II

*(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)*

# KOMMISSION

## ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION
**vom 18. Mai 1994**
**in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag**
**(IV/33.640 — Exxon/Shell)**
**(Nur der englische Text ist verbindlich)**

(94/322/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages [1], zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, insbesondere auf die Artikel 6 und 8,

im Hinblick auf die am 21. November 1991 und 29. Mai 1992 von Exxon Chemical International Inc. (Belgien) im Namen aller europäischen Chemieunternehmen des Exxon-Konzerns und am 2. Dezember 1991 und 10. Juli 1992 von Shell International Petroleum Company Limited (London, Vereinigtes Königreich) im Namen von Shell Chimie S.A. (Rueil-Malmaison, Frankreich) und Shell Nederland Chemie B.V. (Rotterdam, Niederlande) gemäß den Artikeln 2 und 4 der Verordnung Nr. 17 gestellten Anträge auf Negativattest bzw. Freistellung für eine Reihe von Vereinbarungen zwischen Chemieunternehmen des Exxon-Konzerns (USA) und Chemieunternehmen des Shell-Konzerns (Niederlande und Vereinigtes Königreich),

im Hinblick auf die nach Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 veröffentlichte Zusammenfassung der Anträge und Anmeldungen [2],

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

in Erwägung nachstehender Gründe :

### I. SACHVERHALT

#### A. Gegenstand der Entscheidung

(1) Diese Entscheidung betrifft eine Reihe von Vereinbarungen zwischen Chemieunternehmen des Exxon- und des Shell-Konzerns über Gründung, Finanzierung, Errichtung, Leitung und Betrieb eines Produktionsgemeinschaftsunternehmens zwischen einem französischen Unternehmen des Exxon-Konzerns und einem französischen Unternehmen des Shell-Konzerns.

Standort des Gemeinschaftsunternehmens mit der Bezeichnung „Compagnie Industrielle des Polyéthylènes de Normandie" (CIPEN) ist Notre-Dame-de-Gravenchon (NDG), Frankreich, wo Exxon auch einen integrierten petrochemischen Komplex betreibt.

(2) Das Gemeinschaftsunternehmen soll in erster Linie lineares Polyethylen niedriger Dichte (LLDPE) herstellen, wird aber auch Polyethylen hoher Dichte (HDPE) herstellen können. LLDPE und HDPE zusammen werden mit dem Begriff „lineares Polyethylen" in Abgrenzung zu Hochdruck-Polyethylen niedriger Dichte (LDPE) bezeichnet.

[1] ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62.
[2] ABl. Nr. C 92 vom 2. 4. 1993, S. 2.

### B. Die Unternehmen

(3) Gründerunternehmen von CIPEN sind Exxon Chemical Polymers S.N.C. (NDG, Frankreich) und Shell Chimie S.A. (Rueil-Malmaison, Frankreich), zwei nach französischem Recht errichtete Unternehmen des Exxon- bzw. des Shell-Konzerns. Auch die Parteien der übrigen angemeldeten Vereinbarungen gehören entweder zum Exxon- oder zum Shell-Konzern.

(4) Exxon ist ein multinationaler Konzern, der vor allem im Energiesektor tätig ist. Die Tätigkeit des Konzerns umfaßt die Exploration und Förderung von Erdöl und Erdgas, die Herstellung von Mineralölerzeugnissen sowie Transport und Verkauf von Rohöl, Erdgas und Mineralölerzeugnissen. Exxon ist ein führender Hersteller und Lieferant von petrochemischen Erzeugnissen (Ethylen, Propylen, Benzol und deren Derivate).

(5) Shell ist ein im Erdöl-, Erdgas-, Chemie-, Kohle- und Metallgeschäft tätiger multinationaler Konzern. Der Konzern hat umfangreiche Tätigkeiten auf dem Gebiet der Herstellung und Vermarktung von petrochemischen Erzeugnissen.

### C. Die Produkte und ihre Märkte

(6) LLDPE, um das es in den Vereinbarungen über das Gemeinschaftsunternehmen Exxon/Shell im wesentlichen geht, und HDPE sind Thermoplaste, die aus Ethylen — einem Monomer aus dem Kracken von Naphtha oder aus dem Kracken von Ethan und Gasöl — und Comonomeren wie 1-Buten hergestellt werden. Das vom Gemeinschaftsunternehmen Exxon/Shell produzierte lineare Polyethylen wird durch Polymerisierung und Verarbeitung der Vorprodukte Ethylen und 1-Buten hergestellt.

(7) Der Verbrauch von LDPE/LLDPE läßt sich nach der Verarbeitungstechnik und nach dem Verwendungszweck vor allem in folgende Sektoren aufgliedern :

— Fein- und Normalfolien wie Säcke für schwere Beanspruchung ; Schrumpf- und Streckfolien ; andere Verpackungen für Industrie, Einzelhandel und Haushaltungen ; Tragebeutel ; Anwendungen in der Landwirtschaft und im Hoch- und Tiefbau ; Müllsäcke ;

— Spritzgußstücke ;

— Blasformstücke für eine breite Palette von Haushaltsartikeln, wo Wert auf besondere Oberflächenveredelung gelegt wird ;

— Röhren und Profile, vor allem für Bewässerungssysteme in Landwirtschaft und Gartenbau ;

— Drähte und Kabel ;

— Extrusionsbeschichtung von Verpackungen für Flüssigkeiten.

(8) Der Verbrauch von HDPE läßt sich nach der Verarbeitungstechnik und nach dem Verwendungszweck vor allem in folgende Sektoren aufgliedern :

— Spritzgußstücke einschließlich Kisten und Schachteln ; Haushaltsartikel und andere Anwendungen wie Spielzeug und Elektrobauteile ;

— Blasformstücke, insbesondere für besondere Verpackungen und für große Fässer und andere Behältnisse ;

— Extrusionsanwendungen für Verpackungsfolien ; Röhren und Profile ; Drähte und Kabel ; Geotextilien, Bänder, Eingarne und Bast ;

— verschiedene Anwendungen, vor allem im Rotations- und im Schmelzgießverfahren.

(9) 1991 entfielen mehr als 70 % des gesamten LDPE/LLDPE-Verbrauchs auf die Bereiche Fein- und Normalfolien, während nur etwa 2 % auf den Sektor Blasformstücke entfielen.

Demgegenüber entfielen mehr als 40 % des HDPE-Verbrauchs auf den Sektor Blasformstücke. Außerdem gingen mehr als 25 % des HDPE-Verbrauchs in den Sektor Spritzgußstücke, während bei LDPE/LLDPE dieser Anteil weniger als 8 % betrug.

Da sich HDPE weit weniger mit LLDPE austauschen läßt als LDPE, ist der von dem Gemeinschaftsunternehmen in erster Linie betroffene Markt folglich der kombinierte Markt für LDPE und LLDPE.

(10) LDPE und LLDPE sind jedoch nicht voll austauschbar. Die einzige Anwendung aber, für die LDPE fast überhaupt nicht mit LLDPE austauschbar ist, ist der Sektor Extrusionsbeschichtung, der weniger als 8 % der gesamten LDPE-Produktion abnimmt. Andererseits nimmt dank neuer technologischer Entwicklungen die Austauschbarkeit zwischen bestimmten Polymeren zu. Bei Polyethylen-Polymeren besteht die wichtigste Änderung jedoch darin, daß Polypropylen teilweise mit HDPE zu konkurrieren begonnen hat. Diese Veränderung hat deshalb nur eine geringe indirekte Auswirkung auf den LDPE/LLDPE-Markt.

(11) Da sich mit dem bei CIPEN eingesetzten LLDPE-Verfahren auch HDPE herstellen läßt, könnte auch der HDPE-Markt von dem Gemeinschaftsunternehmen berührt werden.

(12) Wie zuvor erwähnt, hat Polypropylen teilweise mit HDPE zu konkurrieren begonnen. Die stärker unter den Wettbewerbsdruck von Polypropylen geratenen HDPE-Anwendungen waren 1991 bestimmte Spritzgußbereiche (insbesondere Haushaltsartikel) und die Extrusionsbeschichtungsbereiche einschließlich Netzextrusion, Geotextilien, Bänder, Eingarne und Bast.

(13) Da sich die fraglichen Produkte sicher und problemlos transportieren lassen und die Hersteller und Lieferanten in der Gemeinschaft in großem Umfang innergemeinschaftlichen Handel betreiben, bildet die Gemeinschaft als Ganzes den relevanten räumlichen Markt.

(14) Der in wirtschaftlicher Hinsicht relevante LDPE/LLDPE-Markt ist das Gebiet der Gemeinschaft und nicht der gesamte westeuropäische Wirtschaftsraum (EG plus EFTA). So waren 1991 die vier führenden westeuropäischen Ausfuhrländer EG-Mitgliedstaaten (Niederlande, Belgien, Frankreich und Deutschland) mit zusammen mehr als 70 % des gesamten Handels in Europa, und auch die vier größten Einfuhrländer mit 60 % des westeuropäischen Handels waren EG-Mitgliedstaaten (Deutschland, Italien, Vereinigtes Königreich und Frankreich). Von annähernd 3 200 Kilotonnen (kt) LDPE/LLDPE, die 1991 von den EG-Ländern ausgeführt wurden, ginen nur etwa 300 kt nach EFTA-Ländern, hingegen mehr als 2 380 kt nach anderen EG-Ländern. Von annähernd 3 370 kt LDPE/LLDPE, die 1991 von den EG-Ländern eingeführt wurden, stammten weniger als 390 kt aus EFTA-Ländern, hingegen mehr als 2 380 kt aus anderen EG-Ländern. Selbst wenn der in wirtschaftlicher Hinsicht relevante Markt der gesamte westeuropäische Wirtschaftsraum wäre, würde der jeweilige Kapazitätsanteil nahezu jedes Herstellers seinem jeweiligen Anteil in der Gemeinschaft weitgehend entsprechen, und die Beurteilung des Falls durch die Kommission würde sich nicht ändern.

(15) Ähnliche Überlegungen gelten für HDPE. Die beiden größten westeuropäischen Ausfuhrländer waren 1991 EG-Mitgliedstaaten (Belgien und Deutschland), und auch EG-Mitgliedstaaten (Deutschland, Vereinigtes Königreich, Frankreich und Italien) waren die vier größten Einfuhrländer. Von annähernd 1 600 kt HDPE, die 1991 von den EG-Ländern ausgeführt wurden, gingen nur etwa 140 kt nach EFTA-Ländern, hingegen etwa 1 270 kt nach anderen EG-Ländern. Von annähernd 1 900 kt HDPE, die 1991 von den EG-Ländern eingeführt wurden, stammten nur etwa 200 kt aus EFTA-Ländern, hingegen 1 270 kt aus anderen EG-Ländern.

(16) Auch bei Polypropylen ist die Lage ähnlich. Die drei führenden westeuropäischen Ausfuhrländer waren 1991 EG-Mitgliedstaaten (Belgien, Frankreich und die Niederlande). Die vier größten Einfuhrländer waren ebenfalls EG-Mitgliedstaaten (Deutschland, Italien, Vereinigtes Königreich und Belgien). Von den 1991 von EG-Ländern insgesamt exportierten 2 840 kt Polypropylen gingen knapp 200 kt nach EFTA-Ländern und annähernd 2 270 kt nach anderen EG-Ländern. Von den insgesamt 2 700 kt Polypropylen, die 1991 von den EG-Ländern eingeführt wurden, kamen etwa 300 kt aus EFTA-Ländern und 2 270 kt aus anderen EG-Ländern.

(17) Die gesamte LDPE/LLDPE-Produktionskapazität der Gemeinschaft lag 1991 bei etwa 5,5 Millionen Tonnen. Der größte LDPE/LLDPE-Hersteller in der Gemeinschaft ist gegenwärtig Enichem mit einem Produktionskapazitätsanteil von etwa 24 % im Jahr 1991, gefolgt von Dow mit ± 12,5 %, BP-Bayer mit ± 12 %, Exxon mit ± 11,5 %, Shell mit ± 8,5 %, DSM mit ± 8,5 %, Atochem mit ± 7,5 %, BASF mit ± 5 %, Repsol mit ± 5 %, Leuna-Werke mit ± 3 % und Neste mit ± 2,5 %. Die Exxon-Werke (andere als CIPEN) befinden sich in Meerhout (375 kt/Jahr LDPE) und Antwerpen (260 kt/Jahr LDPE) in Belgien. Ein weiteres Exxon-Werk für LLDPE/HDPE, das große Mengen nach EG-Ländern liefert, befindet sich in Al-Jubail in Saudi-Arabien (50 % des Gemeinschaftsunternehmens Kemya mit einer Jahresproduktion von 430 kt). Die Werke von Shell (andere als CIPEN) befinden sich in Berre (105 kt/Jahr LDPE) und Fos (100 kt/Jahr LDPE) in Frankreich, Carrington (105 kt/Jahr LDPE) im Vereinigten Königreich und Wesseling (50 % des Gemeinschaftsunternehmens ROW mit BASF mit 400 kt/Jahr LDPE und 15 kt/Jahr LLDPE/HDPE, an dem Shell Produktionsanteilsrechte von 12 % besitzt) in Deutschland.

(18) Die gesamte HDPE-Produktionskapazität der Gemeinschaft belief sich 1991 auf etwa 3,1 Millionen Tonnen. Der größte HDPE-Produzent in der Gemeinschaft ist gegenwärtig Hoechst/Wacker mit einem Produktionskapazitätsanteil von etwa 17,4 % im Jahr 1991, gefolgt von Fina/Petrochim mit ± 14,4 %, BP/Bayer mit ± 11 %, Enichem mit ± 10,5 %, Solvay mit ± 8 %, Repsol mit ± 7 %, Dow mit ± 6,2 %, BASF mit ± 6 %, DSM mit ± 5 %, Hüls mit ± 5 %, Atochem mit ± 3 %, Neste mit ± 3 %, POB/Danubia mit ± 3 % und Shell mit ± 0,5 %. Wie bereits oben erwähnt, hat Exxon (neben CIPEN) ein LLDPE/HDPE-Werk in Saudi-Arabien (50 % des Gemeinschaftsunternehmens Kemya mit einer Jahresproduktion von 430 kt). Shell hat (neben CIPEN) ein HDPE-Werk in Wesseling (50 % des Gemeinschaftsunternehmens ROW mit BASF mit einer Jahreskapazität von 215 kt).

(19) Die gesamte Polypropylen-Kapazität der Gemeinschaft im Jahr 1991 belief sich auf etwa 4,6 Millionen Tonnen. Der größte Polypropylen-Hersteller in der Gemeinschaft ist gegenwärtig Himont mit einem Produktionskapazitätsanteil von rund 17 % im Jahr 1991, gefolgt von Shell mit ± 11,6 %, Hoechst mit ± 11,6 %, Atochem/BP mit ± 7,2 %, Neste mit ± 6,5 %, ICI mit ± 6,5 %, BASF mit ± 5,9 %, DSM mit ± 5,8 %, Solvay mit ± 5 %, Amoco mit ± 4 %, Norpolefin/Statoil mit ± 4 %, Fina mit ± 3,5 %, Repsol mit ± 3 %, Polychim mit ± 3 %, Danubia/OMV mit ± 2,9 % und Hüls mit ± 2,5 %.

(20) Der gesamte sichtbare LDPE/LLDPE-Verbrauch (Produktion + Einfuhr − Ausfuhr) in der Gemeinschaft lag 1991 bei etwa 4,9 Millionen Tonnen.

Die Marktanteile entsprachen in etwa den jeweiligen Kapazitätsanteilen, auch wenn man berücksichtigt, daß 1991 etwa 974 kt LDPE/LLDPE in die Gemeinschaft eingeführt und etwa 818 kt aus der Gemeinschaft ausgeführt wurden.

Wie die übrigen Polyethylen-Hersteller in der Gemeinschaft verkaufen Exxon und Shell (vor der Inbetriebnahme des CIPEN-Werks verkaufte Shell von Exxon bezogenes LLDPE) den größten Teil ihrer LDPE/LLDPE-Produktion an Abnehmer zwecks Weiterverarbeitung (der Markt ist sehr zersplittert und umfaßt Hunderte von Verarbeitungsunternehmen unterschiedlichster Größe). Vertikale Integration und Eigenverbrauch sind daher sehr gering.

(21) Der gesamte sichtbare HDPE-Verbrauch (Produktion + Einfuhr − Ausfuhr) in der Gemeinschaft belief sich 1991 auf etwa 2,9 Millionen Tonnen.

Die Marktanteile entsprachen weitgehend den jeweiligen Kapazitätsanteilen, auch wenn man berücksichtigt, daß 1991 rund 637 kt HDPE in die Gemeinschaft eingeführt und etwa 343 kt aus der Gemeinschaft ausgeführt wurden.

(22) Der gesamte sichtbare Polypropylen-Verbrauch (Produktion + Einfuhr − Ausfuhr) in der Gemeinschaft belief sich 1991 auf etwa 3,8 Millionen Tonnen.

Die Marktanteile entsprachen weitgehend den jeweiligen Kapazitätsanteilen, auch wenn man berücksichtigt, daß 1991 etwa 440 kt Polypropylen in die Gemeinschaft eingeführt und 575 kt aus der Gemeinschaft ausgeführt wurden.

(23) Die Märkte für LDPE/LLDPE und für HDPE weisen oligopolistische Merkmale auf, da eine kleine Zahl von Unternehmen (Enichem, Dow, BP/Bayer, Exxon, Shell und DSM für LDPE/LLDPE; Hoechst/Wacker, Fina/Petrochim, BP/Bayer, Enichem und Solvay für HDPE) die größten Kapazitätsanteile und (wegen der weitgehenden Übereinstimmung zwischen Kapazitäts- und Marktanteilen) auch die größten Marktanteile besitzen. Darüber hinaus sind diese Märkte durch eine hohe Preistransparenz und trotz des Ungleichgewichts zwischen Produktionskapazität und Nachfrage durch eine gewisse Stabilität der Produktionskapazitätsanteile gekennzeichnet. Auch der Polypropylen-Markt weist oligopolistische Merkmale auf: nur die ersten drei Unternehmen (Himont, Hoechst und Shell) haben Kapazitätsanteile von jeweils mehr als 10 %, und nur sie und die folgenden drei Unternehmen (Atochem/BP, Neste und ICI) überschreiten die 6-Prozent-Marke. Die Preise sind bei einer gewissen Stabilität der Produktionskapazitätsanteile und einer auffälligen Übereinstimmung zwischen Kapazitäts- und Marktanteilen extrem transparent.

(24) Wie weiter oben ausgeführt, wird das vom Gemeinschaftsunternehmen Exxon/Shell hergestellte lineare Polyethylen durch Polymerisierung und Verarbeitung der Vorprodukte Ethylen und 1-Buten hergestellt. Sowohl Exxon als auch Shell stellen Ethylen her, und Exxon besitzt in NDG eine Dampfkrackanlage. Durch Ausbau der Kapazität dieser Anlage kann Exxon das gesamte zum Einsatz im Gemeinschaftsunternehmen Exxon/Shell benötigte Ethylen (200 kt) in NDG herstellen. Die 100 kt Ethylen zum Einsatz in den Exxon-Polyethylenwerken in Antwerpen und Meerhout (Belgien) werden von Shell geliefert, die in Moerdijk (Niederlande) eine Dampfkrackanlage betreibt.

(25) Die Lage bei Polyethylen ist derzeit durch ein gewisses Ungleichgewicht zwischen Produktionskapazität und Nachfrage gekennzeichnet. Einige Unternehmen sind jedoch im Vertrauen auf ihre kostengünstig produzierenden LLDP-Werke und die Umstellung von zahlreichen „Allzweck"-Folienanwendungen auf mehr spezifische LDPE-Anwendungen weiterhin voller Optimismus, was den LDPE-LLDPE-Markt betrifft.

## D. Die Vereinbarungen aus den Jahren 1989 und 1990

(26) Die Vereinbarungen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, betreffen die Einrichtung eines je zur Hälfte Exxon und Shell gehörenden Gemeinschaftsunternehmens (CIPEN) mit Sitz in NDG hauptsächlich für die Produktion von LLDPE. Das Werk ist mittlerweile errichtet worden und soll (zunächst für die Dauer von 15 Jahren ab Inbetriebnahme) von Exxon Chemical Polymers SNC (ECP) betrieben werden. Die von dem Gemeinschaftsunternehmen hergestellten Produkte sollen von beiden Partnern zusammen mit gleichen oder ähnlichen Produkten aus eigener Herstellung unabhängig vertrieben werden.

Die Produktionskapazität des Gemeinschaftsunternehmens beträgt 220 000 Jahrestonnen lineares Polyethylen (hauptsächlich LLDPE). Ein großer Teil der Einsatzprodukte wird von den Gründerunternehmen geliefert. Die gesamte LDPE/LLDPE-Produktionskapazität von Exxon und Shell — die Produktionskapazität von Exxon in Saudi-Arabien (1) nicht miteingerechnet — belief sich damit Ende 1992 auf rund 1,3 Millionen Jahrestonnen (etwa 20 % mehr als ihre gesamte Produktionskapazität von 1991). Nach Fertigstellung des neuen Werkes (15. Mai 1992) haben Exxon und Shell zusammen einen Anteil an der gesamten LDPE/LLDPE-Produktionskapazität der Gemeinschaft von mehr als 20 %.

(1) Die Produktionskapazität von Exxon in Saudi-Arabien beläuft sich auf 215 000 Jahrestonnen (3,9 % der gesamten LDPE/LLDPE-Produktionskapazität in der EG von 1991); die von Exxon in der Gemeinschaft abgesetzten Mengen LLDPE aus der saudi-arabischen Produktion beliefen sich 1991 auf 43 500 Tonnen.

(27) Wichtigste Elemente der 1989/90 unterzeichneten Vereinbarungen sind:

a) „Joint Venture Agreement" (GU-Vereinbarung) zwischen Shell Chimie S.A. und ECP;

b) „Economic Interest Group (GIE) Constitution Agreement" (Vereinbarung über die Errichtung einer GIE) zwischen Shell Chimie S.A. und ECP;

c) von der CIPEN-Hauptversammlung beschlossene „Internal and Operating Rules" (Betriebsordnung);

d) „Plant Utilization Agreement" (Vereinbarung über die Nutzung der Produktionsanlagen) zwischen Shell Chimie S.A. und ECP und CIPEN;

e) „Ethylene Supply Contracts" (Swap) (Ethylen-Lieferverträge) zwischen Exxon Chemical Belgium und Shell Nederland Chemie B.V. auf der einen und Société Française Exxon Chemical and Shell Chimie S.A. auf der anderen Seite;

f) „Butene-1 Supply Contract" (1-Buten-Liefervertrag) zwischen ECP und Shell Nederland Chemie B.V.;

g) „Construction, Operating and Services Agreement" (Bau-, Betriebs- und Servicevereinbarung) zwischen ECP und CIPEN;

h) „Linear Polyethylene Technology Agreement" (Vereinbarung über Linearpolyethylen-Technologie) zwischen Exxon Corporation und CIPEN.

Wichtigste Merkmale der vorstehend aufgeführten Vereinbarungen sind:

(28) a) *„Joint Venture Agreement"*

Dies ist die Hauptvereinbarung, die die Grundprinzipien des Gemeinschaftsunternehmens festlegt. Ihre wichtigsten Bestimmungen lauten:

— Shell Chimie S.A. und ECP vereinbaren, CIPEN gemeinsam als Wirtschaftliche Interessengemeinschaft („Groupement d'Intérêt Économique" (GIE)) französischen Rechts zu errichten. Sie vereinbaren, das Gemeinschaftsunternehmen auf CIPEN zu übertragen.

— Die Gründerunternehmen sind entsprechend ihrem gleichen Finanzierungsanteil zu gleichen Teilen an CIPEN beteiligt (die gesamten Baukosten werden mit annähernd 1 Milliarde ffrs veranschlagt).

— Die Vereinbarung gilt für eine erste Laufzeit von 15 Jahren nach der Inbetriebnahme des Werks des Gemeinschaftsunternehmens.

(29) b) *„GIE Constitution"*

Zweck von CIPEN ist es,

— ein Werk für die Herstellung von linearem Polyethylen mit Standort in NDG zu errichten und im Namen ihrer Mitglieder mittel- oder unmittelbar zu betreiben (wobei insbesondere ECP für die Planung, die Konstruktion und den Betrieb des Werks zuständig ist);

— den Gründerunternehmen oder deren angegliederten Unternehmen die gesamte Polyethylenproduktion aus den von ihnen gelieferten Vorprodukten (Ethylen und/oder andere Vorprodukte) zur Verfügung zu stellen.

(30) Organe der GIE sind die Hauptversammlung, der Direktor und der „Controller".

— Der Hauptversammlung gehört ein Vertreter jedes Anteilsinhabers an. Ihre Beschlüsse ergehen einstimmig. Die Generalversammlung ist befugt, die „Constitution" und die „Internal and Operating Rules" von CIPEN zu ändern, Kapitalerhöhungen oder -verminderungen vorzunehmen, die Rechnungsführung sowie die Investitionen und das Betriebsbudget zu genehmigen, den Direktor und den Controller zu bestellen, die Abschreibungs-, Wertminderungs- und Rückstellungspolitik zu bestimmen, alle von CIPEN übernommenen Indossamente, Sicherheiten und Garantien zu genehmigen, einen technischen Leiter für das Linearpolyethylen-Werk in NDG zu bestimmen, Vorschläge für neue Investitionen, Kreditaufnahmen und Bankfazilitäten zu genehmigen und generell alle im Interesse von CIPEN liegenden Beschlüsse, insbesondere soweit hierzu der Direktor nicht befugt ist, zu fassen.

— Der Direktor wird aus dem Mitarbeiterstab von ECP benannt und von der Hauptversammlung bestellt. Er hat die Beschlüsse im Rahmen des von der Hauptversammlung genehmigten Investitionsbudgets auszuführen. In aller Regel ist der Direktor nicht zur Vornahme von Handlungen befugt, die über den Rahmen einer normalen Geschäftsführung hinausgehen.

— Der Controller wird aus dem Mitarbeiterstab der Shell Chimie S.A. benannt und von der Hauptversammlung bestellt. Er ist zur Vornahme aller ihm zweckmäßig erscheinenden Rechnungsprüfungshandlungen in bezug auf die Geschäftstätigkeit von CIPEN befugt, ohne jedoch in diese Geschäftsvorgänge eingreifen zu können.

Die GIE gestattet ordnungsgemäß befugten Vertretern jedes Mitglieds („Audit Team") volle Einsicht in ihre Geschäftsvorgänge. Die Rechnungsprüfungs- und Kontrolltätigkeiten des Controller (und des Audit Team) beschränken sich auf die Geschäftstätigkeiten der GIE unter Ausschluß aller anderen Industrietätigkeiten am Standort NDG. Der Controller hat jedoch persönlichen Zugang zu anderen einschlägigen Industrietätigkeiten am Standort NDG und zu bestimmten wichtigen technologischen und vertraulichen Informationen.

(31) c) *„Internal and Operating Rules"*

Die „Internal and Operating Rules" regeln folgende Fragen : Neuinvestitionen, Kostenteilung, Produktionsentnahmen und Lieferungen sowie Organisation der laufenden Geschäftsführung.

— Neuinvestitionen : es kann zwischen vier verschiedenen Arten von Neuinvestitionen — drei innerhalb und eine außerhalb der GIE — unterschieden werden :

1. gemeinsame Investitionen, die die Befugnisse des Direktors im Rahmen des Jahresbudgets nicht überschreiten : diese Investitionen können, da sie in dem von der Hauptversammlung genehmigten Budget vorgesehen sind, vom Direktor vorgenommen werden ;

2. gemeinsame Investitionen, die die Befugnisse des Direktors im Rahmen des Jahresbudgets überschreiten : Vorschläge zu gemeinsamen Investitionen, die die Befugnisse des Direktors im Rahmen des Jahresbudgets überschreiten, sind der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen. Stimmt eine Partei einem solchen Vorschlag nicht zu, so kann die jeweils andere Partei die Investition im Werk unter den nachstehend erläuterten Bedingungen vornehmen ;

3. getrennte Investitionen innerhalb der GIE : ein Mitglied kann solche Investitionen nur dann vornehmen, wenn das jeweils andere Mitglied die gemeinsame Vornahme der Investition ablehnt und die Investition sich im Rahmen der von der Hauptversammlung festgelegten Produktionsmöglichkeiten hält.

   Für solche getrennten Investitionen gelten folgende Bedingungen :

   — Sie werden auf Kosten und Gefahr und für den ausschließlichen Nutzen des investierenden Mitglieds getätigt ;

   — das investierende Mitglied hat dafür Sorge zu tragen, daß alle benötigten Hilfseinrichtungen und Dienste von der GIE gestellt werden und das nichtinvestierende Mitglied von allen sich aus der Investition mittel- oder unmittelbar ergebenden zusätzlichen Kosten schadlos gehalten wird ;

   — für alle getrennten Investitionen eines Mitglieds, die eine Neufestsetzung der jeweiligen Produktionsanteilsrechte der Mitglieder erforderlich machen, gilt der allgemeine Grundsatz, daß die Produktionsanteilsrechte jedes Mitglieds nicht unter 33 % absinken dürfen ;

4. getrennte Investitionen außerhalb der GIE : jedes Mitglied kann jederzeit außerhalb der GIE in jedem ihm gehörenden Werk unabhängige Investitionen tätigen, gleich ob diese im Zusammenhang mit der Produktion von linearem Polyethylen stehen oder nicht.

— Kostenteilung : die festen Kosten von CIPEN sind von jedem Mitglied im Verhältnis zu seiner Beteiligung zu tragen ; variable Kosten werden auf die Anteilsinhaber im Verhältnis zu ihrer Produktion im CIPEN-Werk aufgeteilt.

— Produktentnahmen und Lieferungen : nach Festlegung des Produktionsplans hat jedes Mitglied nach Maßgabe der „Plant Utilization Agreement" die im folgenden Monat für die Polyethylen-Herstellung benötigte Menge Ethylen und 1-Buten zu liefern und die entsprechende Produktion abzunehmen.

— Organisation der laufenden Geschäftsführung : die Vereinbarung sieht die Einsetzung eines „Operating Committee" vor, dem zwei Mitglieder jeder Partei und der Direktor der GIE angehören und das die Errichtung des Werks und die Geschäftstätigkeit der GIE überwacht. Hierzu gehören auch die Festlegung des monatlichen Produktionsentnahmeplans, die jährliche Vorbereitung des Produktionsplans und des Budgets, die Entwicklung neuer und experimenteller Produkte, die Vorbereitung von Investitionsvorschlägen und die Qualitätskontrolle.

(32) d) *„Plant Utilization Agreement"*

Diese Vereinbarung regelt unter anderem die Berechnung der Produktionsanteilsrechte von Shell und Exxon : die Parteien haben sich entsprechend ihren Beteiligungen an CIPE in die verfügbaren Produktionslaufzeiten zu teilen.

Für den Fall, daß eine Partei ihre Produktionsanteilsrechte in einem bestimmten Zeitraum nicht voll ausschöpft, sieht die Vereinbarung vor, daß sich die Parteien über eine mögliche Neuverteilung der Produktionsanteilsrechte für diesen Zeitraum verständigen.

(33) e) *„Construction, Operating and Services Agreement"*

CIPEN ermächtigt ECP, ein Herstellungswerk für lineares Polyethylen in NDG mit einer Jahreskapazität von annähernd 220 000 Tonnen und Kosten von annähernd 1 Milliarde ffrs zu planen, zu bauen und für eine Dauer von 15 Jahren zu betreiben sowie alle hierzu erforderlichen Bau- und Betriebsgenehmigungen einzuholen.

(34) f) *„Ethylene Supply Contracts" (Swap)*

Die Société Française Exxon Chemical (ECSF) beliefert die Shell Chimie S.A. (SC) mit den Mengen Ethylen, die dem Bedarf von SC für die Herstellung von linearem Polyethylen in NDG gemäß dem „Plant Utilization Agreement" (1) entsprechen, und verpflichtet eines ihrer Konzernunternehmen — Exxon Chemical Belgium (ECB) — dazu, gleiche Mengen unter ähnlichen Bedingungen von einem Unternehmen des Shell-Konzerns zu beziehen. SC hat dafür zu sorgen, daß Shell Nederland Chemie B.V. (SNC) diese Mengen unter ähnlichen Bedingungen für Lieferung in Antwerpen (2) bereitstellt. Es bestehen zwei Bezugs- und Lieferverträge (Exxon-SC und SNC-Exxon) mit gleichen Bedingungen.

(35) g) *„Butene-1 Supply Contract"*

Shell verkauft an Exxon einen Prozentsatz (mindestens 85 % und höchstens 115 %) der angepaßten Basismenge 1-Buten (geschätzte jährliche Basismenge für die Herstellung von 110 kt linearem Polyethylen im Werk NDG, angepaßt im Verhältnis zur jährlichen Produktion von linearem Polyethylen für Exxon in besagtem Werk).

(36) h) *„Linear Polyethylene Technology Agreement"*

Die Exxon Corporation sichert der GIE in deren Eigenschaft als Unternehmen des Exxon-Konzerns die Rechte und Pflichten aus ihrer Lizenzvereinbarung mit Union Carbide Corporation (UCC) betreffend Niedrigdruck-Polyethylen, der zufolge Exxon lizenziert ist, Polyethylen-Harze mit UCC-Technologie unter UCC-Polyethylen-Patentrechten zu verwenden und zu verkaufen.

Die GIE erhält somit für die kommerzielle Herstellung von linearem Polyethylen in Frankreich eine Ausdehnung der Rechte aus der Exxon-UCC-Polyethylenlizenz sowie technische Hilfe und Zugang zu neuer Technologie von Exxon. Für die Nutzung der technischen Informationen der „UCC PE Technology", der „Exxon PE Technology" und der „Exxon-PE Improvements" zahlt die GIE an Exxon einen Pauschbetrag und laufende Lizenzgebühren für die gesamte aus ihrem Werk und späteren Werkserweiterungen stammende Produktion an Polyethylen-Harzen, die während der Laufzeit der Lizenzvereinbarung verkauft oder verwendet wird.

## E. Anmeldung und Änderung der Vereinbarungen

(37) Nach einer von der Kommission an beide Parteien versendeten Mitteilung von Beschwerdepunkten haben die Parteien die vorerwähnten Vereinbarungen angemeldet. Die Kommission hielt es deshalb für zweckmäßig, am 3. April 1992 den Parteien eine zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten zuzustellen, in der sie ihre rechtliche Würdigung des Falls bestätigte und gleichzeitig erklärte, daß die Freistellungsvoraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 insofern nicht erfüllt sind, als die Vereinbarungen den Parteien Wettbewerbsbeschränkungen auferlegen, die für die Erreichung der Ziele des Artikels 85 Absatz 3 nicht unerläßlich sind.

(38) In der Tat

a) ist für getrennte Neuinvestitionen einer Partei in der gemeinsamen Produktionsstätte die Zustimmung der jeweils anderen Partei erforderlich;

b) war für die meisten Entscheidungen über den tatsächlichen Betrieb und das Management des Gemeinschaftsunternehmens ein „Operating Committee" aus Vertretern beider Parteien verantwortlich, wodurch ein ständiger Austausch vertraulicher wettbewerbserheblicher Informationen zwischen den Parteien ermöglicht wurde;

c) war für die teilweise oder vollständige Übernahme nicht ausgeschöpfter Produktionsanteilsrechte einer Partei durch die jeweils andere Partei die Zustimmung der nicht voll ausschöpfenden Partei erforderlich.

(39) Aufgrund der Bemerkungen der Kommission in ihrer zusätzlichen Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 3. April 1992 haben die Parteien die ursprünglichen Vereinbarungen geändert und folgende Änderungen angemeldet:

a) Jedes Mitglied des Gemeinschaftsunternehmens kann Investitionen innerhalb der GIE vornehmen. Beinhaltet eine geplante Investition eine Änderung bestehender Produktionseinrichtungen, so hat das Mitglied, das die Investition vornehmen möchte, dem anderen Mitglied die Gelegenheit zur Beteiligung an der Investition zu geben.

(1) Exxon-Ethylen aus Notre-Dame-de-Gravenchon wird an Shell Chemie für die gemeinsamen LLDPE/HDPE-Anlagen geliefert.

(2) Shell-Ethylen aus Moerdijk (Niederlande) wird an ECB im Gebiet um Antwerpen aus dem Pipeline-Netz der Ethyleen Pijpleiding Maatschappij geliefert.

Wünscht das andere Mitglied, sich an der Investition zu beteiligen, so wird der gemeinsame Investitionsplan der Hauptversammlung zwecks Genehmigung vorgelegt, wenn er die Befugnisse des Direktors im Rahmen des Jahresbudgets überschreitet.

Wünscht das andere Mitglied, sich nicht an der Investition zu beteiligen, so kann das investitionsbereite Mitglied die Investition vornehmen, sofern die Investition die technischen Möglichkeiten der Anlagen der GIE zur Herstellung von linearem Polyethylen nicht beeinträchtigt. Für die Investition gelten jedoch die gleichen Bedingungen, wie sie in der ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung vorgesehen sind.

b) Das „Operating Committee" ist durch ein „Advisory Committee" ersetzt worden, das nach dem Ermessen des Direktors einberufen und vom Direktor zu sämtlichen administrativen oder technischen Fragen konsultiert wird.

c) Bei nicht vollständiger Ausschöpfung der Produktionsanteilsrechte einer Partei kann die jeweils andere Partei die nicht ausgeschöpften Produktionsanteilsrechte ganz oder teilweise übernehmen, ohne die nicht ausschöpfende Partei konsultieren zu müssen.

### F. Bemerkungen betroffener Dritter

(40) Die Kommission hat nach Veröffentlichung der Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 keine Bemerkungen von betroffenen Dritten erhalten.

## II. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

### A. Kooperativer Charakter des Gemeinschaftsunternehmens Exxon/Shell (1)

(41) Die Vereinbarungen zwischen Chemieunternehmen des Exxon-Konzerns und des Shell-Konzerns, die Gegenstand dieser Entscheidung sind, sehen die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens und die Lieferung von Vorprodukten vor. Das Gemeinschaftsunternehmen hat kooperativen Charakter, da es nicht alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu den Gemeinschaftsunternehmen führt (Punkt 10 der Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EG-Vertrags in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (2)).

### B. Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages

(42) Die Vereinbarungen zwischen Exxon und Shell fallen unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, da sie den Wettbewerb einschränken und geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Es kann für sie daher kein Negativattest erteilt werden, wie es die Parteien in ihrer Anmeldung beantragen. Sie kommen jedoch für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 in Betracht.

(43) Unter Berücksichtigung der in der Bekanntmachung der Kommission über kooperative Gemeinschaftsunternehmen dargelegten Kriterien und ihrer Anwendung auf die besonderen Umstände dieses Falls gelangt die Kommission zu der Schlußfolgerung, daß die Vereinbarungen a) zu einer gemeinsamen Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens führen, b) eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien und damit eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken und bewirken und c) geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

a) *Gemeinsame Kontrolle*

(44) CIPEN ist kein von den Gründerunternehmen unabhängiges und eigenständiges Unternehmen, da sich ihre Tätigkeit auf die Herstellung von linearem Polyethylen und dessen Lieferung an die Gründerunternehmen beschränkt, die als Hersteller und Verkäufer der gleichen oder ähnlicher Produkte tätig bleiben. Die Tätigkeiten von CIPEN werden auf der Hauptversammlung durch einstimmigen Beschluß festgelegt. Die laufende Geschäftsführung liegt in Händen eines aus dem Mitarbeiterstab von Exxon bestellten Direktors und wird von einem aus dem Mitarbeiterstab von Shell bestellten „Controller" beaufsichtigt. Auch wenn der Controller nicht in die Geschäftstätigkeit von CIPEN einzugreifen befugt ist, kann sich jedes Mitglied aufgrund der Struktur von CIPEN doch uneingeschränkt über deren Geschäftstätigkeit informieren. Laut Aussage der Parteien beschränkt sich deren Kontrolle auf organisatorische und technische Absprachen über die Nutzung der Produktionsanlagen. Zu den Merkmalen von CIPEN gehören jedoch unter anderem die Mitwirkung beider Gründerunternehmen an Budgetentscheidungen, gemeinsame Entscheidungen über gemeinsame künftige Investitionen, die die Befugnisse des Direktors im Rahmen des Jahresbudgets nicht überschreiten, sowie über gemeinsame künftige Investitionen, die diese Befugnisse überschreiten, und gemeinsame Entscheidungen über Betriebsoptimierung und Produktentwicklung. Die Rolle von Shell beschränkt sich deshalb nicht auf die eines passiven Kapitalgebers, und die Bezie-

(1) Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EG-Vertrags, ABl. Nr. C 43 vom 16. 2. 1993, S. 2.

(2) ABl. Nr. L 257 vom 21. 9. 1990, S. 14 (berichtigte Fassung der im ABl. Nr. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 1, veröffentlichten Fassung).

hung zwischen den Parteien ist nicht eine Beziehung zwischen Kunde und Lieferant; ebensowenig ist diese Beziehung eine langfristige Verarbeitungsvereinbarung.

Die gemeinsame Kontrolle zwischen Wettbewerbern beinhaltet im vorliegenden Fall eine enge und ständige Zusammenarbeit zwischen den Gründern: diese Zusammenarbeit führt zwangsläufig zu einer abgestimmten Managementstruktur und erlaubt gegenseitigen Informationsaustausch.

(45) Die Zusammenarbeit zwischen Exxon und Shell beschränkt sich im vorliegenden Fall nicht auf organisatorische und technische Absprachen über die Nutzung der Produktionsanlagen, sondern beinhaltet eine echte gemeinsame Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens durch die Gründer. Exxon hätte, wie in deren internen Vermerk vom 1. Februar 1989 (Treffen mit Shell, Paris, 26. Januar 1989) vermerkt, eine „Vorauszahlungsvereinbarung" (Pre-payment Agreement, PPA) vorgezogen, doch hätte eine solche Konstruktion nach Auffassung von Shell nicht ohne weiteres eine gleichrangige Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen gestattet. Shell akzeptierte indessen nicht eine einseitige Kontrolle durch Exxon und konnte schließlich eine Konstruktion echten gemeinsamen Eigentums durchsetzen.

(46) Dies geht aus dem internen Vermerk von Shell vom 1. Februar 1989 („Cape Project Form of Cooperation") hervor. Punkt 2 dieses Vermerks — „Warum nicht eine Produktionsvereinbarung wie in Mosmorran (Großbritannien)?" — erläutert in klarer Form den wesentlichen Unterschied zwischen

1. einer auf technische Absprachen über gemeinsame Produktion begrenzten Vereinbarung über ein 50/50-Gemeinschaftsunternehmen („vorproduktgeprägtes Vorhaben") wie in Mosmorran, umschrieben als „Anlage zur Umwandlung des Ethan- und Propanstroms aus der Fertigung des E & P-Gemeinschaftsunternehmens von Shell und Exxon, wo per Definition Exxon und Shell jeweils ein Produktionsanteilsrecht von 50 % haben" (1), und

2. einem „endproduktgeprägten Vorhaben" wie Notre-Dame-de-Gravenchon.

(47) Die Besonderheiten eines solchen „endproduktgeprägten Vorhabens" sind unter anderem:

i) Mitwirkung beider Gründer an den Budgetentscheidungen;

ii) gemeinsame Investitionsentscheidungen;

iii) gemeinsame Entscheidungen über Betriebsoptimierung und Produktentwicklung.

(48) In dem Vermerk heißt es weiter: „Eine Vereinbarung dieser Art würde den Geschäftskonsens zwischen Shell und Exxon widerspiegeln. Dieser Konsens reicht weit über die Grenzen einer Verarbeitungsvereinbarung hinaus... Die geplante Zusammenarbeit fügt sich jedoch ganz natürlich in eine flexible und einfache Vereinbarung des Typs Gemeinschaftsunternehmen ein, da sie die wichtigsten Instrumente für maßgeschneiderte Entscheidungen liefert, um die Geschäftstätigkeiten in einer Weise zu lenken, die in die sich ändernden Bedürfnisse der Parteien paßt."

(49) Die Kommission folgert daher, daß die ein koordiniertes Management beinhaltende Struktur von CIPEN Exxon und Shell eine gemeinsame Kontrolle über deren Gemeinschaftsunternehmen gibt.

b) *Einschränkungen aufgrund der gemeinsamen Unternehmensgründung und -kontrolle*

(50) Exxon und Shell sind Wettbewerber auf dem wichtigsten relevanten Markt, d. h. dem oligopolistischen Markt der Gemeinschaft für LDPE/LLDPE (in Abgrenzung zu HDPE und anderen Thermoplasten), auf dem sie 1991 mit Marktanteilen von annähernd 11,5 bzw. 8,5 % der viert- bzw. fünftgrößte Hersteller waren. Auch der HDPE-Markt könnte relevant sein: auch auf diesem Markt müssen Exxon und Shell als Wettbewerber angesehen werden.

So

— stellen Exxon LDPE in Belgien und LLDPE/HDPE in Saudi-Arabien, Shell LDPE im Vereinigten Königreich, in Frankreich und in Deutschland, Shell Polypropylen in Deutschland und im Vereinigten Königreich und Exxon Polypropylen in Frankreich her;

— ist Exxon in der Lage, eigenständig LLDPE/HDPE-Produktionsanlagen im Gemeinsamen Markt zu errichten, und ist Shell in der Lage, eine individuelle Produktion von LLDPE/HDPE aufzunehmen; Shell und Exxon sind in der Lage, eigenständig Polypropylen-Fertigungsanlagen im Gemeinsamen Markt zu errichten.

(1) Die wichtigsten Elemente des Bauprojekts für die Ethylen-Produktion in Mosmorran lauten: Im Rahmen der Verarbeitungsvereinbarung zwischen Exxon und Shell (Juli 1980) verarbeitet Exxon Chemical Ltd von Shell gelieferte Vorprodukte, die in Eigentum der Shell stehen, zu Ethylen für Shell in dem Werk, für dessen Leitung und Betrieb Exxon allein verantwortlich ist, während Shell sich verpflichtet, dieses Ethylen von Exxon abzunehmen. Exxon trifft alle Entscheidungen betreffend die Planung, den Bau und den Betrieb des Werkes sowie etwaige Erweiterungen, Änderungen und Ersatzbauten.

(51) Im Fall von Exxon ist diese Fähigkeit zum einen durch das Know-how, das sie in ihren LLDPE/HDPE-Produktionsanlagen außerhalb Europas besitzt und einsetzt (Exxon hat eine Lizenz für die Herstellung, die Verwendung und den Verkauf von LLDPE/HDPE mit UCC-Technologie), und durch ihr Polypropylenwerk in NDG bewiesen. Im Fall von Shell ist darauf hinzuweisen, daß alle anderen Polyethylen-Hersteller entweder eine eigene Technologie zu entwickeln oder eine Lizenz zu erwerben imstande waren und daß Shell gemeinsam mit BASF in Deutschland ein LLDPE/HDPE-Werk (ROW) mit einer Jahreskapazität von 15 kt besitzt. Weiterhin hat Shell laut Memorandum des Vorstands von Shell Petroleum NV vom Oktober 1989 (vor Mai 1992) auf der Vormarktstufe eine bestimmte von Exxon bezogene Menge LDPE verkauft. Shell besitzt folglich bereits eigene Vertriebserfahrungen in diesem speziellen Sektor. Shell besitzt bereits eigene Erfahrungen in der Herstellung und im Vertrieb von Polypropylen.

(52) Zum anderen wäre, wie die Existenz von LLDPE/HDPE-Anlagen gleicher und selbst geringerer Größe im Besitz anderer Unternehmen zeigt, eine LLDPE/HDPE-Anlage von Exxon und/oder Shell mit der Hälfte der Kapazität des Gemeinschaftsunternehmens eine technisch und wirtschaftlich rentable Größe (110 kt).

(53) Die Errichtung eines Produktionsgemeinschaftsunternehmens durch Exxon und Shell für die gleichen Märkte wie die der Gründerunternehmen, die Wettbewerber sind und Wettbewerber bleiben, muß deshalb im Lichte von Artikel 85 Absatz 1 geprüft und beurteilt werden.

(54) Bei der Prüfung der Frage, ob die verschiedenen Vereinbarungen zwischen Exxon und Shell eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, ist dem rechtlichen und wirtschaftlichen Umfeld, insbesondere im Lichte der Situation auf dem relevanten Markt und der Stellung der Parteien auf diesem Markt, Rechnung zu tragen. Obgleich sich der Gerichtshof noch nicht speziell zur Frage der Gemeinschaftsunternehmen geäußert hat, muß die Kommission die zentrale Rolle berücksichtigen, die der Unabhängigkeit von Unternehmen in bezug auf ihre Geschäftsentscheidungen, die nicht gegenseitig beeinflußt werden dürfen, zukommt.

(55) CIPEN ist ein Gemeinschaftsunternehmen, dem die Gründerunternehmen nur die Produktionsfunktionen eines Unternehmens (Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen) übertragen haben. Da das Gemeinschaftsunternehmen von der Gründerunternehmen gestellte Vorprodukte zu Polyethylen (das von Exxon und Shell auch weiterhin individuell hergestellt und vertrieben wird) zwecks Rücklieferung an Exxon und Shell verarbeitet, wird der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen — mit Rücksicht auf die Marktnähe ihrer Zusammenarbeit und die dieser innewohnende Tendenz zur Angleichung der Verrechnungspreise — nur in abgeschwächter Form ausgetragen (Ziffer 40 der Bekanntmachung der Kommission über kooperative Gemeinschaftsunternehmen).

(56) Die Gründerunternehmen haben beträchtliche Investitionen in die neue Produktionsanlage getätigt, die einen erheblichen Teil (etwa 17 %) ihrer gesamten Tätigkeit auf dem LDPE/LLDPE-Markt (wo das bestehende Ungleichgewicht zwischen Produktionskapazität und Nachfrage in den nächsten Jahren fortzubestehen droht) repräsentiert, und verkaufen deren Produktion ohne weitere Verarbeitung. Die gemeinsame Errichtung und der gemeinsame Betrieb von CIPEN in Form eines Gemeinschaftsunternehmens beinhalten eine direkte und ständige Zusammenarbeit, die ihr gegenwärtiges und künftiges Wettbewerbsverhalten beeinflußt und ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt.

(57) Was den HDPE-Markt betrifft, so hält die Kommission die Wettbewerbseinschränkung jedoch nicht für bedeutsam, da Exxon und Shell gegenwärtig auf dem HDPE-Markt kein großes Gewicht haben. So betragen die Anteilsrechte von Shell an dem Gemeinschaftsunternehmen mit BASF (ROW), das eine jährliche Produktionskapazität von 215 kt HDPE hat, nur 50 %, während Exxon in der Gemeinschaft keine HDPE-Anlagen besitzt. Zwar kann Exxon HDPE aus dem Mittleren Osten und den USA beziehen, doch ist für die nächsten zehn Jahre ein Rückgang der Gesamtimporte aus den USA zu erwarten, da mit einer Angleichung der Weltmarktpreise und einem vermehrten inländischen Angebot gerechnet wird. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, daß Shell (mit Hoechst und nach Himont) der zweitgrößte Hersteller von Polypropylen ist, das teilweise mit HDPE konkurriert. Außerdem gehört Exxon zu den führenden Polypropylen-Herstellern in den USA und besitzt seit Ende 1992 am Standort NDG eine erste Produktionsanlage in der Gemeinschaft (140 kt/Jahr). Aus diesen Gründen sieht die Kommission Exxon und Shell als Wettbewerber an, ist aber gleichzeitig in Anbetracht der Tatsache, daß der Wettbewerb innerhalb des Polymer-Segments zwischen HDPE und Polypropylen nicht bedeutsam ist, der Auffassung, daß CIPEN unter Würdigung ihrer derzeitigen Größe und im Lichte der derzeitigen Merkmale des oligopolistischen HDPE-Marktes und der nur partiellen Austauschbarkeit von HDPE durch Polypropylen nur zu einer unbedeutenden Wettbewerbseinschränkung führt.

(58) Diese (im LDPE/LLDPE-Markt bedeutende, im HDPE-Markt aber nicht bedeutende) Wettbewerbseinschränkung, in der keine ausdrückliche Absicht der Parteien zu vermuten ist, wird durch die Investitions- und Produktionsaspekte eindeutig belegt :

I. Investitionen

(59) Mit der Entscheidung zur gemeinsamen Errichtung einer neuen Produktionsanlage haben die Gründerunternehmen ihre Investitionspläne koordiniert und von einer individuellen Ausweitung ihres Polyethylengeschäfts, zu der sie angesichts ihrer Gesamtgröße und ihrer einschlägigen Erfahrung sehr wohl in der Lage gewesen wären, abgesehen. Bei Investitionen innerhalb der GIE kann weder die Generalversammlung noch der Direktor gegen die Interessen eines der Anteilsinhaber handeln: die Generalversammlung nicht, weil ihre Beschlüsse einstimmig sein müssen, und der Direktor nicht wegen der Kontrollbefugnisse des „Controller". Den Beschlußfassungsbefugnissen der Generalversammlung und des Direktors sind dadurch Grenzen gezogen, daß CIPEN im Einklang mit den Interessen ihrer Anteilsinhaber handeln muß. Bei Investitionen außerhalb der GIE wird jedes Gründerunternehmen, selbst wenn es unabhängige Investitionen tätigen kann, in seinen Investitionsentscheidungen betreffend LDPE/LLDPE durch die Entscheidungen beeinflußt sein, die es gemeinsam mit seinem Partner in einer Produktionsanlage trifft, die einen beträchtlichen und technologisch hochentwickelten Teil der Geschäftstätigkeiten beider Gründerunternehmen im LDPE/LLDPE-Markt darstellt. Insbesondere der Beschluß zur Errichtung einer gemeinsamen Produktionsstätte wird spürbar die Möglichkeit verringern, daß die Parteien, nachdem sie erhebliche Kapitalbeträge in das Gemeinschaftsunternehmen investiert haben, kostspielige Investitionen in Kapazitäten tätigen werden, die mit denen des Gemeinschaftsunternehmens konkurrieren [1]. Ureigenster Gegenstand der Zusammenarbeit wird deshalb eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen Exxon und Shell auf dem LDPE/LLDPE-Markt sein. Diese Wettbewerbseinschränkung wird mittelbar auch die Wettbewerbsstellung der Partner selbst berühren.

II. Produktion

(60) Exxon und Shell werden unvermeidlich veranlaßt sein, ihre Produktion innerhalb von CIPEN zu koordinieren. Selbst wenn beide die Produktionsanlagen gleich lang für die benötigten Qualitäten zu nutzen berechtigt sind, muß jedes Gründerunternehmen zwangsläufig den Plänen des jeweils anderen, über die es sich umfänglich informieren kann, Rechnung tragen und bei der Produktion für den anderen die Grenzen der Produktionsmöglichkeiten beachten. Auch muß jedes Gründerunternehmen die Menge LLDPE/HDPE abnehmen, die der von ihm gelieferten Vorproduktmenge entspricht, und die Menge Ethylen und 1-Buten liefern, die für die Herstellung des linearen Polyethylens erforderlich ist, das der ihm zugewiesenen Produktionslaufzeit (50 %) entspricht.

(61) Die Koordinierung des Produktionsprogramms für lineares Polyethylen zwischen Exxon und Shell für ihr Gemeinschaftsunternehmen wird durch die Ethylen-Lieferverträge abgesichert. Angesichts der wirtschaftlichen Realität der Ethylen-Lieferverträge, die einer De-facto-Ausschließlichkeit gleichkommt, und deren rechtlicher Struktur ist offensichtlich, daß

i) CIPEN nur mit von den Gründerunternehmen hergestelltem Ethylen beliefert wird;

ii) die Austauschvereinbarungen betreffend Ethylen zwischen Exxon und Shell mittelbar die Koordinierung ihrer Polyethylen-Produktion auf Produktionsanlagen ausdehnen, die nicht Bestandteil des Gemeinschaftsunternehmens sind (LDPE-Produktionsanlagen von Exxon in Belgien).

(62) Dieser wettbewerbsfeindliche Effekt wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Parteien LDPE/LLDPE-Produkte — einschließlich der Produktion des Gemeinschaftsunternehmens — weiterhin unabhängig vermarkten [2]. Da sich die Verkaufspreise weitgehend ähneln, ist der maßgebende Wettbewerbsparameter die globale Investitions- und Produktionsstrategie, um die es bei der Koordinierung im Gemeinschaftsunternehmen gerade geht.

(63) Ebensowenig wird die wettbewerbsfeindliche Wirkung durch die Änderungen aufgehoben, die die Parteien im Anschluß an die zusätzliche Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission an ihren Vereinbarungen vorgenommen haben. Zwar gewährleisten diese Änderungen eine umfassendere Eigenständigkeit in der laufenden Geschäftsführung und vermehrte Möglichkeiten getrennter Investitionen und einer Anpassung des Outputs des Gemeinschaftsunternehmens an die jeweiligen Bedürfnisse der Gründerunternehmen, doch unterscheidet sich die für ihre Zusammenarbeit gewählte Struktur weiterhin von den Formen passiver Investitionen oder langfristiger Verarbeitungsvereinbarungen. So gehen die Kooperationsvereinbarungen über das hinaus, was für die Errichtung und den einwandfreien technischen und administrativen Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens unbedingt erforderlich ist, und führen zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Parteien [3]:

— Was neue Investitionen in dem Gemeinschaftsunternehmen betrifft, so gilt weiterhin, daß gemeinsame künftige Investitionen, die die Befugnisse des Direktors im Rahmen des Jahresbudgets nicht überschreiten, das Ergebnis eines gemeinsamen Beschlusses sind, da ihre Basis das von der Hauptversammlung geneh-

[1] Entscheidung 88/88/EWG der Kommission, Olivetti/Canon, ABl. Nr. L 52 vom 26. 2. 1988, S. 51.

[2] Siehe Fußnote [1]. Die Auswirkungen der Zusammenarbeit auf die Wiederverkaufspreise der Gründerunternehmen waren in diesem Fall ein zusätzlicher Faktor.

[3] Entscheidung 87/100/EWG der Kommission, Mitchell Cotts/Sofiltra, ABl. Nr. L 41 vom 11. 2. 1987, S. 31.

migte Budget ist, und daß gemeinsame künftige Investitionen, die über die Befugnisse des Direktors im Rahmen des Jahresbudgets hinausgehen, gleichermaßen das Ergebnis eines gemeinsamen Beschlusses sind, da sie von der Hauptversammlung genehmigt werden müssen. Außerdem ist einer Partei, die im Rahmen der GIE getrennte Investitionen vorzunehmen wünscht, dies verwehrt, wenn die andere Partei wünscht, daß diese Investition gemeinsam vorgenommen wird. Darüber hinaus kann eine getrennt investierende Partei diese getrennten Investitionen nur dann vornehmen, wenn die Produktionsanteilsrechte der anderen Partei dadurch nicht unter 33 % absinken. Mithin findet im Bereich der Investitionstätigkeiten weiterhin eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens statt.

— Was die laufende Geschäftsführung betrifft, so gilt weiterhin, daß der Direktor, auch wenn er größere Eigenständigkeit besitzt, stets die gemeinsamen Beschlüsse aufgrund des von der Hauptversammlung beschlossenen Budgets auszuführen hat.

— Was die Produktionsanteilsrechte betrifft, so gilt weiterhin, daß jede Partei zwangsläufig den Plänen der anderen Partei, über die sie sich umfänglich informieren kann, Rechnung zu tragen und in der Produktion für die andere Partei die Grenzen der gemeinsamen Produktionsmöglichkeiten zu beachten hat.

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, daß der durch die Struktur des Gemeinschaftsunternehmens mögliche Informationsfluß zwischen Exxon und Shell die Basis bildet, auf der jeder Partner seine jeweilige Polyethylenproduktion planen und an die Produktionsentscheidungen des jeweils anderen Partners anpassen kann. Diese gegenseitige Abhängigkeit hat eine unmittelbare Auswirkung auf die Produktionspläne von Exxon und Shell für das Gemeinschaftsunternehmen (und gestattet, wie die Kommission bei der Untersuchung des praktischen Funktionierens des Gemeinschaftsunternehmens feststellen konnte, einen perfekten Ausgleich der von den beiden Gründerunternehmen produzierten Mengen oder einen gleichzeitigen Stopp der Produktion des Gemeinschaftsunternehmens), aber auch eine mittelbare Auswirkung (Spill-over-Effekt oder Gruppeneffekt) auf die Polyethylen-Produktionspläne der Exxon- und Shell-Konzerne als Ganzes. So führt jede von einem Partner zwecks Anpassung seines Verhaltens an die Entscheidungen des jeweils anderen Partners im Gemeinschaftsunternehmen beschlossene Erhöhung, Reduzierung oder Unterbrechung der Produktion zu einer globalen Überprüfung der Produktionspläne aller Polyethylen-Produktionsstätten des Partnerkonzerns.

c) *Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten*

(64) Das Gemeinschaftsunternehmen Exxon-Shell nebst dazugehörigen Vereinbarungen ist geeignet, sich spürbar auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auszuwirken. Die Vereinbarungen betreffen Hersteller, die die fraglichen Produkte in der ganzen Gemeinschaft anbieten. So ist vorgesehen, daß das von dem Gemeinschaftsunternehmen hergestellte lineare Polyethylen unter anderem in der gesamten Gemeinschaft vermarktet wird.

## C. Artikel 85 Absatz 3

(65) Die Vereinbarungen zwischen Exxon und Shell erfüllen die Freistellungsbedingungen des Artikels 85 Absatz 3, da sie unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung und zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen.

(66) In ihrer nach der zusätzlichen Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission geänderten Fassung erlegen die Vereinbarungen den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auf, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind. Schließlich eröffnen sie den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

a) *Verbesserung der Warenerzeugung*

Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts

(67) Die Vereinbarungen zwischen den Parteien erlauben den Bau der ersten LLDPE/HDPE-Produktionsanlage in der Gemeinschaft, die nach der Unipol-Technologie arbeitet.

Diese Technologie bietet eine hohe Elastizität (so daß das Werk in NDG mehrere Qualitätsstufen von linearem Polyethylen produzieren kann) und Effizienz (so daß das Werk in NDG Polyethylen zu wettbewerbsfähigen Kosten herstellen kann). Was den technischen Fortschritt betrifft, so dürfte das zusätzliche Angebot von kostengünstigem LLDPE in der Gemeinschaft für die Abnehmerindustrie ein Anreiz sein, ihre veralteten Extrusionsanlagen (ältere Extruder müssen eine Mischung aus LDPE und LLDPE verwenden, während neuere Anlagen 100 % LLDPE verarbeiten können) umzustellen und die Vorteile zu nutzen, die LLDPE hinsichtlich eines verminderten Materialeinsatzes (dünnere Folien bei gleicher Festigkeit) bietet. Damit ließen sich der Rohstoffeinsatz, die Rohstoffkosten und der Kunststoffabfall in der weiterverarbeitenden Industrie reduzieren.

(68) Berücksichtigt muß auch werden, daß durch ein Gemeinschaftsunternehmen für die LLDPE/HDPE-Produktion zwischen zwei Ethylen-Herstellern, die dank der Austauschvereinbarungen ohne Ethylen-Transport auskommen, die mit einem solchen Transport verbundenen Gesundheits- und Umweltrisiken vermieden werden.

(69) Da CIPEN die Exxon übertragene Lizenz für die Unipol-Technologie nutzen und damit die Kosten für den Erwerb einer neuen Unipol-Lizenz oder für die Entwicklung und Anwendung alternativer Technologien sparen kann, sind darüber hinaus beträchtliche Kosteneinsparungen möglich.

b) *Vorteile für die Verbraucher*

(70) Neben diesen Vorteilen für die weiterverarbeitende Industrie haben die Markteinführung von nach der Unipol-Technologie hergestellten LLDPE in der Gemeinschaft und die vorstehend erwähnte Verfügbarkeit großer Mengen von kostengünstigem LLDPE auch für den Verbraucher Vorteile. So enthalten das Gemeinschaftsunternehmen Exxon-Shell und die damit zusammenhängenden Vereinbarungen nichts, was die Verbraucher daran hindert, an dem aus dem Angebot von preisgünstigem LLDPE von CIPEN entstehenden Gewinn teilzuhaben. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, daß keines der Gründerunternehmen für das Vorprodukt (Ethylen) auf das jeweils andere Unternehmen angewiesen ist. Aufgrund der Austauschvereinbarungen für Ethylen werden die Rohstoffkosten von Shell für LLDPE/HDPE ex NDG auf den Kosten der Ethylenproduktion von Shell in dessen Werk Moerdijk basieren, während die Rohstoffkosten von Exxon auf den Kostenvorteilen seiner Krackanlage in NDG basieren werden. Da es in hohem Maße unwahrscheinlich ist, daß die Ethylenkosten von Moerdijk und NDG gleich hoch sein werden, und da beide Parteien getrennte Marketing-Strukturen und -techniken haben, wird der Wettbewerb zwischen Exxon und Shell, selbst wenn er durch die Zusammenarbeit im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens eingeengt wird, auch für das von CIPEN hergestellte LLDPE zum Tragen kommen, so daß die Verbraucher an dem aus den Produktionsverbesserungen und aus dem technischen und wirtschaftlichen Fortschritt entstehenden Nutzen angemessen beteiligt sein werden.

(71) Außerdem werden dem Verbraucher dank der vielfach überlegenen Eigenschaften von LLDPE gegenüber LDPE bessere Produkte angeboten werden können. Auch sollte bedacht werden, daß in einer Zeit, wo sich die Öffentlichkeit zunehmend der Begrenztheit der natürlichen Ressourcen und der der Umwelt drohenden Gefahren bewußt wird, viele Verbraucher in dem geringen Rohstoffeinsatz, dem verminderten Anfall von Plastikabfall und den geringeren Umweltrisiken positive Aspekte sehen werden.

c) *Unerläßlichkeit der Beschränkungen*

(72) Die Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus den nach der zusätzlichen Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission geänderten Vereinbarungen zwischen Exxon und Shell ergeben, sind jetzt auf das Maß zurückgebracht, das für die Erreichung der obigen Ziele eines verläßlich funktionierenden Produktionsgemeinschaftsunternehmens unerläßlich ist.

(73) Die geänderten Vereinbarungen beinhalten nach wie vor eine gewisse Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen Exxon und Shell bezüglich der Investitionen und der LDPE/LLDPE-Produktion. Diese Zusammenarbeit erfolgt jedoch in der den Wettbewerb am wenigsten einschränkenden Weise, so daß die wirtschaftliche Eigenständigkeit unabhängiger Marktbeteiligter soweit wie möglich gewahrt ist.

(74) Die nunmehr reduzierte Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens ist für die Erreichung der oben erwähnten Ziele der Verbesserung der Warenerzeugung und Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts unerläßlich.

Aus den folgenden Gründen ist es unwahrscheinlich, daß die Parteien eine derart leistungsstarke LLDPE/HDPE-Produktionsanlage im Alleingang errichtet hätten:

a) Obgleich sowohl Shell als auch Exxon eine ausreichende finanzielle Stärke haben, bestand für sie in der gegebenen Marktsituation kein ausreichender Anreiz, 100 % des benötigten Kapitals in ein hochleistungsfähiges LLDPE/HDPE-Werk wie CIPEN zu investieren, das annäherend 1 Milliarde ffrs kostet;

b) obgleich Exxon und Shell in der Lage sind, im Gemeinsamen Markt individuell LLDPE/HDPE-Produktionsanlagen mit der Hälfte der Kapazität des Gemeinschaftsunternehmens zu errichten, ist ein Ein-Reaktor-Werk, das nach dem modernen Gasphasenverfahren arbeitet, die technisch und wirtschaftlich sinnvollste Lösung.

(75) Die Ziele der jetzigen Kooperationsvereinbarung hätten sich unter den spezifischen Umständen des Falls wegen der komplexen Probleme der Qualitätsabstufung und Investitionsplanung, die verlangen, daß beide Parteien gewisse Befugnisse zur Überwachung der Unternehmensstruktur ausüben, mit einer langfristigen Verarbeitungsvereinbarung oder mit einer bloßen finanziellen Beteiligung nicht erreichen lassen.

(76) Mit den Möglichkeiten, die das Unipol-Verfahren bietet, läßt sich eine große Zahl unterschiedlicher Qualitätsstufen in einer Vielzahl von Kombinationen innerhalb des weiten Feldes von Schlüssel-Produktmerkmalen wie Schmelzindex, Dichte, Comonomer-Gehalt usw. herstellen. Jede Produktveredelungsphase kann durch Zusatz unterschiedlichster Merkmalpakete auf die Herausbildung spezifischer Eigenschaften zugeschnitten werden, die den Anwendungsbedürfnissen der Abnehmer entsprechen. So wird das CIPEN-Werk in der Lage sein, verschiedene unterschiedliche Qualitäten von linearem Polyethylen herzustellen. Da bei einigen Qualitäten eine fortlaufende Produktion nicht rentabel ist, werden die Parteien während eines Produktionszeitraums sicherlich nur eine sehr begrenzte Anzahl Qualitäten wünschen. Folglich sind die Parteien auf ein gemeinsames Forum angewiesen, auf dem sie erörtern und bestimmen können, welche spezifischen Qualitäten gegenwärtig (Wahl der Qualitätsabstufung) und künftig (Entwicklung neuer/experimenteller Produkte) produziert werden sollen.

Richtige Qualitätsabstufung, Kapazitätserweiterung und Qualitätszyklus-Planung sind deshalb Schlüsselelemente einer effizienten Steuerung der Fertigungsanlagen von CIPEN, die durch das oben beschriebene flexible Produktionssystem gekennzeichnet sind. Unter diesen besonderen Umständen ist es unerläßlich, daß beide Gründerunternehmen durch einen bilateralen interaktiven Entscheidungsprozeß an der bilateralen Entscheidung über diese Fragen mitwirken.

Ohne die einstimmige Beschlußfassung in der Hauptversammlung und ohne die Aufteilung der Befugnisse zwischen einem Direktor von Exxon (für die laufende Geschäftsführung) und einem Controller von Shell (für die Rechnungsprüfung) wären die Parteien nicht in der Lage, ein Gemeinschaftsunternehmen effizient zu führen, in das sie erhebliche Summen investiert haben und das wegen der oben beschriebenen komplexen Probleme einer flexiblen qualitätsabgestuften Produktion einen ständigen interaktiven Entscheidungsprozeß voraussetzt.

(77) Dies bedeutet nicht, daß jede Entscheidung über die neue Produktionsstätte gemeinsam getroffen zu werden braucht, gewährleistet doch die Struktur des Gemeinschaftsunternehmens,

— daß größere Möglichkeiten für getrennte Investitionsentscheidungen nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb der GIE gegeben sind, da solche getrennten Investitionen nicht, wie in den ursprünglichen Vereinbarungen vorgesehen, an die Bedingung geknüpft sind, daß sie „sich im Rahmen der von der Hauptversammlung festgelegten Produktionsmöglichkeiten des Werks halten", sondern an die wesentlich objektivere Bedingung, daß sie „die technischen Möglichkeiten der Produktionsanlagen der GIE für lineares Polyethylen nicht beeinträchtigen". Die ursprünglichen Bestimmungen über neue Investitionen im CIPEN-Werk, denen zufolge solche Investitionen der Zustimmung der jeweils anderen Partei bedurften, stellten in der Tat eine Wettbewerbseinschränkung dar, die nicht unerläßlich war. Während es notwendig und vertretbar ist, daß eine getrennte Investition im Werk selbst nicht gestattet ist, wenn die andere Partei die gemeinsame Vornahme einer solchen Investition wünscht, muß es für die die Investition vorschlagende Partei möglich sein, sie auch im Alleingang vorzunehmen, solange der Werksbetrieb dadurch nicht beeinträchtigt wird und die andere Partei die Beteiligung an der vorgeschlagenen Investition ablehnt. Da die in den „Internal and Operating Rules" enthaltenen neuen Vereinbarungen über neue Werksinvestitionen dieses Erfordernis berücksichtigen, gehen sie nicht über das hinaus, was für die Erreichung der Ziele von CIPEN unerläßlich ist;

— daß bei nicht vollständiger Ausschöpfung der Produktionsanteilsrechte durch eine Partei die jeweils andere Partei die nicht ausgeschöpften Rechte teilweise oder vollständig übernehmen kann, ohne die ihre Rechte nicht voll ausschöpfende Partei konsultieren zu müssen, da eine solche Übernahme nicht mehr, wie in den ursprünglichen Bedingungen vorgesehen, an die Bedingung, daß auf einem Treffen zwischen Exxon und Shell „alsbald eine Neuverteilung ihrer jeweiligen Produktionsanteilsrechte erörtert wird", sondern an die wesentlich objektivere Bedingung geknüpft ist, daß die interessierte Partei „dem Direktor ihre Absicht anzeigt, die nicht ausgeschöpften Produktionsanteilsrechte ganz oder teilweise zu übernehmen, die dann von der GIE besagter Partei zum tatsächlichen Kostenpreis für den übernommenen Teil der Produktionsanteilsrechte in Rechnung gestellt wird, wobei die GIE der ihre Produktionsanteilsrechte nicht ausschöpfenden Partei unverzüglich den von der anderen Partei so gezahlten Betrag erstattet".

Als allgemeine Regel ist es sinnvoll, daß jede Partei einen Anteil an der Produktionskapazität von CIPEN hat, der ihrer finanziellen Beteiligung entspricht. In einer Situation, in der eine Partei ihren Anteil an der Produktionskapazität des Werks nicht ausschöpft, muß es der anderen Partei jedoch möglich sein, ohne ausdrückliche oder implizite Zustimmung der ersten Partei den nicht ausgeschöpften Kapazitätsanteil ganz oder teilweise zu übernehmen. Während die ursprünglichen Bestimmungen über die Übernahme nicht ausgeschöpfter Produktionsanteilsrechte die Zustimmung der

anderen Partei vorschrieben und somit die Eigenständigkeit der Gründerunternehmen in ihren Produktionsentscheidungen über das für das Funktionieren des Gemeinschaftsunternehmens notwendige Maß hinaus einschränkten, kann jetzt nach der Änderung der Kapazitätsnutzungsvereinbarung (Plant Utilization Agreement) jede Partei die Entscheidung, die von der jeweils anderen Partei nicht ausgeschöpfte Produktionslaufzeit ganz oder teilweise für sich zu nutzen, treffen, ohne die Zustimmung der anderen Partei einholen zu müssen. Somit stellen die Vereinbarungen im Bereich der Produktionsanlagennutzung nicht mehr eine nicht unerläßliche Wettbewerbseinschränkung dar;

— daß der Direktor in der laufenden Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens unabhängiger ist, da seine Befugnisse nicht mehr, wie in den ursprünglichen Vereinbarungen vorgesehen, durch das „Operating Committee" beschränkt sind, nachdem dieses durch ein „Advisory Committee" abgelöst worden ist, das nach dem Ermessen des Direktors einberufen und von ihm zu allen administrativen oder technischen Fragen gehört wird. Während die Mitwirkung beider Gründerunternehmen an Budgetentscheidungen und Entscheidungen über gemeinsame künftige Investitionen, Betriebsoptimierung und Produktentwicklung als Bestandteil der gemeinsamen Kontrolle des Unternehmens zu gelten hat, muß die laufende Geschäftsführung in einer Weise organisiert werden, die ausschließt, daß die Gründerunternehmen ständig Einfluß auf Geschäftsoperationen von CIPEN nehmen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Flexibilität der qualitätsabgestuften Produktion stehen.

Dies wurde dadurch erreicht, daß dem Direktor von CIPEN ein hohes Maß an Eigenständigkeit in der laufenden Geschäftsführung zugestanden wurde. Eine Situation, in der, wie von den Parteien ursprünglich vorgesehen, ein „Operating Committee" aus Vertretern beider Parteien für die meisten Entscheidungen des tatsächlichen Betriebs und des Managements des Gemeinschaftsunternehmens verantwortlich zeichnet, hätte einen ständigen Austausch vertraulicher wettbewerbserheblicher Informationen zwischen den Parteien ermöglicht.

Die neue Verbindung, der zufolge der Direktor mit Unterstützung des „Advisory Committee" für die laufende Geschäftsführung verantwortlich ist, reduziert diese Gefahr einer unzulässigen Zusammenarbeit zwischen den Parteien und erfüllt — anders als die ursprünglich geplante Vereinbarung — die Bedingung, daß die Zusammenarbeit für einen reibungslosen Werksbetrieb unerläßlich ist.

(78) Unter diesen veränderten Voraussetzungen kann davon ausgegangen werden, daß die Liefervereinbarungen und insbesondere die Vereinbarung über den Austausch von Ethylen Beschränkungen enthalten, in denen eine Nebenabrede zu der Wettbewerbsbeschränkung aufgrund des Gemeinschaftsunternehmens selbst zu sehen ist. In der Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EG-Vertrags (Ziffer 67) heißt es, daß „Nebenabreden ... keiner besonderen Rechtfertigung anhand der Kriterien des Artikels 85 Absatz 3 (bedürfen)" und daß sie „grundsätzlich für dieselbe Dauer wie das Gemeinschaftsunternehmen selbst freigestellt" werden, da „die Freistellung vom Verbot ... sich für beide nach den gleichen Maßstäben (bemißt)".

d) *Ausschaltung des Wettbewerbs*

(79) Mit den Vereinbarungen zwischen Exxon und Shell werden den beteiligten Unternehmen keine Möglichkeiten eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(80) So schließen die Vereinbarungen Wettbewerb zwischen den Parteien nicht aus, obgleich der Wettbewerb durch die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen eingeschränkt wird. CIPEN bietet beiden Parteien auf einer nichtausschließenden Grundlage die Möglichkeit, bestimmte Mengen LLDPE/HDPE in einem Werk im gemeinsamen Besitz und unter Leitung von Exxon herzustellen, und die Parteien haben die ursprünglichen Vereinbarungen dahin gehend geändert, daß sichergestellt ist, daß sie auf dem Markt für LDPE/LLDPE getrennte und in größtmöglichem Umfang unabhängige Wettbewerber bleiben.

(81) Nach Durchführung der Vereinbarungen wird der Anteil von Exxon und Shell an der gesamten Produktionskapazität für LDPE/LLDPE etwa 22 % betragen und ihr gesamter Marktanteil in einer ähnlichen Größenordnung liegen. Da das Gemeinschaftsunternehmen den Wettbewerb zwischen den Partei einschränkt, aber nicht ausschaltet, gewährleistet selbst dann, wenn die zusammengefaßten Marktanteile der beiden Gruppen berücksichtigt werden, die Größe der anderen Wettbewerber auf dem gleichen Markt, daß wirksamer Wettbewerb nicht ausgeschaltet ist.

Dies steht im Einklang mit der Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EG-Vertrags, wonach (Ziffer 63) „die in den Gruppenfreistellungsverordnungen bezeichnete Marktanteilsgrenze von 20 % ... bei der Beurteilung von Produktionsgemeinschaftsunternehmen in Einzelfällen als Orientierungspunkt dienen (kann)". Da der gemeinsame Anteil von Exxon und Shell an der gesamten Produktionskapazität für LDPE/LLDPE geringfügig über der erwähnten Schwelle liegt und die Marktstruktur weiterhin einen (durch die Zusammenarbeit der Parteien in dem Gemeinschaftsunternehmen) zwar reduzierten, aber ausreichenden Grad von Wettbewerb gewährleisten wird, ist die Gewährung einer Einzelfreistellung gerechtfertigt.

(82) Was die Unipol-Technologie betrifft, so enthalten weder als „Linear Polyethylene Technological Agreement" noch die anderen angemeldeten Vereinbarungen zwischen Exxon und Shell eine Bestimmung, die eine Ausschließlichkeitswirkung haben kann; eine solche Wirkung ist darüber hinaus auch durch den Umstand ausgeschlossen, daß verschiedene Unternehmen, nämlich ICI, BASF, UCC, Philips, USI, BP, Dupont, Mitsui, CDF, Montedison, Amoca, Stomicarbon und Atochem, Lizenzen für Polyethylen-Technologie vergeben.

Dauer der Freistellung und Auflagen

(83) Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 sieht vor, daß Freistellungen nach Artikel 85 Absatz 3 nur für eine bestimmte Zeit erteilt werden dürfen und daß sie mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden können.

(84) In Anbetracht der Art der Vereinigungen und der kurz- und mittelfristigen Aussichten für die Polyethylen-Industrie und deren Märkte und insbesondere unter Würdigung des Umstands, daß die gemeinsame Produktionsanlage zunächst für eine Dauer von 15 Jahren ab dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme durch Exxon betrieben werden soll, können als angemessene Dauer der Freistellung im Hinblick auf die Ziele des Artikels 85 Absatz 3 die zehn Jahre ab der ersten Anmeldung der geänderten Vereinbarungen (29. Mai 1992 bis 28. Mai 2002) gelten. Eine kürzere Geltungsdauer der Freistellung würde dem Umfang der Investitionen der Partner in das Gemeinschaftsunternehmen nicht angemessen Rechnung tragen.

(85) Damit die Kommission die freigestellten Vereinbarungen gemäß Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 überwachen und insbesondere gemäß Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe a) über Änderungen in den für die Gewährung der Freistellungsentscheidung wesentlichen Verhältnissen unterrichtet wird, muß außerdem Exxon und Shell aufgegeben werden, die Kommission im voraus von jeder etwaigen Verlängerung, inhaltlichen Erweiterung, Änderung oder Ergänzung der Vereinbarungen (einschließlich der Identität der Parteien) und von jeder von Exxon oder Shell vorgenommenen Produktionsunterbrechung in dem Gemeinschaftsunternehmen (unter Angabe der Dauer und der Gründe dieser Unterbrechung) zu unterrichten.

(86) Damit sich die Kommission vergewissern kann, daß Exxon und Shell sich strikt an alle in dieser Freistellungsentscheidung festgelegten Auflagen halten und der Wettbewerb nicht unnötig oder weiter eingeschränkt wird, müssen die Parteien verpflichtet werden, der Kommission alljährlich einen Bericht über ihre jeweilige eigene Produktion und den Verkauf von LDPE, LLDPE und HDPE oder diejenige ihrer Tochtergesellschaften oder der von ihr kontrollierten Unternehmen im Gemeinsamen Markt insgesamt, nach Mitgliedstaaten und nach anderen Ländern mit gesonderter Ausweisung der Produktion von CIPEN vorzulegen. Die Berichte sollten der Kommission binnen zwei Monaten nach Ablauf des jeweiligen Berichtszeitraums zugestellt werden. Der erste Bericht sollte den Zeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 1993 erfassen und der Kommission innerhalb eines Monats nach Mitteilung dieser Entscheidung übermittelt werden.

(87) Die Kommission hat weiterhin die besondere Pflicht zu entscheiden, ob im Fall einer geplanten Kapazitätsausweitung von CIPEN die Sache erneut nach Artikel 85 Absatz 3 geprüft werden muß, da eine Kapazitätsausweitung oder -ausweitungen zu einer Situation führen könnte(n), in der es nicht unerläßlich wäre, eine Produktionsanlage wie CIPEN weiterhin gemeinsam zu besitzen und gemeinsam zu kontrollieren.

Sollte — um ein extremes Beispiel zu nehmen — CIPEN eine Verdoppelung ihrer Kapazität ins Auge fassen, so müßte die Möglichkeit geprüft werden, zwei getrennte Produktionseinheiten — eine im Besitz von Exxon und eine im Besitz von Shell — vorzusehen. Von Exxon und Shell muß deshalb verlangt werden, daß sie die Kommission im voraus von jeder geplanten Kapazitätsänderung außerhalb und innerhalb der GIE mit Bezug auf die Produkte, die Gegenstand dieser Entscheidung sind, unterrichten.

(88) Außerdem behält sich die Kommission das Recht vor, von den Parteien alle weiteren Auskünfte zu verlangen, die sie für erforderlich hält, um sich vergewissern zu können, daß der Wettbewerb nicht mehr als nach dieser Entscheidung zulässig eingeschränkt wird —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

*Artikel 1*

Die Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 1 des EG-Vertrags werden hiermit gemäß Artikel 85 Absatz 3 für die Zeit vom 29. Mai 1992 bis zum 28. Mai 2002 für nicht anwendbar auf die Vereinbarungen zwischen bestimmten Chemieunternehmen des Exxon-Konzerns und bestimmten Chemieunternehmen des Shell-Konzerns über die Lieferung von Vorprodukten und die Gründung, die Finanzierung, die Errichtung, die Leitung und den Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens mit der Bezeichnung „Compagnie Industrielle des Polyéthylènes de Normandie" (CIPEN) zwischen einem französischen Unternehmen des Exxon-Konzerns und einem französischen Unternehmen des Shell-Konzerns zur Herstellung von linearem Polyethylen erklärt.

*Artikel 2*

Die Freistellungserklärung nach Artikel 1 wird mit folgenden Auflagen verbunden :

1. Exxon und Shell unterrichten jeweils für sich die Kommission im voraus über jede Verlängerung, inhaltliche oder sachliche Erweiterung, Änderung oder Ergänzung der in Artikel 1 genannten Vereinbarungen (einschließlich der Identität der Parteien) und über jede Produktionsunterbrechung in dem Gemeinschaftsunternehmen seitens Exxon oder Shell (unter Angabe der Dauer und der Gründe der Unterbrechung).

2. Exxon legt der Kommission während der Geltungsdauer der Freistellung alljährlich spätestens zwei Monate nach Ende des Berichtszeitraums einen Bericht vor. Der erste Bericht erfaßt die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1993 und muß der Kommission innerhalb eines Monats nach Mitteilung dieser Entscheidung übermittelt werden.

   Der Bericht betrifft die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Produktion und dem Verkauf von LDPE, LLDPE und HDPE und weist für jedes Produkt die Produktion und die verkaufte Menge von Exxon, ihrer Tochtergesellschaften und der von ihr kontrollierten Unternehmen im Gemeinsamen Markt insgesamt, in jedem Mitgliedstaat und in anderen Ländern aus. Dabei ist die Produktion von CIPEN jeweils getrennt auszuweisen.

3. Shell legt der Kommission während der Geltungsdauer der Freistellung der Kommission alljährlich spätestens zwei Monate nach Ende des Berichtszeitraums einen Bericht vor. Der erste Bericht erfaßt die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1993 und muß der Kommission innerhalb eines Monats nach Mitteilung dieser Entscheidung übermittelt werden.

   Der Bericht betrifft die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Produktion und dem Verkauf von LDPE, LLDPE und HDPE und weist für jedes Produkt die Produktion und die verkaufte Menge von Shell, ihrer Tochtergesellschaften und der von ihr kontrollierten Unternehmen im Gemeinsamen Markt insgesamt, in jedem Mitgliedstaat und in anderen Ländern aus. Dabei ist die Produktion von CIPEN jeweils getrennt auszuweisen.

4. Exxon und Shell unterrichten jeweils für sich die Kommission im voraus über jede geplante Kapazitätsänderung außerhalb und innerhalb des Groupement d'intérêt économique (GIE) in bezug auf die unter diese Entscheidung fallenden Produkte.

5. Exxon und Shell erteilen der Kommission alle weiteren Auskünfte, die diese für notwendig erachtet, um sich vergewissern zu können, daß der Wettbewerb nicht stärker als nach dieser Entscheidung zulässig eingeschränkt wird.

*Artikel 3*

Diese Entscheidung ist an folgende Unternehmen gerichtet :

— Exxon Chemical International Inc.
(für den Exxon-Konzern)
Boulevard du Souverain 280
B-1160 Brüssel ;

— Shell International Chemical Company Limited
(für den Shell-Konzern)
Shell Centre
GB-London SE1 7PG.

Brüssel, den 18. Mai 1994

*Für die Kommission*

Karel VAN MIERT

*Mitglied der Kommission*