II

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

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 18 mei 1994

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

(IV/33.640 — Exxon/Shell)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(94/322/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese 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, inzonderheid op de artikelen 6 en 8,

Gezien de op 21 november 1991 en 29 mei 1992 door Exxon Chemical International Inc. (België) namens alle met Exxon Chemical verbonden ondernemingen in Europa en op 2 december 1991 en 10 juni 1992 door Shell International Petroleum Company Limited (Londen, Verenigd Koninkrijk) namens Shell Chimie SA (Rueil-Malmaison, Frankrijk) en Shell Nederland Chemie BV (Rotterdam, Nederland) overeenkomstig de artikelen 2 en 4 van Verordening nr. 17 ingediende verzoeken om een negatieve verklaring, respectievelijk aanmeldingen met het oog op een ontheffing betreffende een pakket overeenkomsten tussen bepaalde, in de chemische sector bedrijvige ondernemingen van het Exxon-concern (VSA) en een aantal, in de chemische sector bedrijvige ondernemingen van het Shell-concern (Nederland — Verenigd Koninkrijk),

Gezien de bekendmaking van het essentiële gedeelte van deze verzoeken en aanmeldingen (2) overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

A. Voorwerp van de beschikking

(1) Deze beschikking heeft betrekking op een pakket overeenkomsten tussen in de chemische sector werkzame ondernemingen van het Exxon- respectievelijk het Shell-concern met betrekking tot de stichting, de financiering, de bouw, het beleid en de exploitatie van een gemeenschappelijke produktieonderneming tussen een Franse, met het Exxon-concern verbonden onderneming en een Franse, met het Shell-concern verbonden onderneming.

De gemeenschappelijke onderneming („joint venture"), hierna „GO" genoemd, is „Compagnie Industrielle des Polyéthylènes de Normandie", hierna „CIPEN" genoemd, die zich te Notre-Dame-de-Gravenchon, Frankrijk, bevindt, waar ook een geïntegreerd petrochemisch bedrijf van Exxon is gevestigd.

(2) Hoofddoel van de gezamenlijke installatie is de produktie van lineair polyethyleen met lage dichtheid („linear low-density polyethylene"), hierna „LLDPE" genoemd, ofschoon er ook polyethyleen met hoge dichtheid („high-density polyethylene"), hierna „HDPE" genoemd, kan worden vervaardigd. Zowel LLDPE als HDPE worden aangeduid met de term „lineair polyethyleen", te onderscheiden van onder hoge druk vervaardigd polyethyleen met lage dichtheid („low-density polyethylene"), hierna „LDPE" genoemd.

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. C 92 van 2. 4. 1993, blz. 2.

B. De ondernemingen

(3) De partners in CIPEN zijn Exxon Chemical Polymers SNC, te Notre-Dame-de-Gravenchon, Frankrijk, en Shell Chimie SA, te Rueil-Malmaison, Frankrijk, twee vennootschappen naar Frans recht, behorend tot het Exxon- respectievelijk het Shell-concern. Ook de partijen bij de andere aangemelde overeenkomsten maken deel uit van het Exxon- respectievelijk het Shell-concern.

(4) Het Exxon-concern is een multinationaal concern, dat zich in hoofdzaak op het gebied van energie beweegt. De activiteiten van het concern omvatten de exploratie naar en produktie van ruwe olie en aardgas, vervaardiging van aardolieprodukten en vervoer en verkoop van ruwe olie, aardgas en aardolieprodukten. Exxon is een belangrijke fabrikant en verkoopsorganisatie van petrochemische produkten (ethyleen, propyleen, benzeen en derivaten).

(5) Het Shell-concern is een multinationaal concern dat zich op het gebied van olie, aardgas, chemische produkten, steenkool en metalen beweegt. Dit omvat mede activiteiten op het gebied van de vervaardiging en de verkoop van petrochemische produkten.

C. De produkten en de markten

(6) LLDPE, waarop de overeenkomsten tussen Exxon en Shell inzake de GO voornamelijk betrekking hebben, en HDPE zijn thermoplasten die worden vervaardigd uit ethyleen, een monomeer dat afkomstig is van het kraken van benzine of ethaan en gasolie, en comonomeren zoals buteen-1. Het lineaire polyethyleen dat door de gezamenlijke onderneming van Exxon en Shell wordt geproduceerd, wordt vervaardigd door polymerisatie en verdere bewerking van ethyleen en buteen-1.

(7) Het gebruik van LDPE/LLDPE bij verwerking en als toepassing kan in hoofdzaak worden onderverdeeld in :

— folie en bladen voor, bij voorbeeld, sterke zakken, krimp- en rekfolie, andere verpakkingstoepassingen voor industrieel en huishoudelijk gebruik en voor in de detailhandel, voor draagtassen, toepassingen in de landbouw en de bouwnijverheid en voor vuilniszakken ;

— spuitgieten ;

— blaasgieten voor een groot aantal huishoudelijke produkten waar goede oppervlakte-eigenschappen van belang zijn ;

— buizen en profielen, hoofdzakelijk voor irrigatiesystemen in land- en tuinbouw ;

— bedrading en bekabeling ;

— extrusie-coating voor de vervaardiging van vloeistofverpakkingen.

(8) Het gebruik van HDPE bij verwerking en als toepassing kan in hoofdzaak worden onderverdeeld in :

— spuitgieten, onder meer van kratten en kisten, huishoudelijke artikelen en andere toepassingen, bij voorbeeld speelgoed en elektrotechnische componenten ;

— blaasgieten, met name voor speciale verpakkingen, grote vaten en andere recipiënten ;

— extrusietoepassingen in verpakkingsfolie, buizen en profielen, bedrading en bekabeling, geotextiel, band, monovezels en raffia ;

— verschillende toepassingen, voornamelijk in centrifugaal en in smeltgieten.

(9) In 1991 ging meer dan 70 % van het LDPE/LLDPE-verbruik naar de sector folie en bladen, slechts 2 % naar die van het blaasgieten.

40 % van het HDPE-verbruik ging naar de sector blaasgieten. Voorts ging 25 % van het HDPE-verbruik naar de sector spuitgieten, terwijl minder dan 8 % van het LDPE/LLDPE-verbruik laatstgenoemde sector betrof.

Hieruit blijkt dat HDPE aanzienlijk minder onderling verwisselbaar is met LLDPE dan LDPE ; de markt waarop de gemeenschappelijke onderneming invloed uitoefent is dus de gezamenlijke LDPE- en LLDPE-markt.

(10) LDPE en LLDPE zijn evenwel niet volledig onderling verwisselbaar. Het enige gebruik waarvoor LDPE echter vrijwel in het geheel niet door LLDPE kan worden vervangen is extrusie-coating, een sector waarin minder dan 8 % van de totale afzet van LDPE omgaat. Anderzijds neemt als gevolg van nieuwe technologische ontwikkelingen de onderlinge verwisselbaarheid tussen bepaalde polymeren toe. Ten aanzien van polyethyleenpolymeren is de meest significante verandering dat polypropyleen voor een deel met HDPE gaat concurreren. Daarom heeft deze verandering slechts een beperkte, indirecte uitwerking op de LDPE/LLDPE-markt.

(11) Omdat met het bij CIPEN gebruikte LLDPE-proces ook HDPE vervaardigd kan worden, is het mogelijk dat de GO ook op de HDPE-markt invloed heeft.

(12) Zoals reeds gezegd begint polypropyleen voor een deel met HDPE te concurreren. In 1991 waren de HDPE-toepassingen die in sterkere mate onder concurrentiedruk van polypropyleen kwamen te staan, bepaalde gebieden van de spuitgieterij (met name huishoudelijke artikelen) en de extrusiesectoren zoals netten, geotextiel, band, monovezels en raffia.

(13) De relevante geografische markt is de gehele Gemeenschap, aangezien de betrokken produkten veilig en gemakkelijk te vervoeren zijn en de producenten en leveranciers in de Gemeenschap in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten van grote activiteit blijk geven.

(14) Economisch gezien is de relevante markt voor LDPE/LLDPE het grondgebied van de Gemeenschap en niet dat van West-Europa (Gemeenschap + EVA). De vier belangrijkste uitvoerende landen in 1991 in West-Europa waren Lid-Staten (België, Duitsland, Frankrijk en Nederland), die te zamen meer dan 70 % van de totale handel in Europa vertegenwoordigden, terwijl ook de vier belangrijkste invoerlanden, die samen 60 % van de interne handel in West-Europa voor hun rekening namen, Lid-Staten waren (Duitsland, Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk). Van de rond 3 200 kT LDPE/LLDPE die in 1991 door Lid-Staten werd geëxporteerd, ging slechts 300 kT naar de EVA-landen, tegen 2 380 kT naar andere Lid-Staten. Van de zowat 3 370 kT LDPE/LLDPE die in 1991 door de Lid-Staten werd ingevoerd, kwam minder dan 390 kT vanuit de EVA-landen, tegen meer dan 2 380 kT uit andere Lid-Staten. Maar ook indien de relevante markt economisch gezien het hele grondgebied van West-Europa zou omvatten, zou het respectieve aandeel in de capaciteit van bijna alle fabrikanten nauwelijks afwijken van dat wat zij thans in de Gemeenschap hebben en zou de beoordeling van de Commissie van dit dossier niet anders uitvallen.

(15) Gelijke overwegingen gelden voor HDPE. In 1991 waren de twee belangrijkste Westeuropese uitvoerende landen Lid-Staten (België en Duitsland), terwijl ook de vier belangrijkste invoerende landen (Duitsland, Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk) Lid-Staten waren. Van de rond 1 600 kT HDPE die in 1991 door Lid-Staten werd uitgevoerd, ging slechts ongeveer 140 kT naar EVA-landen, tegen 1 270 kT naar andere Lid-Staten. Van ongeveer 1 900 kT HDPE die in 1991 door Lid-Staten werd ingevoerd, kwam slechts 200 kT voor rekening van EVA-landen tegen 1 270 kT voor die van andere Lid-Staten.

(16) Ook voor polypropyleen is de situatie nauwelijks anders. In 1991 waren de drie belangrijkste Westeuropese uitvoerende landen Lid-Staten (België, Frankrijk en Nederland); ook de vier belangrijkste invoerende landen (België, Duitsland, Italië en het Verenigd Koninkrijk) waren Lid-Staten. Van de 2 840 kT polypropyleen die in 1991 door Lid-Staten werd uitgevoerd, ging minder dan 200 kT naar EVA-landen tegen 2 270 kT naar andere Lid-Staten. Van de ongeveer 2 700 kT polypropyleen die in 1991 door Lid-Staten werd ingevoerd, kwam slechts zowat 300 kT uit EVA-landen en zowat 2 270 kT uit andere Lid-Staten.

(17) De totale capaciteit van LDPE/LLDPE in de Gemeenschap bedroeg in 1991 rond 5,5 miljoen ton. De grootste LDPE/LLDPE-producent in de Gemeenschap is momenteel Enichem, met een aandeel in de produktiecapaciteit van ± 24 % in 1991, gevolgd door Dow ± 12,5 %, BP/Bayer ± 12 %, Exxon ± 11,5 %, Shell ± 8,5 %, DSM ± 8,5 %, Atochem ± 7,5 %, BASF ± 5 %, Repsol ± 5 %, Leuna Werke ± 3 % en Neste ± 2,5 %. De fabrieken van Exxon liggen, buiten CIPEN, in Meerhout (375 kT LDPE per jaar) en Antwerpen (260 kT LDPE per jaar), België. Exxon heeft tevens een LLDPE/HDPE-fabriek te Al-Jubail, Saoedi-Arabië (50 % van de GO Kemya met een produktie van 430 kT per jaar) die de EG-landen van aanzienlijke hoeveelheden voorziet. De fabrieken van Shell zijn, buiten CIPEN, gelegen te Berre (105 kT LDPE per jaar) en te Fos (100 kT LDPE per jaar), Frankrijk, te Carrington (105 kT LDPE per jaar), Verenigd Koninkrijk, en in Wesseling (50 % van ROW, een GO met BASF, met een capaciteit van 400 kT LDPE en 15 kT LLDPE/HDPE per jaar, Shell heeft 12 % trekkingsrechten), Duitsland.

(18) In 1991 bedroeg de totale capaciteit van HDPE in de Gemeenschap ongeveer 3,1 miljoen ton. De grootste HDPE-fabrikant in de Gemeenschap is momenteel Hoechts/Wacker met een aandeel in de produktiecapaciteit van ongeveer 17,4 % in 1991, gevolgd door Fina/Petrochim ± 14,4 %, BP/Bayer ± 11 %, Enichem ± 10,5 %, Solvay ± 8 %, Repsol ± 7 %, Dow ± 6,2 %, BASF ± 6 %, DSM ± 5 %, Huels ± 5 %, Atochem ± 3 %, Neste ± 3 %, POB/Danubia ± 3 % en Shell ± 0,5 %. Zoals reeds medegedeeld, heeft Exxon (afgezien van CIPEN) een LLDPE/HDPE-fabriek in Saoedi-Arabië (50 % van de GO Kemya met een produktie van 430 kT per jaar). Shell beschikt, buiten CIPEN, over een HDPE-fabriek te Wesseling, Duitsland (50 % van ROW, een GO met BASF met een produktiecapaciteit van 215 kT per jaar).

(19) In 1991 bedroeg de totale polypropyleencapaciteit in de Gemeenschap ongeveer 4,6 miljoen ton. De grootste polypropyleenproducent in de Gemeenschap is momenteel Himont met een produktiecapaciteitsaandeel van circa 17 % in 1991, gevolgd door Shell ± 11,6 %, Hoechst ± 11,6 %, Atochem/BP ± 7,2 %, Neste ± 6,5 %, ICI ± 6,5 %, BASF ± 5,9 %, DSM ± 5,8 %, Solvay ± 5 %, Amoco ± 4 %, Norpolefin/Statoil ± 4 %, Fina ± 3,5 %, Repsol ± 3 %, Polychim ± 3 %, Danubia/OMV ± 2,9 % en Huels ± 2,5 %.

(20) In 1991 bedroeg het totale zichtbare verbruik (produktie + invoer − uitvoer) van LDPE/LLDPE in de Gemeenschap ongeveer 4,9 miljoen ton.

De marktaandelen kwamen overeen met de respectieve capaciteitsaandelen, waarbij in aanmerking dient te worden genomen dat in 1991 ongeveer 974 kT LDPE/LLDPE in de Gemeenschap werd ingevoerd en ongeveer 818 kT uit de Gemeenschap werd uitgevoerd.

Evenals de andere fabrikanten in de Gemeenschap verkochten Exxon en Shell (welke laatste vóór de inbedrijfstelling van de fabriek van CIPEN LLDPE aanbood dat bij Exxon was gekocht) het grootste deel van de LDPE/LLDPE dat zij produceren, aan afnemers voor verwerking : de markt is sterk gefragmenteerd in honderden verwerkende bedrijven van verschillende omvang. Daarom is de verticale integratie en het gebonden verbruik („captive consumption") zeer beperkt.

(21) Het totale zichtbare verbruik (produktie + invoer − uitvoer) van HDPE in de Gemeenschap bedroeg in 1991 ongeveer 2,9 miljoen ton.

De marktaandelen kwamen overeen met de respectieve capaciteitsaandelen, waarbij in aanmerking dient te worden genomen dat in 1991 ongeveer 637 kT HDPE in de Gemeenschap werd in- en ongeveer 343 kT uit de Gemeenschap werd uitgevoerd.

(22) Het totale zichtbare verbruik (produktie + invoer − uitvoer) van polypropyleen in de Gemeenschap bedroeg in 1991 ongeveer 3,8 miljoen ton.

De marktaandelen kwamen overeen met de respectieve capaciteitsaandelen, waarbij in aanmerking dient te worden genomen dat in 1991 rond 440 kT polypropyleen in de Gemeenschap werd in- en 575 kT uit de Gemeenschap werd uitgevoerd.

(23) De LDPE/LLDPE- en de HDPE-markten vertonen oligopolistische trekken nu slechts een gering aantal ondernemingen (Enichem, Dow, BP/Bayer, Exxon, Shell en DSM voor LDPE/LLDPE, Hoechst/Wacker, Fina/Petrochim, BP/Bayer, Enichem en Solvay voor HDPE) een aanzienlijk aandeel in de totale capaciteit hebben en, gezien de overeenkomst tussen capaciteitsaandeel en marktaandeel, ook de grootste marktaandelen. Bovendien worden deze markten gekenmerkt door een sterk transparante prijsstelling en een zekere stabiliteit van de aandelen in de totale produktiecapaciteit, in weerwil van het geringe evenwicht dat er tussen produktiecapaciteit en vraag bestaat. De polypropyleenmarkt vertoont ook oligopolistische trekken : alleen de drie grootste ondernemingen hebben elk een aandeel van meer dan 10 % in de totale capaciteit (Himont, Hoechst en Shell) terwijl slechts deze ondernemingen en de drie daaropvolgende (Atochem/BP, Neste en ICI) een aandeel van meer dan 6 % bezitten. De prijzen zijn zeer doorzichtig bij een zekere stabiliteit van de respectieve aandelen in de totale produktiecapaciteit, waarbij ook een duidelijke overeenkomst tussen capaciteits- en marktaandelen opvalt.

(24) Zoals reeds eerder medegedeeld, wordt lineair polyethyleen vervaardigd door de GO van Exxon/Shell door polymerisering en bewerking van ethyleen en buteen-1. Zowel Exxon als Shell zijn producenten van ethyleen ; Exxon beschikt over een stoomkraker te Notre-Dame-de-Gravenchon. Uitbreiding van de capaciteit van deze kraker maakt het mogelijk dat Exxon alle ethyleen (200 kT) die voor de GO van Exxon/Shell benodigd is, te Notre-Dame-de-Gravenchon kan produceren. De 100 kT ethyleen die nodig is om de polyethyleenfabrieken van Exxon te Antwerpen en te Meerhout (België) van grondstoffen te voorzien, wordt vervaardigd door Shell, dat bij de Moerdijk, Nederland, over een stoomkraker beschikt.

(25) De huidige polyethyleensituatie wordt gekenmerkt door een zekere mate van onevenwicht tussen produktiecapaciteit en vraag. Sommige ondernemingen blijven echter optimistisch over de LDPE/LLDPE-markt, omdat de kosten voor de LLDPE-produktie-eenheden laag zijn en zij een LDPE-capaciteit van algemene folietoepassingen naar meer specifieke LDPE-toepassingen kunnen omschakelen.

D. De in 1989/1990 ondertekende overeenkomsten

(26) De overeenkomsten waarop deze procedure betrekking heeft, betreffen de oprichting van een 50/50 GO, CIPEN, een te Notre-Dame-de-Gravenchon gevestigde onderneming waarvan de hoofdactiviteit uit de LLDPE-produktie bestaat. De fabriek is gebouwd en zal worden geëxploiteerd (aanvankelijk voor 15 jaar na het opstarten ervan) door Exxon Chemical Polymers SNC, hierna „ECP" genoemd. De door de GO vervaardigde produkten zullen onafhankelijk door beide partners worden verkocht, te zamen met identieke of soortgelijke uit eigen bedrijf afkomstige produkten.

De produktiecapaciteit van de GO bedraagt 220 000 ton lineair polyethyleen, in hoofdzaak LLDPE, per jaar. Een groot deel van de grondstoffen wordt door de moederbedrijven geleverd. De totale LDPE/LLDPE-produktie van Exxon en Shell bedroeg eind 1992 ongeveer 1,3 miljoen ton per jaar (ongeveer 20 % meer dan hun totale produktiecapaciteit in 1991), de produktiecapaciteit van Exxon in Saoedi-Arabië buiten beschouwing gelaten (1). Na voltooiing (15 mei 1992) beschikken Exxon en Shell te zamen over meer dan 20 % van de totale produktiecapaciteit van LDPE/LLDPE in de Gemeenschap.

(1) De produktiecapaciteit van Exxon in Saoedi-Arabië bedraagt 215 000 ton per jaar (3,9 % van de totale produktiecapaciteit van LDPE/LLDPE in de Gemeenschap in 1991), en de afzet van uit Saoedi-Arabië afkomstige LLDPE van Exxon in de Gemeenschap beliep 43 500 ton in 1991.

(27) De in 1989/1990 ondertekende overeenkomsten bestaan in hoofdzaak uit :

a) een „Joint Venture Agreement" (Overeenkomst inzake de GO) tussen Shell Chimie SA en ECP ;

b) een „Economic Interest Group (GIE) Constitution", een overeenkomst tussen Shell Chimie SA en ECP ;

c) de „Internal and Operating Rules" (Reglement van orde en van bedrijfsvoering) goedgekeurd door de algemene vergadering van CIPEN ;

d) een „Plant Utilization Agreement" (Overeenkomst inzake de benutting van de fabriek) tussen Shell Chimie SA, ECP en CIPEN ;

e) „Ethylene Supply Contracts" (leveringscontracten voor ethyleen) (Swap) tussen Exxon Chemical Belgium en Shell Nederland Chemie BV, enerzijds, en de Société Française Exxon Chemical en Shell Chimie SA, anderzijds ;

f) het „Butene-1 Supply Contract" (leveringscontract voor buteen-1) tussen ECP en Shell Nederland Chemie BV ;

g) de „Construction, Operating and Services Agreement" (Overeenkomst inzake bouw, exploitatie en diensten) tussen ECP en CIPEN ;

h) de „Linear Polyethylene Technology Agreement" (Overeenkomst inzake lineaire-polyethyleentechnologie) tussen Exxon Corporation en CIPEN.

De grote trekken van bovengenoemde overeenkomsten zijn :

(28) a) *„Joint Venture Agreement"*

Dit is de belangrijkste overeenkomst. De grondbeginselen van de GO worden erin uiteengezet. De voornaamste bepalingen zijn :

— Shell Chimie SA en ECP komen overeen in de vorm van een economisch samenwerkingsverband („Groupement d'Intérêt Économique") naar Frans recht een GO, CIPEN, op te richten.

— De moederondernemingen nemen een gelijk belang in CIPEN, naar verhouding van een gelijke financiering in de gemeenschappelijke onderneming (de totale kosten voor de fabriek bedragen rond 1 000 miljoen Ffr.).

— De overeenkomst blijft van kracht en is afdwingbaar voor een eerste termijn van 15 jaar na het opstarten van de als GO opgezette fabriek.

(29) b) *„GIE Constitution"*

Het doel van CIPEN is :

— de bouw en exploitatie, rechtstreeks of onrechtstreeks, met name door ECP te machtigen de fabriek te ontwerpen, te bouwen en te exploiteren, ten behoeve van de deelhebbers, van een te Notre-Dame-de-Gravenchon gevestigde polyethyleenfabriek ;

— aandeelhouders of hun verbonden ondernemingen tegen volledige kostprijs de beschikking te geven over alle uit ethyleen en/of andere door hen toegeleverde grondstoffen vervaardigde polyethyleen.

(30) De organen van de GIE zijn de algemene vergadering, één enkele directeur en de interne controleur („Controller").

— In de algemene vergadering heeft elke aandeelhouder één vertegenwoordiger. Besluiten worden met eenparigheid van stemmen genomen. De algemene vergadering is bevoegd de stichtingsakte van CIPEN en de „Internal and Operating Rules" te wijzigen, het kapitaal uit te breiden of te verminderen, de rekeningen, de investeringen en de exploitatiebegrotingen goed te keuren, de directeur en de „Controller" te benoemen, het beleid inzake afschrijving, aflossing en reservevorming vast te stellen, door CIPEN endosseringen te laten doen, zekerheidsstellingen te laten verrichten en waarborgen te laten verstrekken, een bedrijfsleider voor de fabriek van lineair polyethyleen te Notre-Dame-de-Gravenchon aan te wijzen, nieuwe investeringen, leningen en verzoeken om bankfaciliteiten goed te keuren en, algemeen, alle besluiten in het belang van CIPEN te nemen, met name die welke niet door de directeur kunnen worden genomen.

— De directeur wordt gekozen uit het personeel van ECP en benoemd door de algemene vergadering. Het staat aan hem uitvoering te geven aan de besluiten welke op de door de algemene vergadering goedgekeurde investeringsbegroting berusten. Algemeen is de directeur niet bevoegd tot enige handeling welke buiten de dagelijkse bedrijfsvoering valt.

— De „Controller" wordt benoemd door de algemene vergadering uit het personeel van Shell Chimie SA. De „Controller" is bevoegd alle onderzoek dat hem goeddunkt, naar de verrichtingen van CIPEN uit te voeren, zonder echter op deze verrichtingen enige invloed te kunnen uitoefenen.

De GIE verleent daartoe gemachtigde vertegenwoordigers van beide leden („Audit Team") volledig toegang tot zijn bedrijfsverrichtingen. De onderzoeken en controles die worden uitgevoerd door de „Controller" en het „Audit Team" blijven beperkt tot de verrichtingen van de GIE, met uitsluiting van iedere andere industriële activiteit op het fabrieksterrein te Notre-Dame-de-Gravenchon. De „Controller" zelf heeft echter toegang tot de andere ter zake doende industriële activiteiten op het bedrijfsterrein en tot bepaalde essentiële technologische en vertrouwelijke gegevens.

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

De door dit reglement geregelde zaken zijn onder meer: nieuwe investeringen, verdeling van de kosten, afname en leveringen alsmede de organisatie van de dagelijkse bedrijfsvoering.

— Nieuwe investeringen: er zijn drie verschillende soorten nieuwe investeringen te onderscheiden, drie binnen en één buiten de GIE.

1. Gezamenlijke investeringen welke de aan de directeur bij de jaarlijkse begroting verleende bevoegdheden niet overschrijden: deze investeringen kunnen, daar zij voorzien zijn in de door de algemene vergadering goedgekeurde begroting, door de directeur worden uitgevoerd.

2. Gezamenlijke investeringen welke buiten de aan de directeur bij de jaarlijkse begroting verleende bevoegdheden vallen: ieder voorstel inzake een mogelijke gezamenlijke investering voor CIPEN welke buiten de aan de directeur bij de jaarlijkse begroting verleende bevoegdheden valt, moet aan de algemene vergadering worden voorgelegd. Indien een partij met een dergelijk voorstel niet akkoord gaat, moet de andere partij bevoegdheid hebben tot een dergelijke investering in het bedrijf over te gaan op de hierna te vermelden voorwaarden.

3. Afzonderlijke investeringen in de GIE: een lid is uitsluitend gerechtigd een dergelijke investering te verrichten, indien het andere lid geweigerd heeft gezamenlijk daartoe over te gaan en uitsluitend indien die investering binnen de door de algemene vergadering vastgestelde produktiemogelijkheden van het bedrijf valt.

Een dergelijke afzonderlijke investering moet aan de volgende voorwaarden voldoen:

— zij kan uitsluitend op kosten, op risico en ten behoeve van het investerende lid gebeuren;

— het investerende lid moet ervoor zorg dragen van de GIE alle nodige faciliteiten en diensten te verkrijgen en het niet-investerende lid vrijwaren van alle kostenverhogingen die rechtstreeks of onrechtstreeks van een zodanige investering het gevolg zijn;

— iedere afzonderlijke investering door een lid dat wijziging meebrengt van de verdeling van de respectieve produktierechten van de leden, dient beperkt te blijven door het algemene beginsel dat de produktierechten van ieder lid niet minder dan 33 % mogen zijn.

4. Afzonderlijke investeringen buiten de GIE: elk lid is te allen tijde gerechtigd een onafhankelijke investering buiten de GIE te doen in elke al dan niet met lineair polyethyleen verband houdende produktiefaciliteit.

— Kostenverdeling: de vaste kosten van CIPEN dienen door elk lid in verhouding tot zijn aandeel gedragen te worden; variabele kosten dienen door de aandeelhouders in verhouding tot hun CIPEN-produktie te worden gedragen.

— Afname en leveringen: zodra het produktieplan is vastgesteld, dient ieder lid, overeenkomstig de „Plant Utilization Agreement", de hoeveelheid ethyleen en buteen-1 te verschaffen die voor de vervaardiging van polyethyleen gedurende de daaropvolgende maand benodigd is, en dient deze de daarmee samenhangende produktie af te nemen.

— Organisatie van de dagelijkse bedrijfsvoering: de overeenkomst voorziet in het instellen van een „Operating Committee" bestaande uit twee leden van elke partner en de directeur van de GIE, om toezicht te houden op de bouw van de fabriek en de verrichtingen van de GIE. Deze omvatten het nakomen van het maandelijkse afnameschema, de voorbereiding van het jaarproduktieplan en de jaarbegroting, de ontwikkeling van nieuwe en experimentele produkten, de voorbereiding van investeringsvoorstellen en kwaliteitscontrole.

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

Onder de bij deze overeenkomst geregelde materie valt de berekening van de produktierechten van Shell en Exxon: de beschikbare werktijd dient te worden verdeeld naar verhouding van het aandeel van de partijen in CIPEN.

In de overeenkomst is vastgesteld dat indien een van beide partijen zijn produktierechten voor een bepaalde periode niet volledig gebruikt, de mogelijke herverdeling van de produktierechten voor die periode door beide partijen dient te worden besproken.

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

CIPEN machtigd ECP om een lineaire polyethyleenfabriek te ontwerpen, deze te Notre-Dame-de-Gravenchon te bouwen en voor 15 jaar te exploiteren, met een jaarcapaciteit van rond 220 000 ton, voor een bedrag van rond 1 000 miljoen Ffr., en alle hiervoor benodigde bouw- en exploitatievergunningen te verkrijgen.

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

De Société Française Exxon Chemical, hierna „ECSF" genoemd, dient Shell Chimie SA, hierna „SC" genoemd, te voorzien van hoeveelheden ethyleen die overeenkomen met de behoeften van SC voor de vervaardiging van lineair polyethyleen te Notre-Dame-de-Gravenchon op grond van de „Plant Utilization Agreement [1]"; ECSF moet via een van haar dochterondernemingen — Exxon Chemical Belgium, hierna „ECB" genoemd, — een gelijke hoeveelheid tegen dezelfde voorwaarden van een Shell-dochteronderneming afnemen : SC dient er zorg voor te dragen dat Shell Nederland Chemie BV, hierna „SNC" genoemd, deze hoeveelheden op dezelfde voorwaarden te Antwerpen aflevert [2]. Er zijn twee inhoudelijk gelijke koop/leveringsovereenkomsten (Exxon-SC en SNC-Exxon).

(35) g) *„Butene-1 Supply Contract"*

Shell dient aan Exxon een percentage (minimaal 85 %, maximaal 115 %), van de benodigde basishoeveelheid buteen-1 te leveren (de geraamde jaarbasishoeveelheid die benodigd is voor de produktie van 110 kT lineair polyethyleen in de fabriek te Notre-Dame-de-Gravenchon ; deze hoeveelheid buteen-1 moet in verhouding staan tot de jaarlijks in deze fabriek voor Exxon te vervaardigen hoeveelheid lineair polyethyleen.

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

De Exxon Corporation draagt aan de GIE, als verbonden onderneming van Exxon, de rechten en verplichtingen over, welke voortvloeien uit de „Low Pressure Polyethylene Licence Agreement" tussen Union Carbide Corporation, hierna „UCC" genoemd, en Exxon Corporation, op grond waarvan Exxon een licentie heeft voor de vervaardiging, het gebruik en de verkoop van polyethyleenharsen met UCC-technologie op grond van de polyethyleen-octrooirechten van UCC.

De GIE verkrijgt derhalve een uitbreiding van zijn rechten ingevolge de Exxon-UCC „PE Licence" (Polyethyleenlicentie), en voortdurende technologische en technische bijstand van Exxon, voor de commerciële produktie van lineair polyethyleen in Frankrijk. Voor gebruik bij de bouw van zijn fabriek, van informatie die in de UCC PE Technology, Exxon PE Technology en Exxon PE Technology Improvements (Polyethyleentechnologie-verbeteringen) is vervat, zal de GIE aan Exxon een bedrag ineens betalen en vervolgens gedurende de overeengekomen periode een royalty voor alle polyethyleenharsen die in zijn fabriek of in de uitbreidingen ervan worden geproduceerd en die gedurende de periode waarop de royalty betrekking heeft, worden verkocht of gebruikt.

[1] Exxon-ethyleen uit Notre-Dame-de-Gravenchon wordt aan Shell geleverd in de gezamenlijke LLPDE-HDPE-installaties.

[2] Door Shell aan de Moerdijk (Nederland) geproduceerd ethyleen wordt aan ECB geleverd in de regio Antwerpen over het pijpleidingnetwerk, dat eigendom is van Ethyleen Pijpleiding Maatschappij.

E. Aanmelding van en wijzigingen in de overeenkomsten

(37) In aansluiting op de punten van bezwaar die de Commissie aan beide partijen heeft toegezonden, hebben deze bovengenoemde overeenkomsten aangemeld. De Commissie achtte het evenwel aangewezen om aanvullende punten van bezwaar te verzenden (3 april 1992), met de bevestiging van haar juridische beoordeling van de zaak en de toelichting dat aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag voor het verlenen van een ontheffing niet was voldaan, omdat de overeenkomst aan de partijen concurrentiebeperkingen oplegde die niet strikt noodzakelijk waren voor het bereiken van de in die bepaling genoemde doelstellingen.

(38) In feite :

a) werd elke nieuwe afzonderlijke investering door een van beide partijen bij de gezamenlijke fabriek afhankelijk gesteld van de instemming van de andere ;

b) werden de meeste beslissingen inzake de exploitatie en de bedrijfsvoering van de GO genomen in een „Operating Committee", waarin vertegenwoordigers van beide partijen zitting hebben. Hierdoor ontstaat een constante stroom van met betrekking tot de concurrentie gevoelige gegevens tussen de partijen ;

c) kon indien één van beide partijen zijn aandeel in de produktiecapaciteit van de fabriek niet volledig gebruikt, de andere partij de niet-gebruikte capaciteit niet zonder toestemming van de eerste partij geheel of gedeeltelijk overnemen.

(39) Gezien de opmerkingen van de Commissie in de aanvullende punten van bezwaar van 3 april 1992, wijzigden de partijen de aanvankelijke overeenkomsten en brachten de volgende veranderingen ter kennis van de Commissie :

a) elke deelnemer in de GO is gerechtigd om in de GIE naar believen te investeren. Indien de voorgestelde investering een wijziging van de bestaande produktiefaciliteiten meebrengt, dient het lid, dat zodanige investering wenst te doen, de andere deelnemer in de gelegenheid te stellen deze investering voor gezamenlijke rekening te verrichten.

Indien de andere deelhebber wenst deel te nemen, dient het voorstel voor een gezamenlijke investering te worden voorgelegd aan een algemene vergadering, indien deze investering buiten de aan de directeur in de jaarlijkse begroting verleende bevoegdheid valt.

Indien de andere deelhebber niet wenst deel te nemen, is de deelhebber die wenst te investeren, gerechtigd dit te doen, mits zodanige investering geen invloed heeft op de technische mogelijkheden van de lineaire polyethyleenfabriek van de GIE. Voor deze investeringen zullen echter dezelfde voorwaarden gelden als genoemd in de oorspronkelijke tekst van deze clausule ;

b) het „Operating Committee" zal worden vervangen door een raadgevend comité, dat door de directeur naar behoeven bijeengeroepen kan worden om door hem over enig punt van administratieve of technische aard te worden geraadpleegd ;

c) bij niet-volledige gebruikmaking van de produktierechten door één van beide partijen is de andere partij gerechtigd de niet-gebruikte produktierechten geheel of gedeeltelijk over te nemen, zonder dat de partij die van zijn rechten niet volledig gebruik maakt, hierover behoeft te worden geraadpleegd.

F. Opmerkingen van de betrokken partijen

(40) Na bekendmaking van de op grond van artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 vereiste mededeling heeft de Commissie geen opmerkingen van belanghebbende derden ontvangen.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. Het samenwerkingskarakter van de GO van Exxon en Shell (1)

(41) De overeenkomsten tussen de ondernemingen in de chemische sector van het Exxon- en van het Shell-concern waarop deze beschikking betrekking heeft, houden de oprichting in van een GO alsmede de levering van grondstoffen. De GO is een vorm van samenwerking aangezien zij niet alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult en tot coördinatie van het concurrentiegedrag van de „moederondernemingen" ten opzichte van elkaar of ten opzichte van de GO leidt (punt 10 van de bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag, in samenhang met artikel 3, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 4064/89) (2).

B. Artikel 85, lid 1

(42) De overeenkomsten tussen Exxon en Shell vallen onder artikel 85, lid 1, aangezien zij de mededinging beperken en het handelsverkeer tussen de Lid-Staten kunnen beïnvloeden. De door de partijen gevraagde negatieve verklaring kan dus niet worden afgegeven. Wel kan eventueel ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, worden verleend.

(43) De Commissie komt, rekening houdende met de in de bekendmaking van de Commissie betreffende GO's met het karakter van een samenwerkingsverband uiteengezette criteria en deze toepassend in het licht van de bijzondere omstandigheden van deze zaak, tot de conclusie dat de overeenkomsten a) tot een gemeenschappelijke greep op de onderneming leiden, b) ertoe strekken en ten gevolge hebben dat het concurrentiegedrag van de partijen wordt gecoördineerd, en derhalve dat de mededinging wordt beperkt en c) het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden.

a) *Gemeenschappelijke greep op de onderneming*

(44) CIPEN is geen onafhankelijke en zelfstandige onderneming ten opzichte van haar „moederondernemingen" aangezien haar activiteit beperkt is tot de produktie en levering van lineair polyethyleen aan de „moederondernemingen", die zelf dezelfde of soortgelijke produkten blijven produceren en verkopen. De activiteiten van CIPEN worden in de algemene vergadering bij eenstemmigheid vastgesteld. De dagelijkse bedrijfsvoering berust bij een directeur die uit het personeel van Exxon wordt gekozen en die onder toezicht staat van een interne controleur („Controller") die uit het personeel van Shell wordt gekozen. Deze „Controller" heeft weliswaar niet het recht om zich met de werkzaamheden van CIPEN te bemoeien, doch de structuur van de onderneming stelt elk lid in staat volledige informatie over haar zakelijke transacties te verkrijgen. De partijen stellen dat hun toezicht beperkt is tot organisatorische en technische afspraken over het gebruik van de produktie-installaties. De kenmerken van CIPEN zijn evenwel, onder meer, betrokkenheid van beide ondernemingen bij besluiten over de begroting, gezamenlijke besluiten over gezamenlijke nieuwe investeringen die de in de jaarlijkse begroting aan de directeur verleende bevoegdheden niet overschrijden en over gezamenlijke nieuwe investeringen die buiten deze bevoegdheid vallen, gemeenschappelijke besluiten over de verbetering van installaties en produktontwikkeling. De rol van Shell is derhalve niet beperkt

(1) Zie de Bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (PB nr. C 43 van 16. 2. 1993, blz. 2).

(2) PB nr. L 257 van 21. 9. 1990, blz. 14 ; gerectificeerde versie van de in PB nr. L 395 van 30. 12. 1989, blz. 1, gepubliceerde tekst.

tot die van een passieve investeerder en de betrekkingen tussen de partijen zijn niet die van afnemer en leverancier; noch betreft het een regeling met betrekking tot verwerkingsactiviteiten op lange termijn.

Het gemeenschappelijk beheer van de concurrenten betekent in dit geval een nauwe en voortdurende samenwerking van de oprichters: een dergelijke samenwerking leidt onvermijdelijk tot een gecoördineerde managementstructuur en maakt een onderlinge uitwisseling van informatie mogelijk.

(45) In het geval van Exxon/Shell blijft de samenwerking niet beperkt tot organisatorische en technische afspraken voor het gebruik van de faciliteiten, doch komt zij neer op een werkelijk gezamenlijk beheer van de „moederondernemingen" van de GO. Opgemerkt zij dat Exxon, zoals uit de interne nota van 1 februari 1989 van Exxon blijkt (bijeenkomst met Shell, Parijs 26 januari 1989), de voorkeur gaf aan een „pre-payment agreement", hierna „PPA" genoemd, waardoor echter volgens Shell niet gemakkelijk gelijke zeggenschap over de fabriek mogelijk zou zijn. Shell accepteerde evenwel geen eenzijdig beheer door Exxon en slaagde tenslotte erin daadwerkelijke gemeenschappelijke eigendom tot stand te brengen.

(46) Dit blijkt uit de interne nota van Shell van 1 februari 1989 („Cape Project Form of Cooperation"). Onder punt 2 van deze nota — „Waarom geen bewerkingsovereenkomst zoals in Mosmorran" (vertaling) — wordt duidelijk het wezenlijke verschil uitgelegd tussen:

1. een 50/50-GO-overeenkomst die beperkt blijft tot technische afspraken voor gemeenschappelijke produktie (een „grondstoffen-gericht project") zoals in Mosmorran (Engeland), die wordt omschreven als een „installatie bestemd voor de conversie van ethaan en propaan welke door de Shell/Exxon E & P-onderneming worden geproduceerd; per definitie heeft Exxon recht op 50 % van die produktie en Shell eveneens op 50 %" (1) (vertaling), en

2. een „produktiegericht project" als in Notre-Dame-de-Gravenchon.

(47) De bijzondere kenmerken van een dergelijk „produktiegericht project" zijn, onder meer:

i) betrokkenheid van beide ondernemingen in financiële besluiten;

ii) gezamenlijke besluiten over investeringen;

iii) gezamenlijke besluiten over de verbetering van de installatie en produktontwikkeling.

(48) De nota gaat als volgt verder: „Een dergelijke overeenkomst zou de zakelijke consensus die tussen Shell en Exxon bestaat, weergeven. Deze consensus gaat veel verder dan een verwerkingsovereenkomst... De voorgenomen samenwerking past evenwel op natuurlijke wijze in een flexibele en eenvoudige overeenkomst van het type gemeenschappelijke onderneming omdat die de voornaamste instrumenten biedt voor op maat gesneden besluiten om de activiteiten te sturen, op een wijze die aansluit bij de veranderende behoeften van de partijen" (vertaling).

(49) De Commissie concludeert derhalve dat de gecoördineerde managementstructuur van CIPEN aan Exxon en Shell de mogelijkheid van een gemeenschappelijke greep op CIPEN biedt.

b) *Beperkingen die voortvloeien uit gemeenschappelijke oprichting en uit de gemeenschappelijke greep op de onderneming*

(50) Exxon en Shell zijn concurrenten op de grootste relevante markt: de oligopolistische markt van de Gemeenschap voor LDPE/LLDPE (te onderscheiden van HDPE en andere thermoplasten), waarop zij in 1991 qua omvang de vierde en vijfde producent waren, met marktaandelen van, respectievelijk, rond 11,5 % en 8,5 %. De HDPE-markt zou eveneens relevant kunnen zijn: Exxon en Shell moeten ook op die markt als concurrenten worden beschouwd.

Ter illustratie:

— Exxon produceert LDPE in België en LLDPE/HDPE in Saoedi-Arabië; Shell produceert LDPE in het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland. Shell produceert polypropyleen in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk; Exxon produceert polypropyleen in Frankrijk.

— Exxon is in staat om zelfstandig op de gemeenschappelijke markt LLDPE/HDPE-produktiefaciliteiten op te richten en Shell kan individueel de LLDPE/HDPE produceren. Shell en Exxon zijn beide in staat om onafhankelijk van elkaar polypropyleenfaciliteiten op de gemeenschappelijke markt op te zetten.

(1) De voornaamste elementen van het project voor de bouw van een ethyleenfabriek in Mosmorran zijn: krachtens de verwerkingsovereenkomst tussen Exxon en Shell (juli 1980) zal Exxon Chemical Ltd grondstoffen die eigendom zijn van en geleverd worden door Shell, voor laatstgenoemde in de fabriek tot ethyleen verwerken; Exxon is als enige verantwoordelijk voor het beheer en de exploitatie van de fabriek; Shell is verplicht het daar geproduceerde ethyleen van Exxon af te nemen. Exxon neemt alle besluiten over het ontwerp, de bouw, de exploitatie en de eventuele uitbreiding, verandering of vervanging van de fabriek.

(51) Wat Exxon betreft, blijkt duidelijk dat deze hiertoe in staat is, enerzijds uit de „know-how" waarover deze beschikt en die deze in zijn LLDPE/HDPE-fabrieken buiten Europa toepast (Exxon heeft licentie om LLDPE/HDPE met UCC-technologie te produceren, te gebruiken en te verkopen), anderzijds uit het feit dat deze in Notre-Dame-de-Gravenchon polypropyleen vervaardigt. Wat Shell betreft, zij opgemerkt dat alle andere polyethyleenproducenten ten minste in staat zijn geweest om of wel hun eigen technologie te ontwikkelen of wel deze onder licentie te verwerven en dat Shell te zamen met BASF (ROW) een LLDPE/HDPE-installatie in Duitsland bezit met een vermogen van 15 kT per jaar. Bovendien heeft Shell, volgens het memorandum aan de Raad van Bestuur van Shell Petroleum NV van oktober 1989, een „pre-marketing volume" LLDPE verkocht (vóór mei 1992) dat Shell van Exxon had gekocht ; Shell heeft derhalve reeds zijn zakelijke ervaring in deze specifieke sector. Shell heeft ook al ervaring met het produceren en op de markt brengen van polypropyleen.

(52) Ten tweede zou een LLDPE/HDPE-fabriek van Exxon en/of Shell met de helft van de capaciteit, waarover de GO beschikt, een zowel technisch uitvoerbare als economisch rendabele omvang hebben (110 kT) ; andere ondernemingen beschikken immers over dergelijke en zelfs kleinere LLDPE/HDPE-installaties.

(53) Daarom dient de oprichting door Exxon en Shell van een produktie-GO welke zich op dezelfde markten beweegt als de „moederondernemingen" ervan, die concurrenten zijn en zullen blijven, aan artikel 85, lid 1, te worden getoetst.

(54) Bij de beoordeling of het pakket overeenkomsten tussen Exxon en Shell ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet de juridische en economische context in aanmerking worden genomen, met name de situatie op de relevante markt en de positie van de partijen op die markt. Hoewel het Hof van Justitie met betrekking tot GO's nog geen specifiek standpunt heeft ingenomen, moet de Commissie uitgaan van het criterium van de onafhankelijkheid van marktdeelnemers met betrekking tot hun zakelijke beslissingen, welke niet aan wederzijdse invloed mogen blootstaan.

(55) CIPEN is een GO waaraan de oprichtende ondernemingen uitsluitend de produktieve functies van een onderneming hebben overgedragen (een niet-volwaardige GO). Aangezien de GO door de oprichtende ondernemingen geleverde grondstoffen tot polyethyleen verwerkt (dat ook afzonderlijk door Exxon en Shell wordt geproduceerd en in de handel gebracht) om deze vervolgens aan de oprichtende ondernemingen terug te leveren, wordt de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen zwakker, omdat hun samenwerking zich dicht bij de markt voltrekt en er zich een inherente tendens naar gelijkmaking van de transferprijzen voordoet (punt 40 van de Bekendmaking van de Commissie betreffende GO's met het karakter van een samenwerkingsverband).

(56) De oprichtende ondernemingen hebben aanzienlijk geïnvesteerd in de nieuwe produktiefaciliteit, welke een omvangrijk deel (rond 17 %) van hun totale activiteit in de LDPE/LLDPE-markt vertegenwoordigt (waar het gevaar bestaat dat het huidige gebrek aan evenwicht tussen produktiecapaciteit en vraag in de komende jaren blijft bestaan), en verkopen de produkten zonder verdere verwerking. De oprichting en de exploitatie van CIPEN als een GO impliceren een rechtstreekse en voortdurende samenwerking, die hun huidige en toekomstige concurrentiegedrag beïnvloedt en hun onafhankelijkheid aantast.

(57) Wat de HDPE-markt betreft, is de Commissie echter van mening dat de beperking van de mededinging betrekkelijk gering is, omdat het huidige aandeel van Exxon en Shell in de HDPE-markt niet groot is. Shell bezit slechts 50 % van de GO met BASF (ROW) die 215 kT HDPE per jaar kan produceren en Exxon heeft geen HDPE-fabriek in de Gemeenschap. Weliswaar kan Exxon HDPE uit het Midden-Oosten en de VSA exporteren, doch de vooruitzichten voor de komende tien jaar wijzen op een daling van de totale invoer uit de VSA, aangezien een nivellering van de wereldmarktprijzen wordt verwacht en het aanbod op de communautaire markt zal stijgen. Anderzijds mag niet worden vergeten dat Shell de tweede producent van polypropyleen is (met Hoechst en na Himont) dat gedeeltelijk met HDPE concurreert. Bovendien is Exxon een van de grootste polypropyleenproducenten in de VSA en beschikt het sinds eind 1992 over zijn eerste installatie in de Gemeenschap te Notre-Dame-de-Gravenchon (140 kT per jaar). Om deze redenen beschouwt de Commissie Exxon en Shell als concurrenten doch tegelijkertijd meent zij, aangezien de concurrentie tussen HDPE en polypropyleen niet zeer sterk is, dat CIPEN, gezien de huidige omvang en rekening houdend met de kenmerken van de oligopolistische HDPE-markt en met de slechts gedeeltelijke verwisselbaarheid van HDPE met polypropyleen, een beperking van de mededinging teweegbrengt die niet van grote betekenis is.

(58) Deze beperking van de mededinging (aanzienlijk in de LDPE/LLDPE-markt doch niet in die van HDPE) die geen enkele expliciete opzet van partijen veronderstelt, wordt duidelijk geïllustreerd aan de hand van een aantal aspecten van de investeringen en de produktie :

I. Investeringen

(59) Met hun besluit om gezamenlijk een nieuwe produktiefaciliteit op te richten, coördineerden de oprichtende ondernemingen hun investeringsplannen en zagen zij af van de mogelijkheid om hun polyethyleenactiviteiten individueel uit te breiden, waartoe zij overigens uitstekend in staat zijn gezien hun totale omvang en ervaring in de sector. Wat de investeringen in de GIE betreft, kan noch de algemene vergadering, noch de directeur in strijd handelen met de belangen van één van de aandeelhouders ; de eerste omdat haar beslissingen met eenstemmigheid moetèn worden genomen, de tweede onder andere vanwege de controlebevoegdheden van de „Controller". De bevoegdheden op het gebied van besluitvorming van de algemene vergadering en van de directeur worden beperkt doordat CIPEN uiteraard niet in strijd met de belangen van zijn aandeelhouders zal handelen. Ten aanzien van de investeringen buiten de GIE om zal elke partij, zelfs indien deze een onafhankelijke investering verricht, wat zijn eigen investeringsbesluiten met betrekking tot LDPE/LLDPE betreft, worden beïnvloed door de gezamenlijk met zijn partner genomen beslissingen over een installatie die een aanzienlijk en technologisch geavanceerd deel van de activiteiten van beide oprichtende ondernemingen op de LDPE/LLDPE-markt vertegenwoordigt. Met name zal, door het besluit om een gemeenschappelijke faciliteit op te richten, de kans aanmerkelijk kleiner worden dat elk van de partijen, na een aanzienlijke financiële investering in de gemeenschappelijke onderneming, kostbare investeringen in capaciteiten doet welke concurreren met die van de gemeenschappelijke onderneming (1). Het eigenlijk voorwerp van de samenwerking zal derhalve een beperking van de mededinging tussen Exxon en Shell op de LDPE/LLDPE-markt uitmaken. Deze beperking van de mededinging zal tevens de concurrentiepositie van de partners zelf indirect beïnvloeden.

II. Produktie

(60) Exxon en Shell zullen onvermijdelijk hun produktie in CIPEN moeten coördineren. Ook al hebben beide het recht om voor dezelfde tijdsduur en met het oog op de gewenste soorten produkten van de produktiefaciliteiten gebruik te maken, toch moet elk van beide concerns noodzakelijk rekening houden met de plannen van de andere, waarover belangrijke informatie kan worden verworven, en met de beperkingen van de produktiefaciliteiten wanneer deze voor de andere produceren. Elke oprichtende onderneming is verplicht de hoeveelheid LLDPE/HDPE af te nemen die overeenkomt met de door haar geleverde grondstoffen en binnen de bedrijfstijd (50 %) die haar ter beschikking staat, de ethyleen en buteen-1 te leveren die voor de produktie van lineair polyethyleen nodig is.

(61) De coördinatie door Exxon en Shell van hun produktieprogramma voor lineair polyethyleen binnen de GO wordt versterkt door de leveringscontracten voor ethyleen. Met het oog op de economische realiteit die de ethyleencontracten vertegenwoordigen, die in feite op exclusiviteit neerkomen, en gezien hun rechtsstructuur, is het duidelijk dat :

i) uitsluitend door de oprichtende ondernemingen geproduceerd ethyleen aan CIPEN wordt geleverd ;

ii) de „swap"-regelingen voor ethyleen tussen Exxon en Shell indirect de coördinatie van hun polyethyleenproduktie uitbreiden tot installaties die geen deel uitmaken van de GO (LDPE-installaties van Exxon in België).

(62) Dit concurrentieverstorende effect wordt niet teniet gedaan door het feit dat partijen ieder afzonderlijk LDPE/LLDPE-produkten op de markt blijven brengen met inbegrip van de produktie van de GO (2). Aangezien de verkoopprijzen over het algemeen gelijk zijn, is de voornaamste parameter betreffende de concurrentie de algemene strategie op het gebied van investeringen en produktie, waar de coördinatie binnen de GO nu juist op is gericht.

(63) Evenmin wordt het concurrentievervalsende effect teniet gedaan door de wijzigingen die naar aanleiding van de aanvullende punten van bezwaar van de Commissie in de overeenkomsten zijn opgenomen. Weliswaar garanderen deze wijzigingen een grotere mate van zelfstandigheid bij de dagelijkse bedrijfsvoering en ruimere mogelijkheden om individueel te investeren en de produktie van de gemeenschappelijke onderneming aan de respectieve behoeften van de oprichtende ondernemingen aan te passen, maar toch blijft de structuur die de partners voor hun samenwerking hebben gekozen, verschillen van passieve investeringsvormen of verwerkingsovereenkomsten op lange termijn. In feite gaan de vastgestelde bepalingen verder dan hetgeen voor de oprichting en feitelijke technische en administratieve exploitatie van de GO strikt noodzakelijk is en leiden zij tot de coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen (3) :

— Wat nieuwe investeringen in de GO betreft, blijft het juist dat gezamenlijke toekomstige investeringen die niet de in de jaarlijkse begroting verleende bevoegdheid van de directeur overschrijden, het resultaat zijn van een gezamenlijk besluit omdat zij in de door de algemene vergadering goedgekeurde begroting zijn opgenomen en dat gezamenlijke toekomstige investeringen die de in de jaarlijkse begroting

(1) Beschikking 88/88/EEG van de Commissie — Olivetti/Canon (PB nr. L 52 van 26. 2. 1988, blz. 51).

(2) Zie voetnoot (1). Het effect van de samenwerking op de verkoopprijzen van de oprichtende ondernemingen vormde in dit geval een bijkomend onderwerp.

(3) Beschikking 87/100/EEG van de Commissie — Mitchell Cotts/Sofiltra (PB nr. L 41 van 11. 2. 1987, blz. 31).

aan de directeur verleende bevoegdheid overschrijden, eveneens het resultaat zijn van een gezamenlijke beslissing, omdat zij aan de algemene vergadering ter overweging moeten worden voorgelegd. Bovendien kan een partij geen individuele investering in de GIE doen, als zij dit zou wensen, indien de andere partij een dergelijke investering gezamenlijk wil doen. Voorts kan de partij die individueel een investering wenst te verrichten, dit uitsluitend doen indien de produktierechten van de andere partij niet onder de 33 % dalen. Er is derhalve nog altijd sprake van coördinatie van het concurrentiegedrag op het gebied van investeringen.

— Wat de dagelijkse bedrijfsvoering betreft, is het nog steeds zo dat de directeur, ook al beschikt hij over een grotere autonomie, altijd de gezamenlijke besluiten ten uitvoer moet leggen die uit de door de algemene vergadering goedgekeurde begroting voortvloeien.

— Wat de produktierechten betreft, dient elke partij nog steeds rekening te houden met de plannen van de andere, waarover zij belangrijke informatie kan verwerven, en moet zij zich houden aan de beperkingen van de gemeenschappelijke produktiefaciliteiten wanneer deze voor de andere partij produceren.

Met name moet worden opgemerkt dat de stroom van informatie tussen Exxon en Shell, waartoe de structuur van een GO de mogelijkheid biedt, de basis vormt op grond waarvan elke partner zijn polyethyleenproduktie kan plannen en aan de keuzen van de andere partner kan aanpassen. Deze onderlinge afhankelijkheid heeft een rechtstreeks effect op de produktieplannen van de GO van Exxon en Shell (waardoor, zoals is gebleken uit een onderzoek van de Commissie naar het praktische functioneren van de GO, een volmaakt evenredige verdeling van de door de twee ondernemingen geproduceerde hoeveelheden mogelijk is of een gelijktijdige stopzetting van de produktie van de GO), doch tevens een indirect effect (groepseffect) op de polyethyleenproduktieprogramma's van de Exxon- en van de Shell-groep als geheel. In feite houdt elke stijging, vermindering of stopzetting van de produktie waartoe door een van de partners wordt besloten om zijn gedrag aan de keuzen van de andere partner in de GO aan te passen, een algemene heroverweging in van de produktieprogramma's van alle polyethyleenfabrieken die tot het concern van die partner behoren.

c) *Invloed op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten*

(64) De GO van Exxon/Shell en de daarmee samenhangende overeenkomsten kunnen het handelsverkeer tussen Lid-Staten in aanzienlijke mate beïnvloeden. De overeenkomsten hebben gevolgen voor producenten die de produkten in de gehele Gemeenschap afzetten. Met name lineair polyethyleen dat door de GO wordt geproduceerd, zal onder andere op de gehele markt van de Gemeenschap in de handel worden gebracht.

C. Artikel 85, lid 3

(65) De overeenkomsten tussen Exxon en Shell voldoen aan de voorwaarden voor ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3. Zij dragen bij tot de verbetering van de produktie van goederen en tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, terwijl een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt.

(66) De overeenkomsten, zoals gewijzigd naar aanleiding van de aanvullende punten van bezwaar van de Commissie, leggen de betrokken ondernemingen geen beperkingen op die niet onmisbaar zijn voor de verwezenlijking van deze doelstellingen. Tenslotte bieden de overeenkomsten deze ondernemingen niet de mogelijkheid om de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten uit te schakelen.

a) *Verbetering van de produktie*

Verbetering van de technische en economische vooruitgang

(67) De overeenkomsten tussen de partijen bieden de mogelijkheid de eerste fabriek in de Gemeenschap te bouwen voor de produktie van LLDPE/HDPE, waarbij van de Unipol-technologie gebruik wordt gemaakt.

Deze technologie biedt een grote mate van flexibiliteit (waardoor de fabriek in Notre-Dame-de-Gravenchon verschillende soorten lineair polyethyleen kan vervaardigen) en efficiëntie (waardoor de fabriek in Notre-Dame-de-Gravenchon polyethyleen tegen concurrerende kosten kan produceren). Op het gebied van de technische vooruitgang zal de aanwezigheid in de Gemeenschap van tegen lage kosten geproduceerde, extra LLDPE afnemers stimuleren om hun verouderende extrusieapparatuur aan te passen (oudere extrusieapparatuur moet gebruik maken van een mengsel van LDPE en LLDPE, terwijl nieuwere installaties 100 % LLDPE kunnen verwerken) en te profiteren van de voordelen van LLDPE ten opzichte van LDPE ten aanzien van „down-gauging" (dunnere folie van equivalente sterkte). Dit zal leiden tot een verlaging van het grondstoffengebruik door de afnemers, van hun kosten en van de hoeveelheid plastic-afval.

(68) Tevens moet in aanmerking worden genomen dat door de oprichting van een GO voor de produktie van LLDPE/HDPE tussen twee ethyleenproducenten, dank zij de „swap"-afspraken inzake uitwisseling, het vervoer van ethyleen wordt vermeden, evenals de gezondheids- en milieurisico's die aan een dergelijk vervoer zijn verbonden.

(69) Bovendien kunnen, omdat CIPEN gebruik maakt van de aan Exxon verleende licentie voor Unipol-technologie, waardoor de kosten voor een nieuwe Unipol-licentie of voor de ontwikkeling en toepassing van andere technologieën worden uitgespaard, aanzienlijke kostenbesparingen worden bereikt.

b) *Voordelen voor verbruikers*

(70) Afgezien van dit gunstige effect voor de afnemers zal de introductie in de Gemeenschap van door middel van de Unipol-technologie geproduceerd LLDPE en de beschikbaarheid van aanzienlijke hoeveelheden tegen lage kosten geproduceerde LLDPE op de markt zoals beschreven, de verbruikers ten goede komen. Immers, de overeenkomst tussen Exxon en Shell inzake de GO en de daarmee samenhangende overeenkomsten bevatten geen bepalingen waardoor de afnemers niet zouden kunnen delen in de winst die voortvloeit uit de lage kosten waarmee door CIPEN LLDPE kan worden geproduceerd. Met name zij erop gewezen dat geen van de beide „moederondernemingen" van de andere onderneming afhankelijk is voor de grondstof (ethyleen). Dank zij de „swap"-afspraken voor ethyleen zullen voor Shell de grondstoffenkosten voor LLDPE/HDPE af Notre-Dame-de-Gravenchon gebaseerd zijn op de kosten van Shell voor de produktie van ethyleen in de fabriek aan de Moerdijk, terwijl de kosten van de grondstoffen voor Exxon gebaseerd zullen zijn op het rendement van de kraker van het bedrijf te Notre-Dame-de-Gravenchon. Aangezien het zeer onwaarschijnlijk is dat de produktiekosten voor ethyleen aan de Moerdijk en in Notre-Dame-de-Gravenchon gelijk zullen zijn en aangezien beide partijen afzonderlijke marketingorganisaties en -activiteiten hebben, zal de mededinging tussen Exxon en Shell, ook al wordt deze beperkt door de samenwerking in de GO, blijven bestaan, ook voor de door CIPEN geproduceerde LLDPE; de verbruikers zullen derhalve een redelijk aandeel hebben in de voordelen die voortvloeien uit de verbeteringen op het gebied van de produktie en de technische en economische vooruitgang.

(71) Bovendien zullen de dikwijls betere resultaten van LLDPE ten opzichte van LDPE tot betere produkten voor de verbruiker leiden. Tevens dient erop te worden gewezen dat de vermindering van het gebruik van grondstoffen en van de hoeveelheid plastic-afval en het vermijden van milieurisico's, die met het vervoer van ethyleen gepaard gaan, door veel verbruikers als een voordeel zullen worden ervaren in een tijd waarin de eindigheid van natuurlijke rijkdommen en de bedreiging van het milieu het publiek in steeds sterkere mate zorgen baren.

c) *Onmisbaarheid van de beperkingen*

(72) De beperkingen van de mededinging die voortvloeien uit de overeenkomsten tussen Exxon en Shell, zoals gewijzigd naar aanleiding van de aanvullende punten van bezwaar van de Commissie, zijn thans beperkt tot een minimum dat noodzakelijk is voor een betrouwbaar functioneren van de produktie-GO.

(73) Ook volgens de gewijzigde overeenkomsten wordt het concurrentiegedrag van Exxon en Shell met betrekking tot investeringen en de produktie van LDPE/LLDPE nog altijd tot op zekere hoogte gecoördineerd. Deze samenwerking wordt evenwel ten uitvoer gelegd op een wijze die de mededinging zo min mogelijk beperkt, zodat de economische autonomie van onafhankelijke marktdeelnemers zoveel mogelijk wordt gehandhaafd.

(74) Deze beperkte vorm van coördinatie is noodzakelijk om de bovengenoemde produktieve, technische en economische verbeteringen tot stand te kunnen brengen.

Het is onwaarschijnlijk dat een van de partijen alleen een dermate efficiënte en betrouwbare LLDPE/HDPE-fabriek zou hebben gebouwd, en wel om de volgende redenen:

a) hoewel zowel Shell als Exxon financieel sterk zijn, waren zij, gezien de huidige marktsituaties, niet voldoende gemotiveerd om een zeer efficiënte en betrouwbare LLDPE/HDPE-fabriek zoals CIPEN, welke ongeveer 1 miljard Ffr. kost, volledig te financieren;

b) hoewel Exxon en Shell in staat zijn om in de gemeenschappelijke markt op individuele basis LLDPE/HDPE-faciliteiten op te richten met de helft van de capaciteit van de huidige GO, is één enkele reactor waar van het geavanceerde gasfaseprocédé gebruik wordt gemaakt, technisch en economisch het meest geschikt.

(75) De doelstellingen van de huidige samenwerking konden, in de specifieke omstandigheden van dit geval, niet door middel van een verwerkingsovereenkomst op lange termijn of louter door een financiële participatie in de onderneming worden bereikt vanwege de complexe vraagstukken op het gebied van produktieprogrammering („grade slate"-ontwikkeling) en investeringsplanning, waarbij beide partijen bepaalde bevoegdheden moeten uitoefenen om op de structuur van de onderneming toezicht te houden.

(76) Gezien de mogelijkheden van het Unipol-procédé kan een zeer groot aantal verschillende produkten worden vervaardigd, waarbij een veelheid van combinaties mogelijk zijn binnen het grote aantal belangrijke produktkenmerken zoals smeltindex, dichtheid, comonomeergehalte, enz. Elke eindfase van een produkt kan, door toevoeging van allerlei combinaties van chemicaliën, aan de specifieke eisen van de afnemers worden aangepast. CIPEN zal derhalve een aantal verschillende soorten lineair polyethyleen kunnen produceren. Omdat de achtereenvolgende produktie van bepaalde produktsoorten niet efficiënt is, zullen partijen waarschijnlijk de voorkeur geven aan een zeer beperkt aantal soorten gedurende een specifieke produktieperiode. Partijen hebben derhalve een forum nodig om te bespreken en vast te stellen welke specifieke soorten zullen worden geproduceerd, zowel thans („grade slate"-selectie) als in de toekomst (nieuwe/experimentele produktontwikkeling).

Derhalve zijn de ontwikkeling van een juist produktieprogramma, capaciteitsuitbreiding en planning van de cyclus van soorten produkten de voornaamste factoren voor een effectief beheer van de verwerkingsfaciliteit van CIPEN, welke door het hierboven beschreven flexibele produktiesysteem wordt gekenmerkt. Met name daarom is het noodzakelijk dat beide oprichtende ondernemingen in een bilateraal interactief besluitvormingsproces bij de vaststelling daarvan betrokken zijn.

Indien de algemene vergadering niet met eenstemmigheid besluiten zou nemen en het gezag niet door de directeur van Exxon (dagelijkse bedrijfsvoering) en de Controller van Shell (interne controle) zou worden gedeeld, zouden partijen niet op efficiënte wijze een GO kunnen exploiteren waarin zij een omvangrijke investering hebben gedaan en welke, vanwege de hierboven beschreven complexiteit van de flexibele programmering van de produktie, een interactieve en permanente besluitvorming vereist.

(77) Dit houdt niet in dat elk besluit over de nieuwe produktiefaciliteit in overleg moet worden genomen. De huidige structuur van de GO waarborgt namelijk :

— meer speelruimte om individueel investeringsbesluiten te nemen, niet alleen buiten, doch ook binnen de GIE omdat deze besluiten niet, zoals in de oorspronkelijke overeenkomsten was bepaald, aan de voorwaarde moeten voldoen dat zij „aansluiten op het produktievermogen van de fabriek zoals door de algemene vergadering is vastgesteld" (vertaling) doch aan de veel objectiever voorwaarde dat „een dergelijke investering niet nadelig is voor het technisch potentieel van de produktie-installatie voor lineair polyethyleen van de GIE" (vertaling). De oorspronkelijke bepalingen inzake nieuwe investeringen in de faciliteiten van CIPEN, waarbij deze investeringen in feite afhankelijk waren van de toestemming van de andere partij, hielden een beperking van de mededinging in die niet onmisbaar was. Hoewel het noodzakelijk en aanvaardbaar is dat een voorgestelde individuele investering in de fabriek zelf niet is toegestaan wanneer de andere partij deze gezamenlijk wenst te doen, moet de partij die een dergelijke investering voorstelt, de mogelijkheid hebben deze alleen te doen zolang de exploitatie van de fabriek niet in gevaar komt en de andere partij weigert aan de voorgestelde investering deel te nemen. Aangezien de nieuwe „Internal and Operating Rules" betreffende nieuwe investeringen in de faciliteit aan deze voorwaarde voldoen, gaan zij niet verder dan hetgeen noodzakelijk is om de doelstellingen van CIPEN te bereiken ;

— de mogelijkheid, bij niet volledige benutting van de produktiecapaciteit door een van de partijen, voor de andere partij om de niet-benutte capaciteit geheel of gedeeltelijk over te nemen, zonder dat zij verplicht is de andere partij te raadplegen, omdat voor een dergelijk extra gebruik, in tegenstelling tot hetgeen in de oorspronkelijke overeenkomsten was bepaald, geen overleg tussen Exxon en Shell is vereist om „onverwijld de eventuele herverdeling van hun produktierechten te bespreken" (vertaling) ; daarentegen is de veel objectiever voorwaarde ingevoerd dat de betrokken partij „de directeur van haar voornemen in kennis stelt om de niet-gebruikte produktierechten geheel of gedeeltelijk over te nemen, welk gebruik door de GIE bij de genoemde partij in rekening wordt gebracht voor de prijs van de huidige vaste kosten voor het gedeelte van de produktierechten dat is overgenomen. De GIE betaalt de partij die haar produktierechten niet volledig benut onmiddellijk het door de andere partij aldus betaalde bedrag terug" (vertaling).

Over het algemeen is het raadzaam dat iedere partij een aandeel van de produktiecapaciteit van CIPEN tot haar beschikking heeft dat met haar belang in de fabriek overeenkomt. Niettemin moet het, wanneer een partij haar aandeel van de produktiecapaciteit van de fabriek niet volledig benut, voor de andere partij mogelijk zijn om de ongebruikte capaciteit geheel of gedeeltelijk over te nemen zonder de expliciete of impliciete goedkeuring van de eerste partij. Terwijl volgens de oorspronkelijke bepalingen ter zake een dergelijke toestemming van de andere partij was vereist en derhalve de autonomie van de oprichtende ondernemingen met betrekking tot hun produktiebesluiten meer werd beperkt dan voor het functioneren van de GO nodig is, kan elke partij thans, dank

zij de wijzigingen in de „Plant Utilization Agreement", besluiten om de bedrijfstijd van de andere partij geheel of gedeeltelijk over te nemen indien deze hiervan geen gebruik maakt, zonder dat de toestemming van die partij vereist is. Wat de benutting van de fabriek betreft, vormen de overeenkomsten derhalve niet langer een beperking die niet onmisbaar is voor de mededinging;

— een grotere onafhankelijkheid van de directeur bij de dagelijkse bedrijfsvoering van de GO, omdat zijn bevoegdheden niet langer beperkt worden, zoals in de oorspronkelijke overeenkomsten wel het geval was, door het „Operating Committee"; dit is vervangen door een „Advisory Committee" dat op initiatief van de directeur kan worden bijeengeroepen en door hem kan worden geraadpleegd over aangelegenheden van administratieve of technische aard. Terwijl de deelneming van beide oprichtende ondernemingen aan begrotingsbesluiten en beslissingen over gezamenlijke toekomstige investeringen, de verbetering van de installatie en produktontwikkeling als aspecten van het gemeenschappelijk beheer van de GO dienen te worden beschouwd, dient de dagelijkse leiding van de installatie op een zodanige wijze te worden georganiseerd dat deze de oprichtende ondernemingen belet voortdurend invloed uit te oefenen op de activiteiten van CIPEN, die niet nauw verband houden met de flexibiliteit van het produktieprogramma.

Dit is bereikt door de CIPEN-directeur met betrekking tot de dagelijkse bedrijfsvoering van de fabriek een grote mate van zelfstandigheid toe te kennen. Indien een „Operating Committee" waarin vertegenwoordigers van beide partijen zitting hebben, voor de meeste beslissingen met betrekking tot het functioneren en besturen van de GO verantwoordelijk zou zijn, zoals oorspronkelijk door partijen was voorzien, zou dat tot een voortdurende stroom van voor de mededinging gevoelige informatie tussen de partijen hebben geleid.

Met de nieuwe regeling waarbij de directeur, gesteund door het adviescomité, verantwoordelijk is voor de dagelijkse leiding van de fabriek, is het risico van een al te nauwe samenwerking tussen partijen minder groot en — in tegenstelling tot de oorspronkelijke afspraak — wordt aan de voorwaarde voldaan dat deze voor een soepele bedrijfsvoering onmisbaar moet zijn.

(78) In deze gewijzigde context kunnen de beperkingen die voortvloeien uit de leveringsafspraken, en in het bijzonder de trekkingsrechten inzake ethyleen, als nevenrestricties worden beschouwd naast de mededingingsbeperking die een gevolg is van de GO zelf. In de bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag, wordt in punt 67 gesteld dat „voor nevenrestricties geen bijzondere rechtvaardiging aan de hand van de criteria van artikel 85, lid 3, is vereist" en dat „daarvoor in principe gedurende dezelfde periode vrijstelling wordt verleend als voor de GO zelf" omdat „ten aanzien van beide voor een vrijstelling van het verbod dezelfde maatstaven worden aangelegd".

d) *Uitschakeling van de mededinging*

(79) De overeenkomsten tussen Exxon en Shell bieden partijen niet de mogelijkheid de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten uit te schakelen.

(80) De overeenkomsten sluiten namelijk mededinging tussen partijen niet uit, hoewel deze door samenwerking in de GO wordt beperkt. CIPEN is een niet-exclusief instrument voor elk van de partijen om bepaalde hoeveelheden LLDPE/HDPE te produceren in een door Exxon geëxploiteerde fabriek die gemeenschappelijk eigendom is. De partijen hebben de oorspronkelijke overeenkomsten gewijzigd teneinde afzonderlijke en, zo veel mogelijk, onafhankelijke concurrenten op de LDPE/LLDPE-markt te blijven.

(81) Na de tenuitvoerlegging van de overeenkomsten bedraagt het aandeel van Exxon en Shell in de totale produktiecapaciteit voor LDPE/LLDPE rond 22 % en is hun gezamenlijke marktaandeel van dezelfde orde van grootte. Overwegende dat de GO de mededinging tussen de partijen beperkt, doch niet uitschakelt, en zelfs indien de totale marktaandelen van de beide concerns in aanmerking worden genomen, garandeert de omvang van de andere concurrenten op dezelfde markt dat de daadwerkelijke mededinging niet wordt uitgeschakeld.

Dit strookt met de bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag waarin wordt gesteld (zie punt 63) dat „de in de groepsvrijstellingsverordeningen aangegeven grens — een marktaandeel van 20 % — bij de beoordeling van produktie-GO's in concrete gevallen als richtsnoer kan dienen". Aangezien het totale produktievermogen van Exxon en Shell voor LDPE/LLDPE LDPE/LLDPE boven de genoemde grens ligt en de marktstructuur een weliswaar verminderde (door de samenwerking van de partijen in de gemeenschappelijke onderneming), doch niettemin toereikende mate van mededinging zal blijven waarborgen, is een individuele vrijstelling gerechtvaardigd.

(82) Verder bevatten, wat de Unipol-technologie betreft, de „Linear Polyethylene Technological Agreement" of de andere aangemelde Exxon/Shell-overeenkomsten geen bepalingen die een afschermend effect zouden kunnen hebben ; een dergelijk effect wordt bovendien voorkomen doordat een aantal bedrijven voor polyethyleentechnologie licentie verleent, bij voorbeeld ICI, BASF, UCC, Philips, USI, BP, Dupont, Mitsui, CDF, Montedison, Amoco, Stomicarbon en Atochem.

Duur van de vrijstelling en verplichtingen

(83) In artikel 8, lid 1, van Verordening nr. 17 wordt bepaald dat vrijstellingen, bedoeld in artikel 85, lid 3, voor een bepaalde termijn worden gegeven en voorwaarden en verplichtingen kunnen inhouden.

(84) Gezien de aard van de overeenkomsten en de vooruitzichten voor de polyethyleenindustrie en -markten op korte en middellange termijn, en met name gezien het feit dat de gemeenschappelijke fabriek aanvankelijk in bedrijf zal worden gesteld voor een periode van 15 jaar vanaf de ingebruikneming door Exxon, wordt als passende duur van de vrijstelling, die aan de doelstellingen van artikel 85, lid 3, voldoet, een periode van 10 jaar beschouwd welke ingaat op de datum van de eerste kennisgeving van de gewijzigde overeenkomsten (29 mei 1992-28 mei 2002). Immers, een kortere duur van de vrijstelling zou onvoldoende recht doen aan de omvang van de investering van de oprichtende ondernemingen in de GO.

(85) Om de Commissie in staat te stellen op de vrijstellende overeenkomsten toezicht te houden zoals bij artikel 8, lid 3, van Verordening nr. 17 is vereist en, in het bijzonder, om de Commissie op de hoogte te houden van eventuele wijzigingen in de feitelijke omstandigheden op basis waarvan dit vrijstellingsbesluit is genomen, zoals vereist bij voornoemd artikel 8, lid 3, onder a), moet van Exxon en Shell eveneens worden verlangd dat zij de Commissie vooraf inlichten over eventuele verlenging van uitbreiding van het toepassingsgebied dan wel de aard van, wijzigingen in of toevoegingen aan de overeenkomsten (met inbegrip van de identiteit van de partijen) en van een eventuele onderbreking van de produktie van de GO door Exxon of Shell (waarbij de duur van en de redenen voor deze onderbreking worden vermeld).

(86) Om de Commissie in staat te stellen erop toe te zien of Exxon en Shell nauwgezet aan alle in deze vrijstellingsbeschikking vastgestelde voorwaarden voldoen, en of de mededinging niet op onrechtmatige wijze of in sterkere mate wordt beperkt, dienen de partijen elk jaar aan de Commissie verslag uit te brengen over LDPE, LLDPE en HDPE. In deze verslagen dient de vervaardiging en de verkoop van de genoemde produkten door de partij, of door dochterondernemingen, of door ondernemingen waarover zij zeggenschap heeft op de gemeenschappelijke markt als geheel, in elke Lid-Staat en in andere landen te worden vermeld, waarbij de gegevens betreffende de produktie van CIPEN afzonderlijk worden meegedeeld. Deze verslagen dienen binnen twee maanden na afloop van de periode waarop zij betrekking hebben, aan de Commissie te worden toegezonden. Het eerste verslag moet betrekking hebben op de periode van 1 januari 1993 tot en met 31 december 1993 en moet binnen een periode van één maand volgend op de betekening van deze beschikking aan de Commissie worden gezonden.

(87) Op de Commissie rust tevens de bijzondere verplichting om vast te stellen of een voorgenomen capaciteitsuitbreiding van CIPEN een hernieuwd onderzoek in de zin van artikel 85, lid 3, vergt, gezien de mogelijkheid dat de voorgenomen uitbreiding, of uitbreidingen tot een situatie leiden waarbij het niet langer noodzakelijk is dat een faciliteit als CIPEN als gezamenlijk eigendom en onder gemeenschappelijk beheer blijft voortbestaan.

Indien (om een extreem voorbeeld te geven) CIPEN zou overwegen de capaciteit te verdubbelen, zou de mogelijkheid moeten worden onderzocht om twee aparte Exxon- en Shell-produktieeenheden op te richten. Exxon en Shell moet derhalve worden verzocht de Commissie van tevoren over eventuele voorgenomen wijzigingen van de capaciteit, al dan niet in het kader van de GIE, in te lichten met verwijzing naar de produkten die in deze beschikking worden genoemd.

(88) Bovendien behoudt de Commissie zich het recht voor de partijen te verzoeken eventuele andere inlichtingen te verstrekken die zij nodig acht om na te gaan of de mededinging niet in sterkere mate wordt beperkt dan bij deze beschikking wordt toegestaan,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN :

Artikel 1

Overeenkomstig artikel 85, lid 3, wordt het bepaalde in artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag hierbij buiten toepassing verklaard voor de periode van 29 mei 1992 tot en met 28 mei 2002 voor de overeenkomsten tussen bepaalde chemische bedrijven van het Exxon-concern en een aantal chemische bedrijven van het Shell-concern met betrekking tot de levering van grondstoffen en de oprichting, de financiering, de bouw, het beheer en de exploitatie van een gemeenschappelijke onderneming voor de produktie van lineair polyethyleen, „Compagnie Industrielle des Polyéthylènes de Normandie" (CIPEN) genaamd, tussen een Franse, met het Exxon-concern verbonden onderneming en een Franse, met het Shell-concern verbonden onderneming.

Artikel 2

Aan de in artikel 1 vervatte vrijstelling zijn de volgende verplichtingen verbonden :

1. Exxon en Shell stellen, elk afzonderlijk, de Commissie vooraf in kennis van eventuele verlenging van uitbreiding van het toepassingsgebied dan wel van de aard van, wijzigingen in of toevoegingen aan de in artikel 1 bedoelde overeenkomsten (met inbegrip van de identiteit van de partijen), en van een eventuele onderbreking van de produktie van de gemeenschappelijke onderneming door Exxon of Shell (waarbij de duur van en de redenen voor de onderbreking worden vermeld).

2. Exxon brengt gedurende de vrijstellingsperiode elk jaar verslag uit aan de Commissie, welk verslag uiterlijk twee maanden na afloop van de periode waarop het betrekking heeft, moet zijn ontvangen. Het eerste verslag heeft betrekking op de periode van 1 januari 1993 tot en met 31 december 1993 en moet binnen een periode van één maand volgend op de betekening van deze beschikking aan de Commissie worden gezonden.

   Het verslag dient betrekking te hebben op de produktie en de verkoop van LDPE, LLDPE en HDPE ; voor elk produkt wordt de hoeveelheid aangegeven en de verkochte hoeveelheid die door Exxon, haar dochterondernemingen en door de ondernemingen waarover Exxon zeggenschap heeft, op de gemeenschappelijke markt als geheel in de afzonderlijke Lid-Staten en in andere landen wordt geproduceerd, waarbij de produktie van CIPEN steeds afzonderlijk wordt vermeld.

3. Shell brengt gedurende de vrijstellingsperiode jaarlijks verslag uit aan de Commissie, welk verslag uiterlijk twee maanden na afloop van de periode waarop het betrekking heeft, moet zijn ontvangen. Het eerste verslag heeft betrekking op de periode van 1 januari 1993 tot en met 31 december 1993 en moet binnen een periode van één maand volgend op de betekening van deze beschikking aan de Commissie worden gezonden.

   Het verslag dient betrekking te hebben op de produktie en de verkoop van LDPE, LLDPE en HDPE ; voor elk produkt wordt de hoeveelheid aangegeven en de verkochte hoeveelheid die door Shell, haar dochterondernemingen en door de ondernemingen waarover Shell zeggenschap heeft, op de gemeenschappelijke markt als geheel, in de afzonderlijke Lid-Staten en in andere landen wordt geproduceerd, waarbij de produktie van CIPEN steeds afzonderlijk wordt vermeld.

4. Exxon en Shell stellen, elk afzonderlijk, de Commissie vooraf in kennis van een eventuele voorgenomen wijziging van de capaciteit in of buiten het kader van de Groupement d'intérêt économique (economisch samenwerkingsverband) met vermelding van de produkten waarnaar in deze beschikking wordt verwezen.

5. Exxon en Shell verstrekken desgevraagd alle nadere inlichtingen die de Commissie noodzakelijk acht om vast te stellen of de mededinging niet in sterkere mate wordt beperkt dan op grond van deze beschikking wordt toegestaan.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen :

— Exxon Chemical International Inc.,
  Vorstlaan 280,
  B-1160 Brussel,
  (namens het Exxon-concern) ;
— Shell International Chemical Company Limited,
  Shell Centre,
  GB-London SE1 7PG,
  (namens het Shell-concern).

Gedaan te Brussel, 18 mei 1994.

Voor de Commissie

Karel VAN MIERT

Lid van de Commissie