II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 2 december 1986

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag

(IV/31.128 — Vetzuren)

(Slechts de teksten in de Nederlandse, Franse en Duitse taal zijn authentiek)

(87/1/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

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

Gezien het besluit van de Commissie van 15 januari 1986 om in deze zaak de procedure in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen, Unilever NV, Henkel KGaA en Oleofina SA, overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 in samenhang met Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad (2) in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt kenbaar te maken terzake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking had genomen,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

Aard van de zaak

(1) De onderhavige procedure heeft betrekking op de toepassing van artikel 85 van het EEG-Verdrag op een overeenkomst die in september 1979 is gesloten door de vier (thans drie) voornaamste producenten in de EEG van de petrochemische produkten oleïne en stearine.

De partijen bij de overeenkomst hebben eerst hun respectieve gemiddelde marktaandelen over de voorafgaande periode van drie jaar vastgesteld en vervolgens een aanvang gemaakt met de uitwisseling van informatie van het soort dat gewoonlijk wordt beschouwd als zakengeheimen inzake hun totale verkopen aan de contractsprodukten in Europa op elk gebied. Zij gaven daarbij elk van hen het middel in handen om controle uit te oefenen op de activiteiten van zijn belangrijkste concurrenten en zijn eigen gedrag daaraan aan te passen. De overeenkomst werd eind 1982 op voorstel van de Commissie ontbonden nadat een onderzoek had plaatsgevonden.

De ondernemingen

(2) De ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst zijn de drie voornaamste EEG-producenten van oleïne en stearine, te weten: de Unichema-afdeling van Unilever, Henkel & Co KGaA en Oleofina SA, een volledig gecontroleerde dochtermaatschappij van Petrofina SA. Deze ondernemingen worden hierna respectievelijk Unichema, Henkel en Oleofina genoemd.

De vierde partij bij de overeenkomst, Unilever-Emery, was een gemeenschappelijke dochtermaatschappij van Unilever en de Amerikaanse producent Emery Industries. Zij werd oorspronkelijk beheerd als een van Unichema losstaand concern, maar werd in 1980 in de Unichema-exploitatie opgenomen.

(3) De partijen bij de overeenkomst zijn alle belangrijke en welbekende concerns of ondernemingen die overal in de Gemeenschap en in de rest van de wereld meervoudige activiteiten uitoefenen.

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

In de EEG heeft Unichema fabrieken in het Verenigd Koninkrijk, Nederland en Duitsland. De fabrieken van Oleofina en Henkel bevinden zich in België, respectievelijk in Duitsland.

Omzet

(4) De omzet in de EEG van elke onderneming in de contractprodukten bedroeg in 1981, het jaar voor de ontbinding van de overeenkomst:

(in Ecu)

	Stearine	Oleïne
Unichema	....(1)	....
Henkel	....	....
Oleofina	....	....

(1) In de voor bekendmaking bestemde versie van deze beschikking zijn enige cijfers weggelaten, conform de bepalingen van artikel 21 van Verordening nr. 17 betreffende het niet-prijsgeven van zakengeheimen.

Verkopen binnen eenzelfde concern zijn niet in deze cijfers opgenomen.

De produkten

(5) De contractprodukten zijn de petrochemische produkten stearine en oleïne, de voornaamste vetzuren die worden voortgebracht door het splitsen van natuurlijke oliën en vetten (talk, palmolie, cocosolie, sojaolie, traan, enz.) in ruwe vetzuren en glycerol. De ruwe vetzuren worden verwerkt en gescheiden in mengsels van vetzuren die hetzij als zodanig worden gebruikt hetzij verder worden geraffineerd tot aminen en andere derivaten.

Vetzuren worden in een aantal industrieën gebruikt als bestanddelen voor zeep en detergentia, cosmetische produkten, toiletartikelen, verven en harsen, industriële smeermiddelen en bewerkte levensmiddelen. Zij vinden ook toepassing in de fabricage van plastics en rubber en de behandeling van papier en textiel.

De petrochemische industrie(1)

(6) De petrochemische industrie in Europa omvat ongeveer veertig ondernemingen, van kleine splitsingseenheden met een jaarcapaciteit van minder dan 5 000 ton die alleen plaatselijke markten bevoorraden tot geïntegreerde en gediversifieerde ondernemingen als Unichema, Henkel en Oleofina, die meer dan 100 000 ton per jaar produceren. De grotere fabrikanten hebben een omvangrijke behoefte aan oleïne voor eigen gebruik, als oleïne zelf en voor de omzetting in derivaten.

(1) Alle cijfers hebben betrekking op de periode waarover deze procedure gaat.

De drie grootste producenten in de EEG zijn Unichema (onderdeel van het Unilever-concern, een van 's werelds grootste gebruikers van en handelaars in oliën en vetten), Henkel en Oleofina. Unichema is met een marktaandeel bij verkopen aan derden in West-Europa van meer dan 30 % de marktleader. Henkel en Oleofina bezetten respectievelijk ca. 16 % en 14 %.

Volgens gegevens uit de industrie wordt de Europese markt gekenmerkt door structurele overcapaciteit en lage of stagnerende groeipercentages. De Westeuropese producenten waren in ruime mate afhankelijk van geïmporteerde vetten en oliën en hebben toenemende concurrentie ondervonden uit ontwikkelingslanden waar bedrijven zijn gebouwd voor de verwerking van plaatselijk geproduceerde oliën. Zegslieden uit de handel verklaren dat de overcapaciteit tussen de 20 en 30 % lag.

De produktie van vetzuren in West-Europa in 1980 werd door APAG (daarover hieronder) geraamd op ongeveer 640 000 ton, met een waarde van ongeveer 335 miljoen Ecu.

APAG(1)

(7) In 1976 richtten de Europese producenten van petrochemische produkten een handelsassociatie op onder de naam „L'Association des Producteurs d'Acides Gras" (APAG), met hoofdkwartier te Brussel.

De leden van de APAG vormen ca. 90 % van de Europese vetzurenmarkt.

De drie voornaamste producenten die gezamenlijk ca. 60 % van die markt bezetten zijn allen lid van deze associatie.

(8) De statuten van de APAG bevatten inter alia bepalingen voor het beleggen van informatieve vergaderingen en programma's voor haar leden en voor de gebruikers van vetzuren, maar verbieden specifiek alle maatregelen die zouden kunnen leiden tot een beperking van de mededinging.

(9) De APAG is geassocieerd met de European Council of Chemical Manufacturers' Federations (CEFIC), een organisatie die de nationale federaties van de chemische industrie in Europa vertegenwoordigt. De regelingen van de CEFIC betreffende de uitwisseling van industriële en statistische informatie bevatten gedetailleerde bepalingen die ten doel hebben ervoor te zorgen dat in dergelijke programma's geen data betreffende de individuele vennootschappen worden onthuld. Bovendien wordt door de CEFIC een informatieboekje uitgegeven dat de aandacht van de leden vestigt op de noodzaak activiteiten te vermijden die onverenigbaar zouden kunnen zijn met nationaal of communautair mededingingsrecht. De leden wordt ten sterkste aangeraden geen formele of informele

besprekingen aan te gaan over individuele vennootschapsprijzen, prijsbeleid in de industrie, prijsniveau's, prijsverschillen, produktie- of distributiekosten, individuele vennootschapscijfers over produktie, inventarissen, verkopen en informatie over toekomstige investerings- of afzetplannen.

(10) In september 1977 zette het comité voor statistiek van de APAG — met op alle relevante data een hoge werknemer van Henkel als voorzitter — een programma op voor de uitwisseling van statistieken over de produktie, opslag en leverantie van vetzuren. De uitwisseling van informatie die zou plaatsvinden via de Zwitserse trustmaatschappij FIDES, had als grondregel dat geen data mochten worden vrijgegeven over individuele vennootschappen. Voorts mochten geen statistische overzichten worden vrijgegeven indien deze de mogelijkheid openden daaruit de gegevens betreffende de individuele vennootschappen af te leiden. Krachtens deze regeling verstrekten de individuele vennootschappen informatie op vertrouwelijke grondslag aan FIDES, die globale industriële statistieken voor de gehele Europese markt opstelde voor verspreiding onder de leden.

Op plenaire vergaderingen of comitévergaderingen van de APAG vertolkten grote fabrikanten, met name Unichema, de mening dat de handhaving van de geheimhouding en het niet-bekendmaken van individuele data van volstrekt wezenlijke betekenis was.

De overeenkomst

(11) In 1979 maakte Unilever plannen voor de verwerving van Emery's aandeel van 50 % in Unilever-Emery en de integratie van haar operaties met Unichema, een dochtermaatschappij voor 100 %. De fusie zou onvermijdelijk leiden tot rationalisatie en een verlaging van de vetzurencapaciteit. Volgens Unichema bestond de mogelijkheid dat haar concurrenten haar fusieprojecten zouden „misverstaan" als een eerste indicatie dat men zich uit de vetzurensector wilde terugtrekken en „zo nog meer concurrentie en verlies aan marktaandeel voor Unichema zou veroorzaken".

(12) Unichema was door deze situatie bezorgd en benaderde Henkel en Oleofina op een APAG-vergadering op 27 september 1979 te Berlijn. Onder de vertegenwoordigers van deze vennootschappen en Unilever-Emery werd mondeling overeengekomen dat :

„(1) de totale jaarlijkse tonnage aan stearine en oleïne die in 1976, 1977 en 1978 aan derden waren verkocht op het vasteland van Europa zouden worden uitgewisseld ;

(2) met ingang van 1980 deze zelfde informatie op kwartaalbasis zou worden uitgewisseld ;

(3) de uitwisseling zou plaats vinden door personen die niet werkzaam waren op de verkoopafdelingen, en de uitgewisselde cijfers niet aan de verkoopafdelingen zouden worden bekendgemaakt".

Deze beschrijving van de inhoud van de overeenkomst is letterlijk ontleend aan de beschrijving die Unilever plc de Commissie in maart 1982 schriftelijk heeft medegedeeld na de door de Commissie in februari van dat jaar in de lokaliteiten van Unilever/Unichema te Londen uitgevoerde verificaties.

(13) Het bestaan van de overeenkomst met de boven aangehaalde inhoud werd tegenover de Commissie door de beide andere partijen toegegeven tijdens de verificaties die ongeveer terzelfder tijd op hun respectieve lokaliteiten werden uitgevoerd.

De directeur van Oleofina bevestigde dat hij de „chiffres de vente" (verkoopcijfers) van zijn onderneming aan de twee andere had medegedeeld en dat hij dezelfde informaties van hen had ontvangen. De vertegenwoordigers van Henkel zeiden dat „Verkaufszahlen" (verkoopcijfers) waren uitgewisseld.

(14) De vertegenwoordiger van Unichema, die de overeenkomst aan zijn collega's voorstelde, heeft de Commissie uiteengezet dat het doel — dat ook aan de andere partijen was voorgehouden — was, de deelnemers in de gelegenheid te stellen eventuele belangrijke veranderingen in hun relatieve posities als gevolg van unilaterale capaciteitsvermindering door Unichema in het oog te houden, die op de verwerving van Unilever-Emery door Unichema zouden volgen.

Ook legde hij er de nadruk op dat een capaciteitsvermindering door Unichema niet moest worden opgevat als een teken dat Unichema zich uit de vetzurenmarkt wilde terugtrekken — ook dit werd de andere partijen te verstaan gegeven.

(15) Unichema zette de Commissie verder uiteen dat zij uitging van de veronderstelling dat haar voorgenomen capaciteitsvermindering niet zou leiden tot een verkleining van haar marktaandeel.

(16) Henkel verklaarde dat de overeenkomst werd ingegeven door een alom gekoesterde twijfel inzake de nauwkeurigheid van de APAG/FIDES-cijfers en slechts beoogde voor een controle op die statistieken te zorgen.

(17) Oleofina verklaarde dat het doel van de regeling, zoals die door Unichema werd verklaard, was „de mogelijke reactie van de markt na te gaan" op de overname van Unilever-Emery en de reorganisatie van Unichema.

Uitwisseling van informatie

(18) Vervolgens vonden telefonische contacten plaats tussen Unichema met Henkel en Oleofina om de uitwisseling van informatie te regelen met Unichema als centraal punt. Aan Unichema werden door Henkel en Oleofina cijfers over 1976 tot 1978 medegedeeld ; deze gaf beide laatstgenoemden vervolgens het totaal en de cijfers voor elke vennootschap terug.

Hetzelfde systeem, waarbij Unichema de informatie verzamelde en aan de anderen mededeelde, werd voor de kwartaalgegevens gevolgd vanaf 1 januari 1980.

Unichema heeft verklaard dat de uitgewisselde informatie niet aan de verkoopafdeling werd medegedeeld en dat er ter verzekering van de geheimhouding door degenen die van de regeling op de hoogte waren intern gebruik werd gemaakt van een acroniem, „HUGO" (van Henkel, Unichema, Gouda (d.i. Unilever-Emery) en Oleofina).

Het gebruik van de uitgewisselde informatie

(19) De informatie inzake de prestaties van de vier vennootschappen in stearine die krachtens de wederzijdse uitwisseling bij Unichema gedurende 1976-1978 en vervolgens voor ieder kwartaal in 1980 en het eerste kwartaal van 1981 binnenkwam werd vastgelegd in een document dat bij de verificatie bij Unilever in Londen werd ontdekt.

(20) In dit document waren de respectieve data voor elk van de deelnemers te vinden die oorspronkelijk in de getypte versie alleen met een nummer van 1 tot en met 4 werden aangeduid. Vervolgens echter werden met de hand boven aan iedere kolom afkortingen toegevoegd waaruit de identiteit van iedere deelnemer bleek. Het document noemt het gemiddelde aandeel van elke deelnemer voor de periode van drie jaar de „historische APAG Soll" (1) en de „HUGO Soll".

(21) Aan het document was een analyse door Unichema gehecht van de prestaties van Oleofina in 1980 zoals die bleken uit de cijfers die over elk kwartaal van dat jaar waren uitgewisseld. De historische cijfers die over 1976-1978 werden uitgewisseld gaven Oleofina een gemiddeld aandeel in de stearineleveranties van APAG-leden voor West-Europa van 9,32 %, terwijl de cijfers voor 1980 een schijnbaar aandeel van 13,58 % vertoonden, hetgeen overeenkwam met een stijging van 6 800 ton. Deze stijging wordt „stijging boven het werkelijke aandeel" genoemd. Het document maakt voorts een onderverdeling van de schijnbare stijging in 800 ton gewonnen van Unichema en 6 000 ton van „outsiders". De 6 000 ton winst wordt voorts per land en/of afnemer geanalyseerd. 2 000 ton zou van Hercules in België afkomstig zijn. Als verklaring werd gegeven dat dit betrekking had op „nieuw bedrijf — nieuwe zaak, niets gestolen maar GM wilde niet delen". GM betekent de Managing Director van Oleofina.

(22) Unichema heeft verklaard dat deze gedetailleerde analyse niet afkomstig was van enig contact of communicatie met Oleofina, maar het resultaat was van marktonderzoek en kantoorresearch die unilateraal was verricht. Unichema zei ook dat de schijnbare winst van Oleofina in feite een illusie was en dat spoedig bleek dat de oorspronkelijk door Oleofina verstrekte cijfers onjuist moeten zijn geweest. Bijgevolg werd Henkel en Oleofina door Unichema het voorstel gedaan dezelfde geografische grondslag en produktomschrijving te gebruiken als in de statistische uitwisseling van APAG werden toegepast. Over deze veranderingen werd men het eens op een vergadering tussen werknemers van de drie vennootschappen in juni 1981. De herziene cijfers over 1976-1978 die door Oleofina werden verstrekt bestonden in feite alleen uit drie jaargemiddelden. Werkelijke cijfers over 1979 die ten tijde van de oorspronkelijke overeenkomst niet beschikbaar waren geweest, werden op deze vergadering eveneens uitgewisseld.

Aan de hand van de uitgewisselde informatie konden de deelnemers gedetailleerde vergelijkingen opstellen van hun marktaandelen onderling en in relatie met het totaal van de leden van de APAG. In de Unichema-tabellen worden de drie deelnemers die na de overname van Unilever-Emery door Unichema overbleven de „Grote Drie" genoemd.

Beëindiging van de overeenkomst

(23) De uitwisseling van informatie op kwartaalbasis ging na de verificaties van de Commissie in februari 1982 voort. Over de eerste twee kwartalen van 1982 werden data voor stearine (maar niet voor oleïne) uitgewisseld. Toen door personeelsleden van de Commissie bij een later bezoek aan Oleofina in oktober 1982 werd ontdekt dat de regeling nog van kracht was gebleven, richtte de Commissie in november 1982 brieven aan elke deelnemer waarin erop werd gewezen dat de informatieuitwisseling een inbreuk op artikel 85, lid 1, zou kunnen opleveren. De deelnemers deelden de Commissie vervolgens in december 1982 mede dat zij de overeenkomst per 1 januari 1983 hadden ontbonden.

Het onderzoek van de Commissie

(24) Tijdens het onderzoek door de Commissie werd verdere informatie die voor deze procedure van belang is verzameld, met name inzake de afzetstrategie en de afzetpolitiek van Unichema.

(25) Unichema heeft verklaard dat zij, wegens de fragmentarische aard van de markt en de scherpe concurrentie, van mening was dat op de voornaamste producenten de plicht rustte de markt te „saneren". De oplossing voor de problemen van de industrie, zoals Unichema's hoofdbestuur die zag, was een „ordelijke afzet".

(1) „Soll" — van het Duitse werkwoord „sollen" in de zin van „moeten hebben", d.i. een aanduiding van het aan elke partij toegekende aandeel in een marktverdelingsregeling.

(26) Unichema's opvatting van haar eigen verantwoordelijkheden in deze richting omvatte de noodzaak een afzetpolitiek te volgen die haar voornaamste concurrenten geen grond zou kunnen geven haar „destructiviteit" te verwijten. Als de leidende producent van een verbruiksgoed achtte Unichema zich gerechtigd haar traditionele marktaandeel te behouden. Zij zou indien concurrenten zouden trachten vaste klandizie van haar af te nemen via agressieve prijsverlagingen, zulk een gedrag als „diefstal" kwalificeren. Zou zij als gevolg van prijsonderbieding klandizie verliezen, dan zou zij die op een andere markt moeten terugwinnen en zo een algemene ontstabiliteit bij de prijzen veroorzaken die naar haar oordeel destructief zou zijn voor de belangen van de handel in zijn geheel.

(27) Unichema vond ook dat de voornaamste producenten de verantwoordelijkheid moesten dragen voor de vermindering van de capaciteit. Harerzijds had zij zich bereid verklaard de goodwill van kleinere concurrenten op te kopen en daardoor de sluiting van onrendabele eenheden te vergemakkelijken. Deze opinie werd door de andere grote producenten gedeeld. In een rapport aan Unilever verklaart de voorzitter van Unichema dat „er tussen de leidende producenten eenstemmigheid over bestaat dat de enige uitweg is de kleinere, onrendabele bedrijven te sluiten en de prijzenerosie die in het vierde kwartaal van 1980 is begonnen een halt toe te roepen".

Ontwikkelingen in marktaandelen

(28) Sinds het sluiten van de informatieuitwisselingsovereenkomst tussen de drie grootste producenten liep de totale APAG-stearinemarkt terug, maar hun gecombineerde aandeel in deze markt steeg van circa 52 % in 1979 tot bijna 60 % in het eerste halfjaar van 1982. Ten opzichte van de andere twee grote producenten daalde Unichema van 52 % in 1979 tot 45,6 % van het aandeel van de „Grote Drie" in de eerste helft van 1982, terwijl Henkel zijn aandeel van 23,7 % tot 31,2 % verhoogde en Oleofina betrekkelijk gelijk bleef. Ten opzichte van de totale APAG-markt handhaafde Unichema haar marktaandeel op het niveau van 1978.

De drie voornaamste producenten bezetten in 1981 gezamenlijk meer dan 80 % van de totale oleïnemarkt, een stijging t.o.v. 1976-1978 met 10 %. Opnieuw liep de markt in haar geheel terug, terwijl Unichema's aandeel in de „Grote Drie"-afzet daalde van 72 % tot 60 %, bleef haar aandeel in de totale APAG-markt gelijk. Oleofina's aandeel in de oleïnemarkt verdubbelde sinds 1978.

In een overzicht van haar activiteiten in 1981 rapporteerde Unichema dat haar „initiatief om de situatie te verbeteren" door de sluiting van meer bedrijven „alsnog niet is gevolgd door soortgelijke acties van onze concurrenten".

De voornaamste argumenten van partijen

(29) De partijen hebben het feit dat zij de overeenkomst hebben gesloten om informatie uit te wisselen niet weersproken, noch ontkend dat deze volledig werd toegepast.

Afgezien van de bovengenoemde uitleg door partijen inzake het doel van de overeenkomst, was hun voornaamste argument tijdens deze procedure dat de uitgewisselde informatie alleen op het verleden betrekking had en van zo algemene aard was en zulk een omvangrijke geografische markt betrof, zonder onderverdeling naar individuele landen of markten, dat zij hun individuele gedrag in de concurrentie niet kon hebben beïnvloed en derhalve ten doel noch ten gevolge kon hebben gehad dat de mededinging tussen hen werd beperkt.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. Artikel 85, lid 1

(30) Volgens artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Ondernemingen

(31) Unichema, Henkel en Oleofina zijn ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1.

De Mededeling van punten van bezwaar in deze zaak is gericht aan Unilever plc, Londen, voor Unichema. Het antwoord op de Mededeling van punten van bezwaar werd namens Unichema gegeven door Unilever NV, Rotterdam, en derhalve is deze beschikking gericht tot Unilever NV voor Unichema.

Overeenkomst

(32) De overeenkomst die deze drie ondernemingen in september 1979 sloten en tot eind 1982 toepasten inzake de uitwisseling van informatie over hun verkopen van vetzuren, was een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1.

Beperking van de mededinging

(33) De overeenkomst had ten doel en ten gevolge dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt werd beperkt of vervalst.

(34) In haar Zevende Verslag over het Mededingingsbeleid [1] zette de Commissie haar algemene opvatting over de uitwisseling van informatie tussen concurrenten uiteen langs de lijnen die door het Hof van Justitie waren aangegeven in de Suikerzaak [2].

(35) De Commissie verklaarde dat zij geen fundamentele bezwaren had tegen de uitwisseling van statistische informatie via handelsassociaties of informatiediensten, zelfs wanneer daarbij een opsplitsing wordt gegeven van de cijfers bij voorbeeld per land of produkt, zolang de uitgewisselde informatie de identificatie van individuele firma's niet mogelijk maakt.

De Commissie ging voort met te zeggen dat zij in het algemeen de georganiseerde uitwisseling van individuele gegevens van afzonderlijke ondernemingen, zoals b.v. cijfers over geproduceerde en verkochte hoeveelheden, zou beschouwen als handelwijzen die een beperking of vervalsing van de mededinging ten doel of ten gevolge hebben en derhalve zijn verboden.

(36) De overeenkomst tussen Unichema, Henkel en Oleofina over de uitwisseling van historische individuele verkoopcijfers over de jaren 1976-1978 stelde partijen in staat hun traditionele respectievelijke posities op een bepaalde markt te bepalen. De daaropvolgende geregelde uitwisseling van informatie gaf elk van hen de gelegenheid de individuele ondernemingen van zijn twee belangrijkste concurrenten te identificeren en daardoor per kwartaal hun toekomstige prestaties op die markt te meten.

Het bij Unichema aangetroffen document bevestigt dit duidelijk, met name door het gebruik van de term „soll" in zijn normale betekenis en ook met de omschrijving „niets gestolen" in verband met Oleofina's schijnbaar aanzienlijke winst aan marktaandeel, en het gebruik van de woorden „GM weigerde te delen".

(37) Ten tijde van de driemaandelijkse uitwisseling heeft elk van de contractpartijen ongetwijfeld de beschikking gehad over informatie betreffende haar eigen prestaties op de markt, met inbegrip van fluctuaties in de omzetten ten gevolge van werving van nieuwe klanten of het verlies van oude. Deze informatie stelde echter de onderneming niet in staat om met enige nauwkeurigheid haar relatieve positie op de markt vergeleken met die van haar concurrenten of eventuele wijzigingen in die positie vast te stellen. Derhalve werd door middel van de overeenkomst krachtens welke informatie werd uitgewisseld, waardevolle extra informatie verkregen, inzoverre als deze de partijen voorzag van de totale verkoopvolumes van de anderen, waaruit ieders marktaandeel en de wijzigingen daarin konden worden afgeleid. De uitwisseling stelde derhalve elk van de partijen in staat het concurrentiegedrag van de anderen nauwkeuriger, sneller en gemakkelijker te identificeren dan zonder de overeenkomst mogelijk zou zijn geweest, zo die mogelijkheid dan al had bestaan.

Zo nam de overeenkomst een belangrijk element van onzekerheid bij elk van hen aangaande de activiteiten van de anderen weg.

(38) Ondanks de beweerdelijk algemene aard van de uitgewisselde informatie verbeterde deze toch hun kennis van de marktomstandigheden op een wijze die hun onderlinge connectie versterkte, zodat zij sneller en doeltreffender op elkaars handelingen konden reageren.

Met het oog op de stabilisering van de markt welke de partijen ongetwijfeld tot stand wilden brengen, verminderde dit onvermijdelijk de intensiteit van de mededinging die anders tussen hen zou hebben bestaan.

Dit is het geval zelfs indien men aanneemt dat de verkoopcijfers die het eerst door Oleofina werden verstrekt over 1976-1978 onjuist waren en moesten worden gecorrigeerd omdat zij de anderen nog altijd een maatstaf verschaften voor de aanpassing van hun eigen marktgedrag.

Tenslotte verschaften de geregelde contacten voor de uitwisseling van verkoopcijfers hun tevens een forum waar kritiek kon worden geuit indien er inbreuk werd gemaakt op hun respectieve marktaandelen of indien het machtsevenwicht op de markt drastisch zou worden verstoord.

(39) Nog een bewijs voor de concurrentiebeperkende aard van de overeenkomst is dat zij een klimaat of omstandigheden in het leven riep waarin bijkomende concurrentiebeperkende regelingen, zoals de vaststelling van nationale contingenten of prijzen, mogelijk werden. Ook al worden dergelijke contingenten of prijzen niet rechtstreeks door partijen vastgesteld, dan nog kunnen zij zeer wel indirect ontstaan via een overeenkomst tot uitwisseling van informatie.

Hoewel er geen gronden aanwezig zijn om aan te nemen dat partijen bij de informatieuitwisselingsovereenkomst in het onderhavige geval inderdaad rechtstreeks quota vaststelden meent de Commissie toch dat het oogmerk van de overeenkomst sterke gelijkenis vertoont met dat van een echte contingenteringsovereenkomst, omdat zij er duidelijk op gericht was, partijen te weerhouden van een agressief concurrentiegedrag jegens elkander en ook beoogde een stabilisatie van hun posities op de markt ten opzichte van elkaar tot stand te brengen.

[1] Gepubliceerd in april 1978, Hoofdstuk I, paragraaf 2, punten 5-8.

[2] Zaken 40-48/73, enz., Suiker Unie en anderen tegen Commissie, Jurisprudentie 1975, blz. 1663.

(40) De gehele economische samenhang waarin de overeenkomst ontstond verschaft verdere aanwijzingen inzake haar restrictieve doel en karakter.

De overeenkomst werd gesloten in een tijd van economische recessie met aanzienlijke overcapaciteit en dalende prijzen en winstmarges.

Toen Unichema de informatieuitwisseling voorstelde, kondigde zij haar twee voornaamste concurrenten aan dat haar reorganisatieplannen niet moesten worden uitgelegd als een teken dat zij voornemens was haar aanwezigheid op de markt te verkleinen. Wat Unichema bij het doen van deze mededeling verwachtte moet zijn geweest dat de concurrentieomstandigheden tussen hen geen verandering zouden ondergaan en dat de anderen geen gebruik zouden maken van de gelegenheid om te haren koste hun marktaandeel te vergroten.

Unichema heeft zelfs verklaard dat zij aannam dat er geen veranderingen op de markt zouden plaatsvinden.

(41) Het is heel goed mogelijk dat partijen uiteenlopende opvattingen over de overeenkomst koesterden. Henkel's bewering dat zij slechts was bedoeld om de APAG-statistieken te controleren wordt echter zowel door de verklaringen van de twee andere deelnemers weersproken als door de logica weerlegd. Indien er aan de APAG-statistieken gebreken kleefden dan lag de remedie in een openlijke discussie van de zaak, vooral omdat een hoge employé van Henkel voorzitter van het statistisch comité was. Voorts kon de informatie welke de „Grote Drie" uitwisselden geen beter beeld van de produktie in de industrie in haar geheel verschaffen dan de APAG-regeling, omdat zij per definitie slechts drie producenten betrof.

(42) Toen de overeenkomst werd gesloten bestond er in het kader van de APAG reeds een volstrekt legitiem systeem van uitwisseling van informatie.

Unichema en anderen hadden er met nadruk op aangedrongen dat informatie die de identiteit en het gedrag van individuele vennootschappen blootlegde en werd beschouwd als zakengeheim niet via de APAG zou worden bekendgemaakt, wegens het voor de hand liggende risico van conflicten met de concurrentieregels dat de publikatie van dergelijke informatie met zich zou brengen.

Desniettegenstaande kwamen Unichema, Henkel en Oleofina specifiek overeen juist dit soort informatie uit te wisselen en de uitwisseling tot de drie voornaamste producenten die het gevaarlijkst voor elkaar konden zijn, te beperken.

(43) Het betoog van partijen dat de uitgewisselde informatie alleen betrekking had op het verleden en van te algemene aard was om concurrentiebeperkende bedoelingen te kunnen hebben, moet derhalve ook worden verworpen. Onmiskenbaar beschouwden de partijen de overeenkomst als belangrijk, omdat zij de geregelde uitwisseling van informatie gedurende meer dan drie jaar voortzetten.

(44) Het doel van de overeenkomst bleef derhalve de beperking of vervalsing van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.

(45) De overeenkomst is door partijen gedurende iets meer dan drie jaar daadwerkelijk toegepast. De Commissie is van oordeel dat een overeenkomst die is gesloten en vervolgens toegepast door de drie voornaamste producenten op een markt die in recessie verkeert, gebaseerd op een uitwisseling van vertrouwelijke informatie over bestaande marktposities enerzijds en anderzijds als middel tot controle op hun toekomstige prestaties, inherente restrictieve gevolgen voor de mededinging heeft, hoewel deze niet altijd meetbaar of zelfs voor een waarnemer op de markt die het bestaan van zulk een overeenkomst niet kent, niet zichtbaar zullen zijn.

Partijen hebben, door de overeenkomst daadwerkelijk toe te passen, blijk gegeven van hun bewuste daaraan ten grondslag liggende streven naar stabilisatie van de markt. Zij hebben via de uitwisseling van informatie kunstmatig de onderlinge transparantie vergroot, door de verkrijging van kennis omtrent elkanders activiteiten waarover zij zonder de overeenkomst niet zouden hebben beschikt. Naar het oordeel van de Commissie zal dit hen onvermijdelijk hebben gebracht tot een matiging van hun concurrentiegedrag jegens elkaar. Het is in dat opzicht irrelevant of uit de ontwikkeling van de respectieve marktaandelen al dan niet blijkt dat er ruimte voor concurrentie tussen hen overbleef en dat zij wellicht klandizie van elkaar hebben afgenomen. Dit wijst er hoogstens op dat het streven van partijen naar stabilisatie van de markt niet volledig uitliep op een contingenteringsregeling.

(46) Ook de voortgezette geregelde contacten tussen de partijen waarbij elk van hen om een verklaring of een rechtvaardiging kon worden gevraagd voor eventuele grensoverschrijdingen in de traditionele markten van de anderen, wijzen op de praktische gevolgen en de betekenis van de overeenkomst voor partijen.

(47) Gezien de positie van Unichema, Henkel en Oleofina op de markt en de economische betekenis van deze markt, was de beperking van de mededinging als gevolg van hun overeenkomst merkbaar.

Gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten

(48) De boven beschreven concurrentiebeperkingen waren naar hun aard geschikt om de handel tussen Lid-Staten merkelijk te beïnvloeden omdat zij betrekking hadden op leveringen aan de gehele gemeenschappelijke markt door de drie voornaamste producenten van vetzuren die te zamen het grootste gedeelte van de behoeften van de

EEG-markt aan deze produkten dekken. Unichema althans had produktiefaciliteiten in een aantal Lid-Staten en alle drie producenten zetten de produkten in alle Lid-Staten of een aantal daarvan af.

Voorts zal een overeenkomst tussen de voornaamste producenten in de EEG van een bepaald gebruiksgoed met het doel de mededinging tussen hen te beperken, uit haar aard het patroon van de handel tussen Lid-Staten dat in afwezigheid van zulk een overeenkomst zou hebben kunnen ontstaan, beïnvloeden.

B. Artikel 85, lid 3

(49) De overeenkomst tussen Unichema, Henkel en Oleofina tot uitwisseling van informatie over hun verkopen, komt niet in aanmerking voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, omdat zij niet naar behoren overeenkomstig artikel 4 van Verordening nr. 17 was aangemeld.

Ook was de overeenkomst niet van aanmeldingsplicht vrijgesteld krachtens artikel 4, lid 2, punten 1) en 2), van Verordening nr. 17.

(50) Ook als de overeenkomst naar behoren zou zijn aangemeld, kon zij niet zijn vrijgesteld, omdat moeilijk valt in te zien hoe zulk een concurrentiebeperkend informatiesysteem, dat beperkt bleef tot de drie grootste producenten van een bepaald verbruiksgoed en was gericht op stabilisatie van de markt in hun eigen belang, kon bijdragen tot verbetering van de produktie of de verdeling der produkten of tot de bevordering van de technische of economische vooruitgang, en met name welke voordelen de gebruikers daarvan zouden trekken.

C. Artikelen 3, lid 1, en 15, lid 2, van Verordening nr. 17

Beëindiging van de inbreuk

(51) Krachtens artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 kan de Commissie, wanneer zij op verzoek of ambtshalve een inbreuk op artikel 85 of 86 van het Verdrag vaststelt, de betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.

(52) De drie ondernemingen hebben verklaard dat zij de overeenkomst tot uitwisseling van informatie over hun verkopen van vetzuren met ingang van 1 januari 1983 hebben beëindigd.

De Commissie aanvaardt deze verklaring en meent dat er voor haar geen gronden meer aanwezig zijn om partijen per beschikking tot de beëindiging van de inbreuk uit hoofde van de overeenkomst te verplichten.

De Commissie behoeft derhalve alleen vast te stellen dat Unichema, Henkel en Oleofina inbreuk hebben gepleegd op artikel 85 en daarvoor de geëigende geldboeten op te leggen.

Geldboeten

(53) Krachtens artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 kan de Commissie bij beschikking aan ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste 1 000 en ten hoogste 1 miljoen Ecu of tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan 1 miljoen Ecu, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte maar ook met de duur van de inbreuk.

(54) De Commissie meent dat het in deze zaak passend is Unichema, Henkel en Oleofina wegens hun inbreuk op artikel 85 een geldboete op te leggen.

(55) De Commissie is van mening dat de inbreuk opzettelijk of althans uit onachtzaamheid is gepleegd.

De partijen waren zich via de regels van zowel de APAG als de CEFIC terdege bewust van de mogelijkheid dat hun overeenkomst inbreuk zou maken op artikel 85. Een van hen had zelfs bij herhaling openlijk de nadruk gelegd op de noodzaak van geheimhouding van individuele informatie in de APAG-regeling ; toch spraken zij opzettelijk af juist dat type informatie uit te wisselen.

Voorts was destijds het arrest in de Suiker-zaak algemeen bekend, evenals het algemene standpunt van de Commissie ten aanzien van dit soort overeenkomsten dat publiekelijk was bekendgemaakt.

(56) De partijen bij de overeenkomst controleren onderling het grootste deel van de markt voor vetzuren in de EEG en hebben elk een aanzienlijke omzet in de betrokken produkten.

De overeenkomst beïnvloedde het concurrentiegedrag van partijen, hoewel de economische gevolgen daarvan voor de markt waarschijnlijk zeer beperkt waren. Er zijn geen aanwijzingen dat door partijen rechtstreeks quota werden vastgesteld.

(57) De inbreuk duurde ongeveer drie jaar en werd, hoewel zij na de verificaties door de Commissie werd voortgezet, vrijwillig door de partijen beëindigd, zij het op voorstel van de Commissie.

(58) Ondanks de publiek gemaakte verklaringen van de Commissie inzake haar standpunt ten opzichte van overeenkomsten tot informatieuitwisseling, is dit de eerste zaak waarin zij wegens een zuivere informatieuitwisselingsovereenkomst een geldboete heeft opgelegd.

(59) De Commissie meent derhalve dat de op te leggen geldboete in deze zaak laag dient te zijn en dat het bedrag van de geldboete voor elk van de drie betrokken ondernemingen hetzelfde moet zijn, ondanks de verschillen in omzet,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN :

Artikel 1

Het sluiten van een overeenkomst door Unichema, Henkel en Oleofina in september 1979 tot uitwisseling van informatie over hun verkopen aan oleïne en stearine en de toepassing van die overeenkomst tot eind 1982 vormden een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

Artikel 2

Wegens de in artikel 1 genoemde inbreuk worden de hierna genoemde ondernemingen de volgende geldboeten opgelegd :

i) Unichema : 50 000 Ecu,
ii) Henkel : 50 000 Ecu,
iii) Oleofina : 50 000 Ecu.

Deze geldboeten moeten binnen drie maanden na de datum van kennisgeving van deze beschikking worden gestort op de rekening van de Commissie van de Europese Gemeenschappen :

i) door Unichema :
a) Rekening nr. 54.16.99.369 — Commissie van de Europese Gemeenschappen Brussel — Ecu (voor betaling in Ecu)

Algemene Bank Nederland NV
ter attentie van de heer F. Maane
Vijzelstraat, 32
Amsterdam

b) Rekening nr. 41.60.95.518 — (voor betaling in Fl.)

Amrobank
Rembrandtplein, 47
Postbus 1220
Amsterdam 1000

ii) door Henkel :
a) Rekening nr. 262.00.64910 — Kommission der Europäischen Gemeinschaften Brüssel — ECU (voor betaling in Ecu)

Sal. Openheim & Cie.
Untersachsenhausen 4
5000 Köln

b) Rekening nr. 260.00.64910 — (voor betaling in DM)

Sal. Oppenheim & Cie.
Untersachsenhausen 4
5000 Köln

iii) door Oleofina :
a) Rekening nr. 426-4403003-54 — Commission des Communautés Européennes Bruxelles — ECU (voor betaling in Ecu)

Kredietbank
Agentschap Schuman
Robert Schumanplein 4
1040 Brussel

b) Rekening nr. 426-4403001-52 — (voor betaling in Bfr.)

Kredietbank
Agentschap Schuman
Robert Schumanplein 4
1040 Brussel.

Over deze geldboeten is na afloop van genoemde betalingstermijn van rechtswege rente verschuldigd, tegen de rentevoet toegepast door het Europees Fonds voor Monetaire Samenwerking ten opzichte van haar transacties in Ecu op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking is genomen, verhoogd met 3,5 percentagepunten, ofwel 10,75 %.

In geval van betaling in de nationale munteenheid van de geadresseerde geschiedt de omrekening op basis van de wisselkoers van de dag voorafgaand aan de dag waarop de storting plaatsvindt.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot:

i) Unilever NV,
Burg. s'Jacobsplein 1,
Postbus 760,
NL-3000 DG Rotterdam, voor Unichema

ii) Henkel KGaA,
Postfach 1100,
D-4000 Düsseldorf 1

iii) Oleofina SA,
Wetstraat 15,
B-1040 Brussel.

Deze beschikking vormt overeenkomstig artikel 192 van het EEG-Verdrag executoriale titel.

Gedaan te Brussel, 2 december 1986.

Voor de Commissie
Peter SUTHERLAND
Lid van de Commissie