produtos para outros países ou susceptíveis de o fazer. [...] O RU [...] não tem prestado a necessária atenção ao assunto [...] temos de pôr termo a estas actividades de exportações cinzentas imediatamente [...] Caro [...]*, muito apreciaria que desse instruções [...] a todas as filiais [...] com vista a pôr termo a outras importações cinzentas e a controlar imediatamente volumes importantes a nível de todos os clientes» ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁰⁾ Ver página 426.

⁽¹²¹⁾ Páginas 313 e 297A.

⁽¹²²⁾ A NOE era a filial da Nintendo responsável pela distribuição dos produtos na Alemanha. Página 1000, ponto A. 4, donde se deduz que o pacote HW (Gameboy e um jogo) era proposto aos retalhista alemães por comerciantes dos circuitos paralelos a [...]*. Ver igualmente página 1023 em que a NOE referia: «Isto significa que a diferença de preços entre os produtos provenientes do Reino Unido e a proposta mais barata da NOE é de [...] %». Alguns clientes importantes da NOE estavam a vender a retalho jogos para o Game Boy importados paralelamente a pelo menos metade do preço praticado pela NOE. Estas diferenças de preços são confirmadas pelo facto de, segundo uma carta de 11 de Abril de 1996 da THE à NOE (páginas 975 a 979 e 1135 a 1147), em 1996 existirem já há algum tempo diferenças de preços entre o Reino Unido e o resto do EEE.

⁽¹²³⁾ Páginas 1441 a 1443. Este quadro foi alegadamente elaborado com base nas respostas dos distribuidores da Nintendo. Ver também uma carta de 22 de Maio de 1995 da NOA à NUK (p. 1676).

⁽¹²⁴⁾ Ver cartas de 11 de Abril de 1995 (p. 1000 a 1008), de 19 de Abril de 1995 (p. 1009 a 1019) e de 4 de Maio de 1995 (p. 1022 a 1024).

⁽¹²⁵⁾ «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» [língua original], ver p. 1000-1002.

(106) As instruções que a NOE pretendia que fossem dadas foram precisadas numa carta que enviou à NOA em 19 de Abril de 1995 ⁽¹²⁶⁾. Relativamente às medidas propostas na carta e que incluíam não fornecer clientes exportadores, adquirir aos retalhistas todas as importações paralelas e a coordenação dos preços comerciais, as que maior êxito registaram, e que constituíam prática comercial padrão em todo o EEE, foram as destinadas a impedir o comércio paralelo na fonte. Concretamente, as instruções eram as seguintes:

«I. Ordem rigorosa a todas as filiais no sentido de tomarem medidas para pôr termo às exportações cinzentas.

Isto significa:

1. Não fornecer clientes e especialmente distribuidores que não sejam 100 % seguros e fiáveis.
2. Controlar antes do envio as encomendas dos clientes habituais por forma a garantir que as quantidades solicitadas correspondem ao potencial do cliente.

II. Direito de as filiais adquirirem as importações cinzentas, devolvendo-as em seguida aos países de origem na Europa ao preço de compra, a pagar ao importador/cliente desde que as quantidades mín. excedam, respectivamente, 500 e 1 000 unidades.

III. Informações prévias entre filiais relativamente:

— ao preço mais baixo do produto e quantidades disponíveis a preços reduzidos,

— a novos produtos que tencionam vender a preços reduzidos a clientes habituais. [...]

D. Coordenação de preços e disponibilidade na Europa

Como por vós [isto é, NOA] sugerido/planeado deveremos visar [...]

II. Preços

1. diferenças de preços comerciais inferiores a 10 % na Europa, após condições max. [...]
2. Produtos das linhas actuais em que devemos tentar reduzir as diferenças para menos de 10 %, pelo menos, ou 15 %, no máximo, sempre que inevitável devido a compromissos assumidos.
3. Comparação dos preços de todos os produtos-chave. [...]

Tudo isto, todavia, só resultará se uma empresa/pessoa assumir o comando e coordenar.» (sic).

(107) Em 22 de Maio de 1995, pouco depois da concepção do plano, a NOA declarou, numa carta à NUK, «Nas nossas reuniões com outros distribuidores europeus, fomos informados de que o problema do mercado cinzento tinha aumentado significativamente no último ano, o que praticamente impossibilitou os nossos distribuidores e filiais de venderem as suas reservas nos respectivos mercados» ⁽¹²⁷⁾. Desta citação pode inferir-se que o «problema» do comércio paralelo foi debatido não só no próprio grupo Nintendo, mas também com os distribuidores independentes da Nintendo da altura. Em especial, numa reunião entre a Bergsala e a NOA realizada por ocasião da exposição E3, sensivelmente uma semana antes de 22 de Maio de 1995, a Bergsala debateu com a NOA os problemas com que se defrontava em resultado do importante volume de importações cinzentas na Suécia proveniente da [...]*, um exportador paralelo do Reino Unido. Nesta sequência, através da mesma carta de 20 de Maio de 1995 já citada, a NOA deu à NUK instruções no sentido de «determinar se a Nintendo vende os seus produtos à [...]» ou a um parceiro comercial desta empresa» (sic) ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁶⁾ «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 costumers 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» [língua original], ver p. 1009 a 1012.

⁽¹²⁷⁾ «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» [língua original], ver p. 1676.

⁽¹²⁸⁾ «(...) determine whether Nintendo sell its products to [...]» or to a customer who does business with them» [língua original], ver p. 1676.

1.6.2. A situação relativa à THE

- (108) Em 4 de Agosto de 1995, a THE adquiriu à Nintendo os direitos exclusivos de distribuição na Irlanda e no Reino Unido ⁽¹²⁹⁾, situação que se manteve até 31 de Dezembro de 1997, pelo menos. A Nintendo continuou presente no Reino Unido através da Nintendo Services Ltd, sua filial a 100 %, que, todavia, não tinha responsabilidade directa a nível da distribuição dos produtos no Reino Unido.

1.6.2.1. Os acordos formais de distribuição entre a Nintendo e a THE

- (109) Até 1 de Janeiro de 1998, a THE celebrou três acordos sucessivos com a Nintendo ⁽¹³⁰⁾. Nos termos de cada um destes acordos, a THE comprometia-se a adquirir os produtos exclusivamente à Nintendo e esta, por sua vez, a vender os produtos apenas à THE no Reino Unido e na Irlanda. Os produtos em causa eram as consolas e respectivos cartuchos de jogos compatíveis da própria Nintendo.
- (110) Até 1 de Janeiro de 1997, os acordos incluíam disposições no sentido de a THE apenas poder vender a determinadas categorias de clientes, em especial retalhistas especializados na venda a retalho ao consumidor ⁽¹³¹⁾. O comércio paralelo foi severamente dificultado em resultado destas disposições, dado que os clientes da THE foram proibidos de revender os produtos a outros comerciantes, incluindo a revendedores estabelecidos fora do Reino Unido. Como se demonstrará, esta disposição foi aplicada na prática com o objectivo de impedir as exportações paralelas por clientes da THE.
- (111) Os sucessivos acordos de distribuição formais entre a THE e a Nintendo estabeleciam ostensivamente que a

primeira podia exportar os produtos para qualquer país fora do seu território, embora não pudesse procurar activamente clientes para esse fim. Esta situação revela *de facto* que este direito não tinha qualquer significado, visto que a Nintendo coagiu a THE a tomar medidas destinadas a impedir qualquer exportação a partir do seu território. (Para mais pormenores, ver considerando 162 a 169).

1.6.2.2. «A Política Comercial da THE Games relativamente a clientes autorizados»

- (112) Na sua carta de 1 de Dezembro de 1997, a THE apresentou à Comissão uma cópia da «Política Comercial da THE Games relativamente a clientes autorizados», a qual continha diversas declarações em matéria de política comercial ⁽¹³²⁾. Em especial:

1. «A THE Games só está disposta a vender produtos a empresas que os vendam directamente a consumidores finais (isto é, retalhistas, empresas de venda por correspondência e empresas de vendas por catálogo) [...]»
2. «A THE games comunicará inicialmente ao distribuidor local quaisquer abordagens de retalhistas estabelecidos fora do Reino Unido e da Irlanda, mas não recusará fornecimentos se esse retalhista apresentar novos pedidos». A lógica comercial declarada subjacente a esta política é a seguinte: «A prática de vender produtos do Reino Unido a retalhistas não estabelecidos neste território ou no da Irlanda não é uma prática desejável» [...];
3. «A THE Games não venderá produtos a outros grossistas ou subdistribuidores». A lógica comercial declarada subjacente a esta política é a seguinte: «Se [a THE] fornecesse produtos Nintendo a grossistas, estes poderiam, por definição, vender os produtos quer a retalhistas do Reino Unido, quer a retalhistas estabelecidos fora do nosso território [...]». A THE reconhece que a lógica subjacente à sua terceira declaração de política comercial implica que as vendas a grossistas e subdistribuidores representam uma violação da sua primeira e segunda declarações de política comercial.

⁽¹²⁹⁾ Página 297A.

⁽¹³⁰⁾ Até 1 de Janeiro de 1998, a THE celebrou três acordos sucessivos com a Nintendo: o primeiro vigorou entre 4 de Agosto de 1996 e 31 de Dezembro de 1996, o segundo entre 1 de Janeiro de 1996 e 31 de Dezembro de 1996 e o último entre 1 de Janeiro de 1997 e 31 de Dezembro de 1998.

⁽¹³¹⁾ Cláusula 3.2 (p. 299 e 454): A Nintendo «designa o distribuidor seu distribuidor exclusivo independente e autorizado para a venda dos produtos abrangidos a outros vendedores no território»; cláusula 2.2 (p. 298b e 453), «Por vendedores autorizados deve entender-se, exclusivamente, as pessoas especializadas na venda dos produtos a retalho aos consumidores e que sejam competentes e possuam instalações de venda adequadas aos produtos abrangidos e que empreguem funcionários com formação na área dos produtos abrangidos». Consideradas conjuntamente, estas disposições implicam que apenas são permitidas as vendas a retalhistas. Cláusula 4.3 (p. 299a e 456) implica também que: «O distribuidor venderá os produtos abrangidos por grosso a retalhistas competentes que possuam instalações de venda adequadas aos produtos abrangidos e que empreguem funcionários com formação na área dos produtos abrangidos». Ver também p. 814.

⁽¹³²⁾ Ver p. 861-863.

(113) A THE admite que esta política restringia o comércio paralelo ⁽¹³³⁾. Segundo a THE, a lógica subjacente a estas políticas pode inferir-se dos contactos com a [...] e com a [...], referidos nos considerando 114, 135 e 158. Visto a correspondência da THE com a [...] datar de 14 de Agosto de 1995, a política da THE deve ter sido estabelecida antes desta data ⁽¹³⁴⁾.

1.6.2.3. Medidas da THE contra a [...]

(114) Uma das primeiras medidas da THE após ter adquirido os direitos de distribuição dos produtos referiu-se a uma empresa denominada [...]. A [...], uma empresa grossista dos produtos no Reino Unido, integra o Grupo [...], uma cadeia de venda a retalho. Para além de fornecer as lojas [...], agiu também como grossista independente. Numa carta de 14 de Agosto de 1995, a THE escreveu à [...]: «A THE Games foi designada distribuidor exclusivo dos produtos Nintendo no Reino Unido a “vendedores autorizados” (isto é, retalhistas aceites). As condições desta nomeação impedem-nos de fornecer outros distribuidores intermediários. Deste modo, embora muito nos agradasse fornecer à [...] produtos Nintendo para venda a retalho nos estabelecimentos da [...], não podemos fornecer à [...] produtos Nintendo para qualquer outra finalidade» ⁽¹³⁵⁾. De uma carta da [...] à THE, de 25 de Agosto de 1995, decorre que tinha sido feito compreender à [...] que a THE «estava desagradaada com o facto de a [...] exercer actividades de distribuidor destes produtos a outros clientes que não a [...]» ⁽¹³⁶⁾.

1.6.2.4. A deterioração das relações comerciais entre a THE e a Nintendo

(115) Em Fevereiro de 1996, a THE lançou uma campanha de promoções no âmbito da qual propunha os seus produtos a preços substancialmente inferiores aos de outros distribuidores da Nintendo. Em consequência, as exportações paralelas a partir do Reino Unido tornaram-se uma opção de fornecimento ainda mais interessante. Os preços promocionais da THE foram também publicitados em 19 de Fevereiro de 1996 no CTW, um jornal comercial, sendo designados por «The Big Deal». A THE

justificou as suas reduções de preços alegando a competitividade do mercado retalhista no Reino Unido, a sua situação pouco satisfatória em termos de produtos em armazém e o objectivo de aumentar o ciclo de vida dos produtos destinados à SNES e ao Game Boy ⁽¹³⁷⁾.

(116) Os preços praticados pela THE eram significativamente inferiores aos preços oferecidos noutros países do EEE, como a Alemanha ⁽¹³⁸⁾, Itália ⁽¹³⁹⁾, Países Baixos ⁽¹⁴⁰⁾, Grécia ⁽¹⁴¹⁾, França ⁽¹⁴²⁾ e Espanha ⁽¹⁴³⁾. No que se refere à Alemanha, as diferenças de preços das consolas oscilavam entre 19,85 % e 31 % e as dos jogos entre 4,32 % e 65 % ⁽¹⁴⁴⁾. Face aos preços por grosso praticados pela Linea, os preços comerciais das consolas SNES oferecidos pelos importadores paralelos eram 18 % inferiores. As diferenças de preços por grosso dos jogos compatíveis com a consola SNES oscilavam entre 3 e 30 % e com o Game Boy entre 13 e 39 % ⁽¹⁴⁵⁾. No Reino Unido, os preços de venda ao público de jogos para a consola SNES eram 7 % a 66 % inferiores aos praticados nos Países Baixos, os de pacotes Game Boy com um jogo 26 % e os de pacotes Game Boy com dois jogos cerca de 35 % ⁽¹⁴⁶⁾. Os comerciantes dos circuitos paralelos do Reino Unido propunham aos retalhistas espanhóis consolas Game Boy a um preço 18 % inferior ao preço praticado pela NE ⁽¹⁴⁷⁾. Era oferecido aos comerciantes um pacote Game Boy (consola e um jogo) a um preço que chegava a ser 35 % inferior ao preço mais baixo praticado pela NE pelo mesmo pacote junto dos seus clientes ⁽¹⁴⁸⁾. As diferenças nos preços a retalho dos cartuchos de jogos Game Boy ascendiam a 46 % e os de jogos SNES a 10 %-39 % ⁽¹⁴⁹⁾. A Bergsala calculou que, globalmente, os produtos importados através dos circuitos paralelos eram vendidos a retalho a preços 10 %-30 % inferiores aos preços que ela própria praticava junto dos retalhistas ⁽¹⁵⁰⁾. Segundo a

⁽¹³³⁾ Ver página 8 da resposta da John Menzies à comunicação de objecções, assim como as declarações de política comercial (p. 861-863).

⁽¹³⁴⁾ Página 864, confirmada pela resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 2.2.

⁽¹³⁵⁾ «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 [...] retail outlets, we are unable to supply [...] with Nintendo product on any other basis» [língua original], p. 864.

⁽¹³⁶⁾ «[THE] was no longer happy for [...] to act as distributor of this product to any of our customers except [...]» [língua original], p. 869.

⁽¹³⁷⁾ Ver p. 881, carta de 22 de Fevereiro de 1996 da THE ao [...] da NOA.

⁽¹³⁸⁾ Carta da NOE à THE, de 4 de Abril de 1996 (p. 963), e carta da NOE à NOA, de 1 de Janeiro de 1996 (p. 1119).

⁽¹³⁹⁾ Páginas 1097, 1104-1105, 1104 e 1124-1125.

⁽¹⁴⁰⁾ Páginas 1049 e 1050-1051.

⁽¹⁴¹⁾ Páginas 1387-1389.

⁽¹⁴²⁾ Páginas 1255, 1257 e 1258. Da página 1257 pode inferir-se que foram propostos aos clientes da NF produtos exportados através dos circuitos paralelos a preços inferiores aos praticados pela própria NF.

⁽¹⁴³⁾ Carta de 22 de Fevereiro de 1996, p. 1040, 1042, 1156-1157.

⁽¹⁴⁴⁾ Páginas 1106 e 1123. Os preços das consolas dizem respeito ao Game Boy. A NOE calculou estas diferenças de preços com base no preço de venda ao público. Este método de cálculo representa uma forma indirecta de medir as diferenças de preços comerciais. Todavia, a NOE também recorreu a estes dados para retirar conclusões sobre o nível de preços comerciais da THE (página 1098).

⁽¹⁴⁵⁾ Ver p. 1104-1105 e 1124-1125.

⁽¹⁴⁶⁾ Ver p. 1050-1051. Trata-se de comparações entre o PVP que a NN tencionava praticar a partir de Abril de 1996 e o PVP da THE em Fevereiro de 1996. As diferenças de preços que é possível calcular seriam consideravelmente superiores se se usasse o PVP da NN em Fevereiro de 1996.

⁽¹⁴⁷⁾ Ver p. 1040.

⁽¹⁴⁸⁾ Ver p. 1042.

⁽¹⁴⁹⁾ Ver p. 1157.

⁽¹⁵⁰⁾ Ver p. 1425.

NOE⁽¹⁵¹⁾, existia um importante volume de importações cinzentas provenientes do Reino Unido na Dinamarca, Noruega e Finlândia. Pode concluir-se que os preços praticados nos países onde se registaram importações paralelas eram também superiores aos do Reino Unido⁽¹⁵²⁾. Ao que tudo indica, estas diferenças de preços existiam desde há já muito tempo⁽¹⁵³⁾. O nível de preços inferior praticado no Reino Unido constituiu um incentivo ao comércio de produtos em circuitos paralelos com origem neste país e destinado a outros territórios do EEE.

- (117) Numa carta de 22 de Fevereiro de 1996, do distribuidor grego da Nintendo, a Itochu, dirigida à NOE, a Itochu estimou que os preços praticados no Reino Unido pela THE junto dos seus retalhistas eram, na realidade, inferiores aos preços que a própria Itochu pagava à Nintendo pelos fornecimentos e que, conseqüentemente, «qualquer retalhista grego pode adquirir ao Reino Unido e “concorrer” com o distribuidor local da Nintendo; tudo isto com o beneplácito da Nintendo»⁽¹⁵⁴⁾.
- (118) Dois dias depois do lançamento da campanha «Big Deal», em 21 de Fevereiro de 1996, o [...] da NOA interveio pessoalmente no assunto. A THE tranquilizou a NOA — «não tencionamos fornecer a Europa»⁽¹⁵⁵⁾. Analogamente, a THE tranquilizou os seus homólogos de outros países do EEE. A THE declarou: «Posso prestar as seguintes informações relativas aos preços que praticamos junto dos retalhistas do Reino Unido, e exclusivamente para venda no Reino Unido» (sublinhado nosso) e «tentaremos, a qualquer custo, impedir que os produtos cheguem à Europa»⁽¹⁵⁶⁾.

1.6.2.5. Boicote da THE pela Nintendo

- (119) A THE não conseguiu convencer a Nintendo, uma vez que, em 27 de Fevereiro de 1996, o [...] da NOA e [...] da NCL, deu as seguintes instruções ao [...] da Nintendo Services Ltd: «A NCL está muito preocupada com a agressividade actualmente demonstrada pela THE Games Limited a nível da comercialização de *hardware* Super NES e Game Boy e respectivo *software*, contra-riamente às condições estabelecidas no acordo de distribuição. [...] Queira não aceitar quaisquer encomendas da THE até os resultados das actuais práticas comerciais desta empresa serem avaliados e o assunto ser resolvido a contento da NCL»⁽¹⁵⁷⁾. Posteriormente, o [...]

informou a THE destas instruções, tendo explicado que: «estas encomendas serão congeladas até não lhe ([...]) subsistir qualquer dúvida sobre a forma como os produtos foram encaminhados do Reino Unido para outros países europeus»⁽¹⁵⁸⁾. Afigura-se que, pelo menos nessa ocasião, a NOA considerou que o seu acordo escrito com a THE implicava que esta empresa devia impedir as exportações a partir do seu território. A NOA reconheceu também este facto perante a Comissão⁽¹⁵⁹⁾.

- (120) Esta atitude por parte da Nintendo teve um impacto considerável sobre as actividades da THE. As cinco encomendas congeladas envolviam [...] unidades de consolas de jogos e [...] unidades de cartuchos de jogos, cujo valor de compra total ascendia a cerca de [...] libras esterlinas⁽¹⁶⁰⁾, que representavam cerca de [...] respectivamente, do volume de vendas da THE previsto para 1996/1997⁽¹⁶¹⁾. Uma nova aquisição, de [...] libras esterlinas, que a THE tencionava efectuar foi também afectada. Segundo a THE, estas encomendas eram essenciais para satisfazer a procura dos clientes, que ultrapassava já as reservas disponíveis. O défice das reservas punha em risco as relações da THE com clientes importantes e influentes. Na realidade, a THE considerou na ocasião que se encontrava em perigo de perder o seu acordo de distribuição⁽¹⁶²⁾.
- (121) Não admira, por conseguinte, que a THE tenha escrito em 5 de Março de 1996 ao [...] da NOA, que «não se repetirá, [...] tomámos todas as precauções possíveis para nos assegurarmos de que nenhum produto atingirá jamais qualquer país fora do nosso território autorizado»⁽¹⁶³⁾.
- (122) Por forma a verificar se a THE estava realmente a tomar medidas, a NOA efectuou uma sondagem junto dos seus distribuidores europeus. Quando os resultados deste estudo se tornaram conhecidos, em 20 de Março de 1996, realizou-se uma reunião entre [...] da NOA, em especial os [...], representantes da NOE, em especial, o [...], e a THE. Ao que tudo indica, as medidas tomadas pela THE foram ao encontro das pretensões (iniciais) da Nintendo. Em resultado, a Nintendo levantou a suspensão das encomendas da THE. O boicote da Nintendo durou, por conseguinte, de 26 de Fevereiro de 1996 a 21 de Março de 1996⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁵¹⁾ Ver p. 1097, carta da NOE à NOA de 1 de Abril de 1996.

⁽¹⁵²⁾ Na Grécia, os preços comerciais eram efectivamente bastante superiores aos praticados no Reino Unido. Ver p. 1272-1273.

⁽¹⁵³⁾ Como referido pela THE na sua carta de 11 de Abril de 1996 à NOE, p. 975 a 979 e 1135 a 1147.

⁽¹⁵⁴⁾ «Any Greek retailer can purchase from the UK and “compete” with Nintendo local distributor; all these with the blessings of Nintendo» [língua original], ver p. 1272-1273.

⁽¹⁵⁵⁾ «It is not our intention to supply Europe» [língua original], ver p. 881, carta de 22 de Fevereiro de 1996 da THE ao [...] da NOA.

⁽¹⁵⁶⁾ «I can give you the following information about prices that we are offering to retailers in the UK, and for UK sale only» e «we will try at all costs, to prevent product arriving in Europe» [língua original], ver p. 1062 e 1063, carta de 26 de Fevereiro de 1996 da THE à NB, em seguida enviada à NN e pela NN à NF.

⁽¹⁵⁷⁾ Ver p. 1275.

⁽¹⁵⁸⁾ «(...) 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» [língua original], carta de 5 de Março de 1996 da THE ao [...] da NOA, p. 883 e 884. Ver também carta da NOA à THE de 7 de Março de 1996, p. 1750.

⁽¹⁵⁹⁾ Ver p. 1640.

⁽¹⁶⁰⁾ Carta de 8 de Março de 1996 da THE à NOA, p. 886 e 887.

⁽¹⁶¹⁾ Comparação com as previsões de vendas do final do ano (Abril de 1996 — Maio de 1997), incluídas no plano de actividades da THE apresentado à Nintendo (página 539).

⁽¹⁶²⁾ Página 816 e resposta da THE à comunicação de objecções, pontos 4.1 e 4.2.

⁽¹⁶³⁾ «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» [língua original], páginas 883 e 884.

⁽¹⁶⁴⁾ Páginas 1293, 1750 e 1759 e 1762.

1.6.2.6. Novas pressões sobre a THE

- (123) Quando adquiriu os direitos de distribuição para o Reino Unido e Irlanda, a THE obteve também o direito de «fornecer a [...]» exclusivamente para distribuição na África do Sul e apenas até ser designado um distribuidor da NCL para esse país⁽¹⁶⁵⁾. O distribuidor da NCL para a África do Sul só foi designado em Abril de 1996. A THE tencionava adquirir estes direitos numa base permanente e mesmo alargar esses direitos a outros países africanos.
- (124) Pouco depois de 21 de Março de 1996, quando a Nintendo terminou o seu boicote aos fornecimentos à THE, a NOE verificou se as exportações paralelas do Reino Unido tinham sido reduzidas. Em 1 de Abril de 1996, a NOE enviou aos «distribuidores e filiais da Nintendo» um questionário idêntico [sobre] «Ofertas actualmente em curso no mercado cinzento, especialmente no que se refere ao RU e EUA», [destinado] «a melhorar a coordenação das actividades da Nintendo»⁽¹⁶⁶⁾. O questionário solicitava informações sobre «ofertas nos vossos mercados, que sejam muito diferentes das vossas próprias ofertas no que se refere a: A. Produto [com] [...] especial atenção para produtos como referido no relatório da CTW em anexo. B. Preços — comparação: 1. Com os vossos próprios preços comerciais 2. Com os preços de venda a retalho»⁽¹⁶⁷⁾. O relatório da CTW e a publicidade da THE, também anexados a este questionário, descrevem circunstanciadamente as reduções de preços em certos produtos Nintendo propostas a retalhistas do Reino Unido e identificam claramente a THE como o distribuidor directamente responsável por esta política de preços. O questionário associava, portanto, indiscutivelmente a existência de preços mais baixos no Reino Unido às exportações paralelas a partir deste território para outros países do EEE, identificando esta empresa como distribuidor responsável por estas práticas. Era solicitada uma resposta no próprio dia. Para além das filiais da Nintendo, responderam os seguintes distribuidores independentes: Linea, Concentra e Itochu⁽¹⁶⁸⁾. A Linea

juntou à sua resposta uma cópia de uma oferta que a [...]» teria feito a um dos seus clientes.

- (125) Este inquérito teve consequências directas. Numa carta de 1 de Abril de 1996, a NOE escreveu aos [...]», da NOA, sobre este assunto: «Exportações cinzentas do Reino Unido — controlo pela THE não eficaz — pedido da THE de direitos de exportação para a África do Sul (e talvez outros países) [...]. Entretanto, confirmei a situação junto de quase todos os países europeus e cheguei às seguintes conclusões: A. Em geral, continuam a registar-se exportações cinzentas, especialmente baseadas nas novas ofertas da THE como se verifica no recente n.º 3, de 19 de Fevereiro de 1996, do Relatório CTW. [...] D. Recomendação insistente: [...] Definitivamente, não devem ser autorizados a exportar para qualquer país [...]»⁽¹⁶⁹⁾. A NOE entendia que o comportamento da THE era susceptível de ter consequências a curto prazo e apelava à NOA para que tomasse medidas imediatas.
- (126) Aparentemente, a THE apercebeu-se de que a obtenção dos direitos de distribuição para a África (do Sul) dependia da sua capacidade em dar resposta às preocupações da NOE. A THE escreveu à NOE em 11 de Abril de 1996: «estamos vivamente interessados em adquirir os direitos de distribuição da Nintendo em África. [...] Tencionava apresentar, através dos [...]», um pedido formal e uma candidatura com vista à obtenção de uma licença de distribuição. Todavia, decidi adiar este pedido até nos podermos encontrar [...]»⁽¹⁷⁰⁾.

1.6.2.7. Preocupações da Nintendo e reacções da THE

- (127) As preocupações da Nintendo incidiam sobre vários aspectos das práticas comerciais da THE, nomeadamente, política de preços e falta de controlo sobre os clientes exportadores. Queixas a este respeito constam de cartas da NOE à THE de 4 de Abril de 1996⁽¹⁷¹⁾ e da NOE à NOA de 1 de Abril de 1996⁽¹⁷²⁾. A carta da NOE à

⁽¹⁶⁵⁾ «Supply to [...]» for the purposes of distribution in South Africa only until such time as an NCL distributor has been appointed in such country» [língua original], ver página 300 relativamente ao período transcorrido entre a obtenção dos direitos de distribuição em Agosto de 1995 e 1 de Janeiro de 1996 e página 320 relativamente ao período posterior.

⁽¹⁶⁶⁾ «[Questionário enviado aos] Nintendo Distributors and subsidiaries» [sobre] «Actual Grey Market Offers, especially from the UK and USA» [destinado a] «to improve co-ordination of Nintendo's business» [língua original], páginas 1296 a 1302.

⁽¹⁶⁷⁾ «(...) 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» [língua original], páginas 1296 a 1302.

⁽¹⁶⁸⁾ Páginas 1326-1333 (Linea, fax de 1 de Abril de 1996), página 1386 (Concentra, fax de 1 de Abril de 1996) e páginas 1387-1389 (Itochu, fax de 2 de Abril de 1996).

⁽¹⁶⁹⁾ «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 [...]» [língua original], páginas 1097 a 1109, em especial, páginas 1100 e 1109.

⁽¹⁷⁰⁾ «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 [...]». However, I have decided to leave this submission until after you and I have met [...]» [língua original], páginas 975 a 979 e 1135 a 1147.

⁽¹⁷¹⁾ Páginas 963 e 1119.

⁽¹⁷²⁾ Páginas 1097 a 1109.

THE, de 4 de Abril de 1996, começa por lembrar «como acordado, concordámos ambos em colaborar no sentido de maximizar os nossos benefícios mútuos e no interesse de todo o Mercado Europeu da Nintendo»⁽¹⁷³⁾, o que sugere que ambas as empresas tinham decidido encerrar o seu conflito e que a NOE representava os interesses de todos os outros distribuidores europeus. O facto de a NOE representar os interesses das outras partes pode deduzir-se também da inclusão na carta à THE de um fluxograma⁽¹⁷⁴⁾ esquematizando os canais de comércio paralelo que a NOE pensava existirem, bem como a identificação e local de estabelecimento de inúmeros operadores nos circuitos paralelos. Os comerciantes dos circuitos paralelos estavam estabelecidos na Bélgica, Países Baixos, Reino Unido, Alemanha, Suécia, Itália, França, Áustria e Suíça. Isto significa que a THE sabia seguramente que NOE não procurava apenas uma solução para impedir as importações paralelas no seu próprio território (Alemanha), mas uma solução para o resto do EEE, incluindo os territórios de outros distribuidores exclusivos independentes.

- (128) Na mesma carta, para justificar as críticas dirigidas à THE, a NOE utilizou as informações que recolheu graças ao questionário que enviara em 1 de Abril de 1996 às suas filiais e distribuidores europeus no EEE, nomeadamente as informações prestadas na resposta da Linea à NOE, de 1 de Abril de 1996⁽¹⁷⁵⁾.

1.6.2.8. Comportamento da THE em matéria de preços

- (129) No que respeita à política de preços da THE, a NOE queixou-se a [...] da NOA, por carta de 1 de Abril de 1996⁽¹⁷⁶⁾, que a THE: «pratica preços inferiores aos de todos»⁽¹⁷⁷⁾ uma vez que «Os preços baixos no Reino Unido e das exportações cinzentas obrigam à redução das margens [...] noutros países»⁽¹⁷⁸⁾. Além disso, os baixos preços da THE «comprometem a coordenação europeia: — produto, — preço»⁽¹⁷⁹⁾. De acordo com a NOE «Não se pode permitir [...] que [...] coloquem todo o mercado europeu em risco através de produtos desviados para outros países europeus a preços que

ninguém compreende nem se pode permitir»⁽¹⁸⁰⁾. A NOE insistiu também em que: «A THE deve controlar o seu mercado e os seus clientes — o que, obviamente, não tem feito até aqui»⁽¹⁸¹⁾. Não obstante, a THE não aumentou os seus preços⁽¹⁸²⁾.

1.6.2.9. Controlo exercido pela THE sobre as exportações dos seus clientes

- (130) No que se refere às críticas da NOE relativamente à política de preços da THE, em 11 de Abril de 1996 esta última explicou à primeira: «Compreendo perfeitamente a dificuldade que as diferenças de preços criam a outros vendedores europeus do continente, cujos mercados suportam indiscutivelmente níveis de preços muito superiores aos do mercado do Reino Unido. [...] Estou certo de que, conjugando os nossos esforços, podemos controlar melhor a situação das importações cinzentas e encontrar uma forma mais adequada de confinar os nossos produtos e os nossos preços ao território do Reino Unido, reduzindo assim o impacto que esta diferença de preços tem na Europa Continental»⁽¹⁸³⁾. Obviamente, a THE comprometeu-se a colaborar estreitamente com a NOE no sentido de controlar as exportações do seu território. «Nós (THE) estamos determinados a envidar todos os esforços ao nosso alcance para impedir/limitar as importações cinzentas na Europa Continental a partir do Reino Unido [...]»⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ «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» [língua original], página 1099.

⁽¹⁸¹⁾ «THE must control their market and their customers — what they obviously do not at the time being» [língua original], ver carta de 1 de Abril de 1996 da NOE à NOA, página 1098.

⁽¹⁸²⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, anexo A.

⁽¹⁸³⁾ «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» [língua original], ver páginas 975 a 979 e 1135 a 1147.

⁽¹⁸⁴⁾ Noutra correspondência encontram-se observações semelhantes. Uma carta de 19 de Abril de 1996 da THE à NOE refere: «Quero assegurá-lo de que tomámos as medidas que consideramos necessárias para deter o fornecimento de importações cinzentas originárias do Reino Unido na Europa continental.» (página 1410). Noutra carta de 25 de Maio de 1996 à NOA, a THE declarava: «Nós [THE] temos de concorrer a nível dos preços para manter a quota de mercado da marca Nintendo e, em consequência, as importações cinzentas para o continente europeu com origem no Reino Unido tornam-se uma possibilidade interessante. Todavia, tomamos as medidas ao nosso alcance para pôr termo a esta prática. [...]» (página 890). Um fax da THE à [...] de 28 de Junho de 1996 referia: «Pretendo assegurá-lo de que fazemos o possível para confinar os nossos produtos ao nosso território e qualquer auxílio que possamos receber dos nossos congéneres/parceiros europeus seria muito apreciado. Estou certo de que podemos trabalhar em conjunto nesta matéria e, entre nós, minimizar o nível das importações cinzentas» (página 1198). «I (THE) am determined that we will do everything we can to stamp out/limit grey imports into mainland Europe from the UK. [...]» [língua original], página 1136.

⁽¹⁷³⁾ «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» [língua original], páginas 963 e 1119.

⁽¹⁷⁴⁾ Páginas 967 e 1126.

⁽¹⁷⁵⁾ Comparar as páginas 1331-32 com p. 1124-25. Ver também página 1119, em que a NOE afirma ter utilizado as informações prestadas pela Linea.

⁽¹⁷⁶⁾ Páginas 1097 a 1110.

⁽¹⁷⁷⁾ «(...) lower prices released than everybody else» [língua original], página 1098.

⁽¹⁷⁸⁾ «Low prices in UK and for grey exports force reduction of margins [...] in other countries» [língua original], página 1107.

⁽¹⁷⁹⁾ «(...) undermining European co-ordination: — product, — price» [língua original], página 1108.

(131) Na sua carta de 1 de Abril de 1996 à THE ⁽¹⁸⁵⁾, a NOE apresentou uma série de perguntas específicas sobre fornecimentos a certos operadores conhecidos dos circuitos paralelos. Na sua resposta de 11 de Abril de 1996 à NOE, a THE deu informações sobre as medidas que tinha já tomado no sentido de controlar a situação, referindo em especial as medidas relativas a quatro dos seus clientes ([...]*, [...]*, [...]* e [...]*) e prometeu apresentar um relatório sobre a evolução da situação durante uma reunião entre a NOE e a THE a realizar num futuro próximo ⁽¹⁸⁶⁾. A pedido da NOE, a THE tinha também analisado a possibilidade de ela ou os seus clientes terem fornecido [...]*, [...]* e [...]*, três conhecidas empresas dos circuitos paralelos. A THE reafirmou à NOE ⁽¹⁸⁷⁾ que nunca tinha fornecido estas empresas. A THE presumia que estas empresas se abasteciam junto da [...]*, [...]*, [...]* ou [...]*, pelo que tinha tomado medidas contra estas empresas, estando pois o problema solucionado. Deste modo, em 11 de Abril de 1996, a THE deu início a uma colaboração extensiva com a NOE por forma a reforçar o controlo das exportações paralelas com origem no seu território.

1.6.2.10. Medidas da THE contra clientes exportadores

(132) A própria THE resumiu claramente as medidas por si tomadas contra clientes exportadores numa carta dirigida ao [...]*, da NOA, em 24 de Maio de 1996: «Posso afirmar que a THE tem vindo a aplicar, desde Janeiro/ Fevereiro do corrente ano, uma série considerável de medidas com vista a deter as exportações cinzentas de produtos do Reino Unido para o mercado da Europa Continental. Estas medidas têm consistido, principalmente, em cessar totalmente ou reduzir/controlar eficazmente o fornecimento de produtos a alguns retalhistas controversos no Reino Unido. Cessámos os fornecimentos a clientes que não consigam provar a boa-fé das suas actividades no mercado retalhista/por correspondência do Reino Unido. [...] As empresas implicadas, e com as quais suspendemos as relações, são, entre outras, [...]*, [...]* ⁽¹⁸⁸⁾, [...]* e [...]*. Provei que estas empresas têm abastecido a Europa Continental através de empresas como [...]* e [...]*, pelo que encerrámos as suas contas» ⁽¹⁸⁹⁾. Durante este período, a THE suspendeu também as suas relações comerciais com uma empresa

denominada [...]* «que, suspeitamos, efectua envios para fora do Reino Unido» ⁽¹⁹⁰⁾.

(133) Estas acções equivaliam a uma política comercial sistemática. Como se pode inferir de correspondência posterior, a THE prosseguiu activamente a sua política comercial durante todo o ano de 1996. Num fax de 20 de Janeiro de 1997, a THE informou a NN de que: «Nos últimos 12 meses temos procurado activamente assegurar-nos de que apenas fornecemos retalhistas de boa-fé no Reino Unido» ⁽¹⁹¹⁾. «Estudámos também todas as encomendas dos nossos retalhistas por forma a assegurarmos-nos de que as quantidades eram proporcionais ao número de pontos de venda a retalho que operam» ⁽¹⁹²⁾.

(134) A Comissão está na posse de correspondência entre a THE e [...]*, [...]* e [...]*, três sociedades a que a THE se referia (considerando 132) ⁽¹⁹³⁾, correspondência essa que confirma que a THE tinha de facto tomado medidas contra estas empresas, quer durante quer imediatamente após o boicote da THE pela Nintendo. Concretamente, pode inferir-se dos dois exemplos a seguir, relativos à [...]* e à [...]*, que i) a THE tentou activamente identificar os exportadores paralelos, ii) designadamente analisando as encomendas de determinados clientes à luz do respectivo potencial de venda a retalho no Reino Unido, iii) a THE invocou o seu acordo com a Nintendo para justificar as medidas que tomou contra clientes exportadores, iv) a obrigação de os seus clientes venderem no Reino Unido apenas a nível de retalho constituía efectivamente uma proibição das exportações, e v) esta proibição foi executada através de um boicote aos fornecimentos.

(135) Do mesmo modo, a correspondência entre a THE e a [...]* ⁽¹⁹⁴⁾, um operador paralelo, revela igualmente que a THE controlou efectivamente os operadores paralelos em 1996 e 1997 ⁽¹⁹⁵⁾. Por exemplo, em 30 de Abril de 1996, a [...]* escreveu à THE: «refere a sua preocupação com a possibilidade de estarem a ser vendidas reservas e de a SEGA of America [referência à NOA, dado o contexto da carta] se estar a revelar um concorrente bastante agressivo. Para vossa informação, todos os produtos que vos adquirirmos serão por nós vendidos no RU» (sic) ⁽¹⁹⁶⁾. Em 1997 registaram-se incidentes similares (ver considerando 158).

⁽¹⁸⁵⁾ Páginas 963 e 1119.

⁽¹⁸⁶⁾ Página 1136.

⁽¹⁸⁷⁾ Páginas 976 e 1136.

⁽¹⁸⁸⁾ Deve tratar-se da [...]*.

⁽¹⁸⁹⁾ «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» [língua original], páginas 1150 e 1151.

⁽¹⁹⁰⁾ «whom we suspected of shipping outside the UK» [língua original], com base em material apresentado pela THE à NOE em 25 de Junho de 1996, página 1170.

⁽¹⁹¹⁾ Desta e de outra correspondência infere-se que se considera que os retalhistas de boa-fé são os que vendem os produtos exclusivamente a consumidores finais, isto é, não vendem a empresas estabelecidas no estrangeiro. Ver, por exemplo, também páginas 1150 e 1151, página 1114 e páginas 1112 e 918.

⁽¹⁹²⁾ «We have over the last twelve months actively sought to ensure that we only supply "bona fide" UK retailers. 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» [língua original], página 1510.

⁽¹⁹³⁾ Páginas 773, 1112 e 1114.

⁽¹⁹⁴⁾ Página 908, por exemplo.

⁽¹⁹⁵⁾ Páginas 913 e 917.

⁽¹⁹⁶⁾ «You mentioned that your concern was that stock was being sold and that SEGA of America [meant was NOA, in view of 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» [língua original], página 906.

[...]*

(136) A THE resume, numa carta de 4 de Abril de 1996 dirigida ao [...]* da NOA, os acontecimentos relacionados com a [...]*⁽¹⁹⁷⁾.

«1. [...]*, encomendou grandes quantidades de determinados produtos, as quais se afiguravam excessivas face aos seus três pontos de venda a retalho.

2. Estas encomendas foram reduzidas para níveis adequados aos três pontos de venda a retalho.

3. [...]* contactou o [...]* (da THE) sobre a nossa redução da sua encomenda, e [...]* esclareceu que tal medida se devia às suas actividades de exportação. [...]

5. [...]* (da THE) [...] conseguiu finalmente reunir provas de que o [...]* estava ligado à [...]*, empresa que exportava produtos⁽¹⁹⁸⁾.

6. [...]* foi informado de que apenas poderia encomendar quantidades proporcionais às suas actividades de venda a retalho, uma vez que apenas podemos fornecer retalhistas de boa-fé.

7. [...]* fez encomendas diárias até atingir o nível que lhe era permitido e, assim que constatámos tal facto, suspendemos as nossas relações comerciais com esse senhor [...]*⁽¹⁹⁹⁾.

(137) Para justificar o seu boicote aos fornecimentos, a THE invocou o seu acordo de distribuição formal com a Nintendo. Por carta de 28 de Março de 1996 da THE aos advogados da [...]*, a THE explicou que: «A THE Games tem um acordo de distribuição com a Nintendo. Todavia, só podemos fornecer retalhistas de boa-fé no Reino Unido. [...] A [...]*, apesar de apenas contar com três pontos de venda a retalho, tem um nível de encomendas que sugere que nem todos os produtos se destinam a esses pontos de venda. [...] A THE Games teria o maior prazer em fornecer os produtos à [...]* se tiver garantias de que todos os produtos se destinaram à venda a retalho. Estou certo de que compreenderá que temos de nos conformar com o nosso acordo de distribuição. Espero que o seu cliente nos possa oferecer essas garantias e que possamos reatar as nossas relações

comerciais»⁽²⁰⁰⁾ (sublinhado nosso). A resposta dos advogados da [...]*, de 19 de Abril de 1996⁽²⁰¹⁾, permite pensar que a [...]* se preparava para assumir um compromisso nesse sentido. Finalmente, em 23 de Abril de 1996, a THE solicitou à [...]* um compromisso escrito⁽²⁰²⁾ de que os produtos apenas seriam vendidos ao consumidor a partir de pontos de venda a acordar com a THE e de que não seriam vendidos à [...]* ou a qualquer outro cliente relativamente ao qual a [...]* tivesse a certeza, ou suspeitasse, de que os adquiria para revenda. [...]* teve de se comprometer a deixar de adquirir no futuro produtos à [...]*. Estes compromissos foram oferecidos, pelo que a THE recomeçou a fornecer esta empresa o mais tardar em 28 de Junho de 1996⁽²⁰³⁾.

[...]*

(138) Em 26 de Março de 1996, a [...]* comunicou à THE que, em razão dos «Recentes problemas que registaram [a THE] com certas contas, isto é, empresas que sabem tratar-se de empresas exportadoras para a Europa [...] [...]* garantirá à THE Games que não venderá, a nível de grossista, os produtos na Europa [...] Estou seguro de que poderemos reatar uma vez mais as nossas relações comerciais imediatamente [...]»⁽²⁰⁴⁾ (sublinhado nosso).

(139) Uma vez mais, a THE invocou o seu acordo de distribuição formal para justificar as medidas que tomou. A THE explicou à [...]*, em 1 de Abril de 1996, que: «O nosso acordo de distribuição com a Nintendo é extremamente claro e preciso, no sentido de apenas podermos vender os nossos produtos a cadeias de venda a retalho e lojas independentes de jogos de computadores, que o solicitem de boa-fé, no mercado do Reino

⁽¹⁹⁷⁾ Página 1132.

⁽¹⁹⁸⁾ [...]* tem uma participação de 50 % na [...]* (página 918).

⁽¹⁹⁹⁾ «1. [...]*, 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.

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. [...]» [língua original], páginas 1132 e 1133. Esta circunstâncias são confirmadas pela correspondência entre THE e representantes da [...]*. Páginas 918 a 924.

⁽²⁰⁰⁾ «THE Games have a distributorship agreement with Nintendo. However, we are only allowed to supply bonafide retailers in the UK. [...] Whilst [...]* 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» [língua original], p. 1112 e 918. Esta carta constitui a resposta a uma outra carta de 14 de Março de 1996 dos representantes legais da [...]*. Assim, as medidas tomadas pela THE contra esta empresa tiveram início durante o boicote da THE pela Nintendo. A THE avançou explicações semelhantes na sua carta aos representantes legais da [...]* em 23 de Abril de 1996, p. 923.

⁽²⁰¹⁾ Páginas 920 e 921.

⁽²⁰²⁾ Ver carta de 23 de Abril de 1996 da THE ao representante legal do [...]*, p. 923 e 924.

⁽²⁰³⁾ Decorre de uma carta dos representantes legais da [...]* à THE de 17 de Julho de 1996 (página 926) e de outra carta da THE ao [...]*, de 28 de Junho de 1996 (página 925), que foram apresentados e assinados compromissos. Das mesmas cartas pode inferir-se que os fornecimentos foram reatados antes de 28 de Junho de 1996.

⁽²⁰⁴⁾ «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 [...]» [língua original], páginas 1115 e 1116.

Unido. Além disso, podemos fornecer produtos a empresas conhecidas de venda por correspondência e por catálogo [...]. Não podemos vender os nossos produtos a grossistas ou distribuidores do mercado do Reino Unido [...]. Li a vossa carta com interesse; talvez possa enviar-me todos os pormenores relativos às várias cadeias de venda a retalho e empresas de venda por correspondência a que gostariam de fornecer o nosso produto»⁽²⁰⁵⁾.

1.6.2.11. Os efeitos das medidas da THE no mercado

- (140) Em 29 de Maio de 1996, a NOE escreveu de novo a «Todos os distribuidores e filiais da Nintendo no EEE» [sobre] «Assunto: Volume de exportações “cinzentas” para o vosso país [...] Necessitamos urgentemente — para análise pelos quadros superiores da Administração — de informações sobre os envios interpaíses (“cinzentos”) que escapam ao controlo e à influência da Nintendo»⁽²⁰⁶⁾. Nesta carta, solicitava-se a todas as filiais e distribuidores independentes que apresentassem dados circunstanciados sobre o volume de comércio paralelo dos produtos em 1994, 1995 e 1996, a referência precisa dos produtos em causa, a discriminação do volume por país de origem de cada produto objecto de comércio paralelo e as diferenças de preços a nível retalhista entre os produtos comercializados paralelamente e o mesmo produto vendido pelo próprio distribuidor. Em anexo à mesma carta da NOE de 29 de Maio de 1996 encontrava-se um questionário-tipo pormenorizado que solicitava também informações sobre o volume de importações cinzentas, os produtos em causa e país de origem, bem como sobre os preços de venda a retalho dos produtos cinzentos importados e as diferenças de preços entre estes e os produtos fornecidos pelas filiais ou distribuidores no território dos destinatários da presente decisão durante o período de 1994 a 1996. Todas as filiais da Nintendo, assim como os distribuidores independentes Linea, Bergsala, Concentra e Itochu, responderam a este questionário-tipo⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁵⁾ «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 retailstores group and mail order companies that you would like to supply with our product» [língua original], página 1114.

⁽²⁰⁶⁾ «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 inter-country trans-shipments (“grey”) outside Nintendo’s control and influence» [língua original], páginas 1431 a 1434 e ainda 1152 a 1154. A página 1434 é a impressão de um fax confirmando que o questionário tinha efectivamente sido enviado por fax a todos os distribuidores (filiais ou distribuidores independentes). A THE não se encontrava entre os destinatários deste fax.

⁽²⁰⁷⁾ Ver páginas 1420 a 1422 (Linea), 1423 a 1425 (Bergsala), 1426 (NE), 1427 a 1428 (Concentra), 1435 a 1437 (NB), 1155 a 1157 (NE), 1429 a 1430 (Itochu) e 1158 a 1160 (NN). Os quadros de 30 e 31 de Maio de 1996 (páginas 1438 a 1440 e 1441 a 1444) permitem pensar que a NOE também recebeu informações relativas ao Reino Unido, mas a fonte destas informações não pode ser estabelecida.

- (141) A Nintendo apresentou à Comissão um quadro sinóptico intitulado «Volume das importações cinzentas»⁽²⁰⁸⁾, aparentemente elaborado com base nas respostas ao questionário da NOE. Deste quadro, e das respostas ao questionário, infere-se que, nessa altura, as importações paralelas de praticamente todos os produtos da linha Nintendo, incluindo consolas SNES e Game Boy, bem como os respectivos jogos compatíveis⁽²⁰⁹⁾, diminuíram significativamente em 1996 em quase todos os países⁽²¹⁰⁾. A THE, na sua resposta à comunicação de objecções, apresentou estatísticas que mostravam que as vendas da THE aos operadores paralelos, como identificado pela Comissão, tinham efectivamente diminuído acentuadamente a partir de Março de 1996⁽²¹¹⁾.

- (142) A própria NOE reconheceu este facto, uma vez que, numa carta de 20 de Junho de 1996 à THE, referiu: «Gostaria de vos felicitar pela redução drástica das exportações paralelas, facto que todos na Europa reconhecem e aplaudem»⁽²¹²⁾. Posteriormente, numa carta de 26 de Junho de 1996 da NOE à THE, pode ler-se: «Agradecemos a vossa amável cooperação e o facto de manterem a vossa promessa no que se refere ao controlo das exportações cinzentas — o que, na opinião de todos na Europa, vos torna, finalmente, num membro da nossa família»⁽²¹³⁾.

1.6.2.12. A colaboração da THE

- (143) Para a THE, era agora claro que «Devemos todos continuar a acompanhar a situação e [...] comunicar aos outros parceiros europeus, tanto filiais como distribuidores, as medidas que tomámos e solicitar-lhes que me informem directamente de importações cinzentas que acreditem ser procedentes do Reino Unido que venham eventualmente a detectar»⁽²¹⁴⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Páginas 1441 a 1443.

⁽²⁰⁹⁾ Em 1996 não tinha ainda sido lançada a consola N 64.

⁽²¹⁰⁾ Por exemplo, o volume de consolas Game Boy e os respectivos jogos compatíveis importados pelos circuitos paralelos nos Países Baixos diminuiu de cerca de [...] para [...] e de [...] para [...], respectivamente. As consolas SNES e respectivos jogos compatíveis importados através dos circuitos paralelos em Itália diminuíram de cerca de [...] para [...] e de [...] para [...], respectivamente.

⁽²¹¹⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 3.1 e anexo D.

⁽²¹²⁾ «I would like to compliment you for dramatically reducing parallel exports what everybody around Europe has realized and compliments» [língua original], página 1456.

⁽²¹³⁾ «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» [língua original], página 1195.

⁽²¹⁴⁾ «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» [língua original], página 1410, carta de 19 de Abril de 1996 da THE à NOE. Ver também carta da THE à NOE sobre a CD-Contact Data, de 14 de Agosto de 1996 (página 1490).

O boicote de [...]*

- (144) Como já explicado nos pontos 136 e 137 *supra*, o [...]*, director da [...]* e da [...]*, tinha-se comprometido por escrito a revender no Reino Unido todos os produtos fornecidos pela THE. Todavia, em 27 de Junho de 1996, a THE recebeu informações de que a [...]* tinha feito publicidade aos produtos fora do Reino Unido⁽²¹⁵⁾. No dia seguinte, a THE tomou medidas enérgicas. Escreveu ao [...]*, informando-o de que, uma vez que tinha violado o compromisso assumido por [...]*, a sua conta seria imediatamente encerrada. A THE explicou que «todos os fornecimentos ao [...]* destinavam-se exclusivamente à venda a retalho no Reino Unido. Este último anúncio [...] na Europa Continental violou esse acordo»⁽²¹⁶⁾. A THE investigou este assunto exaustivamente, uma vez que, na sua resposta a um fax da [...]*, de 27 de Junho de 1996, referiu: «suspeitamos que [...]* pode ter recebido alguns produtos através de uma empresa denominada [...]*. [...] Estamos actualmente a preparar uma nova investigação sobre a [...]* e, caso as nossas suspeitas se venham a confirmar, deixaremos também de lhes fornecer produtos [...]*»⁽²¹⁷⁾. E prossegue: «caso detecte produtos cinzentos importados, que suspeite serem provenientes do Reino Unido, solicito que adquira alguns exemplares e que recolha o máximo possível de informações que consiga recolher, para que possamos identificar a fonte última de fornecimentos à [...]*»⁽²¹⁸⁾.

Colaboração da THE com a Linea

- (145) Em 10 de Julho de 1996, após um contacto da Linea sobre as importações paralelas em Itália exigindo «medidas rápidas para pôr termo a este fenómeno»⁽²¹⁹⁾, a THE declarou que: «Não temos qualquer registo de transacções com a [...]*, mas se puder adiantar mais pormenores, talvez consigamos determinar a sua origem

⁽²¹⁵⁾ Ver página 1197. Isto decorre da carta da THE de 28 de Junho de 1996, a qual contém uma descrição circunstanciada das medidas adoptadas pela THE contra a [...]* e oferece garantias de que tomará as medidas necessárias para circunscrever a venda de produtos da THE ao mercado do Reino Unido.

⁽²¹⁶⁾ «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» [língua original], página 925. As informações que suscitaram a reacção da THE foram fornecidas pelo distribuidor suíço da Nintendo, pelo que diziam respeito a exportações para um país não EEE. Contudo, a THE não se limitava a criticar a [...]* por esta empresa ter exportado para fora do território do EEE (isto é, para fora do território da THE). Por conseguinte, o facto de a THE ter actuado a nível das exportações para fora do EEE é irrelevante.

⁽²¹⁷⁾ «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 [...]*» [língua original], páginas 1197 e 1198.

⁽²¹⁸⁾ «If you come across any grey import product which you suspect has come from the UK, 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 [...]*» [língua original], páginas 1197 e 1198.

⁽²¹⁹⁾ «(...) prompt actions to stop this phenomenon» [língua original], páginas 1201 e 1202.

e verificar se fornecemos clientes controversos que, por seu turno, podem ter transaccionado os produtos com a [...]*. [...] o que nos permitirá prosseguir as nossas diligências empenhadas no sentido de resolver este problema»⁽²²⁰⁾.

- (146) Uma outra carta de 3 de Dezembro de 1996, da THE à Linea, referia: «Estamos certos de que não fornecemos nenhuma das três pessoas referidas na vossa carta, pelo que os produtos devem ter origem noutra fonte. O que quer que possa fazer do seu lado para identificar esta fonte revestir-se-á da maior utilidade; entretanto prosseguiremos do nosso lado as investigações para o efeito. [...] Lamento que se veja confrontado com o problema das importações cinzentas, em especial porque estamos a envidar os melhores esforços no nosso país para acabar com este fenómeno, pelo que qualquer ajuda vossa será muito apreciada»⁽²²¹⁾. Esta colaboração prosseguiu em 1997⁽²²²⁾.

NN e [...]*

- (147) Aparentemente, continuaram a registar-se ofertas de produtos comercializados através de circuitos paralelos com origem no Reino Unido. A NOE suspeitou que a [...]*, uma empresa estabelecida no Reino Unido, exportava produtos. Em 20 de Novembro de 1996, a THE reafirmou ao [...]*, da NOE, que: «não temos quaisquer relações comerciais com a [...]* [mas] «tendo envidado tantos esforços para eliminar as exportações cinzentas a partir do Reino Unido, pretendo realmente tentar descobrir a fonte de abastecimento desta empresa. Podemos tentar arranjar alguém que lhes adquira alguns produtos para tentar identificar a sua origem [...]*?»⁽²²³⁾.

- (148) A NOE seguiu esta sugestão e deu instruções à NN para que adquirisse alguns produtos comercializados nos circuitos paralelos. Numa carta de 6 de Dezembro de 1996 da NN à THE pode ler-se: «No que se refere às discussões com o [...]* (da NOE) sobre o comércio paralelo, solicitou alguns exemplos. Deste modo, visitámos algumas lojas de jogos e encontramos o Super Metroid, incluindo manuais de instruções para o Giant Players. [...] encontramos também o Winter Gold [...], [Eu] mantê-lo-ei informado se encontrarmos mais

⁽²²⁰⁾ «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» [língua original], páginas 1471 e 1472.

⁽²²¹⁾ «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» [língua original], página 1505.

⁽²²²⁾ Ver carta da NOE à THE sobre a Linea, de 7 de Novembro de 1997, p. 1591.

⁽²²³⁾ «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 [...]*?» [língua original], página 1504. Ver também página 819.

- produtos»⁽²²⁴⁾. Numa carta de 10 de Dezembro de 1996, a NN transmitiu à THE mais informações sobre as ofertas de produtos originários do Reino Unido, efectuadas através de circuitos paralelos, à [...] e à [...]*, dois dos seus mais importantes clientes⁽²²⁵⁾.
- (149) Afigura-se que estas medidas foram consideradas insuficientes, pelo que se impuseram medidas mais sofisticadas. Em 10 de Dezembro de 1996, a NN comunicou à THE que «a vossa colaboração será apreciada, uma vez que uma acção concertada a este respeito pode evitar problemas»⁽²²⁶⁾. Pouco depois, por fax de 20 de Janeiro de 1997, a THE informou a NN de que: «estamos agora a marcar cada película de segurança que envolve as embalagens destinadas a determinados clientes para tentar identificar a(s) fonte(s) do vosso problema. [...] queira enviar-me todas as novas embalagens marcadas que vier a encontrar. Uma vez identificada a fonte do problema, poderemos tomar as medidas necessárias. [...] Asseguro-lhe de que estamos a envidar os esforços ao nosso alcance no sentido de vos prestar assistência a este respeito e deixe-me reiterar o nosso empenho em fornecer exclusivamente clientes retalhistas no Reino Unido»⁽²²⁷⁾.
- (150) Em Fevereiro de 1997, a THE colaborou uma vez mais estreitamente com a NN no sentido de garantir que a [...] não receberia quaisquer fornecimentos de Produtos Nintendo⁽²²⁸⁾. Em Março de 1997, a NN solicitou à THE que investigasse o assunto e que apresentasse informações sobre o sistema de marcação já referido, por forma a colaborar com a THE a este respeito. Em 26 de Março de 1997, escreveu à THE declarando que «Uma rápida volta pelas principais cidades para apreciar a apresentação da consola N 64 levou à descoberta de quantidades substanciais de material da THE [...] Num estabelecimento, os produtos encontravam-se ainda na embalagem de origem com a referência 02 06 01 97. Estamos esperançados de que esta referência vos proporcione uma pista sobre a identidade do cliente em causa»⁽²²⁹⁾.
- (224) «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» [língua original], página 1506.
- (225) Página 1509.
- (226) «Your input will be appreciated as working “in concierto” on these matters may avoid problems» [língua original], página 1509.
- (227) «Weare 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» [língua original], página 1510.
- (228) Página 1511.
- (229) «A quick tour through some major cities to appreciate N 64 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» [língua original], página 1218.
- (151) Segundo a resposta da THE a um pedido de informações da Comissão, não foi tomada qualquer medida contra clientes em resultado do sistema de marcação que introduzira. Este sistema foi introduzido em 2 de Janeiro de 1997⁽²³⁰⁾ e suspenso em Abril de 1997⁽²³¹⁾.
- (152) A NOE reconheceu os esforços reiterados da THE, tendo informado a Linea, em 6 de Novembro de 1997, de que: « — desde Janeiro do corrente ano — não se detectou praticamente qualquer oferta de produtos com origem no Reino Unido; espero que acabe também por ser o caso do *hardware* N 64»⁽²³²⁾. A NOE esperava que esta colaboração prosseguisse e que a THE resolvesse os eventuais problemas de comércio paralelo ainda subsistentes.

Recrudescimento do comércio paralelo de produtos N 64

- (153) A possibilidade de comércio paralelo com origem no Reino Unido tornou-se de novo num aspecto de actualidade em 22 de Outubro de 1997 na sequência da nova política de preços da THE relativamente aos produtos N 64, incluindo consolas e jogos compatíveis⁽²³³⁾. Nesta data, a NOE informou os distribuidores europeus e as empresas-irmãs de que: «A THE — o nosso distribuidor no Reino Unido — vai reduzir os preços de venda ao público recomendados» [e] «o Reino Unido é um caso isolado — e não estão de certeza planeadas, nem mesmo em estudo, quaisquer alterações dos preços na Europa Continental»⁽²³⁴⁾. Justificou esta medida referindo que a N 64 era «excessivamente cara» comparativamente à Play Station da Sony e outros produtos recentes desta marca, aperfeiçoados do ponto de vista técnico, existentes nesse mercado⁽²³⁵⁾. O preço de venda ao público recomendado da consola N 64 diminuiu de [...] libras esterlinas (na altura, cerca de [...] euros) para [...] libras esterlinas (cerca de [...] euros), ou seja, cerca de 33 %.

⁽²³⁰⁾ Página 1218.

⁽²³¹⁾ Página 819.

⁽²³²⁾ «— 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 N 64 hardware» [língua original], página 1582.

⁽²³³⁾ Ver por exemplo, p. 1588, 1589, 1607 e 1619.

⁽²³⁴⁾ «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» [língua original], páginas 1556, 1557 e 1558.

⁽²³⁵⁾ Páginas 1557 e 1558.

- (154) Em consequência, foram feitas ofertas na Grécia, Itália, Dinamarca, Noruega e Portugal⁽²³⁶⁾ a retalhistas locais de produtos importados nos circuitos paralelos a preços inferiores aos preços pagos à Nintendo pelos distribuidores exclusivos locais. A única explicação razoável para estas diferenças reside no facto de a Nintendo cobrar preços substancialmente mais baixos à THE do que aos seus outros distribuidores independentes⁽²³⁷⁾. Evidentemente, diferenças de preços importantes entre o Reino Unido e outros países do EEE criariam um incentivo ao comércio paralelo e/ou dificultariam o controlo eficiente dos exportadores paralelos.
- (155) Os distribuidores exclusivos para a Grécia⁽²³⁸⁾, Itália⁽²³⁹⁾, Noruega⁽²⁴⁰⁾, Suécia⁽²⁴¹⁾ e Dinamarca⁽²⁴²⁾ comunicaram à NOE, nas duas semanas subsequentes, os problemas que as reduções de preços no Reino Unido estavam a causar nos respectivos mercados, devido ao recrudescimento das importações paralelas com origem no Reino Unido, na esperança de que a Nintendo solucionasse estes problemas. Aparentemente, a NOE considerava que poderia confiar na colaboração permanente da THE. A este respeito escreveu⁽²⁴³⁾, em resposta à queixa da Linea⁽²⁴⁴⁾, que nesse ano não tinham sido registados casos de comércio paralelo com origem no Reino Unido e, além disso, que esperava que esta situação se mantivesse.
- (156) A NOE solicitou à Linea que apresentasse provas circunstanciadas de que estavam a ser comercializados em Itália, nos circuitos paralelos, produtos com origem no Reino Unido, bem como informações relativas à fonte desse comércio paralelo⁽²⁴⁵⁾. Essas provas foram recebidas, porquanto um fax de 7 de Novembro de 1997 da NOE à THE refere: «junto se envia o fax de 7 de Novembro de 1997 da Linea GIG, o nosso distribuidor italiano, que contém uma cópia do anúncio, para vossa informação e “acção”»⁽²⁴⁶⁾. Em anexo encontrava-se uma oferta de produtos Nintendo da [...] a clientes da Linea e que esta enviou à NOE no mesmo dia.
- (157) A Nortec apresentou também à NOE informações pormenorizadas sobre produtos importados através dos circuitos paralelos na Grécia, tendo efectuado uma compra de amostragem para estabelecer a origem das importações paralelas⁽²⁴⁷⁾ e solicitado o apoio da NOE⁽²⁴⁸⁾. Subsequentemente, a NOE terá enviado estas informações à THE, dando-lhe instruções para tratar do assunto das exportações paralelas com origem no seu território. Um fax de 3 de Novembro de 1997 do distribuidor grego dirigido à NOE referia: «1. Tenho de admitir que as vossas instruções à “THE” para que não fornecesse qualquer cliente susceptível de exportar para a [...]*, o importador paralelo grego”, resultaram e atrasaram as coisas durante algum tempo. [...] Foi-lhes dito que aguardassem um pouco até que tudo acalmasse»⁽²⁴⁹⁾. A carta indica também quatro empresas estabelecidas no Reino Unido que iriam em breve fornecer produtos à [...]*. «A situação é crucial; por favor queira manter-se atento e aconselhar-nos quanto à melhor forma de lidar com a situação»⁽²⁵⁰⁾. A NOE solicitou e obteve também provas junto da Bergsala, o subdistribuidor norueguês, que se comprometeu ainda a efectuar uma compra de amostragem⁽²⁵¹⁾.
- (158) Em 24 de Junho de 1997, a THE escreveu à [...] sobre «A estrutura de descontos da Nintendo 64»⁽²⁵²⁾, indicando que apenas estaria disposta a fornecer à [...] produtos destinados às vendas por correspondência, em conformidade com a sua política de fornecimento exclusivamente a retalhistas de boa-fé e operadores de vendas directas por correspondência, e não a distribuidores secundários (ver ainda considerando 112-113). A THE solicitou informações sobre o volume de negócios provável das actividades de venda por correspondência da [...]*. Afigura-se que, pouco antes de 8 de Julho de 1997, a THE reduziu consideravelmente os seus fornecimentos à [...] (253). Numa carta à [...]*, de 7 de Novembro de 1997⁽²⁵⁴⁾, a THE reiterou a sua posição de não fornecer distribuidores e exigiu à [...] um compromisso escrito de que quaisquer fornecimentos que obtivesse se destinariam às actividades de venda por correspondência Console Plus. A THE reservava-se o direito de cessar os fornecimentos caso a [...] não oferecesse esta segurança.
- (159) Muito embora a Nortec afirmasse o contrário (considerando 157), e não obstante os acontecimentos relativos à [...]*, a THE negou ter tomado qualquer medida contra as exportações paralelas na sequência do aparecimento, em Outubro de 1997, de exportações paralelas de consolas N 64⁽²⁵⁵⁾.

⁽²³⁶⁾ Página 1580 (Itália), p. 1560, 1561, 1569 (Grécia), p. 1597 (Noruega), p. 1601 (Portugal), p. 1576 (Dinamarca).

⁽²³⁷⁾ A tese de que, pelo menos em 1997, as importações paralelas resultavam da política de preços da própria Nintendo é também partilhada pela Nortec (p. 1600 e 1622), o subdistribuidor norueguês da Bergsala, Unsaco (p. 1603) e NE (visto que esta esperava que a alteração da política de preços da Nintendo pudesse evitar importações cinzentas da Comunidade) (p. 1516).

⁽²³⁸⁾ Páginas 1559 a 1561 (de 23 de Outubro de 1997) e 1568-1569 (de 26 de Outubro de 1997).

⁽²³⁹⁾ Páginas 1578 (de 3 de Novembro de 1997), 1582 (de 3 de Novembro de 1997) e 1579 (de 3 de Novembro de 1997).

⁽²⁴⁰⁾ Páginas 1567 (de 24 de Outubro de 1997) e 1583 (de 6 de Novembro de 1997).

⁽²⁴¹⁾ Página 1574 (de 27 de Outubro de 1997).

⁽²⁴²⁾ Página 1576 (de 28 de Outubro de 1997).

⁽²⁴³⁾ Página 1582.

⁽²⁴⁴⁾ Página 1579.

⁽²⁴⁵⁾ Páginas 1578 e 1582.

⁽²⁴⁶⁾ «Please find enclosed fax dated November 7, 1997 from our Italian distributor, Linea GIG, with copy of advertisement for your information and “action” [língua original], página 1591.

⁽²⁴⁷⁾ Página 1604.

⁽²⁴⁸⁾ Páginas 1568 e 1569.

⁽²⁴⁹⁾ «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» [língua original], página 1577.

⁽²⁵⁰⁾ «The situation is crucial, so kindly keep a close eye on it and advise us how to cope with it» [língua original], página 1577.

⁽²⁵¹⁾ Página 1583.

⁽²⁵²⁾ «Nintendo 64 Discount structure» [língua original], página 913.

⁽²⁵³⁾ Ver página 14 e resposta da THE à comunicação de objecções, anexo D.

⁽²⁵⁴⁾ Página 917.

⁽²⁵⁵⁾ Ver resposta da THE à comunicação de objecções, anexo A, observações aos pontos 124 e 125.

1.6.2.13. Importações paralelas no Reino Unido

- (160) Depois do boicote da Nintendo, a THE dispôs-se a colaborar estreitamente e começou a controlar as exportações a partir do seu território (considerando 130). A THE compreendeu também que essa atitude lhe traria vantagens. Numa carta de 11 de Abril de 1996 à NOE, escreveu, prestando informações a esta empresa sobre produtos importados através dos circuitos paralelos no Reino Unido, que «colaborando estreitamente no futuro, [com a NOE] podemos conseguir que ambas as nossas posições no mercado sejam menos prejudicadas pelas importações cinzentas»⁽²⁵⁶⁾ (sublinhado nosso). Numa carta ao [...]*, de 5 de Junho de 1996, a THE declara «[...] descobrimos por estes dias que foi ilicitamente oferecido a um dos nossos principais retalhistas o Killer Instinct para a SNES a [...] libras esterlinas [...] estamos certos de que o material disponível corresponde à versão inglesa adequada. A [...]*, que está na origem desta oferta, dispõe ainda de uma série de produtos SNES e Game Boy de origem francesa e portuguesa. [...] Espero que estas informações tenham alguma utilidade para as vossas investigações»⁽²⁵⁷⁾. Aparentemente, a THE considerou que poderia contar com o apoio da NOE para pôr termo a estas importações, tal como tinha sucedido noutros territórios sempre que os produtos tinham origem no Reino Unido.
- (161) Segundo a THE, estas cartas foram escritas no intuito de afastar algumas das críticas da THE, não sendo de esperar a tomada de quaisquer medidas⁽²⁵⁸⁾.

1.6.2.14. Vendas passivas à exportação pela THE

- (162) Os sucessivos acordos de distribuição formais entre a THE e a Nintendo conferiam ostensivamente à THE o direito de exportar os produtos para qualquer país fora do seu território, embora não pudesse procurar activamente clientes para esse fim.
- (163) Todavia, de facto, a premissa subjacente às relações comerciais entre a THE e a Nintendo era que a THE se absteria de exercer o seu alegado direito de fornecer empresas fora do seu território em resposta a pedidos de exportação não solicitados. A Nintendo admitiu expressamente este facto. Segundo a Nintendo, durante o conflito no início de 1996 com a THE, tinha-se centrado na distinção entre vendas activas e passivas, mas admitiu que estas considerações «não contaram com o acompanhamento que, em segunda análise, [se revelou] necessário para assegurar a compatibilidade

entre os nossos acordos escritos e as práticas no mercado»⁽²⁵⁹⁾.

- (164) Na realidade, também não faria qualquer sentido a Nintendo forçar a THE a exercer um controlo rigoroso sobre os seus clientes para os impedir de exportar se a THE, embora de forma passiva, pudesse ela própria efectuar essas exportações. As preocupações da Nintendo incidiam sobre eventuais exportações de quaisquer produtos do Reino Unido para outros países do EEE e não sobre a eventualidade de essas exportações se deverem ao facto de a THE procurar activamente clientes no estrangeiro. A THE teve de assegurar reiteradamente à Nintendo e a outros distribuidores que não tinha fornecido empresas fora do seu território⁽²⁶⁰⁾. Não foi tomada em consideração a possibilidade de essas exportações resultarem de vendas passivas à exportação.
- (165) Deste modo, quando a [...]*, um importador paralelo belga, contactou a THE no sentido de obter fornecimentos dos produtos, foi informada de que esta última não podia fornecer produtos a empresas fora do seu território⁽²⁶¹⁾. Nesta sequência, a [...]* propôs-se obter os produtos através da [...]*, uma empresa estabelecida no Reino Unido, que adquiriria os produtos por conta da [...]*. Foram satisfeitas diversas encomendas importantes segundo este esquema. A THE estava consciente de que esta proposta estava efectivamente a ser implementada na prática, como se pode deduzir do facto de, em 28 de Fevereiro de 1996, apenas um dia depois de a Nintendo ter iniciado o seu boicote à THE, a [...]* ter sido informada pela THE de que não poderia exportar os produtos para países da CEE⁽²⁶²⁾. Quando a [...]* tentou de novo encomendar produtos, a THE solicitou à [...]* que provasse o destino dos mesmos, sem o que não poderia efectuar o fornecimento⁽²⁶³⁾. Este facto demonstra que a THE devia estar consciente de que não lhe era permitido responder afirmativamente a encomendas não solicitadas provenientes de empresas situadas fora do seu território dado que, de outro modo, o acordo entre a THE e a [...]* seria inexplicável.
- (166) Neste contexto, deve também salientar-se que, até de 31 de Dezembro de 1996, a THE devia, nos termos do acordo, apresentar à Nintendo «uma lista actualizada de clientes» no âmbito do seu plano de comercialização semestral. Este tipo de informação poderia ser utilizado para verificar se a THE efectuava exportações. Na sua resposta a uma carta nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a THE declarou que a exigência de apresentar uma «lista actualizada de clientes» não tinha sido concretizada, uma vez que não tinha apresentado tal lista nem tinha sido contactada nesse sentido⁽²⁶⁴⁾.

⁽²⁵⁶⁾ «(...) by working close together in the future, [with NOE] we can limit both our market places being damaged by grey imports» [língua original], páginas 1398 e 1137. Do contexto desta frase decorre claramente que a THE queria dizer que a NOE poderia impedir as importações paralelas no Reino Unido.

⁽²⁵⁷⁾ «[...] 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» [língua original], página 1444.

⁽²⁵⁸⁾ Ver anexo A da resposta da THE à comunicação de objecções da Comissão, ponto 126.

⁽²⁵⁹⁾ «(...) were not accorded the follow-up that, in hind sight, [were] necessary to ensure compatibility between our written agreements and practices in the market» [língua original], página 1640.

⁽²⁶⁰⁾ Ver, por exemplo, páginas 1119 a 1122, 1135 a 1139, 1504, 1471 a 1472 e 1505.

⁽²⁶¹⁾ Página 743.

⁽²⁶²⁾ Página 773.

⁽²⁶³⁾ Página 743.

⁽²⁶⁴⁾ Carta de 25 de Abril de 1997, página 444. A Nintendo, por carta de 30 de Outubro de 1995, indicou que tal era também o caso de outros distribuidores independentes vinculados por cláusulas semelhantes dos respectivos acordos (ver *infra*).

(167) Embora em rigor pudesse ser verdade que a THE nunca apresentou esta lista no âmbito do plano de comercialização anual, a Nintendo podia solicitar em qualquer altura à THE, no contexto das relações que as uniam, que a informasse se estava a fornecer determinados clientes específicos, quer dentro quer fora do Reino Unido⁽²⁶⁵⁾. Entre o final de Fevereiro e Março de 1996, quando a Nintendo exerceu sobre a THE as pressões acima referidas porque, no seu entender, esta empresa não controlava as exportações a partir do seu território, a NOE baseou as suas alegações de que estavam a ser exportados produtos a partir do Reino Unido especificamente em informações obtidas junto da THE sobre as suas vendas a clientes⁽²⁶⁶⁾. Uma vez confrontada com estas informações, a THE teve de justificar o seu comportamento⁽²⁶⁷⁾.

(168) O acima exposto em nada contradiz o facto de a THE ter apresentado à Comissão uma lista de dez empresas, estabelecidas no EEE mas fora do seu território, a que tinha vendido produtos entre 1 de Janeiro de 1996 e 31 de Novembro de 1997⁽²⁶⁸⁾. Nove destas empresas são quer filiais da Nintendo quer distribuidores exclusivos por ela designados⁽²⁶⁹⁾. A décima empresa, a [...]*, é uma empresa-irmã da THE, que exerce actividades na Suíça e na Áustria⁽²⁷⁰⁾. A THE não forneceu os produtos a qualquer outra empresa fora do seu território. As vendas a estas empresas não podem ser consideradas vendas passivas à exportação regulares. Na realidade, o exemplo da [...]* revela que as vendas passivas à exportação não eram autorizadas, visto a THE ter sido objecto de críticas por parte da Nintendo por ter efectuado fornecimentos a esta empresa⁽²⁷¹⁾ e, posteriormente, se ter absterido de os efectuar⁽²⁷²⁾.

(169) De acordo com a THE, durante o boicote e os acontecimentos subsequentes em 1996, tinha sido acusada de procurar activamente vendas à exportação. Isto porque a promoção «Big Deal» tinha sido divulgada no CTW, um jornal comercial também lido fora do Reino Unido. Se o anúncio no CTW equivallesse na realidade a uma procura activa de vendas à exportação pela THE⁽²⁷³⁾, a THE teria ela própria remediado a situação assegurando-se de que o anúncio não atingiria os operadores fora do Reino Unido e da Irlanda. Na realidade, a THE suspendeu a publicidade imediatamente após ter tido conhecimento das críticas da Nintendo⁽²⁷⁴⁾. A THE não

exportou para quaisquer empresas em consequência da campanha de publicidade no CTW, mas referiu contactos com filiais ou distribuidores exclusivos independentes da Nintendo no território onde se encontrava estabelecido o potencial cliente⁽²⁷⁵⁾.

1.7. A situação em Espanha

1.7.1. Nintendo España — Obstáculos às exportações paralelas a partir de Espanha

(170) A partir de 1 de Janeiro de 1994⁽²⁷⁶⁾, pelo menos, a Nintendo España SA (NE), filial a 100 % da Nintendo, agiu como distribuidor exclusivo da Nintendo em Espanha dos produtos SNES, Game Boy e N 64, após o seu lançamento no mercado.

(171) As condições e modalidades gerais de venda acordadas entre a NE e seus clientes que constituíam parte integral das relações contratuais que ligavam a NE aos seus clientes⁽²⁷⁷⁾, incluíam uma disposição que obrigava os clientes a vender os produtos Nintendo apenas em Espanha⁽²⁷⁸⁾. A Nintendo não contestou que estas modalidades e condições vigoraram entre Janeiro de 1993 e Abril de 1997.

(172) Um memorando interno da NE, de 14 de Novembro de 1995, contém instruções específicas⁽²⁷⁹⁾ da NE relativamente a clientes exportadores. Deste documento pode deduzir-se que a NE tinha adoptado medidas para assegurar a aplicação da proibição de exportar, em especial, por forma a impedir novas exportações para Itália. «De qualquer modo, e para evitar que os importadores italianos se possam abastecer [Produtos SN+SMAS] junto de outros clientes, a presente carta proíbe a facturação a qualquer cliente, que não supermercados, de quantidades superiores a 100 unidades desta configuração, sem que tais pedidos contenham a tua assinatura. Solicito que cada vez que o departamento de facturação lhe apresentar um tal pedido de SN+SMAS para autorização, esteja razoavelmente seguro de que o produto referido se destina ao consumo nacional»⁽²⁸⁰⁾.

⁽²⁶⁵⁾ Páginas 301 e 458.

⁽²⁶⁶⁾ Páginas 1097 a 1100. A alegação da NOE baseava-se na grande percentagem das vendas que a THE classificava «vendas a outros clientes», suspeitando a NOE de estarem incluídas vendas da THE a operadores paralelos.

⁽²⁶⁷⁾ Página 1762.

⁽²⁶⁸⁾ Página 829.

⁽²⁶⁹⁾ Comparar a página 829 com as páginas 132 a 136. Ver também página 817. É oportuno referir que, na lista da THE, a «Chaves Portugal» é, na realidade, a Concentra (ver página 136) e que [...] é um funcionário da Unsaco, o subdistribuidor da Bergsala para a Noruega (ver página 1696).

⁽²⁷⁰⁾ Ver as duas facturas de 9 de Janeiro de 1996 e 23 de Fevereiro de 1996, p. 830, 831 e 832.

⁽²⁷¹⁾ Página 891.

⁽²⁷²⁾ Página 820.

⁽²⁷³⁾ Página 810. A THE negou esta afirmação com base no facto de o anúncio não se dirigir directamente a vendedores não ingleses.

⁽²⁷⁴⁾ Página 882.

⁽²⁷⁵⁾ Ver p. 1752 e 817; cinco empresas procederam a inquéritos (ver p. 1762). Na ausência de restrições não isentas, a THE poderia ter fornecido estas empresas ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 1983/83 da Comissão (JO L 173 de 30.6.1983, p. 1). A proibição de vendas activas diz apenas respeito à procura de clientes.

⁽²⁷⁶⁾ Página 136.

⁽²⁷⁷⁾ Ver artigo 1.º das condições e modalidades gerais de venda.

⁽²⁷⁸⁾ Páginas 107 e 108. As condições gerais de venda referem: «Los clientes pueden vender los productos de Nintendo, solo en el territorio Español» (página 420-A).

⁽²⁷⁹⁾ Para instruções semelhantes, ver página 1251.

⁽²⁸⁰⁾ «En cualquier caso, y para evitar que los importadores italianos se puedan surtir [Produtos SN+SMAS] 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» [língua original], página 1028.

- (173) Do mesmo memorando interno pode inferir-se que a NE estabeleceu estas medidas por ter suscitado, com base na análise das aquisições efectuadas pelos seus clientes, que alguns deles exportavam produtos. Aparentemente, a NE confrontou dois clientes com esta possibilidade, os quais negaram que exportavam produtos. Não obstante, «uma análise detalhada das vendas desta configuração aos nossos clientes leva-nos inequivocamente à conclusão de que, com um elevado grau de probabilidade, os responsáveis por estas exportações são um destes clientes, ou ambos. Em consequência, é proibida a venda à [...]» e à [...]» da SN+SMAS, salvo autorização expressa por mim assinada»⁽²⁸¹⁾. Os funcionários da NE receberam, ademais, instruções no sentido de prestar especial atenção a dois outros clientes que a NE, com base na análise das respectivas aquisições, suspeitava de exportarem produtos.
- (174) Num fax sem data dirigido à NE pela [...]», um dos quatro clientes de que NE suspeitava, pode ler-se: «Esclarecimento: Na sequência da nossa conversa de ontem, chamo a sua atenção para o facto de as consolas vídeo solicitadas na presente carta se destinarem a venda em Espanha. Espero que, com este esclarecimento, fique totalmente convicto do destino que tenciono dar às consolas em causa»⁽²⁸²⁾. À margem, manuscrito, «Não creio que não venham a exportar pelo menos uma parte. Enviem só 500, informando o cliente de que estamos à espera de receber fornecimentos»⁽²⁸³⁾. Esta carta confirma que a NE pediu aos seus clientes garantias de que os produtos fornecidos pela NE não seriam exportados. Em caso de dúvida, não venderia as quantidades solicitadas.
- (175) Numa nota de 10 de Junho de 1996, a NOE deu instruções à NE no sentido de reforçar os controlos porque: «Como já referi diversas vezes, existem indícios claros de que um ou vários dos vossos clientes participam em exportações cinzentas — em especial *hardware* Super Nintendo. [...] Indicação clara: O rácio *software*/*hardware* deste(s) cliente(s) é desequilibrado. B. As vossas encomendas de *software* e *hardware* Super Nintendo — especialmente, a última vez — são totalmente descaídas relativamente a alguns clientes. C. Protesta — e com razão — contra o importante volume de importações cinzentas esporádicas que têm origem no exterior e espera o respectivo apoio. Obviamente, dever-nos-á prestar o mesmo apoio no que se refere a outros países.
- (176) Numa carta de 15 de Maio de 1997, a NOA deu instruções à NE para que suprimisse das condições e modalidades gerais a obrigação imposta aos clientes de venderem os produtos apenas em Espanha e enviasse uma cópia das alterações a todos os clientes que tivessem recebido aquelas condições⁽²⁸⁵⁾. Nessa mesma data, a NOA deu instruções à NN, NF, NOE e NE⁽²⁸⁶⁾ relacionadas com o facto de o direito comunitário não permitir que fornecedores obriguem os seus clientes a revender os produtos exclusivamente dentro de um determinado território.
- (177) Não obstante, numa carta da NOE à NE de 3 de Julho de 1997, relativa a exportações de N 64 de Espanha para França, declara-se: «Recebi ontem uma cópia da factura conforme anexo, referindo os produtos, preços e quantidades expedidas — como o [...]» (da NF) alega — para França. Queira investigar e informar-nos: 1. de que empresa se trata, 2. se é vosso cliente, 3. quais as actividades comerciais que exerce, 4. a quem vende, e 5. se a indicação da França é correcta»⁽²⁸⁷⁾. Incluía-se uma factura da empresa [...]».
- (178) A NE aparentemente actuou segundo as instruções e informações que recebera da NOE. Em 7 de Julho de 1997, a NE escreveu à [...]» sobre: «Exportações de produtos [...] Dirijo-me a si uma vez que verificámos que a [...]» tem estado a enviar produtos da Nintendo España SA a distribuidores de jogos vídeo em França. Como sabe, o produto que a Nintendo España SA lhe fornece destina-se exclusivamente à venda no mercado nacional; aliás a sua exportação para França ou qualquer outro país não é prática que nós aprovemos. Peço-lhe

⁽²⁸⁴⁾ «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 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» [língua original], página 1161.

⁽²⁸⁵⁾ Páginas 116 e 118.

⁽²⁸⁶⁾ Ver páginas 110, 118, 119 e 120.

⁽²⁸⁷⁾ «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» [língua original], páginas 1224 e 1225.

⁽²⁸¹⁾ «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 [...]» de SN+SMAS, salvo autorización expresa y firmada por mi» [língua original], página 1028.

⁽²⁸²⁾ «Nota Aclaratoria: Según la conversación mantenida con Vd. en el día de ayer, pongo en su conocimiento que las Vídeo 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.» [língua original], página 1027.

⁽²⁸³⁾ «No me creo que no vengan a exportar, por lo menos una parte. Servir únicamente 500, diciendo al cliente que estamos a la espera de recibir mas stock» [língua original], página 1027.

que ponha termo a qualquer tipo de operações com clientes que não pertençam ao mercado nacional ou ver-nos-emos obrigados a tomar medidas que em caso algum consideramos que a sua empresa mereça»⁽²⁸⁸⁾.

- (179) Em 29 de Outubro de 1997, a NE apresentou à NF informações com vista a permitir-lhe identificar as importações cinzentas em França originárias de Espanha⁽²⁸⁹⁾. Aparentemente, a NF tinha encontrado produtos objecto de importações paralelas no seu mercado e investigado a origem dos mesmos. As informações prestadas pela NE teriam permitido à NF estabelecer se os produtos importados pelos circuitos paralelos em França eram provenientes de Espanha.

1.7.2. NE — Importações paralelas em Espanha

- (180) Pelo menos entre Janeiro de 1996 e Abril de 1997, a NE apresentou regularmente à NOE informações relativas à incidência e origem do comércio paralelo⁽²⁹⁰⁾. Em especial, em 17 de Janeiro de 1996, a NE escreveu à NOE sobre uma empresa denominada [...]*, informando-a de que «Encontrámos (e comprámos) em lojas em todo o país Killer Instinct (SNES) e Yoshi's Island (SNES) originários da Bergsala (Suécia). Estamos convictos do que este produto está a ser importado e vendido pela [...]*. Por favor, contactem a Bergsala e peçam-lhes que controlem a situação»⁽²⁹¹⁾. Esta carta foi tomada a sério, uma vez que, em 26 de Janeiro de 1996, a Bergsala respondeu à NOE «Ref.: o vosso fax de hoje sobre Espanha [...] [...]*: Recebemos faxes desta empresa propondo-nos vários *software*, mas não estabelecemos qualquer relação comercial com a mesma»⁽²⁹²⁾.
- (181) Do que precede, e em especial de uma carta de 10 de Junho de 1996 da NOE à NE⁽²⁹³⁾, pode inferir-se que a NE solicitou regularmente à NOE que tomasse medidas no sentido de impedir as importações paralelas com

origem em territórios de outros distribuidores exclusivos. Outras cartas em posse da Comissão confirmam igualmente que a NE prestou informações à NOE sobre o comércio paralelo, no intuito de proteger os interesses do grupo Nintendo, dado que os produtos importados nos circuitos paralelos e os seus preços de venda «DESTROEM COMPLETAMENTE O MERCADO ESPANHOL»⁽²⁹⁴⁾. A dada altura, a NE considerou que as importações paralelas representavam, no seu caso, um importante risco financeiro de, no máximo, 220,6 milhões de pesetas (na altura, cerca de 1,4 milhões de euros)⁽²⁹⁵⁾. A NE, referindo-se ao comércio paralelo a partir do Reino Unido, defendeu que «Não podemos de modo algum permitir esta situação»⁽²⁹⁶⁾.

1.8. A situação nos Países Baixos

1.8.1. NN — Exportações paralelas dos Países Baixos

- (182) A Comissão não tem conhecimento de quaisquer restrições em acordos formais escritos entre a NN e clientes seus que os impeçam de exportar a partir dos Países Baixos⁽²⁹⁷⁾. Todavia, numa carta da NN à NF, de 13 de Fevereiro de 1996, pode ler-se: «Notem que as exportações não representam qualquer problema grave. Os nossos clientes, como de costume, continuam a manter pequenas reservas e concentrar-se-ão na venda a retalho»⁽²⁹⁸⁾. Desta carta pode deduzir-se a NN desenvolvia uma prática que tinha por efeito, no mínimo, impedir as exportações paralelas pelos seus clientes.
- (183) A existência desta prática pode também ser inferida de uma declaração da [...]* relativa a acontecimentos registados entre 1992 e 1995. A [...]* era um dos clientes que a NN suspeitava de revenderem produtos à Omega — um comerciante activo no circuito paralelo dos produtos: «Por diversas vezes, a Nintendo observou que a [...]* revendia à Omega. De acordo com a Nintendo, era uma situação estatisticamente verificável. Por várias vezes, a Nintendo atrasou e boicotou entregas. Outras vezes solicitou uma inspecção da administração da [...]*»⁽²⁹⁹⁾. Desta declaração pode deduzir-se que a NN fornecia este cliente na condição de os produtos não serem revendidos aos circuitos paralelos de exportação. É também evidente que a NN assegurou o respeito desta condição através de bloqueios aos fornecimentos e aplicando restrições, tendo recorrido a métodos estatísticos para identificar eventuais comerciantes dos circuitos paralelos em diversas ocasiões entre 1992 e 1995.

⁽²⁸⁸⁾ «Exportación de producto [...] Me dirijo a ti, ya que hemos detectado que [...] S.L. 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 pais, no es una practica que nosotros aprobemos en ningun caso. Te ruego dejes de efectuar cualquier tipo de operacion con clientes que no pertenecen al territorio nacional, o nos veremos en la obligacion de tomar medidas que en ningun caso creemos que tu empresa se merezca» [língua original], página 1226.

⁽²⁸⁹⁾ Página 1230.

⁽²⁹⁰⁾ Ver cartas nas páginas 1040-41 (de 17 de Janeiro de 1996), 1042 (sem data), 1044-45 (de 22 de Janeiro de 1996), 1155 (de 30 de Maio de 1996), 1161-2 (de 10 de Junho de 1996), 1266 (de 28 de Janeiro de 1996), 1280-81 (de 28 de Fevereiro de 1996), 1366-1337 (de 1 de Abril de 1996), 1492 (de 5 de Setembro de 1996), 1498 (de 21 de Outubro de 1996), 1515-16 (de 1 de Abril de 1997) e 1554 (de 21 de Outubro de 1997). As citações e exemplos foram retirados das páginas 1042, 1044 e 1281.

⁽²⁹¹⁾ «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» [língua original], página 1041. A [...]* é um operador paralelo estabelecido na Suécia (página 1126).

⁽²⁹²⁾ «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» [língua original], página 1267.

⁽²⁹³⁾ Página 1161.

⁽²⁹⁴⁾ «(...) COMPLETELY DESTROYS THE SPANISH MARKET» [língua original], página 1042.

⁽²⁹⁵⁾ Página 1045.

⁽²⁹⁶⁾ «We absolutely can not allow this kind of thing» [língua original], página 1281.

⁽²⁹⁷⁾ A relação contratual formal entre a NN e os seus clientes assenta nas condições e modalidades gerais de venda (páginas 417-418).

⁽²⁹⁸⁾ «Regarding export please note that this represents no serious problem. Our customers will as usual keep small stocks and will concentrate on retailing» [língua original], página 1049.

⁽²⁹⁹⁾ «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 [...]» [língua original], página 632.

(184) Além disso, se tivessem sido encontrados em qualquer outro território produtos originários dos Países Baixos, ter-se-ia solicitado à NN que ajudasse a identificar a empresa exportadora e adoptasse as medidas adequadas. Deste modo, em instruções da NOE à NN de 28 de Outubro de 1994 relativas à venda na Alemanha de produtos importados nos circuitos paralelos declara-se: «Muito apreciaria que verificasse cuidadosamente se algum dos vossos clientes está por trás desta oferta e, caso afirmativo, qual o cliente; agradecemos que intervenha prontamente para cessar as entregas de mercadorias, se tal ainda for possível»⁽³⁰⁰⁾.

1.8.2. NN — Importações paralelas nos Países Baixos

(185) Em inúmeras ocasiões entre Outubro de 1994 e Dezembro de 1996, a NN apresentou à NOE, NOA e aos distribuidores independentes informações relativas a importações paralelas no seu território com vista colaborar com os distribuidores exclusivos no que se refere à identificação do território de origem, a fim de impedir o comércio paralelo que provocava a erosão dos preços nos Países Baixos e ameaçava as relações da NN com os seus clientes. Várias cartas em posse da Comissão comprovam este facto⁽³⁰¹⁾.

1.9. A situação em França

1.9.1. NF — Importações paralelas em França

(186) A Nintendo France SARL («NF») foi o distribuidor exclusivo da Nintendo em França, pelo menos entre 31 de Dezembro de 1992⁽³⁰²⁾ e 31 de Dezembro de 1997.

(187) Pelo menos entre Outubro de 1994 e Outubro de 1997, a NF recolheu informações, que enviou à NOE, relativas à incidência e origem destas importações paralelas. Várias cartas em posse da Comissão comprovam este facto⁽³⁰³⁾. Por exemplo, com base nas informações relativas às exportações paralelas da [...] de Espanha recolhidas pela NF e transmitidas através da NOE com as

instruções adequadas, a NE tomou medidas contra essa empresa (ver considerandos 177-178). A NF instou igualmente a NOE a verificar se clientes da Contact exportavam cartuchos de jogos N 64 para França a partir da Bélgica ou Luxemburgo. Subsequentemente, a NOE procurou obter da Contact garantias de que tinha adoptado as medidas adequadas para impedir as exportações (ver também *infra*, considerando 195).

1.9.2. NF — Exportações a partir de França

(188) Em Setembro de 1997⁽³⁰⁴⁾, a Contact informou que estavam a ser propostas aos seus clientes consolas provenientes de França a um preço inferior ao que ela própria pagava à Nintendo, o que implica que existiam diferenças de preços significativas entre a França e a Bélgica. Apesar destas diferenças de preços, afigura-se não terem existido exportações maciças a partir de França, para além deste incidente. Tal pode explicar-se pela existência de barreiras técnicas ao comércio resultantes das diferentes normas de televisão. A adaptação das consolas fixas SECAM à norma PAL é demasiado difícil ou onerosa.

(189) Todavia, as barreiras técnicas ao comércio só existem no que se refere às consolas fixas e não às consolas portáteis ou aos cartuchos de jogos. As exportações paralelas da França para outros países EEE foram também dificultadas. Numa nota da NF à NOE, de 24 de Outubro de 1997, a NF declarava: «tendo em conta as nossas condições de venda, não há qualquer risco de exportação a partir de França»⁽³⁰⁵⁾. Nos seus acordos com grossistas e retalhistas, a NF utiliza uma estrutura de descontos retroactivos baseada no volume de negócios do cliente com a NF durante o período contratual, apenas relativamente aos cartuchos de jogos⁽³⁰⁶⁾. Em resultado, a maior parte do lucro bruto global do retalhista realizado com as vendas de produtos Nintendo apenas é realizada após o final do período de venda⁽³⁰⁷⁾. Por conseguinte, as condições de venda da NF impediam forçosamente as exportações paralelas, na medida em que os clientes exportadores seriam confrontados com problemas de liquidez. Os exportadores obteriam um desconto de final do ano da NF, mas teriam de oferecer um desconto em dinheiro imediato a empresas estrangeiras para serem competitivos. O desconto retroactivo referia-se exclusivamente aos cartuchos de jogos, isto é, concentrava-se numa categoria de produtos em que o comércio paralelo a partir de França não era prejudicado por barreiras técnicas ao comércio.

⁽³⁰⁰⁾ Página 998. Da resposta da NB à NOE à mesma carta, verifica-se claramente que os produtos em causa tinham origem no Reino Unido. Na ocasião, a NB apresentou este assunto à NUK.

⁽³⁰¹⁾ Ver páginas 998 (de 28 de Outubro de 1994), 1020-21 (de 27 de Abril de 1995), 1049 (de 13 de Fevereiro de 1996), 1050-51 (de 21 de Fevereiro de 1996), 1058-59 (de 26 de Fevereiro de 1996), 1061 (de 26 de Fevereiro de 1996), 1078 (de 18 de Março de 1996), 1088 (de 27 de Março de 1996), 1158 (de 30 de Maio de 1996), 1216 (de 28 de Outubro de 1996), 1218 (de 26 de Março de 1997), 1220 (de 25 de Abril de 1996), 1334 (de 1 de Abril de 1996), 1412 (de 23 de Maio de 1996), 1445 (de 5 de Junho de 1996), 1500 (de 28 de Outubro de 1996), 1506 (de 6 de Dezembro de 1996) e 1509 (de 10 de Dezembro de 1996). As páginas 1021, 1049, 1051 e 1058, por exemplo, demonstram o receio que a NN tinha da erosão de preços. As relações com os clientes são referidas nas páginas 1051 e 1058.

⁽³⁰²⁾ Página 2216.

⁽³⁰³⁾ Ver páginas 998 (de 28 de Outubro de 1994), 1031 (de 27 de Dezembro de 1995), 1049 (de 13 de Fevereiro de 1996), 1052 (de 23 de Fevereiro de 1996), 1060 (de 26 de Fevereiro de 1996), 1219 (de 14 de Abril de 1997), 1221 (de 29 de Abril de 1997), 1224-1225 (de 3 de Julho de 1997), 1227-1229 (de 24 de Outubro de 1997), 1255 (sem data), 1257 (de 29 de Dezembro de 1995), 1258 (de 8 de Janeiro de 1996) e 1259 (de 9 de Janeiro de 1996). A NF controlava também por meios estatísticos se os seus clientes importavam produtos paralelos (ver *infra*).

⁽³⁰⁴⁾ Ver carta da Contact à NOE de 4 de Setembro de 1997 (páginas 1536-1538).

⁽³⁰⁵⁾ «Considering our sales terms there is no risk of export from France» [língua original], página 1566.

⁽³⁰⁶⁾ Página 1228.

⁽³⁰⁷⁾ Antes de 1998, estes descontos retroactivos eram pagos pela NF no final de cada ano contratual e, em 1998, em parte retroactivamente em cada semestre e em parte após o termo do ano contratual. Ver as versões de 1995 e 1996 destes acordos-tipo (p. 361-413), bem como a página 2234 relativamente a 1997 e a página 1546 relativamente a 1998.

1.10. A situação na Bélgica e no Luxemburgo

1.10.1. NB — Obstáculos contratuais às exportações da Bélgica e do Luxemburgo

- (190) A Nintendo of Belgium (NB) teve o direito de distribuição exclusiva de produtos Nintendo na Bélgica e no Luxemburgo, pelo menos, entre 1 de Janeiro de 1994 e Abril de 1997⁽³⁰⁸⁾.
- (191) Segundo a Nintendo, a NB impôs obrigações a determinados vendedores para que estes apenas pudessem revender os produtos Nintendo a clientes finais⁽³⁰⁹⁾. A Nintendo não contestou que estas obrigações vigoraram entre Janeiro de 1994 e Abril de 1997. Esta disposição foi aplicada. Em carta de 28 de Outubro de 1994 à NN, NB e NF relativa à venda de produtos importados na Alemanha através dos circuitos paralelos, a NOE solicitou: «Muito agradecia que verificasse cuidadosamente se, e quais, clientes vossos podem estar na origem desta oferta e tomar medidas imediatas para pôr termo à entrega de mercadorias, caso tal ainda seja possível»⁽³¹⁰⁾. De uma resposta de 31 de Outubro de 1994 da NB à NOE⁽³¹¹⁾, infere-se que a NB investigou o assunto⁽³¹²⁾.

1.10.2. NB — Importações paralelas na Bélgica e no Luxemburgo

- (192) A NB solicitou também à NOE um apoio semelhante. Em 24 de Junho de 1996, escreveu à NOE: «Os nossos clientes no Luxemburgo queixam-se do anúncio, em anexo, ao Game Boy cinzento (embalagem alemã) [...]. Trata-se de produtos da cadeia [...]*. [...] Poderão investigar este assunto [...]?»⁽³¹³⁾. Na sua resposta de 24 de Junho de 1996, a NOE informou a NB⁽³¹⁴⁾ dos resultados das suas investigações.

⁽³⁰⁸⁾ Página 132.

⁽³⁰⁹⁾ No acordo-tipo aplicado aos retalhistas pode ler-se: «De produkten van Nintendo Belgium zijn uitsluitend bestemd voor verkoop aan particulieren» (página 355) e «Les produits Nintendo sont uniquement destinés à la vente aux particuliers» (página 351) [Os produtos da Nintendo (Belgium) destinam-se exclusivamente à venda a consumidores finais].

⁽³¹⁰⁾ «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» [língua original], página 998.

⁽³¹¹⁾ Página 1245.

⁽³¹²⁾ A NB não tomou quaisquer medidas porque resultou do seu inquérito que os produtos eram importados do Reino Unido e não da Bélgica. Subsequentemente, a NB apresentou o assunto à NUK.

⁽³¹³⁾ «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 [...]?» [língua original], página 1460.

⁽³¹⁴⁾ Página 1462.

- (193) Na realidade, entre Outubro de 1994 e Novembro de 1996, a NB contactou a NOE em várias ocasiões a respeito da incidência e origem do comércio paralelo, aparentemente na expectativa de que este «problema» pudesse ser resolvido, como comprovado pelas diversas cartas em posse da Comissão⁽³¹⁵⁾.

1.10.3. Contact — Importações paralelas da Bélgica e do Luxemburgo

- (194) Em Março de 1997, a NB entrou em liquidação. Em Abril de 1997, a CD-Contact Data GmbH foi designada distribuidor exclusivo independente dos produtos Nintendo na Bélgica e no Luxemburgo, tendo celebrado um acordo de distribuição para o efeito com a Nintendo⁽³¹⁶⁾. A CD-Contact Data GmbH confiou pelo menos parte da responsabilidade pela distribuição dos produtos à Contact Data Belgium NV.
- (195) A Contact estava consciente de que era obrigada a assegurar-se de que os seus clientes não efectuariam exportações paralelas. Na sequência de uma sugestão da NF⁽³¹⁷⁾, a NOE solicitou à Contact que se informasse se um dos seus clientes, a [...]*, teria vendido cartuchos de jogos a clientes da NF. A resposta da Contact à NOE, de 28 de Outubro de 1997, referia que: «1. Até ao momento a [...]* recebeu, em diversos envios, um total de 960 unidades de Lylat Wars. Trata-se do estritamente necessário para dar resposta aos cerca de 100 clientes que possui na Bélgica francófona. 2. Dado que, aquando do início de actividades da Contact Data Belgium, procedeu a algumas entregas de *hardware* em França, a nossa actuação face a este cliente pauta-se pela maior prudência e nunca lhe entregaríamos grandes quantidades [...]. Como discutimos na passada semana, somos extremamente cautelosos com as nossas entregas, uma vez que não queremos exportações [...]»⁽³¹⁸⁾.
- (196) O texto do acordo de distribuição entre a Contact e a Nintendo permitia à primeira efectuar exportações passivas⁽³¹⁹⁾. Contudo, a Contact tranquilizou a Nintendo, afirmando que não pretendia proceder a quaisquer exportações (mesmo passivas)⁽³²⁰⁾.

⁽³¹⁵⁾ Ver páginas 998 (de 28 de Outubro de 1994), 1245 (de 2 de Fevereiro de 1996), 1303 (de 1 de Abril de 1996), 1435 (de 30 de Maio de 1996), 1460 (de 24 de Junho de 1996), 1462 (de 24 de Junho de 1996), 1482 (de 24 de Julho de 1996) e 1501 (de 6 de Novembro de 1996).

⁽³¹⁶⁾ Páginas 138-153.

⁽³¹⁷⁾ Páginas 1229 e 1566 e, em especial, notas manuscritas na página 1564. Ver também considerando 131.

⁽³¹⁸⁾ «1. [...] received until now in different deliveries 960 pieces of Lylat Wars. This is just enough to deliver his approximately 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 [...]» [língua original], página 1575.

⁽³¹⁹⁾ Página 141, ponto 4.6.

⁽³²⁰⁾ Página 1575.

1.10.4. Contact — Importações paralelas na Bélgica

(197) Entre Setembro e Dezembro de 1997, a Contact trocou correspondência com a NOE em várias ocasiões sobre as importações paralelas no seu território, na expectativa de que o «problema» fosse solucionado ⁽³²¹⁾.

— Em 3 de Novembro de 1997, escreveu à NOE: «Surgiu agora no mercado belga a seguinte proposta: 1 420 unidades de HW N 64 a [...]*, com manual de instruções em alemão» ⁽³²²⁾.

— Numa outra ocasião, por carta de 4 de Dezembro de 1997 ⁽³²³⁾, a Contact informou a NOE de que a [...]*, um retalhista luxemburguês, estava a vender produtos Nintendo com origem na Alemanha ⁽³²⁴⁾. A NOE respondeu prontamente e solicitou no mesmo dia à Contact mais informações sobre os produtos importados através dos circuitos paralelos ⁽³²⁵⁾. Na mesma carta, a NOE perguntava se a Contact tinha detectado importações paralelas de França para o Luxemburgo, em geral, e pela [...]* (um retalhista luxemburguês), em especial.

— Analogamente, a Contact queixou-se à NOE das importações paralelas com origem em França existentes no seu território. A Contact solicitou explicitamente o auxílio da NOE: «[...] Os nossos clientes estão a cancelar as encomendas de consolas N 64 visto que, ao que tudo indica, conseguem obtê-las mais baratas em França. Das 8 000 encomendas pendentes, 6 000 foram canceladas. Este assunto é, definitivamente, a prioridade a discutir no Mónaco. Neste contexto, impõe-se, inquestionavelmente, uma acção imediata» ⁽³²⁶⁾. Este assunto foi debatido numa conferência telefónica com a NF ⁽³²⁷⁾ no dia seguinte, isto é, 5 de Setembro de 1997.

— A Contact contactou a NF em 12 de Novembro de 1997 relativamente a certos cartuchos de jogos que se suspeitava terem origem no mercado «cinzento» ⁽³²⁸⁾.

1.11. A situação na Alemanha

1.11.1. NOE — Exportações paralelas a partir da Alemanha

(198) A Nintendo of Europe GmbH (NOE) era a filial da Nintendo com direitos de distribuição exclusiva dos produtos na Alemanha.

⁽³²¹⁾ Ver páginas 1536 (de 4 de Setembro de 1997), 1575 (de 28 de Outubro de 1997), 1581 (de 3 de Novembro de 1997), 1595 (de 12 de Novembro de 1997), 1605 (de 4 de Dezembro de 1997) e 1608 (de 4 de Dezembro de 1997).

⁽³²²⁾ «The following proposal is now on the Belgian market: 1 420 pieces of N 64 HW at [...]* with German manual.» [língua original], página 1581.

⁽³²³⁾ Páginas 1605, 1606 e 1607.

⁽³²⁴⁾ Página 1610.

⁽³²⁵⁾ Página 1608.

⁽³²⁶⁾ «[...] Our customers are cancelling their orders for the N 64 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» [língua original], páginas 1536-1538.

⁽³²⁷⁾ Páginas 1539 a 1542.

⁽³²⁸⁾ Página 1595.

(199) De acordo com a Nintendo, as condições e modalidades gerais de venda entre a NOE e os seus clientes consagravam a seguinte obrigação: «Área contratual [...] Os clientes apenas podem vender produtos Nintendo na República Federal da Alemanha a utilizadores finais» ⁽³²⁹⁾. A Nintendo interpreta esta secção da seguinte forma: «as condições e modalidades gerais de venda entre a NOE e os seus clientes, em vigor até Agosto de 1995, impunham aos clientes da NOE a obrigação de não fornecer produtos Nintendo fora da Alemanha» ⁽³³⁰⁾. Estas condições e modalidades gerais de venda foram aplicadas entre Janeiro de 1991 e Agosto de 1995 e, nos termos do artigo 1.º, faziam parte integrante de todos os acordos celebrados entre as partes. O cumprimento desta obrigação foi controlado também, por exemplo, através da análise das encomendas dos clientes, como se verifica claramente numa carta de 11 de Abril de 1995 em que a NOE informa a NOA de que «conseguimos exercer um controlo suficientemente apertado sobre os nossos clientes, de forma que qualquer encomenda de qualquer produto anormalmente elevada face ao habitual possa ser identificada e congelado o respectivo envio» ⁽³³¹⁾.

(200) Pelo menos de 1 de Janeiro de 1996 a 31 de Dezembro de 1997, a NOE recorreu também a um agente, a [...]* ⁽³³²⁾, para distribuir os produtos em seu nome. As exportações paralelas deste agente foram igualmente controladas. A [...]* foi contactada pela [...]*, uma empresa estabelecida em Aachen (Alemanha), que pretendia fornecimentos. Segundo um relato de uma conversa de [...]* com esta empresa, em 14 de Março de 1997: «Os contactos com o [...]* deixaram claro que os produtos se destinavam a países estrangeiros. Subsequentemente, recusei» ⁽³³³⁾.

1.11.2. NOE — Importações paralelas na Alemanha

(201) Quando se verificaram importações paralelas na Alemanha, a NOE desempenhou um papel activo para impedir tais actividades. Por exemplo, por cartas de 28 de Outubro de 1994, a NOE enviou à NF, NB e à NN ⁽³³⁴⁾ uma oferta feita a vários clientes da NOE e deu instruções para que investigassem qual dos seus clientes poderia estar na origem desta oferta e que intervissem de imediato no sentido de pôr termo à entrega destes produtos (ver também considerando 184 e 191).

⁽³²⁹⁾ «Vertragsgebiet [...] Die Kunden dürfen Nintendo-Produkte nur in der Bundesrepublik Deutschland an Endverbraucher verkaufen» [língua original], p. 415.

⁽³³⁰⁾ «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» [língua original], p. 107.

⁽³³¹⁾ «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» [língua original], p. 1001 e 1002.

⁽³³²⁾ Ver declaração da Nintendo de 1 de Setembro de 1998, página 22 (p. 2302).

⁽³³³⁾ «Die Kontaktaufnahme mit [...]* ergab, daß die Ware fürs Ausland vorgesehen ist. Ich habe daraufhin die Angelegenheit abgelehnt.» [língua original], p. 1512, 1513 e 1514.

⁽³³⁴⁾ Página 998.

(202) A NOE desempenhou também um importante papel para garantir que a NUK tomava as medidas adequadas para impedir as exportações paralelas a partir do Reino Unido. Em Abril/Maio de 1995 tomou a iniciativa de elaborar um plano pormenorizado para pôr termo ao comércio paralelo que, em última análise, suscitou as instruções dadas à NUK para identificar a fonte de fornecimento da [...]*. A partir de Abril/Maio de 1995, a NOE desempenhou um papel cada vez mais importante e activo na coordenação dos esforços diários da Nintendo para pôr termo ao comércio paralelo, que resultaram no boicote à THE e originaram medidas de controlo e execução de disposições destinadas a impedir o comércio paralelo, tanto a partir do Reino Unido como de outros países. O papel da NOE é descrito em pormenor nos considerandos 228-238.

(203) Os esforços da NOE para impedir o comércio paralelo no EEE foram igualmente úteis para o objectivo menos ambicioso de pôr termo ao comércio paralelo no seu próprio território, ou seja, a Alemanha. Portanto, as actividades da NOE destinadas a assegurar que não se registaria qualquer comércio paralelo no EEE devem ser consideradas esforços que visam impedir o comércio paralelo no seu próprio território (ver também considerando 127).

1.12. A situação na Grécia

1.12.1. Itochu — Exportações paralelas da Grécia

(204) Pelo menos entre 14 de Maio de 1991⁽³³⁵⁾ e 28 de Fevereiro de 1997⁽³³⁶⁾, a Itochu Hellas EPE, uma filial a 100 % de um grupo cuja última empresa-mãe é uma empresa japonesa denominada Itochu Schoyi KK⁽³³⁷⁾ (designadas conjuntamente no presente documento por «Itochu») foi o distribuidor exclusivo independente dos produtos Nintendo na Grécia. O acordo de distribuição vigente nesse período continha as seguintes disposições:

«3.2. [...] A Nintendo designa o distribuidor como seu distribuidor exclusivo independente e autorizado no que se refere à venda dos produtos abrangidos a vendedores autorizados no território [...] e autoriza o distribuidor a adquirir produtos abrangidos à Nintendo para importação, distribuição e venda na Grécia»⁽³³⁸⁾.

«3.3. [...] O distribuidor não poderá vender os produtos abrangidos através de subdistribuidores»⁽³³⁹⁾.

⁽³³⁵⁾ Página 157.

⁽³³⁶⁾ Página 154.

⁽³³⁷⁾ Páginas 2501-2502 e 2506.

⁽³³⁸⁾ «3.2 [...] Nintendo appoints Distributor as its exclusive independent and authorised distributor for the sale of 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» [língua original], página 157.

⁽³³⁹⁾ «3.3 [...] Distributor may not sell the Covered Products through sub-distributors» [língua original], página 157.

«4.3. [...] O distribuidor não venderá produtos abrangidos a pessoas que não sejam vendedores autorizados, nem a qualquer pessoa relativamente à qual tenha razões para pensar que exporta ou tenciona exportar esses produtos abrangidos para qualquer país fora da Comunidade Europeia, nem venderá ou transferirá esses produtos para qualquer pessoa que não seja um retalhista que os adquira no âmbito das suas actividades comerciais normais»⁽³⁴⁰⁾.

«2.2. [...] Por “vendedores autorizados” entende-se exclusivamente as pessoas especializadas na venda de produtos ao consumidor e autorizadas pela Nintendo a comercializar produtos abrangidos, [...] Pelo menos anualmente durante a vigência do contrato de distribuição, a Nintendo e o distribuidor acordarão mutuamente uma lista de revendedores autorizados nesse território»⁽³⁴¹⁾.

Nos termos da cláusula 4.5, a Itochu deve apresentar semestralmente à Nintendo uma lista actualizada de clientes⁽³⁴²⁾.

«8.2 [...] A Nintendo [...] poderá, em qualquer momento durante a vigência do contrato de distribuição, examinar quaisquer registos, contabilidade e correspondência que considere necessário»⁽³⁴³⁾.

(205) A interpretação da Comissão destas disposições, aliás não contestada pela Itochu na sua resposta à comunicação de objecções, é a de que: a Itochu apenas pode vender a Vendedores estabelecidos na Grécia a aprovados pela Nintendo, o que exclui, por conseguinte, vendas passivas a empresas estabelecidas noutros países do EEE. A Itochu estava também expressamente proibida de revender os produtos a outros clientes que não os especializados na venda a retalho dos produtos ao consumidor ou a qualquer outra pessoa que os tencionasse revender a terceiros que não retalhistas. Por conseguinte, também as exportações paralelas intra-EEE por clientes da Itochu foram consideravelmente limitadas, na medida em que esta empresa não podia revender produtos a clientes que os revendessem a outros comerciantes, incluindo os estabelecidos fora da Grécia. As exportações por clientes da Itochu para países do EEE que não pertencem à CE foram também expressamente proibidas.

⁽³⁴⁰⁾ «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» [língua original], página 159.

⁽³⁴¹⁾ «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» [língua original], página 156.

⁽³⁴²⁾ Página 160.

⁽³⁴³⁾ «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» [língua original], página 171.

1.12.2. Itochu — Importações paralelas na Grécia

- (206) A Itochu prestou à NOE ou à NOA informações relativas à incidência e origem do comércio paralelo, na expectativa de que a NOE solucionasse o problema⁽³⁴⁴⁾. De acordo com a Itochu, tal era crucial «para a sobrevivência da Nintendo na Grécia»⁽³⁴⁵⁾ e «para proteger o nosso mercado»⁽³⁴⁶⁾. Em pelo menos uma ocasião, isto teve por consequência o corte por parte do distribuidor no território de origem, a saber a THE, dos fornecimentos a um operador paralelo. Em 8 de Março de 1996, a THE escreveu ao [...]*, da NOA, informando-o de que «Como sabe, o distribuidor na Grécia contactou-me por fax sobre um problema [...] Identificámos a fonte deste problema: um cliente de longa data da NUK/ /THE Games. Julgo que tal problema não se deverá voltar a verificar, uma vez que a sua última encomenda não foi satisfeita. Informei o [...]* (da Itochu) deste facto e combinámos que me manteria regularmente informado da situação»⁽³⁴⁷⁾. Na véspera⁽³⁴⁸⁾, a THE tinha informado a Itochu de que nunca tinha fornecido a [...]*, a empresa que exportava os produtos do Reino Unido para a Grécia através de circuitos paralelos, e tinha avançado pormenores sobre os seus esforços para identificar a fonte de fornecimentos da [...]*.

1.12.3. Nortec — Importações paralelas na Grécia

- (207) A Nortec AE («Nortec») foi criada em Abril de 1997 e começou a exercer as actividades de distribuidor exclusivo da Nintendo na Grécia em Setembro de 1997, tendo celebrado um acordo com a Nintendo para o efeito. A Nortec manteve-se como distribuidor da Nintendo na Grécia até 1 de Janeiro de 1998, pelo menos⁽³⁴⁹⁾.
- (208) Entre Outubro de 1997 e Janeiro de 1998, a Nortec enviou à NOE informações relativas à incidência e origem das importações paralelas no seu território, continuou a controlar eventuais casos de importações paralelas e informou regularmente a NOE da evolução da situação no seu território⁽³⁵⁰⁾. A Nortec seguiu esta

prática pelo menos até a THE ter reduzido significativamente os seus preços das consolas N 64 em Outubro de 1997, em resultado do que as importações paralelas do Reino Unido para a Grécia se tornaram uma ameaça séria para os interesses da Nortec. A Nortec efectuou compras de amostragem⁽³⁵¹⁾ e envidou esforços no sentido de identificar as fontes de fornecimento dos operadores paralelos, na esperança de que a NOE solucionasse este problema. Em várias cartas à NOE, a Nortec salientou que as importações paralelas «destroem completamente o que tentámos construir»⁽³⁵²⁾ e «comprometem os nossos esforços para controlar e limpar o mercado local»⁽³⁵³⁾. As importações paralelas «serão um desastre para os produtos Nintendo na Grécia [...]. Rogo-lhe que tome consciência desta situação e que apoie os nossos esforços neste país»⁽³⁵⁴⁾. «Esta situação está a acabar connosco [...]»⁽³⁵⁵⁾. A Nortec salientou que «a reacção imediata da NOE [...] é imprescindível para a nossa sobrevivência»⁽³⁵⁶⁾.

- (209) Como resultado, em pelo menos uma ocasião, a THE, agindo sob instruções da NOE, cessou os fornecimentos a um cliente que procedia a exportações paralelas. A Nortec tinha consciência deste facto. Em 3 de Novembro de 1997, a Nortec escreveu à NOE a propósito das «importações paralelas de N 64 a partir do Reino Unido [...] Tenho de admitir que as suas instruções à THE no sentido de não fornecer qualquer cliente que exporte para a [...]*, (o importador paralelo) resultaram e adiaram ligeiramente o problema [...] A empresa que se dispunha a fornecer produtos à [...]* é a [...]*. É-nos impossível obter uma prova escrita deste facto, mas pagámos bem ao homem que nos deu estas informações, pelo que acredito nele. Não obstante, a [...]* está actualmente a negociar com outras fontes inglesas [...]. Queira investigar»⁽³⁵⁷⁾. Esta passagem demonstra também os esforços envidados pela Nortec para obter informações sobre a origem das importações paralelas. Numa carta de 5 de Janeiro de 1998, a Nortec estava finalmente em condições de informar a NOE de que agora «uma vez resolvida a dor de cabeça suscitada pelos exportadores paralelos, [...], 1998 será um novo ano de esperança para a consola N 64 na Grécia»⁽³⁵⁸⁾.

⁽³⁴⁴⁾ Ver páginas 1066 (de 6 de Março de 1997), 1272 (de 22 de Fevereiro de 1996), 1387 (de 2 de Abril de 1997), 1290 (de 1 de Abril de 1997), 1429 (de 30 de Maio de 1996), 1674 (de 2 de Agosto de 1993), 1675 (de 27 de Março de 1993) e 1749 (de 7 de Março de 1996).

⁽³⁴⁵⁾ «(...) for the survival of Nintendo business in Greece» [língua original], página 1066.

⁽³⁴⁶⁾ «to protect our market» [língua original], página 1675.

⁽³⁴⁷⁾ «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» [língua original], página 886.

⁽³⁴⁸⁾ Página 1749.

⁽³⁴⁹⁾ Páginas 2595-2610, 1622-1624, resposta da Nortec à comunicação das objecções, ponto 1.

⁽³⁵⁰⁾ Páginas 1559 (de 23 de Outubro de 1997), 1560 (de 23 de Outubro de 1997), 1561 (de 23 de Outubro de 1997), 1568-69 (de 26 de Outubro de 1997), 1577 (de 3 de Novembro de 1997), 1587 (de 7 de Novembro de 1997), 1596 (de 17 de Novembro de 1997), 1600 (de 20 de Novembro de 1997), 1604 (de 3 de Dezembro de 1997), 1612 (de 11 de Dezembro de 1997), 1614 (de 16 de Dezembro de 1997), 1622 (de 5 de Janeiro de 1998) e 1789 (de 7 de Novembro de 1997). Para uma apreciação dos esforços da Nortec para identificar os exportadores dos circuitos paralelos, ver em especial a página 1577.

⁽³⁵¹⁾ Página 1604.

⁽³⁵²⁾ «(...) completely destroy what we tried to build» [língua original], página 1561.

⁽³⁵³⁾ «(...) jeopardises our efforts to control and clean the local market» [língua original], página 1560.

⁽³⁵⁴⁾ «(...) will be a disaster for Nintendo Products in Greece [...]. I urge you to realise this situation and assist our efforts in this country» [língua original], página 1569.

⁽³⁵⁵⁾ «This situation is killing us [...]» [língua original], página 1596.

⁽³⁵⁶⁾ «(...) immediate reaction [...] is absolutely indispensable for us to survive» [língua original], página 1600.

⁽³⁵⁷⁾ «N 64 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» [língua original], página 1577.

⁽³⁵⁸⁾ «having solved the headaches of the parallel importers, [...], 1998 will be a bright year for N 64 in Greece» [língua original], página 1622.

1.13. A situação em Portugal

1.13.1. Concentra — Exportações paralelas de Portugal

- (210) De 14 de Maio de 1991 ⁽³⁵⁹⁾ até, pelo menos, ao final de 1997, a Chaves Feist & Cia Lda, posteriormente denominada Sociedade de Representações Concentra Lda e, a partir de Setembro de 2001, Concentra — Produtos para Crianças, SA ⁽³⁶⁰⁾ (Concentra), foi o distribuidor exclusivo dos produtos Nintendo em Portugal.
- (211) O acordo de distribuição formal entre a Nintendo e a Concentra, vigente entre 14 de Maio de 1991 e 28 de Fevereiro de 1997 ⁽³⁶¹⁾, continha disposições idênticas ao contrato descrito nos considerandos 204 e 205 entre a Nintendo e a Itochu ⁽³⁶²⁾. Por conseguinte, pelas mesmas razões e na mesma medida que o acordo entre a Nintendo e a Itochu, o acordo entre a Concentra e a Nintendo restringia as vendas passivas à exportação e as exportações paralelas por clientes da Concentra em Portugal.
- (212) Não existem elementos de prova de que a própria Concentra, tenha impedido, ou tentado impedir, activamente terceiros estabelecidos em Portugal de efectuar, à partida deste território, exportações paralelas.

1.13.2. Concentra — Importações paralelas em Portugal

- (213) Não existem elementos de prova de que a Concentra impediu (ou tentou impedir) os seus próprios clientes de importarem produtos através dos circuitos paralelos. Contudo, há elementos de prova de que a Concentra comunicou à NOE a existência de importações paralelas em Portugal, solicitando-lhe a sua ajuda neste domínio. Na realidade,
- a Concentra, numa carta enviada à NOA em 4 de Janeiro de 1996, em que respondia a um questionário do [...] * da NOA, informava igualmente que «[...] os produtos comercializados nos circuitos paralelos, provenientes essencialmente de países da Comunidade Europeia, tinham ainda uma importante quota de mercado (cerca de [...] * %) [...]» ⁽³⁶³⁾,
 - a Concentra respondeu também aos questionários enviados pela NOE já referidos nos considerandos 124 e 140. Em 1 de Abril de 1996, a Concentra indicou, em resposta ao primeiro questionário da NOE, que, nessa ocasião, não era afectada por importações paralelas a partir do Reino Unido ⁽³⁶⁴⁾. Todavia, esta situação deve ter-se alterado posteriormente, dado que a sua resposta de 30 de Maio de 1996 ao segundo questionário da NOE menciona que, em 1996, se tinham registado importações paralelas do Reino Unido, Espanha e Países Baixos ⁽³⁶⁵⁾,

— em 21 de Novembro de 1997, a Concentra informou a NOE de ofertas feitas aos seus clientes pela [...] *, referindo «Infelizmente, estamos certos de que alguns retalhistas não resistirão a esta oportunidade de obter uma margem adicional com a N 64 [e solicitando o auxílio da NOE] Esperamos que a Nintendo consiga encontrar uma solução para esta situação, num futuro muito próximo» ⁽³⁶⁶⁾.

1.14. A situação em Itália

1.14.1. Linea — Exportações paralelas a partir de Itália

- (214) De 1 de Outubro de 1992 ⁽³⁶⁷⁾ até ao final de 1997, a Linea GiG SpA («Linea») foi o distribuidor exclusivo dos produtos Nintendo em Itália.
- (215) Entre 1 de Outubro de 1992 e 29 de Fevereiro de 1996 ⁽³⁶⁸⁾, o acordo de distribuição continha disposições idênticas às dos acordos com a Itochu e a Concentra, com uma única diferença que consistia na possibilidade de a Linea vender através de determinados subdistribuidores aprovados ⁽³⁶⁹⁾. «Por distribuidores autorizados entende-se exclusivamente as pessoas, empresas ou outros organismos especializados na venda por grosso de produtos de consumo e que a Nintendo tenha autorizado a revender os produtos abrangidos a vendedores autorizados» ⁽³⁷⁰⁾. Além disso, estabelecia, na secção «3.3 Subdistribuidores. O distribuidor que tencione vender parte dos produtos abrangidos através de subdistribuidores apenas o poderá fazer mediante autorização prévia por escrito da Nintendo relativamente a cada subdistribuidor. A Nintendo concederá ou não esta autorização numa base inteiramente discricionária e revogá-la-á quando entender oportuno, sem necessidade de justificação ou de pré-aviso» ⁽³⁷¹⁾. Antes de nomeados, os subdistribuidores devem comprometer-se a respeitar as mesmas obrigações que a Linea no que se refere, nomeadamente, às vendas autorizadas e aos vendedores autorizados ⁽³⁷²⁾. A Linea e os subdistribuidores que estava autorizada a fornecer apenas podiam vender a clientes acordados com a Nintendo, os quais, por seu turno, apenas podiam revender os produtos a consumidores finais.

⁽³⁶⁶⁾ «Unfortunately we are sure that some retailers will not resist to this opportunity of making additional margin on N 64 [and asked NOE for help as] We hope Nintendo can find a solution for this situation, in the very near future» [língua original], página 1601.

⁽³⁶⁷⁾ Página 200.

⁽³⁶⁸⁾ Página 196.

⁽³⁶⁹⁾ Página 200.

⁽³⁷⁰⁾ «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» [língua original], página 199.

⁽³⁷¹⁾ «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» [língua original], páginas 200, 201 e 202.

⁽³⁷²⁾ Páginas 240 e 201.

⁽³⁵⁹⁾ Página 244.

⁽³⁶⁰⁾ Página 136. Carta da Concentra de 17 de Setembro de 2002.

⁽³⁶¹⁾ Página 241.

⁽³⁶²⁾ Páginas 243, 244 e 245.

⁽³⁶³⁾ «[...] an important market share of parallel products (around [...] * %) coming mainly from European Community Countries [...]» [língua original], página 1746.

⁽³⁶⁴⁾ Página 1386.

⁽³⁶⁵⁾ Página 1428.

(216) A Linea alegou⁽³⁷³⁾ que, na realidade, nunca tomou medidas para impedir o comércio paralelo a partir de Itália porque, visto tratar-se de um território de elevados preços, a procura de exportações paralelas a partir de Itália era diminuta, se não mesmo inexistente.

1.14.2. Linea — Importações paralelas em Itália

(217) A Linea apresentou à NOE e, ocasionalmente, à THE, informações sobre a incidência e origem das importações paralelas no seu território, na esperança de que o destinatário solucionasse este problema que estava na origem de cancelamentos de encomendas e deteriorava a imagem da empresa junto dos clientes⁽³⁷⁴⁾.

(218) Em especial, em 8 de Julho de 1996, escreveu à NOE, NB, NE e THE, informando-as da evolução da situação relativa a um importador paralelo italiano. Concretamente,

«Temos provas de que [...]*, um bem conhecido importador paralelo de produtos Nintendo em Itália, obteve os seus produtos nas seguintes fontes/países:

1. Alemanha

[...]* [...]

2. Reino Unido

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

[...]* [...]

3. Bélgica

[...]* [...]

4. Espanha

[...]* [...]

[...]* [...]

Contamos com uma acção imediata da vossa parte no sentido de pôr termo a esta situação, a qual impede consideravelmente a expansão regular das nossas actividades. Esperamos sinceramente que adopte o mais rapidamente possível as medidas necessárias para pôr termo a esta situação»⁽³⁷⁵⁾ (sic).

(219) Na sua resposta de 10 de Julho de 1996, a THE assegurou à Linea que ela própria nunca tinha tido quaisquer contactos com esta empresa «mas, se me puder dar mais pormenores, tentarei identificar a sua origem, para verificar se fornecemos operadores controvertidos que possam também ter relações comerciais com a [...]»⁽³⁷⁶⁾. Segundo a Linea, não prestou à THE ou a qualquer outra parte outras informações que permitissem identificar a origem das exportações⁽³⁷⁷⁾. Em Dezembro de 1996 verificou-se uma situação semelhante⁽³⁷⁸⁾.

(220) Foi também com base nas informações recebidas da Linea relativas à exportação de consolas N 64 e respectivos jogos a partir do Reino Unido que, em 7 de Novembro de 1997, a NOE deu à Linea instruções no sentido de intervir (ver considerando 156).

(221) A Linea admite que, deste modo, tentou manter a Itália ao abrigo de importações paralelas, mas alega que estas tentativas foram infrutíferas visto que, não obstante, continuaram a entrar no mercado italiano produtos provenientes deste tipo de comércio⁽³⁷⁹⁾.

1.15. Situação na Dinamarca, Noruega, Suécia, Finlândia e Islândia

1.15.1. Bergsala — Exportações paralelas

(222) A Bergsala era o distribuidor exclusivo da Nintendo para a Suécia desde 1981 e para a Dinamarca, Noruega, Finlândia e Islândia desde 1986⁽³⁸⁰⁾. Até Maio de 1997, não existiu qualquer acordo escrito entre a Bergsala e a Nintendo⁽³⁸¹⁾. Para a distribuição dos produtos no seu território, a Bergsala recorreu a uma filial na Finlândia, a Bergsala Fun Oy, e a subdistribuidores independentes na Dinamarca e na Noruega. Tratava-se da Electronic Fun I/S e da Unsaco AS⁽³⁸²⁾, respectivamente.

⁽³⁷⁵⁾ «We got proves that [...]*, one of the well known parallel importers of Nintendo in Italy, sourced products from the following suppliers/countries: 1. Germany — [...]* [...] 2. UK — [...]* [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] [...] 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» [língua original], página 1201.

⁽³⁷⁶⁾ «(...) 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 [...]» [língua original], página 1471.

⁽³⁷⁷⁾ Ver resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 4.1.

⁽³⁷⁸⁾ Página 1505.

⁽³⁷⁹⁾ Ver resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 4.2.

⁽³⁸⁰⁾ Ver resposta da Bergsala à comunicação de objecções.

⁽³⁸¹⁾ Página 2300.

⁽³⁸²⁾ Ver resposta da Bergsala à comunicação de objecções.

⁽³⁷³⁾ Ver resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 4.1.

⁽³⁷⁴⁾ Páginas 1201 (de 8 de Julho de 1996), 1326-1333 (de 1 de Abril de 1996), 1420-1422 (de 29 de Maio de 1996), 1471 (de 10 de Julho de 1996), 1505 (de 3 de Dezembro de 1996), 1578 (de 3 de Novembro de 1997), 1579-80, (de 3 de Novembro de 1997) 1582 (de 6 de Novembro de 1997) e 1592 (de 7 de Novembro de 1997).

(223) A Bergsala cooperou também com a Nintendo no sentido de controlar o comércio paralelo. Numa carta de 25 de Janeiro de 1996, a NCL declarou à Bergsala: «Recebemos uma carta da nossa filial em Espanha, queixando-se de ter encontrado Killer Instinct (SNES) e Yoshi's Island (SNES) originários do vosso território. Pensam que estes produtos estão a ser importados e vendidos pela [...]»⁽³⁸³⁾. Ser-vos-á possível confirmar esta situação? Queiram comunicar-nos as vossas observações sobre este assunto»⁽³⁸⁴⁾. Na sua resposta de 25 de Janeiro de 1996, a Bergsala negou ter tido quaisquer relações comerciais com a [...]»⁽³⁸⁵⁾.

(224) Numa carta ao [...]» da NOE, de 30 de Abril de 1997, intitulada «Exportações paralelas de *hardware* N 64 da Escandinávia para a Grécia», a Bergsala tranquilizou a NOE: «Contactei os nossos agentes em todos os países e todos podem jurar que nada venderam para a Grécia ou para fora do território. [...] Obviamente, respondo pela Bergsala na Suécia. Se obtiver mais informações, por exemplo, relativas aos envios, queira comunicar-me tal facto e eu evidentemente cooperarei integralmente convosco no sentido de limpar a Europa de produtos paralelos»⁽³⁸⁶⁾. Desta citação pode inferir-se claramente que a Bergsala se empenhou pessoalmente em impedir as exportações não só da Suécia, a parte do seu território na qual era directamente responsável pela distribuição dos produtos, como também de outros países do seu território. Contudo, não existem elementos de provas directa que permitam determinar se a Bergsala impediu efectivamente as exportações paralelas da Suécia ou se as impediu, directa ou indirectamente, através de instruções aos seus subdistribuidores de outros países do seu território.

1.15.2. Bergsala — Importações paralelas

(225) Em resultado directo de uma queixa da Bergsala à NOA de que as importações paralelas ameaçavam o seu mercado e as suas relações com os retalhistas, em Maio de 1995 esta última deu à NUK instruções no sentido de investigar se ela própria ou clientes seus tinham fornecido a [...]», a qual, por seu turno, teria fornecido clientes da Bergsala na Suécia⁽³⁸⁷⁾.

⁽³⁸³⁾ «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 [...]» [língua original], página 1126. A [...]» é um operador paralelo estabelecido na Suécia.

⁽³⁸⁴⁾ «Is it possible for you to control this situation? Please let us have your comments about this matter» [língua original], página 1264. Esta carta foi dirigida pela NE à NOE, que, subsequentemente, a enviou à NCL (p. 1266).

⁽³⁸⁵⁾ Página 1265.

⁽³⁸⁶⁾ «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» [língua original], página 1518.

⁽³⁸⁷⁾ Página 1676.

(226) Posteriormente, entre Janeiro de 1996 e Novembro de 1997, a Bergsala⁽³⁸⁸⁾ e os seus subdistribuidores independentes, Unsaco AS⁽³⁸⁹⁾ e Electronic Fun I/S⁽³⁹⁰⁾, respectivamente, apresentaram à NOE informações sobre a incidência e origem do comércio paralelo no território da Bergsala, ou seja, Suécia, Dinamarca, Noruega, Finlândia e Islândia.

(227) A Bergsala transmitiu estas informações na esperança de que a NOE tomasse as medidas adequadas para impedir as importações paralelas no seu território. Por exemplo, numa carta de 8 de Outubro de 1996, a Bergsala escreveu à NOE: «Defrontamos um problema com as importações cinzentas de Inglaterra! A empresa é a [...]» e enviar-lhe-ei por fax o faz desta empresa. Podemos fazer alguma coisa para resolvermos este problema?» (sic)⁽³⁹¹⁾.

1.16. O papel de liderança da Nintendo

(228) O grupo Nintendo (composto pela NCL e suas filiais a 100 % NOE, NOA, NF, NE, NN e, até dada altura, a NB e a NUK — considerando 2) coordenou e executou a estratégia de controlo do comércio paralelo; os seus membros são referidos individualmente apenas para efeitos da descrição dos factos.

(229) Tratando-se do fabricante dos produtos, bem como do seu distribuidor em França, Países Baixos, Alemanha, Espanha, até Agosto de 1995, no Reino Unido, até Abril de 1997, na Bélgica e no Luxemburgo, o grupo encontrava-se numa posição privilegiada. Podia controlar efectivamente a existência de comércio paralelo, executar as medidas necessárias para o impedir e beneficiar directamente da sua aplicação.

1.16.1. Controlo

1.16.1.1. Métodos utilizados para controlar o comércio paralelo

(230) A Nintendo aplica uma série de procedimentos para controlar o comércio paralelo no âmbito do grupo Nintendo.

⁽³⁸⁸⁾ Páginas 1264 (de 25 de Janeiro de 1996), 1266 (de 25 de Janeiro de 1996), 1423 (de 30 de Maio de 1996), 1497 (de 8 de Outubro de 1996), 1517-18 (de 30 de Abril de 1997), 1574 (de 27 de Outubro de 1997), 1576 (de 28 de Outubro de 1997) e 1795 (de 17 de Novembro de 1997).

⁽³⁸⁹⁾ Páginas 1567 (de 24 de Outubro de 1997), 1583 (de 6 de Novembro de 1997), 1597 (de 17 de Novembro de 1997) e 1603 (de 28 de Novembro de 1997).

⁽³⁹⁰⁾ Página 1576 (de 28 de Outubro de 1997).

⁽³⁹¹⁾ «We are facing a problem whit gray import from England! The company is [...]» and I'll fax there fax to you to. Is there anything we can do to prevent this problem?» [língua original], página 1497.

(231) Estas medidas incluíam métodos estatísticos. Estes métodos assentavam no princípio de que se um comerciante só revendesse produtos a consumidores finais, o conjunto de produtos por ele adquirido devia corresponder a determinados rácios. Na maior parte das vezes, não existia um incentivo ao comércio paralelo relativamente a toda a gama de produtos Nintendo. Um vendedor que revenda produtos a um operador paralelo ou importe ele próprio produtos nos circuitos paralelos pode ser identificado, uma vez que o rácio de produtos adquiridos pelo revendedor comparado com o de outros revendedores seria diferente. Um dos rácios sistematicamente controlado era o rácio das vendas consolas/jogos, referido na correspondência relevante como «rácio *hardware/software*».

(232) O plano global proposto pela NOE e discutido com a NOA no início de 1995⁽³⁹²⁾ previa já o controlo das aquisições dos clientes com vista a identificar os operadores paralelos (considerandos 105 e 106). A título de exemplo dos instrumentos utilizados para implementar este controlo, podem referir-se:

— a NE adoptou procedimentos administrativos⁽³⁹³⁾ para identificar, com base na estrutura das suas aquisições, eventuais operadores suspeitos de participar nos circuitos paralelos,

— em 1997, a NOE deu instruções à NE no sentido de reforçar os seus controlos⁽³⁹⁴⁾, aumentando o recurso aos rácios *hardware/software*,

— a própria NOE utilizou estes procedimentos para identificar potenciais operadores paralelos no seu território. A NOE controlou o volume de aquisições dos seus clientes e, caso deparasse com uma encomenda fora do normal, congelaria imediatamente o respectivo envio⁽³⁹⁵⁾,

— a NN recorreu também a métodos estatísticos em diversas ocasiões entre 1992 e 1995 para identificar os clientes seus que vendiam produtos à Omega⁽³⁹⁶⁾,

— a NF recorreu também à análise do rácio consolas/cartuchos para identificar importadores paralelos no seu próprio território, por forma a poder tomar medidas contra os mesmos, como se infere de um seu memorando de 13 de Outubro de 1997⁽³⁹⁷⁾.

(233) A Nintendo usou também métodos estatísticos semelhantes para determinar se os distribuidores independentes ou respectivos clientes também exportavam produtos através dos circuitos paralelos. Na realidade, a

NF solicitou à NOE que analisasse os rácios de aquisições da Contact de determinados cartuchos de jogos para verificar se esta empresa ou um dos seus clientes exportava de produtos da Bélgica para França⁽³⁹⁸⁾. A NOE utilizou também estes métodos para controlar outras filiais Nintendo, como se verifica pelo exemplo da NE (ver considerando 175).

(234) Para além destes métodos estatísticos, a Nintendo recolheu também, sistematicamente e por sua iniciativa, informações relativas a importações paralelas junto de todas as filiais e distribuidores independentes no EEE em diversas ocasiões. Por exemplo:

— em 1 de Abril de 1996, a NOE enviou um questionário a todos os distribuidores e filiais da Nintendo estabelecidos no EEE. O questionário referia-se ao «[...] nosso esforço para melhorar a coordenação das actividades da Nintendo»⁽³⁹⁹⁾ e incidia sobre o comércio paralelo e sobre os preços. As informações recebidas permitiram à NOE acusar a THE de não controlar as exportações paralelas efectuadas pelos seus clientes, o que punha em risco os esforços da THE de expansão dos direitos de exportação para toda a África (considerandos 124-126),

— em 29 de Maio de 1996⁽⁴⁰⁰⁾, a NOE enviou de novo um questionário exaustivo a todas as filiais e distribuidores independentes do EEE «para análise pelos quadros superiores»⁽⁴⁰¹⁾, solicitando informações relativas ao comércio paralelo nos respectivos territórios. Foi com base nas respostas a este questionário que a NOE concluiu que a THE tinha tomado medidas adequadas relativamente aos seus clientes exportadores (considerandos 140-141);

Além disso,

— no início de 1995, a NOA discutiu o problema das exportações paralelas a partir do Reino Unido com os seus distribuidores europeus antes de dar instruções à NUK⁽⁴⁰²⁾ (considerando 107),

— durante o boicote da THE, a NOA efectuou um estudo junto dos seus distribuidores na Europa para verificar se a THE tinha tomado medidas efectivas para pôr termo ao comércio paralelo a partir do Reino Unido (considerando 122). A NOA não estava disposta a levantar o boicote à THE antes de os resultados deste estudo serem conhecidos⁽⁴⁰³⁾,

⁽³⁹²⁾ Páginas 1009-1012.

⁽³⁹³⁾ Páginas 1028 e 1251.

⁽³⁹⁴⁾ Página 1161.

⁽³⁹⁵⁾ Páginas 1001 e 1002.

⁽³⁹⁶⁾ Página 632.

⁽³⁹⁷⁾ «Algumas lojas devem estar a importar, atendendo aos seus rácios. Lembrem-lhes que se assim for os acordos de cooperação serão denunciados», página 1544. Desta carta infere-se claramente que a NF se referia ao rácio vendas de consolas de jogos/cartuchos de jogos.

⁽³⁹⁸⁾ Páginas 1229 e 1566.

⁽³⁹⁹⁾ «[...] our effort to improve coordination of Nintendo's business» [língua original], páginas 1296 a 1302.

⁽⁴⁰⁰⁾ Páginas 1431 a 1434 e 1152 a 1154.

⁽⁴⁰¹⁾ «for top management review» [língua original], página 1431.

⁽⁴⁰²⁾ Página 1676.

⁽⁴⁰³⁾ Página 1750.

— no final de 1997, aquando do recrudescimento do comércio paralelo, do qual vários distribuidores se queixaram, muitos deles apresentaram elementos de prova, também a pedido da NOE, de que produtos importados nos seus territórios através dos circuitos paralelos eram provenientes do Reino Unido⁽⁴⁰⁴⁾ (considerandos 155-157).

(235) Em inúmeras outras ocasiões, as filiais e distribuidores independentes da Nintendo transmitiram espontaneamente à NOE informações sobre importações paralelas nos seus territórios. Muito embora ocasionalmente estas informações também fossem enviadas à NOA e à NCL, as outras filiais e distribuidores independentes consideravam que a NOE era a entidade responsável pela coordenação dos esforços destinados a impedir o comércio paralelo dos produtos. Esta situação é ilustrada pelo facto de a grande maioria da correspondência acima descrita entre a NOE, outras filiais da Nintendo e distribuidores independentes relativa ao comércio paralelo não referir as exportações, ou as importações da Alemanha, incidindo, na realidade, sobre o comércio paralelo de e para outros territórios.

(236) A NCL estava bem informada sobre os aspectos práticos do sistema destinado a impedir o comércio paralelo. Em Janeiro de 1996, a NOE, em resposta a uma queixa da NE relativa a importações paralelas em Espanha provenientes da Escandinávia, transmitiu esta queixa à NCL que, por seu turno, verificou que a Bergsala não era responsável por essas importações (considerando 223).

1.16.2. Execução

(237) Este papel de coordenação da Nintendo não se limitou à recolha de informações relativas ao comércio paralelo, tendo também abrangido a execução de medidas destinadas a pôr termo a quaisquer casos detectados. É oportuno recordar que:

— em Maio de 1995, a NOA interveio, em especial em nome da Bergsala, no sentido de pôr termo, na

Suécia, ao comércio paralelo a partir do Reino Unido (considerando 107)⁽⁴⁰⁵⁾,

— em Junho de 1996, a THE apelou à NOE para pôr termo a importações paralelas no seu território (considerando 160)⁽⁴⁰⁶⁾,

— foi a NOE que, em Novembro/Dezembro de 1996, deu instruções à NN no sentido de efectuar compras de amostragem para identificar a origem dos produtos objecto de importações paralelas nos Países Baixos (considerandos 147-148),

— em resultado de uma queixa da NOE⁽⁴⁰⁷⁾, a THE introduziu um sistema de marcação que permitia identificar o(s) exportador(es) paralelos activos entre Novembro de 1996 e Março de 1997 (considerandos 149-151),

— a NOE agiu em nome da NF, tendo dado instruções à NE no sentido de controlar os seus clientes que vendiam produtos em França (considerandos 177-178, 187),

— após ter recebido informações da NF, a NOE inquiriu a Contact sobre possíveis exportações da Bélgica para França (considerandos 187, 195),

— quando as importações paralelas reapareceram, no final de 1997, a NOE instou a THE a tomar «medidas», com base nas informações recebidas pela NOE relativamente à situação em Itália (considerando 156),

— em Setembro de 1997, a NOE debateu com a NF a situação relativa ao comércio paralelo da França para a Bélgica, na sequência de uma queixa da Contact (considerando 197),

— a NOE deu à THE instruções em matéria de exportações paralelas para a Grécia em Novembro de 1997 (considerando 209)⁽⁴⁰⁸⁾.

⁽⁴⁰⁴⁾ Em 3 de Novembro de 1997, a NOE interrogou a Linea (página 1578): «[...] Será possível investigar o importador em Itália e o exportador no Reino Unido destes produtos?» Numa carta datada de três dias depois (página 1582), referia-se: «necessitamos que nos indique: A. nomes e endereços dos principais "importadores cinzentos" no passado, B. Idem para empresas que podem estar a oferecer N 64 provenientes do Reino Unido, C. Quantidades, preços e datas de entregas de ofertas no mercado imediatas ou previstas, D. Qualquer indicação relativa às fontes seria evidentemente perfeita». O fax de 6 de Novembro de 1997 da [...] à NOE (página 1583) referia: «Como prometido, envio todas as informações que possuo relativamente às importações paralelas do Reino Unido». Uma carta da NORTEC à NOE de 20 de Novembro de 1997 (página 1600) refere nomeadamente: «Como prometi ao [...]*, envio-lhe por correio hoje mesmo todas as provas que possuímos relativamente a vários exportadores de hardware N 64 [...]». A Nortec enviou também informações pormenorizadas sobre a origem do comércio paralelo no seu território em carta de 7 de Novembro de 1997, páginas 1587 e 1592 e em carta de 17 de Novembro de 1997, página 1596.

⁽⁴⁰⁵⁾ Página 1676.

⁽⁴⁰⁶⁾ Página 1444.

⁽⁴⁰⁷⁾ Página 1218.

⁽⁴⁰⁸⁾ Para apreender o papel da NOE, podem também ser relevantes as seguintes páginas: 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, 1556.

1.16.3. *Observância*

(238) Se a NOE concluiu que eram necessárias medidas para assegurar uma observância (continuada), não tomava essas mesmas medidas de forma independente, devendo contactar outras empresas Nintendo, em especial, a NOA e a NCL. Na realidade,

— embora a NOE tenha concebido, em Abril/Maio de 1995, um plano global relativo ao comércio paralelo, debateu este plano em pelo menos três ocasiões com o [...]*, ao qual solicitou as instruções necessárias à sua implementação. [...]* NOA e [...]* NCL [...]*. Seguidamente, a NOE transmitiu à NUK instruções no âmbito deste plano (considerandos 105 e 106),

— no início de 1996, aquando dos conflitos entre a Nintendo e a THE, a NOE foi a principal crítica do comportamento comercial da THE. Contudo, foi o [...]* quem, subsequentemente, assegurou a observância, lançando o boicote à THE (considerando 119) ⁽⁴⁰⁹⁾,

— foi a NCL que avaliou o impacto do anúncio da THE no CTW ⁽⁴¹⁰⁾. [...]* participou pessoalmente na reunião de 20 de Março de 1996 entre a THE e a Nintendo, que possibilitou a resolução do seu diferendo (considerando 122). A [...]* NCL deu as instruções que levantaram o boicote à THE apenas depois de [...]* assim ter decidido, na sequência de um encontro com a THE ⁽⁴¹¹⁾.

2. APRECIACÃO JURÍDICA

2.1. *Jurisdição*

(239) Os acordos e práticas concertadas expostos foram aplicados em todos os Estados-Membros, bem como na Noruega e Islândia, países nos quais a Bergsala era o distribuidor exclusivo independente.

(240) Na medida em que estas práticas afectaram a concorrência e o comércio entre Estados-Membros da Comunidade, é aplicável o artigo 81.º do Tratado. No que se refere aos efeitos sobre a concorrência na Noruega e na Islândia e aos efeitos sobre o comércio entre a Comunidade e esses países, bem como entre esses dois países, é aplicável o artigo 53.º do Acordo EEE.

(241) A política de distribuição da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, como manifestada pelas práticas em que participaram estas empresas, distribuidores independentes, grossistas e retalhistas dos

produtos, teve repercussões consideráveis sobre a concorrência e sobre o comércio entre os Estados-Membros. Por conseguinte, em conformidade com o n.º 1, alínea c) do artigo 56.º do Acordo EEE, a Comissão Europeia é competente, no presente caso, para aplicar tanto o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado como o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

2.2. **Aplicação do artigo 81.º do Tratado e do artigo 53.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (Acordo EEE)**2.2.1. *N.º 1 do artigo 81.º do Tratado e n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE*

(242) Nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, são proibidos todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros ou entre partes contratantes e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, respectivamente, no mercado comum ou no território abrangido pelo Acordo EEE.

2.2.2. *Empresas*

(243) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ⁽⁴¹²⁾ aplica-se a acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas entre empresas. A expressão «empresa» não se encontra definida no Tratado. O Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias considerou que «o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE dirige-se a entidades económicas constituídas cada uma por uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e incorpóreos que prossegue, de forma duradoura, um objectivo económico determinado, organização esta que pode concorrer para a prática de uma das infracções previstas nesta disposição» ⁽⁴¹³⁾.

(244) Para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, podem ser identificadas no presente caso as seguintes empresas na acepção desta disposição:

— Nintendo Corporation Ltd, Nintendo of Europe GmbH, Nintendo of America Inc, Nintendo Netherlands BV (presentemente, Nintendo Benelux BV), Nintendo France SARL, Nintendo España SA, Nintendo Belgium SPRL e Nintendo UK Ltd,

⁽⁴⁰⁹⁾ Página 1275.

⁽⁴¹⁰⁾ Página 1750.

⁽⁴¹¹⁾ Página 1760.

⁽⁴¹²⁾ No intuito de evitar repetições desnecessárias, as referências ao artigo 81.º do Tratado CE referem-se igualmente ao artigo 53.º do Acordo EEE.

⁽⁴¹³⁾ Processo T-352/94 *Mo Och Domsjö AB/Comissão* (Col. 1998, p. II-1989, ponto 87).

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

Os clientes destas empresas, os retalhistas e os grossistas são também empresas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado.

- (245) Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ⁽⁴¹⁴⁾, o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado não se aplica a relações dentro de uma única unidade económica ou empresa, como, por exemplo, às relações que existem entre uma empresa-mãe e suas filiais dependentes. No caso em presença, o n.º 1 do artigo 81.º não se aplica às relações entre a Nintendo Corporation Ltd, a empresa-mãe, e as suas filiais a 100 % (Nintendo Espanha SA, Nintendo Netherlands BV, Nintendo France SARL, Nintendo of Europe GmbH, Nintendo of America Inc e, a dada altura, a Nintendo UK Ltd (considerando 103) e a Nintendo Belgium SPRL (considerando 190). O mesmo se aplica às relações entre a CD-Contact Data GmbH e a Contact Data Belgium NV, às relações entre a Itochu Corporation e a sua (em última análise) filial a 100 % Itochu Hellas EPE e às relações entre a John Menzies plc e a sua filial a 100 % THE Games Ltd.

2.2.3. Acordos e/ou práticas concertadas

- (246) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado proíbe os acordos, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas.
- (247) Existe um acordo quando os interessados directos aderem a um plano comum que limita ou é susceptível de limitar o seu comportamento comercial individual, determinando as orientações das suas acções mútuas ou a abstenção de acção no mercado. O acordo não tem necessariamente de assumir forma escrita, não sendo também necessárias formalidades especiais, nem exigidas quaisquer sanções contratuais ou medidas de execução. O acordo pode existir de forma expressa ou implícita no comportamento das partes.
- (248) Resulta igualmente de jurisprudência constante que, «para que haja acordo, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se

comportarem no mercado de uma forma determinada ⁽⁴¹⁵⁾».

- (249) Em conformidade com a jurisprudência estabelecida, uma decisão por parte de uma empresa que constitua uma conduta unilateral, não é abrangida pela proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ⁽⁴¹⁶⁾.
- (250) Todavia, o Tribunal de Justiça deixou bem claro que, em determinadas circunstâncias, medidas adoptadas ou impostas de uma forma aparentemente unilateral por um produtor no contexto das suas relações continuadas com os seus distribuidores podem ser consideradas um acordo na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ⁽⁴¹⁷⁾.
- (251) A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância precisou ainda, no ponto 71 do processo Adalat, que «há que distinguir as hipóteses em que uma empresa adoptou uma medida verdadeiramente unilateral e portanto sem a participação expressa ou tácita de uma outra empresa, daquelas em que o carácter unilateral é unicamente aparente. Se as primeiras não são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE, do Tratado, as segundas devem ser vistas como revelando um acordo entre empresas e podem cair, deste modo, no âmbito de aplicação desse artigo. Tal é o caso, nomeadamente, das práticas e medidas restritivas da concorrência que, adoptadas aparentemente de modo unilateral pelo fabricante no quadro das suas relações contratuais com os seus revendedores, recebem todavia a aquiescência, pelo menos tácita, destes últimos».
- (252) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ⁽⁴¹⁸⁾ «estabelece uma distinção entre o conceito de práticas concertadas e o de acordos entre empresas ou “decisões de associações de empresas”; pretende-se assim abranger por esta proibição qualquer forma de coordenação acordada entre empresas que, sem ter atingido a fase de um acordo propriamente, conscientemente, se substitui a uma cooperação prática entre essas empresas pondo em risco a concorrência.» ⁽⁴¹⁹⁾.

⁽⁴¹⁵⁾ Processo 41/69 ACF Chemiefarma/Comissão, Col. 1970, p. 661, ponto 112 e processos apensos 209/78 a 215/78 e 218/78 Van Landewyck e outros/Comissão, Col. 1980, p. 3125, ponto 86 e acórdãos do Tribunal de Primeira Instância nos processos T-7/89 Hercules Chemicals/Comissão, Col. 1991, p. II-1711, ponto 256 e T-41/96, Bayer AG/Comissão (Adalat), ponto 67.

⁽⁴¹⁶⁾ Processo 107/82 AEG/Comissão, Col. 1983, p. 3151, ponto 38; processos apensos 25/84 e 26/84 Ford e Ford Europe/Comissão Col. 1985, p. 2725, ponto 21; processo T-43/92 Dunlop Slazenger/Comissão, Col. 1994, p. II-441, ponto 56.

⁽⁴¹⁷⁾ Processos apensos 32/78, 36/78 a 82/78 BMW Belgium e outros/Comissão, Col. 1979, p. 2435, pontos 28 a 30; AEG, ponto 38; Ford e Ford Europe, ponto 21; processo 75/84 Metro/Comissão («Metro II»), Col. 1986, p. 3021, pontos 72 e 73; processo C-277/87 Sandoz/Comissão, Col. 1990, p. I-45, pontos 7 a 12; processo C-70/93 BMW/ALD, Col. 1995, p. I-3439, pontos 16 e 17; processo Adalat, ponto 72.

⁽⁴¹⁸⁾ A jurisprudência do Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância relativamente à interpretação do artigo 81.º do Tratado CE aplica-se também ao artigo 53.º do Acordo EEE. Desta forma, qualquer referência ao artigo 81.º é também aplicável ao artigo 53.º do Acordo EEE.

⁽⁴¹⁹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça no processo 48/69, Imperial Chemical Industries/Comissão (ICI), Col. 1972, p. 619, ponto 64.

⁽⁴¹⁴⁾ Ver Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo Viho/Comissão, C-73/95 P, Col. 1996, p. I-5457.

- (253) Os critérios de coordenação e cooperação estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, longe de exigirem a elaboração de um plano efectivo, devem ser compreendidos à luz do conceito subjacente às disposições do Tratado em matéria de concorrência, de acordo com o qual cada operador económico deve determinar de forma independente a política comercial que tenciona seguir no mercado comum. Embora esta exigência de independência não prive as empresas do direito de se adaptarem elas próprias de forma inteligente ao comportamento real ou previsível dos seus concorrentes, proíbe rigorosamente qualquer contacto directo ou indirecto entre esses operadores, cujo objecto ou efeito seja influenciar o comportamento no mercado de um concorrente real ou potencial ou revelar a esse concorrente o comportamento que eles próprios decidiram, ou tencionam, adoptar no mercado ⁽⁴²⁰⁾.
- (254) Por conseguinte, este comportamento pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º do Tratado enquanto «prática concertada» mesmo nos casos em que os interessados directos não subscrevam explicitamente um plano comum definindo a sua acção no mercado mas em que, deliberadamente, adoptam ou aderem a mecanismos colusórios que facilitam a coordenação do seu comportamento comercial ⁽⁴²¹⁾.
- (255) Embora, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, o conceito de prática concertada exija não só a concertação mas também o comportamento no mercado resultante da concertação e uma relação causal entre si, pode presumir-se, até prova em contrário, que as empresas que participam nessa concertação e que permanecem activas no mercado tomarão em consideração as informações trocadas com os concorrentes para determinar o seu próprio comportamento no mercado, em especial se a concertação tiver carácter regular e ocorrer durante um longo período de tempo ⁽⁴²²⁾.
- (256) Não é necessário, em especial no caso de uma infracção complexa de longa duração, que a Comissão caracterize essa infracção exclusivamente como uma ou outra destas formas de comportamento ilegal. Os conceitos de acordo e prática concertada são fluidos e podem sobrepor-se frequentemente. Na realidade, pode mesmo não ser realisticamente possível efectuar tal distinção, uma vez que a infracção pode apresentar simultaneamente as características de cada tipo de comportamento proibido, enquanto, considerada isoladamente, algumas das suas manifestações podem ser caracterizadas com precisão numa ou noutra forma. Na realidade, seria artificial subdividir analiticamente o que se trata claramente de um empreendimento comum continuado, com um mesmo e único objectivo em várias formas discretas de infracção. Um empreendimento comum deste tipo pode, por conseguinte, ser simultaneamente um acordo e uma prática concertada ⁽⁴²³⁾.
- (257) No ponto 696 do processo *Limburgse Vinyl Maatschappij*, o Tribunal de Primeira Instância declarou que «[no] contexto de uma infracção complexa que implique vários produtores procurando, entre si, regular o mercado durante uma série de anos, não se pode esperar que a Comissão classifique a infracção com precisão relativamente a cada empresa e a cada altura, visto que, de qualquer modo, ambas estas formas de infracção se encontram abrangidas pelo artigo [81.º] do Tratado».
- (258) Tal como o Tribunal de Justiça confirmando o acórdão do Tribunal de Primeira Instância salientou no Acórdão proferido no processo *C-49/92, Comissão/Anic* ⁽⁴²⁴⁾, decorre da própria formulação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que um acordo pode consistir não apenas num acto isolado mas também numa série de actos ou num tipo de comportamento.
- (259) Um acordo complexo pode, por conseguinte, ser correctamente considerado uma única infracção continuada durante o período em que se verificou. O termo «acordo» pode ser justamente utilizado não apenas para designar um plano global ou as condições expressamente acordadas, mas também a execução do que foi acordado com base nos mesmos mecanismos e prosseguindo o mesmo objectivo comum. O acordo pode entretanto ter sido alterado ou os seus mecanismos adaptados ou reforçados por forma a tomar em consideração as novas evoluções.
- (260) Embora um acordo seja um empreendimento comum, cada participante no acordo pode desempenhar o seu papel específico. Um ou mais de entre eles podem exercer um papel dominante enquanto líderes. Conflitos e rivalidades internas, ou mesmo alguma batota, são possíveis. A precisão e o âmbito dos acordos podem variar com o tempo e entre os participantes, podendo progressivamente ser alargados por forma a abranger mais mercados ou os seus mecanismos adaptados ou reforçados. Todavia, tal facto não impedirá que esta actuação constitua um acordo/prática concertada para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, quando existe um único objectivo comum e continuado.

⁽⁴²⁰⁾ Processos apensos 40-48/73, etc. *Suiker Unie e outros/Comissão*, Col. 1975, p. 1663.

⁽⁴²¹⁾ Ver também acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 17 de Dezembro de 1991, no processo T-7/89 *Hercules Chemicals/Comissão*, Col. 1991, p. II-1711, ponto 256.

⁽⁴²²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça no processo *C-199/92 P, Hüls/Comissão*, Col. 1999, p. I-4287, pontos 158-166.

⁽⁴²³⁾ Ver acórdão *Hercules*, ponto 264.

⁽⁴²⁴⁾ Col. 1999, página I-4125, ponto 81.

2.2.4. Natureza da infracção denunciada no presente caso

(261) A infracção denunciada consistiu na combinação de acordos e práticas concertadas, tendo sido utilizados durante um período considerável de tempo diferentes meios para atingir o objectivo comum de restringir o comércio paralelo. Conjuntamente, constituem uma única infracção contínua, que inclui as três categorias de acordos e/ou práticas concertadas expostas em seguida.

2.2.4.1. Os acordos e/ou práticas concertadas entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e seus distribuidores independentes

(262) Existiam acordos entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e a John Menzies plc (considerandos 109-111), Concentra — Produtos para Crianças, SA (considerando 211), Linea GIG SpA (considerando 215), Nortec AE (considerando 207), Bergsala AB (considerando 222), Itochu Corporation (considerando 204) e CD-Contact Data GmbH (considerando 194). Em razão dos acordos de distribuição com todos estes distribuidores, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH concedeu direitos de distribuição exclusiva nos territórios contratuais.

(263) Cada distribuidor exclusivo (filial da Nintendo ou distribuidor independente) devia impedir as exportações paralelas, quer directa, quer indirectamente através dos seus clientes, nos respectivos territórios.

(264) Inicialmente, estas restrições eram consagradas em acordos de distribuição formais. Os acordos de distribuição formais entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e a Concentra — Produtos para Crianças, SA (vigente entre Maio de 1991 e Fevereiro de 1997, considerando 210), entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e a Linea GIG SpA (vigente entre Outubro de 1992 e Fevereiro de 1997, considerando 215) e entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e a Itochu Corporation (vigente entre Maio de 1991 e Fevereiro de 1997, considerandos 204-205) restringiam expressamente a capacidade das partes e respectivos clientes de procederem a exportações paralelas dos produtos.

(265) Os dois acordos formais de distribuição entre a John Menzies plc e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, em vigor entre 4 de Agosto de 1995 e 1 de Janeiro de 1997, obrigavam a John Menzies plc a só fornecer retalhistas que revendessem os produtos aos consumidores finais. O comércio paralelo era severamente restringido em consequência, dado que os clientes da John Menzies plc foram proibidos de revender os

produtos a outros comerciantes, incluindo os estabelecidos fora do Reino Unido (considerandos 110, 114, 137, 139) ⁽⁴²⁵⁾.

(266) Ademais, embora os acordos formais de distribuição reconhecessem ostensivamente à John Menzies plc o direito de fornecer empresas fora do seu território (estabelecidas no EEE) em resposta a encomendas não procuradas para exportação (considerando 111), na prática a John Menzies plc não podia desenvolver actividades de venda passiva à exportação (considerandos 162-169).

(267) Na realidade, a infracção implicava também que os distribuidores não venderiam eles próprios produtos a empresas estrangeiras, nem mesmo nos casos em que as condições contratuais dos acordos formais entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e o distribuidor exclusivo previam esse direito.

(268) O controlo do comércio paralelo tornou-se uma prioridade para os interessados directos quando, no início de 1995, o comércio paralelo a partir do Reino Unido aumentou substancialmente. Em resposta, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH concebeu um plano pormenorizado de concretização da infracção, incluindo a aplicação activa das restrições ao comércio paralelo (considerandos 104-106). O plano concebido pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH não veio alterar o objectivo de restringir o comércio paralelo, limitando-se a prever uma aplicação mais rigorosa e o reforço das medidas restritivas do comércio paralelo já em vigor. Deste modo, dado que os acontecimentos registados em 1995 fazem parte da mesma infracção única e permanente, o argumento da Itochu Corporation ⁽⁴²⁶⁾ de que a infracção só teve início em 1995 não pode ser aceite.

(269) O plano pormenorizado concebido pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH para combater o comércio paralelo foi debatido com os seus distribuidores independentes (então existentes). A participação nestas discussões só pode ser estabelecida com certeza no caso da Bergsala AB que participou numa reunião realizada por volta de 15 de Maio de 1995. Na sequência desta reunião, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH deu à NUK, a sua filial do Reino Unido, instruções para cessar os fornecimentos a um operador paralelo (considerandos 105-107).

⁽⁴²⁵⁾ Neste sentido, o acordo da John Menzies plc era muito semelhante aos da Concentra, Itochu e Linea; comparar considerandos 109, 114, e 138 (John Menzies) com considerandos 204 e 205 (Itochu), 211 (Concentra) e considerando 215 (Linea).

⁽⁴²⁶⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 33.

- (270) A John Menzies plc e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH acordaram, em Abril de 1996, em alargar e intensificar a colaboração, no intuito de impedir futuras exportações paralelas a partir do Reino Unido. Esta colaboração complementava as disposições que restringiam as exportações paralelas já consagradas no acordo entre a John Menzies plc e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (considerando 265). Em consequência, o controlo do comércio paralelo foi reforçado para um nível considerável (considerandos 118, 121, 127-131 e 143).
- (271) O facto de impedir o comércio paralelo no território da John Menzies plc era parte integrante da relação entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e a John Menzies plc, tal como pode ser claramente demonstrado salientando as consequências da não observância dessas disposições. A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH não hesitou em usar o seu poder de pressão enquanto fornecedor sobre os seus distribuidores independentes para assegurar (continuadamente) a observância do plano, chegando mesmo, quando necessário, a congelar fornecimentos (considerandos 119-126).
- (272) Quando os acordos de distribuição formais de distribuição que impediam o comércio paralelo celebrados entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, por um lado, e a John Menzies plc, a Linea GIG SpA e a Concentra — Produtos para Crianças, SA, por outro, foram substituídos por acordos formais de distribuição diferentes, estes não continham restrições ao comércio paralelo (considerandos 109-110, 214-215, 210-211), a infracção manteve-se, não obstante, caracterizada pelo entendimento comum que os distribuidores exclusivos deviam impedir o comércio paralelo a partir dos seus territórios. A sua prática no mercado não se alterou e a colaboração prática e a troca de informações com vista à restrição das exportações paralelas prosseguiu inalterada. Na realidade, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴²⁷⁾, a John Menzies plc⁽⁴²⁸⁾, a Bergsala AB⁽⁴²⁹⁾, a Concentra Produtos para Crianças, SA⁽⁴³⁰⁾ e a Linea GIG SpA⁽⁴³¹⁾ [isto é, todos os interessados directos relativamente aos quais a presente reflexão é relevante⁽⁴³²⁾] admitiram todas que a sua participação na infracção durou até ao final de Dezembro 1997 e, por conseguinte, reconheceram que prosseguiram a infracção mesmo depois de caducados os acordos de distribuição formais restritivos das exportações paralelas por eles subscritos.
- (273) Quando a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH elaborou o plano pormenorizado para combater o comércio paralelo, foi igualmente desenvolvido um sistema de colaboração prática e de troca de informações relativas ao comércio paralelo, no qual participaram a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, a John Menzies plc, a Concentra — Produtos para Crianças, SA, a Linea GIG SpA, a Bergsala AB e a Itochu Corporation e, posteriormente, a Nortec AE e a CD-Contact Data GmbH. Este sistema complementava as disposições já existentes em acordos formais de distribuição e que restringiam o comércio paralelo (considerandos 264-265). O sistema complementar de colaboração e troca de informações estava plenamente operacional quando a Nintendo of Europe GmbH efectuou a sua primeira investigação sistemática através de um questionário, em 1 de Abril de 1996, sobre a incidência do comércio paralelo no EEE (considerando 232).
- (274) A troca de informações e a colaboração prática implicavam que, caso os territórios fossem afectados por importações paralelas, o distribuidor do território em causa deveria informar desse facto a Nintendo (ou, ocasionalmente, o distribuidor do território de origem directamente). A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH transmitiria esta informação ao distribuidor do suposto território de origem das importações paralelas o qual, por seu turno, investigaria se um dos seus clientes se encontrava na origem dessas exportações paralelas. Frequentemente, as informações necessárias eram recolhidas através de uma estreita colaboração entre os distribuidores, que recorriam a diversos métodos, como aquisições de amostragem, sistemas de marcação específicos, métodos estatísticos, questionários especiais e estudos junto dos distribuidores.
- (275) O distribuidor que prestava a informação sobre a existência de importações paralelas podia e devia esperar que fossem tomadas medidas adequadas e que essas importações cessassem. Um distribuidor que verificasse que o seu território se encontrava na origem das exportações paralelas deveria tomar as medidas necessárias para as impedir. Para impedir as exportações paralelas foi utilizada uma série de medidas, como a proibição de exportação, a imposição das condições e modalidades gerais, acordos formais de distribuição, «cooperações» informais e bloqueios ou restrições dos fornecimentos ou ameaças nesse sentido.
- (276) Através deste sistema, os interessados colaboraram a nível da identificação das fontes de comércio paralelo e relataram esses incidentes à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ou directamente ao distribuidor do território em que supostamente o comércio paralelo tinha origem⁽⁴³³⁾.

⁽⁴²⁷⁾ Ver resposta da Nintendo à comunicação de objecções, ponto 6.2.

⁽⁴²⁸⁾ Ver resposta da John Menzies à comunicação de objecções, carta de acompanhamento, pontos 4 e 9.2.

⁽⁴²⁹⁾ Ver resposta da Bergsala à comunicação de objecções, ponto 1.3, em articulação com o ponto 358 da comunicação de objecções.

⁽⁴³⁰⁾ Ver resposta da Concentra à comunicação de objecções, ponto 3, em articulação com o ponto 358 da comunicação de objecções.

⁽⁴³¹⁾ Ver resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 2, em articulação com o ponto 358 da comunicação de objecções.

⁽⁴³²⁾ Esta consideração é irrelevante no caso da Itochu (visto ter deixado de ser distribuidor independente exclusivo da Nintendo quando o seu acordo de distribuição caducou) e nos da Nortec e Contact (visto que as suas participações na infracção tiveram início depois de Fevereiro de 1997, uma vez caducado o último acordo formal de distribuição restritivo do comércio paralelo).

⁽⁴³³⁾ Considerandos 107, 124, 127, 131, 140, 142, 143, 145 e 146, 147 a 150, 155 a 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) Esta colaboração prática e troca de informações facilitaram em grande medida a identificação das fontes do comércio paralelo, o que tornou o sistema comum num instrumento eficiente de restrição deste comércio. O facto de a colaboração prática e troca de informações servirem o objectivo de identificar o comércio paralelo e os operadores neste mercado pode ser claramente demonstrado se se tiver presente o papel desempenhado pelos estudos e questionários para verificar a observância por parte da John Menzies plc (considerandos 122, 124, 140, 234).
- (278) Os acordos formais de distribuição originais estabeleciam ainda um mecanismo que permitia à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH controlar a observância das disposições destinadas a restringir o comércio paralelo. Até Fevereiro de 1997, os acordos formais de distribuição entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e a Linea GIG SpA (considerando 215), a Itochu Corporation (considerandos 204-205) e a Concentra — Produtos para Crianças, SA (considerando 211) estipulavam que estes distribuidores tinham que acordar com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH uma lista de clientes nos respectivos territórios aos quais poderiam fornecer produtos. A Concentra — Produtos para Crianças, SA, a Linea GIG SpA e a Itochu Corporation estavam contratualmente obrigadas a apresentar regularmente à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH uma lista actualizada dos seus clientes. A John Menzies plc tinha também de apresentar regularmente essa lista à Nintendo até 31 de Dezembro de 1996 (considerandos 166-167). Mesmo que estas disposições contratuais não tenham sido aplicadas na prática, como alegado pela John Menzies plc (considerando 167) e pela Itochu Corporation⁽⁴³⁴⁾, mantém-se a conclusão de que participaram num acordo que tinha por objectivo restringir a concorrência. Além disso, para que um acordo/prática concertada exista não é necessário que tenha sido executado ou produzido efeitos⁽⁴³⁵⁾.
- (279) A colaboração prática e a troca de informações entre distribuidores com vista à identificação do comércio paralelo e dos operadores paralelos simplificaram ainda a verificação de que todos os participantes respeitavam o plano, isto é, tomavam medidas efectivas para restringir o comércio paralelo a partir dos seus territórios.
- (280) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH efectuou também estudos específicos e recorreu a métodos estatísticos para o mesmo efeito de controlo da observância das disposições em causa, incluindo a nível do próprio grupo Nintendo (considerandos 230-235).
- (281) Os novos distribuidores designados eram simplesmente incluídos no plano já existente. Foi o que sucedeu com a John Menzies plc, a CD-Contact Data GmbH e a Nortec AE, que só se tornaram distribuidores em Agosto de 1995, Abril de 1997 e Abril de 1997, respectivamente. A este respeito, a John Menzies plc⁽⁴³⁶⁾ e a Nortec AE⁽⁴³⁷⁾ não contestaram que participaram num acordo/prática concertada com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, destinado a restringir o comércio paralelo a partir dos seus territórios (considerandos 110, 207-209). Também a CD-Contact Data GmbH participou com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH num acordo/prática concertada com vista à restrição do comércio paralelo a partir do seu território, ou seja, a Bélgica e o Luxemburgo (considerando 195).
- (282) A proibição de exportações só tinha de ser aplicada em territórios com baixos preços e não nos territórios com preços elevados. Contudo, mesmo que certos distribuidores não tivessem tido de tomar medidas para impedir exportações a partir dos seus territórios, a sua participação era fundamental para o eficaz funcionamento da infracção, dado que informavam regularmente a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH dos casos de importações paralelas nos respectivos territórios (considerandos 274-276).
- 2.2.4.2. Acordos e/ou práticas concertadas entre a John Menzies plc e os seus clientes
- (283) A John Menzies plc exigiu a alguns dos seus clientes compromissos escritos de que os fornecimentos da John Menzies plc seriam revendidos apenas a consumidores finais no Reino Unido, bem como diversas outras condições, como por exemplo a de que os produtos não seriam exportados nem revendidos a exportadores e/ou apenas seriam revendidos a consumidores finais (considerandos 114, 132-139, 143, 158).
- (284) A relação entre a Menzies plc e os seus clientes deve ser perspectivada no contexto dos acordos e/ou práticas concertadas entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, a Itochu Corporation, a Concentra — Produtos para Crianças, SA, a Linea GIG SpA, a Bergsala AB, a John Menzies, a Nortec AE e a CD-Contact Data GmbH enquanto parte do mesmo plano global de restrição do comércio paralelo. Ao impor proibições à exportação ou condições com efeito equivalente aos seus clientes, a John Menzies plc tornou efectivos estes acordos/práticas concertadas.

⁽⁴³⁴⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, nota de pé-de-página 12.

⁽⁴³⁵⁾ Processo C-49/92 Comissão/Anic Partecipazioni, Col. 1999, p. I-4125, ponto 122.

⁽⁴³⁶⁾ Ver carta de acompanhamento da resposta da John Menzies plc à comunicação de objecções, em articulação com os pontos 81 e 268 da comunicação de objecções.

⁽⁴³⁷⁾ Ver resposta da Nortec à comunicação de objecções, ponto 3, em articulação com os pontos 81 e 189-190 da comunicação de objecções.

2.2.4.3. Os acordos e/ou práticas concertadas entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e os seus clientes grossistas e retalhistas

(285) Na Alemanha (entre Janeiro de 1991 e Agosto de 1995, considerando 199-200), Bélgica (entre Janeiro de 1994 e Abril de 1997, considerando 191) e Espanha (entre Janeiro de 1993 e Abril de 1997, considerando 171-179), a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH impôs aos seus clientes, retalhistas ou grossistas, proibições explícitas às exportações ou medidas equivalentes, através de acordos formais de distribuição ou de condições e modalidades gerais de venda. Na Alemanha e em Espanha, após ter sido suprimida das condições e modalidades por que se regiam a proibição à exportação imposta aos clientes, a Nintendo of Europe GmbH e a Nintendo España SA, continuaram a efectuar fornecimentos na condição de os seus respectivos clientes não exportarem os produtos. Nos Países Baixos (considerando 182-183), a Nintendo Netherlands BV tentou efectuar fornecimentos na condição de os clientes não revenderem os produtos a comerciantes paralelos. Desta forma, os clientes do grupo Nintendo eram impedidos de exportar os produtos ou de revender os produtos a exportadores paralelos. Ademais, as filiais da Nintendo que agiam como seus distribuidores exclusivos prestaram, por diversas vezes, informações destinadas a pôr termo ao comércio paralelo nos respectivos territórios (considerando 107, 124, 140, 175-177, 179, 180-181, 184, 185, 187, 192, 193).

(286) Ao impor, ou tentar impor, proibições às exportações ou condições equivalentes, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH concretizou a infracção em que participou conjuntamente com a Bergsala AB, a Itochu Corporation, a Nortec AE, a Linea GIG SpA, a Concentra — Produtos para Crianças, SA, a John Menzies plc e a CD-Contact Data GmbH. As exportações para os territórios dos outros participantes foram assim impedidas. Da mesma maneira, o comércio paralelo entre os territórios atribuídos às diferentes filiais da Nintendo foi também impedido.

2.2.5. *Consciência dos interessados directos relativamente ao comportamento ilícito dos outros participantes*

(287) Como referido pelo Tribunal de Primeira Instância no seu acórdão recente no processo Sigma/Comissão⁽⁴³⁸⁾, é jurisprudência constante que «resulta que uma empresa que participou numa infracção multiforme das regras da concorrência, através de comportamentos que integravam as noções de acordo ou de prática concertada com um objectivo anticoncorrencial, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE, e que visavam contribuir para a realização da infracção no seu conjunto, também pode ser responsável pelos comportamentos postos em prática por outras empresas no quadro da mesma infracção durante todo o período em que participou na referida infracção. É o que ocorre

quando se prova que a empresa em questão conhecia os comportamentos ilícitos dos outros participantes, ou que os podia razoavelmente prever e estava pronta a aceitar o risco».

(288) No que se refere à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴³⁹⁾, a Itochu Corporation (considerando 206), a Linea GIG SpA (considerando 145-146, 217), a Nortec AE (considerando 208-209) e a John Menzies plc (considerando 160) existem elementos de prova directa de que sempre que uma destas empresas transmitia informações relativas a importações paralelas no seu território, sabia que essas informações seriam, ou tinham já sido, utilizadas por outros distribuidores para controlar as exportações paralelas a partir do seu território.

(289) A restrição das exportações paralelas só faz sentido se o distribuidor souber, ou pelo menos esperar, que em caso de comércio paralelo no seu próprio território, os outros distribuidores estarão dispostos a agir da mesma forma e a proteger o seu território⁽⁴⁴⁰⁾.

(290) A Bergsala AB (considerando 223-224), a CD-Contact Data GmbH (considerando 195), a John Menzies plc (considerando 131, 132, 133, 134, 143-150, 156) e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (considerando 172-179, 184, 191, 199-200) ao serem informados de que os seus territórios se encontravam na origem do comércio paralelo, sabiam que tinham que identificar a fonte das exportações paralelas e tomar as medidas adequadas. Deste modo, é razoável dizer que, quando prestavam informações sobre o comércio paralelo nos seus territórios esperavam que as suas informações revestissem o mesmo significado para os outros distribuidores, estando decididas a correr o risco. A Bergsala AB (considerando 225-227), a CD-Contact Data GmbH (considerando 197), a John Menzies plc (considerando 160) e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (considerando 127, 128, 131, 147-150, 156, 157, 175, 177, 178, 180, 184, 187, 191, 195, 206, 209, 223, 224) comunicaram casos de comércio paralelo aos outros interessados directos.

(291) Analogamente, a John Menzies plc (considerando 109-111), a Concentra — Produtos para Crianças, SA (considerando 211, 213), a Itochu Corporation (considerando 204, 205) e a Linea GIG SpA (considerando 215) também subscreveram um acordo formal de distribuição que implicava que o comércio paralelo a partir dos respectivos territórios devia ser restringido. Em consequência, sempre que informavam da existência de comércio paralelo nos seus territórios podiam prever que essas informações seriam utilizadas para deter o comércio paralelo, mas aceitaram o risco.

⁽⁴³⁹⁾ Ver por exemplo considerando 237, o conflito entre a John Menzies plc e Nintendo, a sua resolução e colaboração subsequente (considerando 130-131, 147-150, 155-158), contactos da Nintendo com a Contact (considerando 194, 197) e com a Bergsala (considerando 223, 224).

⁽⁴⁴⁰⁾ A existência de um interesse mútuo entre distribuidores foi mesmo reconhecida pela John Menzies plc (considerando 160-161), não obstante o facto de, dados os baixos preços comerciais no Reino Unido, ser pouco provável que, a curto prazo, viesse a beneficiar da infracção.

⁽⁴³⁸⁾ Processo T-28/99 Sigma/Comissão, Acórdão de 20 de Março de 2002, ponto 40. Anic, ponto 203.

- (292) No início de 1995, quando a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH concebeu o plano pormenorizado para impedir o comércio paralelo, tinha-se registado um problema de comércio paralelo com a Bergsala AB (considerandos 107, 225). Por conseguinte, pode razoavelmente argumentar-se que a Bergsala AB tinha conhecimento da infracção⁽⁴⁴¹⁾. Na realidade, a Bergsala AB sabia também que o objecto da sua colaboração com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH consistia em manter a Europa ao abrigo de importações paralelas (considerandos 222-224).
- (293) Não obstante o facto de, em razão da sua posição central, ser obrigada a dar provas de vigilância especial no intuito de impedir práticas contrárias ao direito da concorrência⁽⁴⁴²⁾, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH desempenhou um papel central na infracção. Coordenou os esforços para controlar o comércio paralelo, controlou a observância por parte dos participantes na infracção e, sempre que necessário, tomou as necessárias medidas disciplinares para assegurar o respeito (continuado) pelos participantes (considerandos 228-238). Também em resultado deste papel de liderança, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH tinha conhecimento da infracção sob todas as suas formas.
- (294) Os questionários enviados pela Nintendo of Europe GmbH em 1 de Abril de 1996 (considerandos 124, 213) e 29 de Maio de 1996 (considerandos 140, 213) aos seus distribuidores independentes constituem uma prova directa de que todas as empresas tinham ou deviam ter, conhecimento do comportamento ilícito dos outros distribuidores.
- (295) Os destinatários do questionário tinham, ou poderiam ter tido, conhecimento de que o seu comportamento contribuía para o desenvolvimento de um esforço acordado que tinha por objectivo a supressão do comércio paralelo de produtos em todo o EEE.
- (296) Por fim, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴⁴³⁾, a John Menzies plc⁽⁴⁴⁴⁾, a Linea GIG SpA⁽⁴⁴⁵⁾, a Nortec AE⁽⁴⁴⁶⁾, a Bergsala AB⁽⁴⁴⁷⁾, e a Itochu Corporation⁽⁴⁴⁸⁾ não contestaram, nas suas respostas à comunicação de objecções de que a infracção em que participaram era uma única infracção continuada. Contudo, serão discutidos alguns argumentos mais pormenorizados destas empresas, bem como da CD-Contact Data GmbH e da Concentra — Produtos para Crianças SA.

2.2.6. Argumentos dos interessados directos referentes à existência de acordos e ao âmbito da infracção

John Menzies plc

- (297) A John Menzies plc admitiu que a sua conduta infringia o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado entre Fevereiro de 1996 e todo o ano de 1997. Não obstante, a John Menzies plc alega que, antes de Fevereiro de 1996, as suas políticas comerciais que restringiam o comércio paralelo (foi feita referência ao «THE Games Commercial Policy Regarding Authorised Customer» mencionado nos considerandos 112 e 113), não se inseriam no âmbito de qualquer acordo restritivo do comércio paralelo, tratando-se, pelo contrário, de um comportamento unilateral não abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º do Tratado.
- (298) A John Menzies plc admite que esta política restringia o comércio paralelo⁽⁴⁴⁹⁾. Não se está, pois, perante a questão de saber se, antes de Fevereiro de 1996, a John Menzies plc praticava uma política restritiva das exportações paralelas, mas sim, como alega, se tratava de uma política meramente unilateral.
- (299) O comportamento da John Menzies plc antes de Fevereiro de 1996 não pode ser considerado meramente unilateral.
- (300) Em primeiro lugar, convém recordar que os vários acordos formais de distribuição da John Menzies plc com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, em vigor entre 4 de Agosto de 1995 e 1 de Janeiro de 1997⁽⁴⁵⁰⁾ continham disposições que previam que a THE só poderia vender a retalhistas especializados na venda ao público. Esta obrigação contratual da John Menzies plc é idêntica à primeira declaração de política comercial constante do documento «THE Games Commercial Policy Regarding Authorised Customer» (considerando 112). As exportações paralelas foram severamente dificultadas em resultado destas disposições, dado que os clientes da John Menzies plc foram proibidos de revender os produtos a outros comerciantes, incluindo a revendedores estabelecidos fora do Reino Unido. Eram idênticas à terceira declaração sobre política comercial da John Menzies plc (considerandos 112-113).

⁽⁴⁴¹⁾ Anic, pontos 95 e 96.

⁽⁴⁴²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, nos processos apensos 100 e 103/90 SA Musique Diffusion Française/Comissão, Col. 1983, p. 1825, ponto 75.

⁽⁴⁴³⁾ Ver resposta da Nintendo à comunicação de objecções, pontos 2.1 e 2.2.

⁽⁴⁴⁴⁾ Ver resposta da John Menzies à comunicação de objecções, carta de acompanhamento, ponto 4 da página 2 e ponto 4.4.

⁽⁴⁴⁵⁾ Ver resposta da Linea à comunicação de objecções, pontos 2 e 4.2.

⁽⁴⁴⁶⁾ Ver resposta da Nortec à comunicação de objecções, pontos 2 e 3.

⁽⁴⁴⁷⁾ Ver resposta da Bergsala à comunicação de objecções, pontos 1, 2 e 4.1.

⁽⁴⁴⁸⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, secção C.

⁽⁴⁴⁹⁾ Ver resposta da John Menzies à comunicação de objecções, página 8, assim como as declarações de política comercial (p. 861-863).

⁽⁴⁵⁰⁾ Até 1 de Janeiro de 1998, a John Menzies plc celebrou três acordos sucessivos com a Nintendo, dos quais os dois primeiros — válidos, respectivamente, entre 4 de Agosto de 1995 e 31 de Dezembro de 1995 e entre 1 de Janeiro de 1996 e 31 de Dezembro de 1996 — continuam as disposições aqui referidas. (Devido a um erro administrativo, que teve consequências, o primeiro foi datado na nota 88 da comunicação de objecções. Todavia, foi claramente referido como base da afirmação da Comissão de que a THE participou no Sistema Comum a partir de Agosto de 1995 (ver alínea b) do ponto 358). As datas estão também correctamente definidas no ponto 259 da comunicação de objecções).

- (301) Deste modo, a política da John Menzies plc restritiva das exportações paralelas não foi planeada e adoptada unilateralmente, estando relacionada com a execução de disposições contratuais restritivas das exportações paralelas. Estas disposições fazem parte integral de acordos formais de distribuição, que são acordos na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado. A existência de uma «concordância de vontades» entre a John Menzies plc e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH decorre da assinatura, pela John Menzies plc, do seu acordo formal de distribuição com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, em 4 de Agosto de 1995 ⁽⁴⁵¹⁾.
- (302) Em segundo lugar, a correspondência de 14 de Agosto de 1995 (considerando 114) entre a [...] e a John Menzies plc refere expressamente que a recusa da John Menzies plc de fornecer para fins grossistas é uma consequência directa do seu acordo de distribuição formal com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. A mesma carta revela que a John Menzies plc interpretou a expressão «Retalhista Autorizado» (utilizada no acordo formal de distribuição entre a John Menzies plc e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH) como significando que apenas poderia fornecer retalhistas e não para fins grossistas. Deste modo, pode ser estabelecido umnexo causal directo entre as disposições restritivas das exportações paralelas constantes do acordo da John Menzies plc com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, a «THE Games Commercial Policy Regarding Authorised Customer» e o comportamento da John Menzies plc para com os seus clientes ⁽⁴⁵²⁾.
- (303) Em terceiro lugar, a afirmação da John Menzies plc de que, antes de Fevereiro de 1996, a «THE Games Commercial Policy Regarding Authorised Customer» que restringia o comércio paralelo, era imposta unilateralmente é também contraditória com a situação no caso [...] (considerando 165). Mesmo antes do boicote pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, em Fevereiro de 1996, a John Menzies plc não estava disposta a estabelecer relações comerciais directas com a [...], mas estava pronta a fazê-lo através de uma empresa intermediária estabelecida no Reino Unido, a saber, a [...]. Esta forma de proceder tornou a participação da John Menzies plc nas vendas à exportação mais opaca e, por conseguinte, menos visível para a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH.
- (304) Por conseguinte, as afirmações da John Menzies plc ⁽⁴⁵³⁾ de que as suas relações com a [...] nada tinham a ver com uma política destinada a restringir o comércio paralelo e que a «THE Games Commercial Policy Regarding Authorised Customer» era imposta unilateralmente não podem ser aceites ⁽⁴⁵⁴⁾.
- (305) Muito embora a John Menzies plc tenha alegado que o seu acordo formal de distribuição com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH só entrou em vigor em 15 de Setembro de 1996, a data de 4 de Agosto deve ser a data considerada para efeitos da presente apreciação, visto ser claramente referida no primeiro acordo formal de distribuição entre a John Menzies plc e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH restritivo do comércio paralelo, enquanto data efectiva do acordo e também enquanto data da sua assinatura ⁽⁴⁵⁵⁾.
- (306) Ademais, a John Menzies plc alega que não é correcto caracterizar a relação entre ela própria e os distribuidores independentes como acordo e/ou prática concertada para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, independentemente dos acordos/práticas concertadas em que participa com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Defende que, se existisse um acordo/prática concertada que pudesse ser considerado isoladamente do acordo com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, se colocaria a questão de saber por que razão os distribuidores independentes manifestaram as suas preocupações com o comércio paralelo a partir do Reino Unido junto da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e não directamente à John Menzies plc. Essencialmente, a John Menzies plc defende que só tinha celebrado um acordo com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH.
- (307) A John Menzies plc não contestou a sua participação numa infracção única e continuada.
- (308) Para se concluir que um interessado participou numa infracção de maior alcance basta estabelecer que tinha, ou deveria ter tido, conhecimento deste alcance mais vasto, não sendo necessário estar em contacto com todos os participantes na infracção. Na realidade, a John Menzies plc tinha, ou poderia ter, conhecimento de que a infracção assumia a dimensão do EEE, como se pode deduzir dos seguintes factos:
- carta da John Menzies plc à Nintendo of America Inc, de 21 de Fevereiro de 1996, que referia a «Europa» (considerando 118),

⁽⁴⁵¹⁾ Ver páginas 297A, 313 e 298A.

⁽⁴⁵²⁾ Esta relação causal directa entre o acordo da John Menzies plc e o seu comportamento para com os clientes pode também ser deduzida da correspondência entre a John Menzies e a [...], e a John Menzies e a [...], que teve lugar depois de Fevereiro de 1996 (considerandos 137, 138, 144).

⁽⁴⁵³⁾ Ver resposta da John Menzies plc à comunicação de objecções, secção 2, anexo A, referência ao ponto 83.

⁽⁴⁵⁴⁾ Visto não ter sido definida unilateralmente, a «THE Games Commercial Policy Regarding Authorised Customer» em nada se assemelha, como a John Menzies plc alega (resposta da John Menzies à comunicação de objecções, secção 1), ao comportamento da Bandai UK, do qual a própria John Menzies se tinha anteriormente queixado à Monopoly and Mergers Commission.

⁽⁴⁵⁵⁾ Ver páginas 297A, 313 e 298A.

- carta da Nintendo of Europe GmgH de 1 de Abril de 1996, que referia os operadores paralelos em todo o EEE (considerando 127),
- resposta da John Menzies plc, de 4 de Abril de 1996, na qual manifestava a sua disponibilidade para colaborar no interesse de «todo o mercado europeu» (considerando 127),
- carta da John Menzies plc, de 11 de Abril de 1996, na qual reconhecia o impacto do comércio paralelo na Europa continental e manifestava a sua intenção de pôr termo ao comércio paralelo destinado à Europa continental (considerando 130),
- carta da John Menzies plc, de 24 de Maio de 1996, na qual era de novo referido o mercado da Europa continental (considerando 132),
- carta da Nintendo of Europe à John Menzies plc, felicitando-a, em nome de «todos na Europa» pelos seus esforços no sentido de pôr termo ao comércio paralelo (considerando 142),
- carta da John Menzies plc à Nintendo of Europe GmbH, de 19 de Abril de 1996, que se referia aos restantes parceiros europeus, significando tanto as filiais do grupo Nintendo, como os distribuidores independentes (considerando 143);

Linea GIG SpA

- (309) A Linea GIG SpA informou que nunca tinha tomado medidas directas para controlar a incidência do comércio paralelo no seu território⁽⁴⁵⁶⁾. Este argumento não pode ser aceite: a Linea GIG SpA transmitiu regularmente à NOE e à John Menzies plc informações sobre as importações paralelas em Itália (considerandos 124, 128, 145-146, 155, 156, 217-221).

Concentra — Produtos para Crianças, SA, Itochu Corporation e Nortec AE

- (310) A Concentra — Produtos para Crianças, SA⁽⁴⁵⁷⁾ admitiu que o seu acordo formal de distribuição com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH infringia o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado. Não obstante, nega qualquer intenção de restringir as importações paralelas no seu território quando comunicou informações sobre tais importações à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Como referido nos considerandos 289 e 292, existem elementos de prova directa e indirecta de que a empresa participou nesta infracção única e continuada.

- (311) A Itochu Corporation⁽⁴⁵⁸⁾ e a Nortec AE⁽⁴⁵⁹⁾ alegaram que as razões subjacentes à sua correspondência em que informaram a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH da existência de comércio paralelo não era restringir o comércio paralelo, mas a vontade de obterem um melhor preço de aquisição junto da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH.

- (312) Já foi estabelecido que estas três empresas tinham conhecimento, ou poderiam razoavelmente ter tido conhecimento, da infracção global. Por conseguinte, explicaram meramente as suas motivações, o que, naturalmente é irrelevante para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado.

CD-Contact Data GmbH

- (313) A CD-Contact Data GmbH⁽⁴⁶⁰⁾ argumentou ainda que tentou obter junto da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH um melhor preço de aquisição. No caso desta empresa, aplicam-se as considerações apresentadas no considerando 309.

- (314) A CD-Contact Data GmbH contestou ainda ter celebrado com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH um acordo destinado a impedir as exportações a partir do seu território.

- (315) A CD-Contact Data GmbH considera que, em razão do acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo Adalat, não existiu qualquer acordo na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado entre ela própria e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH.

- (316) No processo Adalat, o Tribunal de Primeira Instância precisou as condições que se devem encontrar reunidas para concluir pela existência de um acordo para efeitos do artigo 81.º do Tratado, na ausência de provas documentais directas da celebração de um acordo (Adalat, ponto 71). Contudo, aqui existe aquiescência explícita da CD-Contact Data GmbH relativamente às expectativas da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, como se pode inferir da carta da CD-Contact Data GmbH à NOE de 28 de Outubro de 1997.

- (317) Esta carta revela que a CD-Contact Data GmbH e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH tinham uma «concordância de vontades» no sentido de não existirem exportações a partir do território da CD-Contact Data GmbH, devendo esta controlar os fornecimentos a clientes, como a [...]*, relativamente aos quais seria de esperar que efectuassem exportações (considerando 195).

⁽⁴⁵⁶⁾ Resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 3.

⁽⁴⁵⁷⁾ Resposta da Concentra à comunicação de objecções, ponto 4.

⁽⁴⁵⁸⁾ Resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 30.

⁽⁴⁵⁹⁾ Resposta da Nortec à comunicação de objecções, ponto 3.

⁽⁴⁶⁰⁾ Resposta da Contact à comunicação de objecções, ponto 30.

- (318) Em apoio deste argumento de que não existia qualquer acordo para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, a CD-Contact Data GmbH refere que não tinha qualquer interesse em celebrar um acordo restritivo do comércio paralelo a partir do seu território. Não obstante, este argumento não colhe visto que, ao aceitar fazê-lo, a CD-Contact Data GmbH assegurou-se de que as restantes partes continuariam a restringir o comércio paralelo, impedindo assim as importações paralelas no seu próprio território.
- (319) A CD-Contact Data GmbH apresentou elementos de prova suplementares de que não aderiu ao acordo restritivo do comércio paralelo⁽⁴⁶¹⁾. Segundo ela, exportou ela própria os produtos e/ou vendeu produtos a empresas que os destinavam a exportação.
- (320) Todavia, é jurisprudência constante que não é necessário tomar em consideração os efeitos concretos de um acordo sempre que tenha por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum⁽⁴⁶²⁾.
- (321) A CD-Contact Data GmbH, não obstante, está ciente de que das sentenças do Tribunal de Justiça no processo T-7/89 Hercules/Comissão⁽⁴⁶³⁾, e processo T-9/89 Hüls/Comissão⁽⁴⁶⁴⁾, decorre que a parte num acordo que infrinja o artigo 81.º do Tratado não deixa de ser parte nesse pelo simples facto de o seu comportamento posterior não ser, em todos os aspectos, conforme ao acordo anticoncorrencial. Do mesmo modo, a CD-Contact Data GmbH reconhece que esta jurisprudência implica que a mera reserva interna não é suficiente para concluir que a empresa participante num acordo horizontal anticoncorrencial não é parte no acordo⁽⁴⁶⁵⁾.
- (322) A CD-Contact Data GmbH alega que a Comissão não se pode apoiar, no presente caso, na jurisprudência, na medida em que se refere a acordos horizontais e o presente caso a acordos verticais.
- (323) Estabelecendo o conceito de «acordo», o direito comunitário não distingue infracções verticais de infracções horizontais. No ponto 67 do processo Adalat, caso relativo ao conceito de acordo no contexto de relações verticais, o Tribunal de Primeira Instância recorreu a uma definição idêntica do conceito de acordo e apoiou-se na mesma jurisprudência que a Comissão já referiu.
- (324) É jurisprudência constante que o n.º 1 do artigo 81.º se refere, em geral, a todos os acordos que falseiam a
- concorrência no mercado único e não estabelece qualquer distinção entre os acordos entre concorrentes que operam no mesmo estágio do processo económico e acordos entre empresas não concorrentes que operam em estádios diferentes⁽⁴⁶⁶⁾.
- (325) A CD-Contact Data GmbH argumenta ainda que existe uma diferença material entre infracções horizontais e verticais. No caso de um acordo anticoncorrencial horizontal, todas as partes são supostas tirar vantagens do acordo, mesmo — ou talvez em especial — as empresas que, em última análise, acabam por não adoptar um comportamento conforme ao acordo anticoncorrencial e decidem, por exemplo, no âmbito de um cartel de preços, vender a um preço inferior ao acordado. Pelo contrário, a CD-Contact Data GmbH argumenta que as partes num acordo vertical não têm qualquer possibilidade de «fazer batota».
- (326) Todavia, o facto de a CD-Contact Data GmbH permitir a existência de exportações paralelas revela que ela própria «fez batota». Uma empresa que, não obstante a sua concertação com outras partes, adopta uma política independente no mercado, pode simplesmente estar a tentar aproveitar o acordo em benefício próprio⁽⁴⁶⁷⁾.
- (327) A CD-Contact Data GmbH alegou ainda que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 10 de Março de 1992, no processo T-9/89 Hüls/Comissão⁽⁴⁶⁸⁾, em especial os pontos 125-127, estabelece que as empresas não são responsáveis se houver uma explicação plausível de que a sua presença numa reunião em que foram celebrados acordos anticoncorrenciais não tinha intenções anticoncorrenciais. A CD-Contact Data GmbH argumenta que o facto de não ter qualquer interesse comercial em restringir o comércio paralelo e, na realidade, o facto de ter permitido comércio paralelo a partir do seu território prova, por si só, que não existia «vontade» da sua parte em participar no acordo anticoncorrencial e constitui, neste contexto, uma prova de que não é responsável.
- (328) Na realidade, também no processo Hüls, pontos 126-127, a que a CD-Contact Data GmbH se refere, o Tribunal de Primeira Instância afastou explicitamente o argumento de que o comportamento real no mercado constitui uma prova de não responsabilidade. No processo Sarrio⁽⁴⁶⁹⁾, o Tribunal de Primeira Instância disse que «Mesmo admitindo que o comportamento dessa empresa no mercado não tenha sido conforme ao comportamento acordado, isso em nada afecta a sua responsabilidade na violação do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.». Por conseguinte, a CD-Contact Data GmbH não pode invocar o facto de ter efectivamente permitido a ocorrência de exportações paralelas.

⁽⁴⁶¹⁾ Resposta da Contact à comunicação de objecções, ponto 12 e anexos 1 e 2, bem como declarações da Contact, de 6 de Novembro de 2000, « questão 1 » e « questão 2 » e anexos 1 a 4.

⁽⁴⁶²⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, no processo T-148/89 Tréfilunion SA, Col. 1995 p. II-1063, ponto 79, referido no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, no processo T-308/94 Cascades SA/Comissão, Col. II-813, ponto 106, Col. 1998, p. II-295.

⁽⁴⁶³⁾ Col. 1991, p. II-1711.

⁽⁴⁶⁴⁾ Col. 1992, p. II-499.

⁽⁴⁶⁵⁾ Ver declaração da Contact, de 6 de Novembro de 2000, na « questão 5 ».

⁽⁴⁶⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, processos apensos 56 e 58-64 Consten e Grundig/Comissão, Col. 1966, p. 299).

⁽⁴⁶⁷⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Maio de 1998, no processo Cascades/Comissão, Col. 2002, p. II-813, ponto 230.

⁽⁴⁶⁸⁾ Col. 1992, p. II-499.

⁽⁴⁶⁹⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, no processo Sarrió SA/Comissão, T-364/94, Col. 1998, p. II-1439.

(329) A CD-Contact Data GmbH argumenta, por fim, que, dada a sua dependência económica da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴⁷⁰⁾, não tinha outra alternativa que não fosse dar a essa empresa a impressão de que não efectuaria exportações nem vendas a elas conducentes. No período relevante, os produtos Nintendo representavam mais de 50 % do volume de negócios da CD-Contact Data GmbH.

(330) A CD-Contact Data GmbH não apresentou provas concretas de que a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH exerceu realmente pressões efectivas sobre a CD-Contact Data GmbH no sentido de assegurar a observância por esta empresa das instruções em matéria de comércio paralelo. Seja como for, mesmo que a CD-Contact Data GmbH pudesse provar que a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH exerceu pressões efectivas, não poderia invocar essa circunstância para justificar a sua infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado. Em vez de aderir a um comportamento anticoncorrencial, poderia ter apresentado uma denúncia relativa às pressões de que era vítima às autoridades competentes e à Comissão, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17⁽⁴⁷¹⁾. Por conseguinte, os argumentos da CD-Contact Data GmbH não podem ser aceites.

2.2.7. Restrição da concorrência

(331) A infracção tinha por objecto a restrição de todas as vendas passivas, independentemente de resultarem de pedidos não solicitados de empresas estabelecidas no EEE mas fora do território exclusivo ou de exportações de grossistas/retalhistas estabelecidos nesse território⁽⁴⁷²⁾. Contrariamente à política da Comissão em matéria de distribuição exclusiva, que é a de que as vendas passivas devem ser sempre permitidas, a protecção territorial concedida aos distribuidores exclusivos foi assim reforçada, atingindo um nível de protecção territorial absoluta e, em cada território, foi eliminada toda e qualquer concorrência ao distribuidor dos produtos. Em resultado, a concorrência intramarca foi consideravelmente restringida e o mercado único fragmentado.

(332) Por quanto precede, a Comissão conclui que os acordos e/ou práticas concertadas que integravam a infracção constituem, no seu conjunto, uma restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE. Uma vez que o seu objecto é a restrição da concorrência, não é necessário apreciar os seus efeitos reais sobre a concor-

rência para concluir pela aplicabilidade do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

(333) De qualquer modo, os seguintes elementos revelam que a restrição teve efeitos apreciáveis sobre a concorrência:

— a prática activa da infracção em toda a CE e em todo o EEE. Existem inúmeros exemplos de situações em que foram impedidas exportações paralelas a partir de um território (considerandos 114, 132-142, 144, 157, 158, 165, 172, 174, 178, 183, 191, 199, 200, 206, 209),

— as medidas tomadas na prática para identificar as exportações e os exportadores paralelos, entre a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e todos os seus distribuidores independentes (considerandos 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), reforçadas pelos controlos com carácter permanente que a John Menzies plc (considerandos 133, 149) e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (considerandos 230, 232) introduziram no intuito de verificar se os seus clientes exportavam produtos,

— o elevado valor das vendas dos produtos e a posição significativa da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH neste mercado.

2.2.8. Efeitos sobre o comércio entre os Estados-Membros e entre as partes contratantes do EEE

(334) A infracção tem efeitos sobre o comércio entre os Estados-Membros e entre as partes contratantes do EEE.

(335) O n.º 1 do artigo 81.º do Tratado tem por objecto acordos que, à semelhança do acordo em presença, são susceptíveis de prejudicar a realização de um mercado único entre os Estados-Membros quer, fragmentando os mercados nacionais, quer afectando a estrutura da concorrência no mercado comum. Do mesmo modo, o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE tem por objecto acordos que comprometem a realização de um Espaço Económico Europeu homogéneo.

(336) Pela sua própria natureza, a infracção tinha por objecto a fragmentação do mercado interno em razão da reduzida venda transfronteiras de produtos. Por conseguinte, tem repercussões a nível do comércio entre os Estados-Membros⁽⁴⁷³⁾.

⁽⁴⁷⁰⁾ Ver resposta da Contact à comunicação de objecções, pontos 16-17, 29 e 35.

⁽⁴⁷¹⁾ Ver Hüls, ponto 128, e Tréfilunion, ponto 58.

⁽⁴⁷²⁾ Todavia, na medida em que este comportamento dizia respeito a uma filial da Nintendo, que não forneceria clientes estabelecidos num outro território no qual uma filial da Nintendo tinha sido nomeada responsável pela distribuição dos produtos, não é abrangido pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado (ver acórdão VIHO).

⁽⁴⁷³⁾ Ver acórdão do Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 1993, no processo Woodpulp, processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Col. 1993, p. I-1307, ponto 176, ou acórdão de 1 de Fevereiro de 1978, processo 19/77, Miller/Comissão, Col. 1978, p. 131.

2.2.9. Inaplicabilidade do Regulamento (CEE) n.º 1983/83

- (337) A cada filial com sede no EEE ou distribuidor independente da Nintendo era atribuído um território exclusivo. De um modo geral, é aceite que os acordos de distribuição exclusiva podem contribuir para o progresso técnico e económico melhorando a distribuição dos produtos. Em princípio, os sistemas de distribuição exclusiva existentes durante o período relevante para efeitos da presente decisão poderiam, por conseguinte, ter beneficiado da isenção por categoria prevista no Regulamento (CEE) n.º 1983/83 da Comissão, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1582/97⁽⁴⁷⁴⁾, então em vigor.
- (338) Todavia, constitui jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, iniciada no acórdão de 13 de Julho de 1966, nos processos apensos 56 e 58-64, Grundig-Consten⁽⁴⁷⁵⁾, que o reforço da exclusividade concedida em virtude dos acordos de distribuição, conduzindo a uma protecção territorial absoluta — proibindo totalmente os distribuidores de efectuarem vendas fora dos territórios que lhes foram atribuídos ou de vender a clientes que tencionem exportar — não é indispensável para obter os potenciais benefícios de um sistema de distribuição exclusiva. Ao contrário, relativamente às mercadorias em questão, os territórios estão hermeticamente fechados, tornando a interpenetração dos mercados nacionais impossível, o que reduz a zero a integração económica.
- (339) Os acordos objecto do presente processo constituem, todavia, uma restrição do comércio paralelo e, dado o seu objecto, não podem ser abrangidos pelo Regulamento (CEE) n.º 1983/1983.

2.2.10. Impossibilidade de beneficiar de uma isenção individual ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º

- (340) A Comissão pode, nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, em determinadas condições, conceder uma isenção individual da proibição estabelecida no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE.
- (341) No presente caso, não foi solicitada qualquer isenção, visto o acordo não ter sido formalmente comunicado. De qualquer modo, os acordos não poderiam dela ter beneficiado. A protecção territorial exclusiva constitui uma restrição grave da qual não resulta qualquer melhoria da distribuição dos produtos. Analogamente, em nada beneficia os consumidores. A protecção territorial exclusiva impediu os consumidores de beneficiarem das vantagens do mercado único e das diferenças de preços entre os Estados-Membros. Além disso, a protecção territorial absoluta não é indispensável para

um sistema de distribuição baseado em territórios exclusivos.

2.2.11. Duração da infracção

- (342) Por carta de 23 de Dezembro de 1997, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH informou a Comissão da sua disponibilidade para colaborar no processo da Comissão (considerando 94). Uma mera expressão de intenções de colaborar não chega para concluir que foi posto termo à infracção.
- (343) Uma das principais razões para a existência de comércio paralelo intra-EEE dos produtos foi a política da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH em matéria de concorrência de preços unicamente no Reino Unido⁽⁴⁷⁶⁾, onde os produtos enfrentavam um nível de concorrência bastante superior ao registado nos outros países do EEE⁽⁴⁷⁷⁾. A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH praticava em relação à John Menzies plc preços substancialmente inferiores aos cobrados a outros distribuidores exclusivos, do que resultavam exportações paralelas do Reino Unido para outros territórios (considerandos 117, 129, 130, 154-155). Contudo, pelo menos em 5 de Janeiro de 1998⁽⁴⁷⁸⁾, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH alinhou os preços dos seus fornecimentos a distribuidores exclusivos no EEE, eliminando assim uma das principais causas de comércio paralelo intra-EEE.
- (344) Por conseguinte, a Comissão conclui que a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH pôs termo à infracção em Janeiro de 1998. Tal não significa, no entanto, que as outras partes na infracção também lhe tenham posto termo.

2.2.11.1. Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH

- (345) Em Janeiro de 1991, a NOE introduziu condições e modalidades gerais que restringiam as exportações paralelas a partir da Alemanha (considerando 199). A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH não contestou que infringiu o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado entre Janeiro de 1991 e o final de Dezembro de 1997⁽⁴⁷⁹⁾.

⁽⁴⁷⁶⁾ A Nintendo referiu inicialmente que os preços a que os produtos eram fornecidos pelo Japão às filiais e distribuidores independentes na Europa eram semelhantes. A Nintendo imputou as diferenças de preços e o comércio paralelo constatado às condições locais do mercado (não definidas) e às flutuações das taxas de câmbio na Europa (p. 1640-1641). Contudo, a Nintendo não contestou a rejeição deste argumento pela Comissão, na sua comunicação de objecções (ver pontos 324-337).

⁽⁴⁷⁷⁾ Páginas 881-882 (carta da John Menzies plc à NOA de 22.2.1996), 890 (carta da John Menzies plc à NOA de 24.5.1996). Páginas 975 a 979 e 1135 a 1147. Ver ainda plano de actividades da John Menzies plc (p. 1163 a 1187), tal como apresentado à NOE, que contém diversas referências à forte concorrência de preços no Reino Unido.

⁽⁴⁷⁸⁾ Página 1622.

⁽⁴⁷⁹⁾ Resposta da Nintendo à comunicação de objecções, ponto 6.2.

⁽⁴⁷⁴⁾ JO L 214 de 6.8.1997, p. 27.

⁽⁴⁷⁵⁾ Col. 1996, p. 429.

2.2.11.2. John Menzies plc

reio de 1997, quando caducou o acordo de distribuidor da Itochu Corporation (considerando 204).

- (346) A John Menzies plc reconheceu que a sua conduta infringia o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado já desde Fevereiro de 1996, tendo continuado até final de Dezembro de 1997⁽⁴⁸⁰⁾. A Comissão provou que a John Menzies plc participou na infracção entre 4 de Agosto de 1995 e Fevereiro de 1996.

2.2.11.3. Concentra — Produtos para Crianças, SA

- (347) A Concentra — Produtos para Crianças, SA reconheceu⁽⁴⁸¹⁾ que a sua participação na infracção durou entre 14 de Maio de 1991 (considerando 211) e o final de Dezembro de 1997 (considerando 213).

2.2.11.4. Linea GIG SpA

- (348) A Linea GIG SpA reconheceu⁽⁴⁸²⁾ que a sua participação na infracção durou entre 1 de Outubro de 1992 e o final de Dezembro de 1997.

2.2.11.5. Nortec AE

- (349) A Nortec AE participou na infracção entre 23 de Outubro de 1997 e o final de Dezembro de 1997 (considerandos 207-209).

2.2.11.6. Bergsala AB

- (350) A Bergsala AB participou na infracção entre 15 de Maio de 1995 e Dezembro de 1997 (considerandos 105-107, 225, 269).

2.2.11.7. Itochu Corporation

- (351) A data efectiva do acordo formal restritivo do comércio paralelo entre a Itochu Corporation e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH (considerandos 204-205) é o dia 14 de Maio de 1991⁽⁴⁸³⁾. Contudo, a Itochu Corporation argumentou que só assinou esse acordo em 16 de Dezembro de 1991⁽⁴⁸⁴⁾ pelo que, durante a maior parte de 1991, não existiu qualquer acordo. Visto não haver provas que permitam confirmar a participação da Itochu Corporation antes de Dezembro de 1991, esta participação terá existido entre 16 de Dezembro de 1991 e 28 de Feve-

2.2.11.8. CD-Contact Data GmbH

- (352) A CD-Contact Data GmbH participou na infracção entre 28 de Outubro e Dezembro de 1997 (considerandos 194-197).

2.3. Destinatários da decisão

- (353) É imperativo definir as entidades jurídicas, ou outras, destinatários adequados da presente decisão, de entre as empresas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado definidas no considerando 244. No atinente à Concentra — Produtos para Crianças, SA, à Linea GIG SpA, à Nortec AE e à Bergsala AB, são elas próprias os destinatários da presente decisão na medida em que são uma «empresa» na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado. No atinente às outras empresas definidas no considerando 244, deve efectuar-se uma escolha entre as distintas entidades jurídicas que constituem estas empresas.

- (354) No que se refere à imputação de responsabilidades no seio de uma empresa composta por diversas entidades jurídicas, o Tribunal de Justiça estabeleceu que «o facto de uma filial ter personalidade jurídica distinta não é suficiente para excluir a possibilidade de o seu comportamento ser imputado à empresa-mãe, especialmente se a filial não tomar autonomamente decisões relativas ao seu comportamento no mercado, mas acatar, sob todos os aspectos materiais, as instruções emanadas da empresa-mãe»⁽⁴⁸⁵⁾.

- (355) No caso de filiais a 100 %, a decisão é dirigida à empresa-mãe, dado que esta exerce uma influência determinante sobre a política comercial da sua filial⁽⁴⁸⁶⁾.

- (356) A Nintendo Corporation Ltd, a John Menzies plc e a CD-Contact Data GmbH não contestaram que exerciam esta influência determinante sobre as suas filiais a 100 % Nintendo of Europe GmbH, Nintendo Netherlands BV Nintendo France SARL, Nintendo España SA, Nintendo Belgium SPRL, Nintendo UK Ltd e Nintendo of America Inc, respectivamente THE Games Ltd e Contact Data Belgium NV.

⁽⁴⁸⁰⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 4.

⁽⁴⁸¹⁾ Resposta da Concentra à comunicação de objecções, ponto 3.

⁽⁴⁸²⁾ Resposta da Linea à comunicação de objecções, pontos 2 e 5.

⁽⁴⁸³⁾ Página 157.

⁽⁴⁸⁴⁾ Página 181.

⁽⁴⁸⁵⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça, no processo C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags AB/Comissão, Col. 2000, p. I-9925, ponto 26.

⁽⁴⁸⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça no processo AEG, ponto 50, acórdão do Tribunal de Justiça no processo Stora, pontos 22-30; ver também as conclusões do advogado-geral Mischo no processo Stora, ponto 48).

(357) A Nintendo of Europe GmbH apresentou a sua resposta à comunicação de objecções em seu nome e em nome da Nintendo Corporation, Nintendo of America Inc, Nintendo France SARL, Nintendo Benelux BV (anteriormente designada Nintendo Netherlands BV) e Nintendo España SA. A comunicação de objecções era exclusivamente dirigida à Nintendo Corporation Ltd, tendo a Nintendo of Europe GmbH recebido apenas uma cópia. A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH não contestou que a Comissão podia dirigir a presente decisão à Nintendo Corporation Ltd, mas solicitou à Comissão que a dirigisse não à Nintendo Corporation Ltd, mas à Nintendo of Europe GmbH. Subsidiariamente, solicitou que a decisão fosse dirigida à Nintendo of Europe GmbH e se possível a outras filiais do Grupo Nintendo no EEE, à Nintendo of America Inc e à Nintendo Corporation Ltd, alegando que tal reflectiria de forma mais adequada as responsabilidades respectivas das diversas empresas no âmbito do grupo Nintendo.

(358) Na medida em que a Nintendo of Europe GmbH respondeu à comunicação de objecções dirigida à Nintendo Corporation Ltd, também em nome desta última, a Comissão considera que tanto a Nintendo Corporation Ltd como a Nintendo of Europe GmbH tiveram a oportunidade de dar a conhecer as suas posições quanto aos factos e à apreciação jurídica constantes da referida comunicação de objecções. Relativamente às restantes filiais da Nintendo, verifica-se uma situação distinta. Por conseguinte, a presente decisão será dirigida à Nintendo Corporation Ltd e à Nintendo of Europe GmbH.

(359) No atinente à Contact Data GmbH, embora a Activision Inc tenha adquirido o seu controlo em 1998, a CD-Contact Data GmbH existiu durante todo o período em que se registou a infracção, continuando ainda hoje a existir enquanto entidade jurídica distinta e identificável⁽⁴⁸⁷⁾. Por conseguinte, esta decisão deve ser dirigida à Contact Data GmbH.

(360) A sua resposta à comunicação de objecções foi apresentada pela Itochu Corporation em nome próprio e em nome da Itochu Hellas EPE. Na sua resposta, a Itochu Corporation defende que a Comissão não pode imputar o comportamento da Itochu Hellas EPE à Itochu Corporation, dado a Itochu Hellas EPE ter adoptado o seu comportamento de forma autónoma. Para corroborar esta asserção, a Itochu refere que 1. a Itochu Corporation era empresa-mãe da Itochu Hellas EPE apenas indirectamente, 2. a empresa-mãe directa da Itochu Hellas EPE, a Itochu Europe plc, apenas supervisionava as suas actividades e resultados financeiros, não tendo qualquer intervenção a nível das suas actividades correntes 3. o acordo de distribuição com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH foi assinado pela Itochu Hellas EPE, 4. a Itochu Hellas EPE empregava, com carácter autónomo, um número relativamente elevado de pessoal local, e 5. a Itochu Hellas EPE

criou uma rede específica para a venda dos produtos, investindo num clube Nintendo e em produtos de *merchandising* nos pontos de venda, actividade distinta das principais actividades do grupo Itochu⁽⁴⁸⁸⁾.

(361) Em primeiro lugar, a resposta à comunicação de objecções foi apresentada em nome da Itochu Corporation, bem como da Itochu Hellas EPE. Em seguida, no decurso do processo administrativo, a Itochu Corporation foi o único interlocutor da Comissão (Stora, pontos 27-29). Por fim, o facto de a Itochu Hellas EPE ter assinado o acordo de distribuição com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, de a Itochu Europe plc «apenas» supervisionar as actividades (comerciais) e os resultados financeiros da Itochu Hellas EPE, sem interferir nas suas actividades correntes e empregar um número considerável de pessoal local não provam, por si só, que a Itochu Hellas EPE tinha um comportamento autónomo no mercado. Por conseguinte, a Itochu Corporation deve ser destinatária da presente decisão.

2.4. Medidas de correcção

2.4.1. N.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e n.º 1 do artigo 3.º do Acto EEE n.º 362 R 17

(362) Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17/62 e do n.º 1 do artigo 3.º do Acto EEE n.º 362 R 17, a Comissão pode, caso seja verificada uma infracção, ordenar às empresas em causa que ponham termo à infracção.

(363) Como referido no considerando 343, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH pôs termo à infracção em Janeiro de 1998.

(364) Contudo, esta infracção afectou também os clientes da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e os dos distribuidores independentes, aos quais foram impostas diversas restrições que impediam as importações e exportações paralelas. Muito embora a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e seus distribuidores já não apliquem essas restrições, os clientes que não foram informados desse facto podem ainda considerar que se encontram vinculados a restrições de exportações e importações paralelas dos produtos.

(365) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, a John Menzies plc e a Bergsala AB enviaram cartas aos respectivos clientes informando-os por escrito dos seus direitos a efectuar importações e exportações paralelas de produtos Nintendo, e ainda a adquirirem e revenderem produtos comercializados nos circuitos paralelos. A Concentra — Produtos para Crianças, SA e a Nortec AE foram as únicas a não o fazer.

⁽⁴⁸⁷⁾ Ver declaração da Contact de 16 de Novembro de 2001.

⁽⁴⁸⁸⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, pontos 23-24, assim como declaração da Itochu de 26 de Novembro de 2001.

2.4.2. N.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e n.º 2 do artigo 15.º do Acto EEE n.º 362 R 17

2.4.2.1. Observações de carácter geral

- (366) Nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 2 do artigo 15.º do Acto EEE n.º 362 R 17, a Comissão pode, mediante decisão, aplicar coimas de 1 000 euros a 1 000 000 de euros, pelo menos, até ao montante máximo de 10 % do volume de negócios do ano precedente das empresas implicadas na infracção, sempre que, deliberadamente ou por negligência, essas empresas infringirem o disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ou no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (367) Para fixar o montante da coima, a Comissão deve tomar em consideração a gravidade e a duração da infracção.
- (368) O papel desempenhado na infracção por cada empresa deve ser apreciado numa base individual. Concretamente, a coima aplicada deve reflectir eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes.
- (369) Devem ser aplicadas coimas não só à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, mas igualmente aos distribuidores independentes da Nintendo John Menzies plc, Concentra — Produtos para Crianças, SA, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Corporation e CD-Contact Data GmbH.
- (370) A CD-Contact Data GmbH alega que, no seu caso, a Comissão não lhe deve aplicar uma coima visto não ter esta empresa colaborado activamente com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, da qual era economicamente dependente. Refere decisões anteriores da Comissão⁽⁴⁸⁹⁾, nas quais, alega, a Comissão não aplicou coimas a empresas em situação semelhante.
- (371) Todavia, a Comissão tem poder discricionário no que se refere à determinação do montante das coimas a aplicar, incluindo o de decidir não aplicar qualquer coima ou de aplicar uma coima simbólica e, contrariamente, o de aumentar o nível geral das coimas⁽⁴⁹⁰⁾. Por conseguinte, dado existirem provas suficientes de que a CD-Contact Data GmbH foi responsável por uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, deve ser-lhe aplicada uma coima.

2.4.2.2. O montante de base das coimas

- (372) O montante de base das coimas é determinado em função da gravidade e duração de cada infracção.

Gravidade

- (373) Para apreciar a gravidade, a Comissão tem em conta a natureza da infracção, o seu impacte real no mercado (quando mensurável), e a dimensão do mercado geográfico.

Natureza da infracção

- (374) Decorre dos factos descritos que a infracção tinha por objecto reforçar a protecção territorial concedida aos distribuidores exclusivos, elevando-a para um nível de protecção territorial absoluta e eliminando, em cada território, toda e qualquer concorrência ao distribuidor dos produtos nesse território. Tinha ainda por objecto fragmentar artificialmente o mercado único, comprometendo, deste modo, um dos princípios fundamentais do Tratado⁽⁴⁹¹⁾. Restrições deste tipo, dada a sua natureza, constituem violações muito graves do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (375) Os acontecimentos descritos no presente processo constituem uma única infracção continuada ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (376) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, a Linea GIG SpA, a Itochu Corporation, a Concentra — Produtos para Crianças, SA, a CD-Contact Data GmbH e a Nortec AE⁽⁴⁹²⁾ infringiram deliberadamente o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.
- (377) A John Menzies plc argumentou que, ao participar na infracção, se limitou a infringir o artigo 81.º por negligência, visto não estar consciente do carácter ilícito do seu comportamento. Contudo, como o Tribunal de Justiça afirmou (*inter alia*, no acórdão proferido no processo Miller), não é necessário que uma empresa esteja consciente de estar a infringir o artigo 81.º para se poder considerar que a infracção foi cometida deliberadamente. Basta que estivesse consciente de que o comportamento indevido tinha por objecto restrições da concorrência. Como já demonstrado, a John Menzies plc estava consciente de que o seu comportamento tinha por objecto restringir a concorrência (considerandos 118, 130, 131, 145, 146, 147-149, 206) e, por conseguinte, infringiu o artigo 81.º do Tratado CE deliberadamente.

⁽⁴⁸⁹⁾ Em especial, Tipp-ex [Decisão 87/406/CEE da Comissão, nos processos IV/31.192 e IV/31.507 (JO L 222 de 10.8.1987, p. 1)], Tretorn e outros [Decisão 94/987/CE da Comissão, nos processos IV/32.948 — IV/34.590 (JO L 378 de 31.12.1994, p. 45)] e Volkswagen I [Decisão 98/273/CE da Comissão, no processo IV/35.733 (JO L 124 de 25.4.1998 p. 60)].

⁽⁴⁹⁰⁾ SA Musique Diffusion Française, Col. 1983, p. 1825, ponto 109.

⁽⁴⁹¹⁾ SA Musique Diffusion Française, Col. 1983, p. 1825, ponto 107.

⁽⁴⁹²⁾ Ver resposta da Nortec à comunicação de objecções, ponto 3.

(378) A Bergsala AB⁽⁴⁹³⁾ alegou ter confundido comércio paralelo intra-EEE legal com comércio ilegal de produtos de contrafacção e de produtos Nintendo não autorizados (produtos importados no EEE sem o consentimento da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH). Todavia, o processo contém uma série de questionários enviados pela Nintendo of America Inc, bem como as respostas das filiais da Nintendo e de distribuidores independentes, sobre os processos judiciais em que se encontravam envolvidos⁽⁴⁹⁴⁾. A filial finlandesa da Bergsala AB, a Bergsala OY, nas suas respostas de 15 de Novembro de 1995 e 2 de Dezembro de 1997⁽⁴⁹⁵⁾ à Nintendo of America também distinguem claramente entre contrafacção e comércio cinzento. Consequentemente, a afirmação da Bergsala AB de que confundiu estas duas figuras é insustentável. Seja como for, a Bergsala AB também não pode defender que desconhecia que o seu comportamento tinha por objecto restringir a concorrência (considerandos 223, 224, 227). Por conseguinte, a Comissão conclui que a Bergsala AB infringiu deliberadamente o artigo 81.º do Tratado.

(379) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁴⁹⁶⁾ alegou inicialmente ter confundido comércio paralelo intra-EEE legal com comércio ilegal de produtos de contrafacção e de produtos Nintendo não autorizados (produtos importados no EEE sem o consentimento da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH). Contudo, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH não contestou a afirmação da Comissão de que, pelo contrário, os documentos no processo corroboram que a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH tinha um perfeito conhecimento destes diferentes conceitos jurídicos (facto que acabou por admitir expressamente⁽⁴⁹⁷⁾) e que, de qualquer modo, o importante é saber que a interessada tinha o objectivo deliberado de restringir a concorrência e não que disposição jurídica específica estava a infringir⁽⁴⁹⁸⁾.

(380) A Comissão considera, por conseguinte, que a presente infracção constitui, pela sua natureza, uma infracção muito grave ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE.

Impacte real da infracção

(381) Segundo a Itochu Corporation, o facto de os cartuchos de jogos compatíveis com as consolas de jogos Nintendo se encontrarem disponíveis não só junto da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, mas também junto de editores independentes de jogos deve ser tomado em consideração na apreciação dos efeitos da infracção, visto contribuir para atenuar as repercussões da restrição do comércio paralelo dos

produtos⁽⁴⁹⁹⁾. Porém, não existem no processo elementos de prova de que a existência de cartuchos de jogos de outros fabricantes para além da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH atenuou o impacte da infracção.

(382) A infracção tinha por objecto a restrição do comércio paralelo no EEE. Os acontecimentos descritos na secção relativa aos factos revelam que os interessados directos tomaram medidas para aplicar cuidadosamente essa restrição. Nesta base, a Comissão considera que a infracção teve um impacto significativo no mercado.

Dimensão do mercado geográfico relevante

(383) A infracção restringiu o comércio paralelo em todo o EEE (considerandos 333 e 118, 126, 127, 130, 132, 142, 143).

Conclusão relativa à gravidade

(384) Uma vez tida em conta a natureza da infracção, o seu impacto no mercado e o facto de ter restringido o comércio paralelo em todo o EEE, deve concluir-se que as empresas em causa cometeram uma infracção muito grave ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, relativamente à qual pode ser aplicada uma coima superior a 20 milhões de euros.

Tratamento diferenciado

(385) Nos casos em que numa infracção única e continuada, participam várias empresas, pode por vezes ser necessário aplicar factores de ponderação aos montantes fixados relativamente a cada um dos níveis de gravidade, por forma a ter em conta o peso específico de cada empresa e, por conseguinte, o impacto real na concorrência do comportamento ilícito, especialmente quando existe uma forte disparidade entre as dimensões das empresas que cometeram infracções do mesmo tipo.

(386) Neste caso a grande disparidade a nível da dimensão das empresas que participaram na infracção justifica um tratamento diferenciado. Para o efeito, as empresas em causa podem em princípio ser divididas em três grupos em função da sua importância relativa face à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH enquanto distribuidor de produtos Nintendo (e apenas desses produtos) no EEE, importância essa determinada com base na quota de cada parte no volume total de consolas e cartuchos Nintendo adquiridos para distribuição no EEE em 1977, último ano de existência da infracção.

⁽⁴⁹³⁾ Ver resposta da Bergsala à comunicação de objecções, ponto 4.1.3.

⁽⁴⁹⁴⁾ Ver páginas 1686-1694, 1699-1702, 1705-1706, 1714-1716, 1720-1721, 1727-34, 1737-39, 1743, 1746 e 1806.

⁽⁴⁹⁵⁾ Ver páginas 1720 e 1806.

⁽⁴⁹⁶⁾ Argumento avançado numa carta da NOA à Comissão, de 16 de Abril de 1998, página 1633.

⁽⁴⁹⁷⁾ Páginas 1638-1641.

⁽⁴⁹⁸⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-66/92, Herlitz/Comissão, Col. 1994, p. II-531, ponto 45.

⁽⁴⁹⁹⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 20.

(387) Utilizando dados relativos apenas aos produtos fabricados pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH para avaliar a disparidade, em termos de dimensão, das partes, importa ter em conta o facto de algumas delas também distribuírem cartuchos de jogos de outros editores que não a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Visto que todas as partes participavam no comércio tanto de cartuchos como de consolas, utiliza-se como base de cálculo a média da sua quota de mercado de cada produto.

(388) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH tinha uma quota média de vendas de produtos no EEE de [...] % . Por conseguinte, será colocada, sozinha, no primeiro grupo.

(389) A John Menzies plc tinha uma quota média de vendas de produtos no EEE de [...] % . Por conseguinte, será colocada, sozinha, no segundo grupo.

(390) As quotas de mercado de vendas de produtos da Concentra — Produtos para Crianças, SA, da Linea GIG SpA, da Nortec AE, da Bergsala AB, da Itochu Corporation e da CD-Contact Data GmbH no EEE oscilavam entre [...] % e [...] % . Por conseguinte, serão todas colocadas no terceiro grupo.

(391) Nesta base, a Comissão fixa o montante preliminar de base das coimas determinadas em função da gravidade da seguinte forma:

— Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 23 milhões de euros,

— John Menzies plc: 8 milhões de euros,

— Concentra — Produtos para Crianças, SA, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu Corporation e CD-Contact Data GmbH: 1 milhão de euros.

Necessidade de assegurar um efeito dissuasor suficiente

(392) Ao calcular o montante inicial da coima, deve ser tomada em consideração a necessidade de fixar essa coima a um nível que assegure um efeito dissuasor suficiente. Para tal, é necessário determinar a necessidade de proceder a um ajustamento do montante inicial em relação a uma empresa.

(393) No presente caso, relativamente à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, John Menzies plc e Itochu Corporation, a Comissão considera que o ponto de partida adequado das coimas exige ajustamentos no sentido da alta, por forma a ter em conta as respectivas dimensões e recursos globais.

(394) A Itochu Corporation alegou que, uma vez que entretanto tinha deixado de ser distribuidor dos produtos, não existia qualquer razão para aumentar a sua coima com base na dissuasão⁽⁵⁰⁰⁾. A Comissão entende que a dissuasão deve ser assegurada, quer a empresa tenha ou

não mantido relações bilaterais com os outros participantes na infracção após o seu termo.

(395) É, nomeadamente, necessário assegurar este efeito dissuasor suficiente, no que se refere à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH visto que, em razão da sua dimensão, deve igualmente ser tido em conta o facto de se tratar do fabricante de produtos afectados pela infracção⁽⁵⁰¹⁾.

(396) Com base no que precede, o montante inicial das respectivas coimas deve ser aumentado em 3 para 69 milhões de euros, no caso da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, em 1,25 para 10 milhões de euros no caso da John Menzies e em 3 para 3 milhões de euros no caso da Itochu Corporation.

Duração da infracção

(397) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH participou na infracção de Janeiro de 1991 até ao final de Dezembro de 1997 (considerando 345), ou seja, seis anos e 11 meses. Em consequência, o montante inicial da coima será majorado de 65 %.

(398) A John Menzies plc participou na infracção de 4 de Agosto de 1995 até ao final de Dezembro de 1997 (considerandos 297-304, 346), ou seja, dois anos e quatro meses. Em consequência, o montante inicial da coima será majorado de 20 %.

(399) A Concentra — Produtos para Crianças, SA participou na infracção de 14 de Maio de 1991 até ao final de Dezembro de 1997 (considerando 347), ou seja, seis anos e sete meses. Em consequência, o montante inicial da multa será majorado de 65 %.

(400) A Linea GIG SpA participou na infracção de 1 de Outubro de 1992 até ao final de Dezembro de 1997 (considerando 348), ou seja, cinco anos e três meses. Em consequência, o montante inicial da coima será majorado de 50 %.

(401) A Nortec AE participou na infracção de 23 de Outubro de 1997 até ao final de Dezembro de 1997 (considerando 349) ou seja, pouco mais de dois meses. Em consequência, o montante inicial da coima não será majorado.

(402) A Bergsala AB participou na infracção de 15 de Maio de 1995 até ao final de Dezembro de 1997 (considerando 350), ou seja, dois anos e sete meses. Em consequência, o montante inicial da coima será majorado de 25 %.

(403) A Itochu Corporation participou na infracção de 16 de Dezembro de 1991 até 28 de Fevereiro de 1997 (considerando 351), ou seja, cinco anos e dois meses. Em consequência, o montante inicial da coima será majorado de 50 %.

⁽⁵⁰⁰⁾ Ver resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 47.

⁽⁵⁰¹⁾ SA Musique Diffusion Française, ponto 75.

(404) A CD-Contact Data GmbH participou na infracção de 28 de Outubro de 1997 até ao final de Dezembro de 1997 (considerando 352), ou seja, pouco mais de dois meses. Em consequência, o montante inicial da coima não será majorado.

Conclusão relativa aos montantes de base

(405) Tendo em conta todos os factores relativos à gravidade e duração de todas as infracções, considerados conjuntamente, os montantes de base relativamente a cada parte são os seguintes:

- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 113,85 milhões de euros,
- John Menzies Plc: 12 milhões de euros,
- Concentra — Produtos para Crianças, SA: 1,65 milhões de euros,
- Linea GIG SpA: 1,5 milhões de euros,
- Nortec AE: 1 milhão de euros,
- Bergsala AB: 1,25 milhões de euros,
- Itochu Corporation: 4,5 milhões de euros,
- CD-Contact Data GmbH: 1 milhão de euros.

2.4.2.3. Circunstâncias agravantes

Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH

Papel de liderança

(406) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH foi o líder e instigador da infracção (considerandos 228-238), facto que não contestou⁽⁵⁰²⁾. Face a esta circunstância agravante, afigura-se adequado majorar o montante de base da coima em 50 % no caso da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH.

Continuação da infracção

(407) Ademais, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH prosseguiu a infracção, mesmo depois de a Comissão ter dado início ao processo em Junho de 1995.

(408) A Comissão pode ter em conta, a título de circunstância agravante, o facto de as partes terem deliberadamente continuado uma infracção manifesta após a Comissão ter investigado o comportamento dos participantes na infracção, visto tal comportamento revelar que as partes na infracção estavam especialmente determinadas na sua prossecução, não obstante o risco de coima⁽⁵⁰³⁾. Não é

necessário que as partes tenham sido expressamente avisadas pela Comissão de que o seu comportamento era ilícito⁽⁵⁰⁴⁾. O facto de, ao fixar o montante de base da coima, se ter em conta o conhecimento, por parte das empresas, de que o seu comportamento era ilícito, não impede a aplicação de um factor agravante por a infracção ter prosseguido depois de terem conhecimento da investigação da Comissão⁽⁵⁰⁵⁾.

(409) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH prosseguiu o seu comportamento ilícito depois de tomar conhecimento da investigação da Comissão. Neste contexto, é relevante o facto de a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ter tido conhecimento da investigação da Comissão sobre o seu sistema de distribuição, o mais tardar, em Junho de 1995 (considerando 86).

(410) Ademais, a particular determinação manifestada pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH em prosseguir a infracção depois de ter tido conhecimento da investigação da Comissão é corroborada pelos seguintes elementos:

— em Março e Abril de 1996, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH pressionou a John Menzies plc no sentido de se assegurar da observância, por parte desta última, da infracção (considerandos 119-126). Em consequência, as exportações paralelas a partir do Reino Unido foram substancialmente reduzidas depois de Fevereiro de 1996 (considerandos 140-142),

— a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH desenvolveu um sistema de troca de informações e colaboração prática e, apenas plenamente operacional em Abril de 1996, o que significa um reforço considerável da política de controlo efectivo do comércio paralelo e respectivos operadores (considerandos 273-280),

— tal como também reconhecido pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁵⁰⁶⁾, a partir do início de 1995, foram desenvolvidas mais acções para limitar o comércio paralelo na Europa do que na fase inicial da infracção,

— a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH admitiu que os seus quadros superiores e filiais no EEE foram adequadamente informados das implicações, na perspectiva do direito comunitário, de práticas destinadas a impedir o comércio paralelo, pelo menos depois de a Comissão ter iniciado a sua investigação, em 1995⁽⁵⁰⁷⁾,

⁽⁵⁰⁴⁾ ABB, ponto 214 e acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-21/99, Dansk Rørindustri/Comissão, ponto 153, Col. 2002, p. II-1681.

⁽⁵⁰⁵⁾ ABB, ponto 212.

⁽⁵⁰⁶⁾ Ver resposta da Nintendo à comunicação de objecções, ponto 6.4.

⁽⁵⁰⁷⁾ Páginas 1639-1640 e resposta da Nintendo à comunicação de objecções, ponto 4.2.

⁽⁵⁰²⁾ Resposta da Nintendo à comunicação de objecções, ponto 6.16.

⁽⁵⁰³⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 20 de Março de 2002, no processo T-31/99, ABB, Asea Brown Boveri Ltd/Comissão, ponto 211, Col. 2002, p. II-1881.

- a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH alega ter explicado às suas filiais na Europa os princípios jurídicos relevantes em matéria de limites à protecção dos distribuidores exclusivos e das vendas à exportação, activas ou passivas, no contexto do seu conflito com a John Menzies no início de 1996 ⁽⁵⁰⁸⁾,
- Com efeito, em Junho de 1996, a Nintendo France SARL enviou a todos os seus clientes uma circular explicando em pormenor o que se considerava exportações paralelas ilícitas ⁽⁵⁰⁹⁾. Esta definição não incluía a importação de produtos de outros países do EEE inicialmente colocados nos mercados desses países pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ou com o seu consentimento ⁽⁵¹⁰⁾.
- Ademais, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH admitiu ⁽⁵¹¹⁾ que as instruções explícitas por si dirigidas em 15 de Maio de 1997 às suas filiais no EEE recordando-lhes as disposições do direito comunitário em matéria de comércio paralelo intra-EEE (considerando 92) foram ignoradas pela Nintendo of Europe GmbH, Nintendo France SARL e Nintendo España SA. De facto, estas filiais da Nintendo continuaram a restringir o comércio paralelo depois de 15 de Maio de 1997 (considerandos 153-157, 176-179).

(411) Relativamente a esta agravante, afigura-se adequado majorar o montante de base da coima em 25 % no caso da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH.

John Menzies plc

Continuação da infracção

(412) A John Menzies plc prosseguiu com a infracção, mesmo depois de a Comissão ter iniciado as suas investigações, das quais tomou conhecimento o mais tardar em 7 de Março de 1997, quando a Comissão lhe dirigiu um pedido formal de informações (considerando 96). A John Menzies plc admitiu que a sua participação na infracção teve início antes dessa data e prosseguiu até Dezembro de 1997 ⁽⁵¹²⁾. Neste contexto, o montante de base da coima a aplicar à John Menzies plc é majorado em 10 %.

Recusa de cooperar com a Comissão

(413) Em 7 de Março de 1997, a Comissão enviou à John Menzies plc um pedido formal de informações nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17. As declarações da John Menzies plc de 25 de Abril de 1997

constituíram a sua resposta a este pedido (considerando 96).

- (414) A Comissão entende que a resposta da John Menzies plc, de 25 de Abril de 1997, prestava falsas informações, induzindo a Comissão em erro quanto ao âmbito exacto da infracção. A John Menzies plc contestou esta apreciação ⁽⁵¹³⁾.
- (415) No seu pedido formal de informações de 7 de Março de 1997, a Comissão perguntava explicitamente à John Menzies plc: «Os vendedores estão obrigados a vender os produtos apenas a consumidores finais e/ou a outros vendedores autorizados? Em caso afirmativo, o vendedor autorizado no Reino Unido e Irlanda também vende a outras empresas [...] fora do território de vendas da THE?» ⁽⁵¹⁴⁾. O pedido de informação especificava ainda que estas questões eram suscitadas por informações recebidas pela Comissão que sugeriam que operadores tinham sido impedidos de adquirir produtos noutros Estados-Membros ⁽⁵¹⁵⁾.
- (416) Na sua resposta de 25 de Abril de 1997, a John Menzies plc declarou que «as condições e modalidades de venda da THE Games não impõem quaisquer restrições aos “vendedores” no que se refere à forma como esse “vendedor” pode transaccionar os produtos fornecidos, excepto no que se refere à locação» ⁽⁵¹⁶⁾. Aludiu à [...] a título de exemplo de casos em que permitiu a uma empresa assumir o estatuto de subdistribuidor. Declarou ainda que «não existem exemplos de retalhistas ou vendedores por correspondência fidedignos aos quais a THE Games tenha recusado o fornecimento de produtos (salvo em circunstâncias que se prendem com a limitada disponibilidade do produto [...])» ⁽⁵¹⁷⁾. A John Menzies plc também declarou que, não obstante, em resultado do que considera uma política comercial estabelecida unilateralmente, não vendeu a subdistribuidores. Apresentou uma cópia deste documento (referido na presente decisão por «THE Games Commercial Policy Regarding Authorised Customer» e descrito nos considerandos 112 e 113) na sua carta de 25 de Abril de 1997.

(417) Contrariamente à resposta da John Menzies plc de 25 de Abril de 1997, o conflito com a [...]*, em Agosto de 1995, referia-se justamente a uma situação oposta, ou seja, o facto de a John Menzies plc pretender obrigar [...] a vender apenas a estabelecimentos de venda a retalho (isto é, a consumidores finais) que pertencessem ao mesmo grupo de empresas que a [...]*, a saber, o grupo [...]*, e não na qualidade de subdistribuidor a outras empresas (considerando 114).

⁽⁵⁰⁸⁾ Página 1640.

⁽⁵⁰⁹⁾ Página 1464.

⁽⁵¹⁰⁾ Da página 1546 podem ser retiradas conclusões semelhantes.

⁽⁵¹¹⁾ Página 1640.

⁽⁵¹²⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 9.2.

⁽⁵¹³⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, anexo A, ponto 214.

⁽⁵¹⁴⁾ «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?» [língua original], página 439, questão 3.

⁽⁵¹⁵⁾ Página 437.

⁽⁵¹⁶⁾ «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», [língua original], página 447.

⁽⁵¹⁷⁾ «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 [...]) [língua original], página 446.

(418) Além disso, ainda contrariamente à sua resposta de 25 de Abril de 1997, a John Menzies tinha recusado fornecimentos a empresas com base no facto de estas terem exportado produtos, ou tencionarem fazê-lo. Por conseguinte, a John Menzies impôs efectivamente restrições que significavam que os seus clientes não podiam vender a empresas fora do seu território de vendas (considerandos 132-139).

(419) Com base no que precede, concluiu-se que o comportamento da John Menzies plc deve ser considerado uma recusa a cooperar com a Comissão e que durou até esta empresa ter decidido começar a cooperar no início de Janeiro de 1998. Face a esta circunstância agravante, afigura-se adequado majorar o montante de base da coima em 10 % no caso da John Menzies plc.

(420) Em conclusão, o montante de base da coima a aplicar à John Menzies plc é majorado em 20 %.

2.4.2.4. Circunstâncias atenuantes

Um papel exclusivamente passivo na infracção

(421) Com base nos factos referidos nos considerandos 212 e 213, deve considerar-se que a Concentra — Produtos para Crianças, SA desempenhou um papel meramente passivo durante a maior parte do período. Por conseguinte, no caso da Concentra — Produtos para Crianças, SA, justifica-se reduzir o montante de base da coima em 50 %.

(422) A Bergsala AB, a Linea GIG SpA, a Itochu Corporation, a CD-Contact Data GmbH e a John Menzies plc ⁽⁵¹⁸⁾ alegaram ter tido um papel exclusivamente passivo ou «seguidista» na infracção. Mais concretamente, avançaram os argumentos seguintes referidos para apoiar esta alegação.

(423) A Bergsala AB refere o papel de líder da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, o facto de, ao comunicar informações sobre importações paralelas no seu território, o fazer em resposta a pedidos do grupo Nintendo e o facto de ser economicamente dependente da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, o que não lhe permitia outra opção que não a participação na infracção ⁽⁵¹⁹⁾.

(424) Contudo, o argumento da Bergsala AB não pode ser aceite, dado ter espontaneamente apresentado informações à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH sobre importações paralelas no seu território, solicitando, simultaneamente à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH que lhes pusesse termo (considerando 227).

(425) A Linea GIG SpA ⁽⁵²⁰⁾ alegou não dispor de poder de decisão autónomo, dado ter de pagar à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH um preço supe-

rior ao pago por outros distribuidores, nunca ter participado numa reunião (contrariamente à Bergsala AB) que visasse restringir o comércio paralelo e nunca ter tomado medidas directas para controlar o comércio paralelo, para fixar o preço dos produtos ou para impedir as exportações paralelas a partir ou com destino a Itália.

(426) Os argumentos da Linea GIG SpA não podem ser aceites visto que:

— o argumento relativo à sua autonomia de decisão é contradito por uma declaração da própria Linea de que tentou manter a Itália ao abrigo de importações paralelas (considerandos 217-221),

— o mero facto de a Bergsala AB ter participado numa reunião destinada a restringir o comércio paralelo não pode, por si só, ser relevante para concluir que a Linea GIG teve um comportamento passivo. Muito pelo contrário, as provas revelam que a Linea GIG SpA participou activamente na infracção (considerandos 217-221).

(427) A Itochu Corporation ⁽⁵²¹⁾ alude à natureza vertical da infracção e à consequente posição desigual das partes face ao papel de líder da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. O papel relativamente passivo da Itochu Corporation é provado pelo facto de i) o seu acordo restritivo do comércio paralelo assinado com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ter sido imposto numa base de «pegar ou largar» (o facto de outros distribuidores independentes terem acordos de distribuição idênticos, demonstra-o), ii) o tom «menos emocional» nas suas comunicações relativas ao comércio paralelo e a sua menor frequência, em especial comparativamente à Nortec AE e iii) a presença permanente na Grécia de produtos importados em circuito paralelo, enquanto prova da sua relativa passividade na infracção.

(428) A Itochu Corporation alega ainda que estava mais distanciada ⁽⁵²²⁾ da infracção que outros distribuidores independentes. Para apoiar esta alegação, refere o facto de os seus resultados enquanto distribuidor dos produtos não terem sido brilhantes, de a legalidade das restrições ao comércio paralelo e as suas políticas de comercialização terem sido objecto de um conflito interno da Itochu Corporation e de ter participado, ela própria, em exportações e importações paralelas. Ademais, alega que a sua motivação não consistia em restringir o comércio paralelo, mas em melhorar o seu preço de aquisição à Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, que maximizava os seus lucros aumentando artificialmente os seus preços numa série de territórios, e isto à custa dos distribuidores independentes.

⁽⁵¹⁸⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 9.4.

⁽⁵¹⁹⁾ Resposta da Bergsala à comunicação de objecções, ponto 4.1.4.

⁽⁵²⁰⁾ Resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 3.

⁽⁵²¹⁾ Resposta da Itochu à comunicação de objecções, pontos 36-38 e 42.

⁽⁵²²⁾ Resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 37.

(429) Os argumentos da Itochu Corporation em apoio do seu papel meramente passivo não podem ser aceites visto que:

- a natureza vertical da infracção é uma característica geral da infracção, sem qualquer relevância para a apreciação do comportamento real da Itochu Corporation no âmbito da infracção. O comportamento geral da Itochu Corporation enquanto distribuidor dos produtos ou a existência de um conflito interno a nível da Itochu Corporation é irrelevante na perspectiva do seu comportamento real no âmbito da infracção,
- a frequência com que a Itochu Corporation efectuou comunicações relativas ao comércio paralelo ou o seu tom mais ou menos «emocional» não tem qualquer relevância para o facto de a Itochu Corporation ter comunicado espontaneamente informações relativas ao comércio paralelo no seu território, sabendo que essas informações seriam utilizadas para restringir o comércio paralelo a partir de outros territórios (considerando 206). O facto de as importações paralelas na Grécia serem um problema recorrente só prova que o comportamento ilícito da Itochu pode não ter sido coroado de êxito e não que a empresa não participou na infracção,
- dos documentos indicados pela Itochu Corporation⁽⁵²³⁾ pode indubitavelmente deduzir-se que a NOE interveio no sentido de impedir a Itochu de adquirir produtos à John Menzies plc. Contudo, a carta de 1 de Abril de 1996 sugere que a NOE convenceu a Itochu Corporation a não adquirir produtos à John Menzies plc, alegando simplesmente que, de outro modo, teria dificuldades em persuadir a John Menzies plc a manter as práticas destinadas a restringir as exportações paralelas do Reino Unido. Assim sendo, ao não adquirir produtos à John Menzies plc, a Itochu Corporation apoiou os esforços da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH que visavam obrigar a John Menzies plc a observar a infracção,
- o facto de a Itochu Corporation (e a CD-Contact Data GmbH) efectuarem elas próprias exportações não constitui prova de uma participação exclusivamente passiva. O facto de uma empresa, cuja participação numa infracção destinada a restringir o comércio paralelo foi provada, não manter no mercado o comportamento acordado não é um aspecto necessariamente a ter em conta enquanto circunstância atenuante no âmbito da fixação do montante da coima a aplicar. Uma empresa que, não obstante a sua participação numa infracção comum, adopta uma política independente no

mercado, pode simplesmente estar a tentar aproveitar a infracção em benefício próprio⁽⁵²⁴⁾,

- por fim, o facto de a Itochu Corporation ter um acordo formal de distribuição idêntico aos de outros distribuidores independentes não pode ser considerado prova do papel passivo ou distinto do de outros distribuidores independentes dado que, por si só, o facto de um acordo conter disposições destinadas a restringir o comércio paralelo nada revela sobre o comportamento real no âmbito da posseção do objectivo fixado.

- (430) A CD-Contact Data GmbH refere o facto de ter fornecido os produtos a empresas estabelecidas no estrangeiro e a empresas do seu próprio território, plenamente consciente de que os produtos se destinavam à exportação. Refere ainda decisões da Comissão⁽⁵²⁵⁾ em que não foi aplicada qualquer coima a empresas economicamente dependentes dos seus fornecedores e que não participaram activamente numa infracção.
- (431) Como indicado no considerando 429, as exportações não são, por si só, suficientes para provar um papel passivo. Uma empresa que, não obstante a sua participação numa infracção comum, adopta uma política mais ou menos independente no mercado, pode simplesmente estar a tentar aproveitar a infracção em benefício próprio. Na medida em que a CD-Contact Data GmbH comunicou espontaneamente à NOE informações sobre importações paralelas no seu território (considerando 197), a sua participação deve ser considerada activa.
- (432) No atinente à John Menzies plc, esta empresa impediu o comércio paralelo a partir do Reino Unido no âmbito de uma política comercial sistemática, aplicada activamente, e que não necessitou de qualquer controlo contínuo ou acção por parte da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo Of Europe GmbH ou qualquer outro distribuidor independente (considerando 133). A colaboração activa da John Menzies plc pode ainda deduzir-se do facto de ter, por iniciativa própria, reforçado os seus controlos mediante introdução de um sistema de marcação para identificar os operadores dos circuitos paralelos (considerando 149) e solicitado aos outros participantes informações adicionais que lhe facilitassem os esforços envidados para impedir as exportações paralelas a partir do Reino Unido (considerandos 144, 145, 146 e 147).
- (433) Por conseguinte, a Comissão conclui que não se justifica reduzir as coimas, a não ser no caso da Concentra — Produtos para Crianças, SA, com base no papel passivo das empresas.

⁽⁵²⁴⁾ Processo T-308/94, Cascades SA/Comissão Col. 1998, p. II-925, ponto 230.

⁽⁵²⁵⁾ Em especial, Decisão 87/406/CEE da Comissão, nos processos IV/31.192 e IV/31.507 Tapp-ex (JO L 222 de 10.8.1987, p. 1) e Decisão 94/987/CE da Comissão, nos processos IV/32.284 — 34.590 Tretorn e outros (em particular, o caso Tenimport) (JO L 378 de 31.12.1994, p. 45) e Decisão da Comissão, no processo IV/35.733 Volkswagen (JO L 124 de 25.4.1998, p. 60).

⁽⁵²³⁾ Resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 31.

Implicação na prática dos acordos ou práticas contestados

- (434) Concentra — Produtos para Crianças, SA, Linea GIG SpA, Itochu Corporation e a CD-Contact Data GmbH alegam que não aplicaram as práticas ilícitas. A Linea GIG SpA ⁽⁵²⁶⁾ e a Bergsala AB ⁽⁵²⁷⁾ alegam ainda que a comunicação de objecções não identifica quaisquer acções directas contra terceiros destinadas a impedir o comércio paralelo legal resultantes da sua própria participação na infracção.
- (435) Existem amplos elementos de prova de que o comércio paralelo foi restringido por autores da infracção em que participaram as empresas acima mencionadas. Por conseguinte, não podem alegar que a infracção em que participaram não foi efectivamente praticada. O facto de não terem sido praticadas quaisquer acções contra terceiros destinadas a impedir o comércio paralelo em consequência directa do comportamento de um determinado autor em nada altera a presente conclusão.
- (436) A Linea GIG SpA ⁽⁵²⁸⁾ e a Itochu Corporation ⁽⁵²⁹⁾ alegaram ainda que continuou a registar-se comércio paralelo nos seus territórios. Contudo, o simples facto de os autores não terem tido êxito total a nível da prossecução do objectivo da infracção não prova que o acordo não tenha sido executado.
- (437) Por conseguinte, a Comissão conclui não se justificar qualquer redução das coimas em resultado da aplicação desta circunstância atenuante.

Termo da infracção concomitantemente à intervenção da Comissão

- (438) Antes do reconhecimento por parte da John Menzies plc em 1 de Dezembro de 1997, a Comissão tinha já, no seu pedido de informações de 7 de Março de 1997, inquirido a John Menzies plc sobre as suas práticas de distribuição e eventual obstrução ao comércio paralelo (considerandos 96-98), como indicado nos considerandos 412 e seguintes. A John Menzies não pôs termo à infracção quando a Comissão interveio. Em consequência, não existem motivos para reduzir a coima a aplicar à John Menzies plc com base nesse motivo.
- (439) A Linea GIG SpA alega que o facto de a infracção ter cessado durante o processo deve ser considerada uma circunstância atenuante ⁽⁵³⁰⁾. A Linea GIG SpA pretende que essa circunstância deve ser tida tanto mais em

consideração quanto a empresa cessara a actividade ilegal antes de qualquer acção da Comissão a seu respeito. Porém, para beneficiar desta circunstância atenuante, a empresa deve provar que a sua acção voluntária destinada a pôr termo à infracção está directamente ligada à acção da Comissão. Visto que a Linea GIG SpA não consegue demonstrar este facto, não existem motivos para que a coima a aplicar seja reduzida.

Compensação de terceiros por parte da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH

- (440) Na sequência da sua decisão de colaborar, e instigada pela Comissão, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH ofereceu compensações financeiras consideráveis a terceiros identificados na comunicação de objecções como tendo sido lesados financeiramente pelas actividades da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Foram oferecidas compensações à [...]*, [...]*, [...]*, [...]*, [...]*, [...]*, [...]*, [...]*, [...]*, e [...]* ⁽⁵³¹⁾ (considerandos 123, 131, 132, 136-138, 147-150, 157, 165, 209). À excepção da [...]* e da [...]*, todas elas aceitaram essas compensações ⁽⁵³²⁾.
- (441) Ciente deste elemento, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH deve beneficiar de uma redução de 300 000 euros.

Comportamento sob pressão

- (442) A John Menzies plc ⁽⁵³³⁾ alegou que a Comissão deveria ter em conta, enquanto circunstância atenuante, o facto de a John Menzies plc ter aderido à infracção visto uma atitude contrária ter consequências lesivas para os seus interesses.
- (443) Mesmo que a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH tivesse de exercer pressões reais para se assegurar que o comportamento da John Menzies plc era consentâneo com a infracção (considerandos 119-126) e caso esta não se submetesse à política restritiva do comércio paralelo, tal atitude teria muito provavelmente causado um prejuízo real e grave às actividades da John Menzies plc (considerando 120). Em vez de cometer a infracção, a John Menzies plc podia ter contactado a Comissão e denunciado o comportamento da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. Por conseguinte, a Comissão não pode reduzir a coima com base nestes argumentos.

⁽⁵²⁶⁾ Resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 4.2.

⁽⁵²⁷⁾ Resposta da Bergsala à comunicação de objecções, ponto 4.1.4.

⁽⁵²⁸⁾ Resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 4.2.

⁽⁵²⁹⁾ Resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 43.

⁽⁵³⁰⁾ Resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 5.

⁽⁵³¹⁾ Ver anexo B da resposta da Nintendo à comunicação de objecções.

⁽⁵³²⁾ Ver declaração da Nintendo de 21 de Dezembro de 2001.

⁽⁵³³⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 9.4.

(444) A alegação da Linea GIG SpA e da Itochu Corporation de que tiveram de aceitar o acordo formal de distribuição da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH que restringia o comércio paralelo numa base de «pegar ou largar» também não justifica a redução da coima. O facto de as condições não serem negociáveis não significa que não as aceitaram de livre vontade e que não cometeram a infracção. Por conseguinte, não pode ser concedida qualquer redução das coimas.

(445) A Nortec AE alega que, se pretendia assegurar a sua sobrevivência, não tinha qualquer outra possibilidade que não a de infringir o n.º 1 do artigo 81.º Alega que os produtos importados nos circuitos paralelos na Grécia, com origem no Reino Unido, que exploravam as diferenças entre os elevados preços de compra praticados pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH em relação à Nortec AE e os preços conseguidos no Reino Unido pelas empresas de comércio paralelo, colocavam uma séria ameaça à empresa.

(446) Segundo a Nortec AE, esta situação foi agravada pelo comportamento da [...]*, o distribuidor exclusivo para a Grécia da Playstation da Sony e respectivos cartuchos de jogos compatíveis e também o principal operador grego a nível do comércio paralelo de produtos Nintendo. Dado que o acordo da Nortec AE com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH impedia a primeira de distribuir produtos concorrentes, enquanto, aparentemente, a [...]* o podia fazer, a Nortec AE encontrava-se em desvantagem. A título de prova do alegado comportamento ilegal e não equitativo da [...]*, a Nortec AE apresentou cópias de duas injunções do juiz do tribunal de primeira instância de Atenas, ambas a favor da Nortec AE e contra a [...]*.

(447) A Nortec AE podia ter insistido com a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH para que diminuísse os seus preços dos produtos ou, em alternativa, que flexibilizasse as condições do seu acordo de distribuição em vez de, pelo contrário, optar por participar na infracção. Por conseguinte, não pode ser concedida à Nortec AE qualquer redução a este nível.

Benefícios financeiros decorrentes da infracção

(448) A Itochu Corporation⁽⁵³⁴⁾, a John Menzies plc⁽⁵³⁵⁾ e a CD-Contact Data GmbH⁽⁵³⁶⁾ alegaram que, provavelmente, não beneficiaram financeiramente na mesma medida que os outros participantes, ou nem sequer beneficiaram da infracção. À partida, a Comissão não considera que o não benefício de uma infracção ou uma desvantagem económica sofrida em razão da participação numa infracção constitua uma circunstância

atenuante. Não obstante a afirmação da CD-Contact Data GmbH, nada na Decisão 94/985/CE da Comissão no processo Far Eastern Freight Conference⁽⁵³⁷⁾ contradiz esta conclusão.

(449) Por conseguinte, não existem motivos que permitam reduzir as coimas a este título.

Programas de conformidade da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e da John Menzies plc

(450) Posteriormente à sua decisão de colaborar, a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH e a John Menzies plc introduziram programas de conformidade com vista a garantir que as suas actividades comerciais seriam exercidas em conformidade com a lei.

(451) Muito embora a Comissão se congratule com todas as medidas tomadas pelas empresas com vista a aumentar os conhecimentos dos seus empregados no domínio das regras da concorrência em vigor, estas iniciativas não libera a Comissão do seu dever de sancionar as muito graves infracções à regras da concorrência.

Não aplicação da comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou redução de coimas no caso de cartéis

(452) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH⁽⁵³⁸⁾, a John Menzies plc⁽⁵³⁹⁾ a Linea GIG SpA⁽⁵⁴⁰⁾, a Bergsala AB⁽⁵⁴¹⁾ e a CD-Contact Data GmbH⁽⁵⁴²⁾ solicitaram a aplicação da Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou redução de coimas no caso de cartéis⁽⁵⁴³⁾.

(453) O primeiro parágrafo desta comunicação reserva a sua aplicação a «cartéis secretos» entre empresas destinados a fixar preços ou quotas de produção ou de vendas, a partilhar mercados ou a impedir exportações ou importações. A sua aplicação limita-se à subcategoria de acordos abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, a saber, os acordos secretos e horizontais (como são os «cartéis»). Por conseguinte, as partes não podem beneficiar da aplicação directa da comunicação, dado o carácter vertical da presente infracção.

Cooperação efectiva por parte das empresas no processo, fora do âmbito da comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou redução de coimas

(454) A cooperação efectiva de empresas nos processos da Comissão pode ser considerada circunstância atenuante fora do âmbito da Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou redução de coimas. A este respeito, algumas empresas participantes na presente infracção cooperaram efectivamente com a Comissão.

⁽⁵³⁴⁾ Resposta da Itochu à comunicação de objecções, ponto 40.

⁽⁵³⁵⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 5.

⁽⁵³⁶⁾ Resposta da Contact à comunicação de objecções, ponto 37.

⁽⁵³⁷⁾ JO L 378 de 31.12.1994, p. 17.

⁽⁵³⁸⁾ Resposta da Nintendo à comunicação de objecções, pontos 6.9-6.14.

⁽⁵³⁹⁾ Resposta da John Menzies à comunicação de objecções, ponto 10.

⁽⁵⁴⁰⁾ Resposta da Linea à comunicação de objecções, ponto 2.

⁽⁵⁴¹⁾ Resposta da Bergsala à comunicação de objecções, ponto 3.

⁽⁵⁴²⁾ Resposta da Contact à comunicação de objecções, ponto 37.

⁽⁵⁴³⁾ JO C 207 de 18.7.1996, p. 4.

John Menzies plc

- (455) As declarações da John Menzies plc de 13 de Janeiro de 1998 tiveram um carácter espontâneo.
- (456) Essas declarações de 13 de Janeiro de 1998 incluíam as cartas de 4 de Abril de 1996 da NOE à John Menzies plc e a resposta desta à carta da NOE de 11 de Abril de 1996, referida nos considerandos 121-131, que contribuíram significativamente para estabelecer a colaboração intensa entre a John Menzies plc e a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, com vista a reforçar o controlo das exportações paralelas a partir do território da John Menzies plc. Prestavam ainda informações suplementares sobre as tentativas de que a John Menzies plc foi alvo para proceder a vendas passivas à exportação. A Comissão entende que as declarações de 13 de Janeiro foram mais longe do que o exigido pela obrigação de resposta a pedidos formais de informação formulados anteriormente, pelo que podem ser consideradas uma colaboração efectiva no processo da Comissão.
- (457) Tendo em conta o que precede, justifica-se reduzir, a título de cooperação efectiva, em 40 % o montante de base da coima a aplicar à John Menzies plc.

Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH

- (458) Subsequentemente ao reconhecimento pela Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, em 23 de Dezembro de 1997 (considerando 94), a empresa transmitiu espontaneamente à Comissão, depois da John Menzies plc, inúmeros documentos no contexto das suas declarações recebidas em 21 de Janeiro, 1 de Abril e 15 de Maio de 1998⁽⁵⁴⁴⁾. Estes documentos contribuíram para confirmar a existência da infracção, reforçando o conhecimento que a Comissão tinha dos factos, com base nas suas próprias investigações e nos documentos apresentados pela John Menzies plc. Os documentos também ajudaram a estabelecer a participação dos diferentes autores e o âmbito geográfico da infracção.
- (459) A Comissão considera que estas transmissões foram além da obrigação da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH de responder a pedidos formais de informação anteriores e que, portanto, podem ser consideradas como cooperação efectiva com o processo da Comissão.
- (460) Por conseguinte, tendo em conta a colaboração efectiva da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, justifica-se uma redução de 25 % do montante de base da coima a aplicar.
- (461) A Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH solicitou à Comissão que exercesse o seu poder disci-

cionário para que qualquer benefício que viesse eventualmente a retirar da sua colaboração voluntária fosse também extensível aos seus distribuidores independentes, tendo em conta o seu papel de instigador e coordenador e ainda o seu empenho em não procurar obter qualquer vantagem à custa dos seus distribuidores abordando a Comissão.

- (462) Só se justifica uma redução das coimas a título de cooperação durante o processo administrativo se o comportamento da empresa em causa permitir à Comissão estabelecer com maior facilidade a existência de uma infracção e, se relevante, pôr termo a essa infracção⁽⁵⁴⁵⁾. Por conseguinte, a Comissão não pode deferir ao pedido da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH. De qualquer modo, nada impede a Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH de, se assim o desejar, compensar os seus distribuidores independentes na sequência da presente decisão.
- (463) Para além da John Menzies plc e da Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, nenhum outro autor da infracção apresentou provas de elementos adicionais no presente caso.
- (464) Em suma, os montantes de base das coimas a aplicar a cada uma das empresas deve ser reduzido da seguinte forma:
- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 25 % adicionado de um montante de 300 000 euros
 - John Menzies plc: 40 %
 - Concentra — Produtos para Crianças, SA: 50 %
 - Linea GIG SpA: 0 %
 - Nortec AE: 0 %
 - Bergsala AB: 0 %
 - Itochu Corporation: 0 %
 - CD-Contact Data GmbH: 0 %

2.4.2.5. Capacidade de honrar o pagamento

- (465) A Itochu Corporation alegou que a Comissão deve tomar em consideração o facto de a Itochu Hellas EPE, ter registado prejuízos durante todo o período em que foi o distribuidor dos produtos, à excepção do período 1995-1996.
- (466) Tomar em consideração a situação financeira adversa de uma empresa para fixar as coimas equivaleria a conferir uma vantagem competitiva não justificada às empresas que pior se adaptam às condições do mercado⁽⁵⁴⁶⁾. Seja como for, a Itochu Corporation também não apresentou provas de que estes prejuízos da Itochu Hellas EPE comprometiam a sua situação financeira.

⁽⁵⁴⁵⁾ Ver acórdão do Tribunal de Justiça, no processo C-297/98 P, SCA Holding/Comissão, Col. 2000, p. I-10101, ponto 36.

⁽⁵⁴⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça, nos processos apensos 96-102, 104, 108 e 110/82 NV IAZ International Belgium e outros/Comissão Navewa, Col. 1983, p. 3369, pontos 54-55.

(467) A Linea GIG SpA declara que a sociedade foi submetida a um processo de liquidação em 8 de Janeiro de 1999 e que solicitou protecção em relação aos seus credores⁽⁵⁴⁷⁾, propondo a cedência da totalidade dos activos da empresa aos seus credores. Este pedido foi admitido e, subsequentemente, ratificado em 17 de Novembro de 1999 pelo Tribunal nacional em Florença. Contudo, a Comissão considera que ter em consideração a situação financeira adversa de uma empresa quando se estabelecem coimas seria semelhante a conferir uma vantagem competitiva injustificada às empresas pior adaptadas às condições de mercado.

(468) A Bergsala AB deduz, da Decisão 85/206/CEE da Comissão, de 19 de Dezembro de 1984⁽⁵⁴⁸⁾, que a Comissão pode decidir não aplicar coimas em presença de circunstâncias especiais. A Bergsala AB alegou que a sua situação financeira na altura em que respondeu à comunicação de objecções da Comissão pode ser considerada uma circunstância deste tipo que justifica a não aplicação de uma coima ou a aplicação de uma coima meramente simbólica.

(469) As coimas só excepcionalmente podem ser alteradas por forma a ter em conta a incapacidade real para honrar estes pagamentos num contexto social específico.

(470) [...] *⁽⁵⁴⁹⁾ ⁽⁵⁵⁰⁾

(471) Não obstante, a Bergsala AB continuou a alegar que, dada a sua situação financeira, coimas pesadas seriam susceptíveis de comprometer a sua sobrevivência⁽⁵⁵¹⁾.

(472) Para poder apreciar este argumento, em Setembro de 2002, a Comissão solicitou informações circunstanciadas sobre a situação financeira da empresa. Uma vez examinada a resposta da empresa, a Comissão concluiu que, no presente caso, não se justificava alterar o montante da coima.

(473) A Bergsala AB não provou, por conseguinte, a sua incapacidade para honrar o pagamento, muito menos num contexto social específico.

(474) Por conseguinte, não se justifica qualquer redução das coimas a aplicar à Bergsala AB, à Itochu Corporation e à Linea GIG SpA nesta base.

2.4.2.6. Montante das coimas a aplicar no âmbito do presente processo

(475) Tendo em conta o que precede, os montantes finais das coimas a aplicar a cada empresa são os seguintes:

— Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH: 149,128 milhões de euros,

— John Menzies Plc: 8,64 milhões de euros,

— Concentra — Produtos para Crianças, SA: 0,825 milhões de euros,

— Linea GIG SpA: 1,5 milhões de euros,

— Nortec AE: 1 milhão de euros,

— Bergsala AB: 1,25 milhões de euros,

— Itochu Corporation: 4,5 milhões de euros,

— CD-Contact Data GmbH: 1 milhão de euros,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

As seguintes empresas infringiram o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e o n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE participando, nos períodos indicados, num conjunto de acordos e práticas concertadas complexas nos mercados das consolas de jogos e cartuchos de jogos compatíveis com as consolas fabricadas pela Nintendo e que tinham por objecto e efeito restringir as exportações paralelas de consolas e jogos Nintendo:

— Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, de Janeiro de 1991 até finais de Dezembro de 1997,

— John Menzies Plc. de 4 de Agosto de 1995 até finais de Dezembro de 1997,

— Concentra — Produtos para Crianças, SA, de 14 de Maio de 1991 até finais de Dezembro de 1997,

— Linea GIG SpA, de 1 de Outubro de 1992 até finais de Dezembro de 1997,

— Nortec AE, de 23 de Outubro de 1997 até finais de Dezembro de 1997,

— Bergsala AB, de 15 de Maio de 1995 até finais de Dezembro de 1997,

— Itochu Corporation, de 16 de Dezembro de 1991 até 28 de Fevereiro de 1997,

— CD-Contact Data GmbH, de 28 de Outubro de 1997 até finais de Dezembro de 1997.

Artigo 2.º

1. As empresas indicadas no artigo 1.º devem pôr termo de imediato à referida infracção, se ainda o não tiverem feito.

Abster-se-ão de quaisquer acordos ou práticas concertadas em relação com as suas actividades nos mercados de consolas de jogos e cartuchos de jogos compatíveis com as consolas fabricadas pela Nintendo, susceptíveis de ter o mesmo objecto ou objecto similar ou os mesmos efeitos que a infracção.

⁽⁵⁴⁷⁾ Nos termos dos artigos 160.º e seguintes do Decreto Real n.º 267 de 16 de Março de 1942.

⁽⁵⁴⁸⁾ IV/26.870, Importações de alumínio da Europa oriental (JO L 92 de 30.3.1985, p. 1).

⁽⁵⁴⁹⁾ Resposta da Bergsala à comunicação de objecções, pontos 2.6 e 2.7 e secção 4.2, e apoiado ainda pela declaração da Bergsala de 17 de Novembro de 2000.

⁽⁵⁵⁰⁾ Ver declaração da Bergsala de 10 de Maio de 2001.

⁽⁵⁵¹⁾ Ver declaração da Bergsala de 10 de Maio de 2001.

2. A Concentra — Produtos para Crianças, SA e a Nortec AE informarão por escrito, no prazo de três meses a contar da data de notificação da presente decisão, todos os seus clientes dos direitos que lhes assistem de efectuar exportações paralelas e importações paralelas de produtos Nintendo e de adquirir e revender nos circuitos paralelos esses mesmos produtos.

Artigo 3.º

São aplicadas as seguintes coimas às empresas mencionadas no artigo 1.º relativamente à infracção nele estabelecida:

- Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH, solidariamente responsáveis, uma coima de 149,128 milhões de euros,
- John Menzies plc, uma coima de 8,64 milhões de euros,
- Concentra — Produtos para Crianças, SA, uma coima de 0,825 milhões de euros,
- Linea GIG SpA, uma coima de 1,5 milhões de euros,
- Nortec AE, uma coima de 1 milhão de euros,
- Bergsala AB, uma coima de 1,25 milhões de euros,
- Itochu Corporation, uma coima de 4,5 milhões de euros,
- CD-Contact Data GmbH, uma coima de 1 milhão de euros.

Artigo 4.º

As coimas devem ser pagas no prazo de três meses a contar da data de notificação da presente decisão na conta bancária n.º 642-0029000-95 (Código IBAN: BE 76 6420 0290 0095; código SWIFT: BBVABEBB) da Comissão Europeia no Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), Avenue des Arts, 43, B-1040 Bruxelas.

Findo esse prazo, vencerão automaticamente juros à taxa cobrada pelo Banco Central Europeu nas suas principais operações de refinanciamento no primeiro dia do mês em que a presente decisão tiver sido tomada, acrescidos de 3,5 pontos percentuais, a saber 6,78 %.

Artigo 5.º

São destinatárias da presente decisão:

- Nintendo Corporation Ltd
60, Kamitakamatsu-cho
Higashiyama-Ku
KYOTO 605, Japão
- Nintendo of Europe GmbH
Nintendo Center
D-63760 Großostheim
- John Menzies plc
108 Princes Street
Edinburgh EH2 2YQ
United Kingdom
- Concentra — Produtos para Crianças, SA
Rua Professor 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.
GR-44 51 Metamorfoosi, Atenas
- Bergsala AB
Marios Gata 21
S-434 37 Kungsbacka
- Itochu Corporation
5-1, Kita-Aoyama, 2-chome
Minato-ku
Tokyo 107-8077, Japão
- CD-Contact Data GmbH
Brunnfeld 2-6
D-93133 Burglenfeld.

A presente decisão constitui título executivo nos termos do artigo 256.º do Tratado.

Feito em Bruxelas, em 30 de Outubro de 2002.

Pela Comissão

Mario MONTI

Membro da Comissão