II

*(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)*

# COMISIÓN

## DECISIÓN DE LA COMISIÓN
**de 18 de mayo de 1994**
**relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE**
**(IV/33.640 — Exxon/Shell)**
**(El texto en lengua inglesa es el único auténtico)**

(94/322/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado [1], cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de España y de Portugal, y, en particular, sus artículos 6 y 8,

Vista la solicitud de declaración negativa o de exención, presentada con arreglo a los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 17 los días 21 de noviembre de 1991 y 29 de mayo de 1992, por Exxon Chemical International Inc. (Bélgica), en nombre de todas las filiales de Exxon Chemical en Europa, y los días 2 de diciembre de 1991 y 10 de junio de 1992 por Shell International Petroleum Company Limited (Londres, Reino Unido), en nombre de Shell Chemie SA (Rueil-Malmaison, Francia) y Shell Nederland Chimie BV (Rotterdam, Países Bajos), en relación con un conjunto de acuerdos celebrados entre determinadas empresas químicas del grupo Exxon (Estados Unidos) y otras del grupo Shell (Países Bajos-Reino Unido),

Visto el resumen de las solicitudes y de las notificaciones publicado [2] de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17,

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes,

Considerando lo que sigue :

### I. HECHOS

#### A. Objeto de la Decisión

(1) La presente Decisión tiene por objeto un conjunto de acuerdos entre empresas químicas de los grupos Exxon y Shell, relativos a la creación, financiación, construcción, dirección y explotación de una empresa en común de fabricación entre una filial francesa del grupo Exxon y una filial francesa del grupo Shell.

El nombre de la empresa en común es « Compagnie Industrielle des Polyéthylènes de Normandie » (CIPEN), y se encuentra situada en Notre-Dame-de-Gravenchon (NDG), Francia, donde se encuentra también un complejo petroquímico integrado de Exxon.

(2) La planta conjunta se dedicará fundamentalmente a la producción de polietileno lineal de baja densidad (LLDPE), pero podrá producir también polietileno de alta densidad (HDPE). Tanto el LLDPE como el HDPE reciben la denominación de polietileno lineal para distinguirlos del polietileno de alta presión y baja densidad (LDPE).

[1] DO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.
[2] DO nº C 92 de 2. 4. 1993, p. 2.

### B. Las empresas

(3) Las empresas participantes en CIPEN son Exxon Chemical Polymers SNC (NDG, Francia) y Shell Chimie SA (Rueil-Malmaison, Francia), ambas constituidas con arreglo al Derecho francés y filiales, respectivamente, del grupo Exxon y del grupo Shell. Las partes de los demás acuerdos notificados pertenecen también al grupo Exxon o al grupo Shell.

(4) El grupo Exxon es un grupo multinacional dedicado básicamente al sector de la energía. Entre sus actividades figuran la prospección y extracción de petróleo en crudo y gas natural, fabricación de productos derivados del petróleo y transporte y venta del crudo, gas natural y productos derivados del petróleo. Exxon es uno de los principales fabricantes y proveedores de productos petroquímicos (etileno, propileno, benceno y sus derivados).

(5) El grupo Shell es un grupo multinacional dedicado al sector del petróleo, gas natural, productos químicos, carbón y metales. Revisten gran importancia sus actividades de fabricación y venta de productos petroquímicos.

### C. Los productos y sus mercados

(6) El LLDPE, al que se refieren fundamentalmente los acuerdos de empresa en común de Exxon/Shell, y el HDPE son termoplásticos producidos a partir de etileno, un monómero derivado del craqueo de la nafta o del craqueo de etano y gasóleo y comonómeros como el buteno-1. El polietileno lineal producido por la empresa en común Exxon/Shell se fabrica mediante la polimerización y tratamiento de etileno y buteno-1 como materias primas.

(7) El consumo de LDPE/LLDPE puede clasificarse, con arreglo a la técnica de transformación y a su finalidad, fundamentalmente en los siguientes sectores :

— películas y láminas, como las bolsas reforzadas ; película retráctil y elástica ; otros usos de envasado en los sectores industrial, minorista y doméstico ; bolsas, usos relacionados con la agricultura y la construcción y bolsas de basura ;

— moldeado por inyección ;

— moldeado por soplado, utilizado en una amplia gama de productos del hogar en los que su superficie bien acabada representa una ventaja ;

— tubos y perfiles, fundamentalmente para sistemas de riego en los sectores de la agricultura y la horticultura ;

— alambre y cables ;

— recubrimiento por extrusión, utilizado para fabricar contenedores para envasar líquidos.

(8) El consumo de HDPE puede clasificarse, con arreglo a la técnica de transformación y a su finalidad, fundamentalmente en los siguientes sectores :

— moldeado por inyección, utilizado en la fabricación de cajas, útiles domésticos y otros objetos como juguetes y componentes eléctricos ;

— moldeado por soplado, para envases especiales y tambores grandes y otros contenedores ;

— métodos de extrusión utilizados en la fabricación de película de envasado, tubos y perfiles, alambre y cables, geotextiles, cinta, monofilamentos y rafia ;

— aplicaciones diversas, fundamentalmente en operaciones de colada por rotación y fusión.

(9) En 1991, más del 70 % del consumo de LDPE/LLDPE se realizó en el sector de las películas y láminas, mientras que sólo cerca del 2 % correspondió al sector del moldeado por soplado.

Por otra parte, más del 40 % del consumo de HDPE se realizó en el sector del moldeado por soplado. Además, cerca del 25 % del consumo de HDPE correspondió al sector del moldeado por inyección, mientras que el consumo de LDPE/LLDPE en este mismo sector fue inferior al 8 %.

Por lo tanto, como el HDPE es mucho menos intercambiable con el LLDPE que el LDPE, la empresa en común afecta fundamentalmente al mercado combinado de LDPE y LLDPE.

(10) Si bien es cierto que el LDPE y el LLDPE no son totalmente intercambiables, el único uso para el cual es casi imposible sustituir el LDPE por el LLDPE es el revestimiento por extrusión, sector que absorbe menos del 8 % de las ventas totales de LDPE. Por otra parte, el desarrollo de nuevas tecnologías aumenta las posibilidades de sustituir entre sí determinados polímeros. Por lo que se refiere a los polímeros de polietileno, el avance más importante es que el polipropileno ha comenzado a competir parcialmente con el HDPE. Por lo tanto, esta evolución ha afectado tan sólo de forma indirecta y limitada al mercado de LDPE/LLDPE.

(11) Como el proceso de LLDPE utilizado en CIPEN permite también producir HDPE, la empresa en común puede también afectar al mercado de este producto.

(12) Como ya se ha expuesto, el polipropileno ha comenzado a competir en parte con el HDPE. En 1991, las aplicaciones de HDPE en las que repercutió en mayor medida el avance del polipropileno fueron algunos sectores del moldeado por inyección (sobre todo, útiles domésticos) y los subsectores de la extrusión, incluidas las redes, geotextiles, cinta, monofilamentos y rafia.

(13) El mercado geográfico de referencia es la Comunidad en su conjunto, puesto que estos productos pueden transportarse fácilmente y de forma segura y los fabricantes y proveedores comunitarios participan activamente en el comercio interestatal.

(14) Desde el punto de vista económico, el mercado de referencia de LDPE/LLDPE es el territorio de la Comunidad, y no todo el territorio de Europa occidental (CE + AELC). Por un lado, los cuatro principales exportadores de Europa occidental en 1991 fueron Estados miembros (Países Bajos, Bélgica, Francia y Alemania), que exportaron en su conjunto más del 70 % del tonelaje total vendido en Europa; por otro lado, los cuatro principales países importadores, a los que correspondió más del 60 % del comercio interior en Europa occidental, fueron también Estados miembros (Alemania, Italia, Reino Unido y Francia). De las cerca de 3 200 kilotoneladas (kt) de LDPE/LLDPE exportadas en 1991 por Estados miembros, tan sólo cerca de 300 kt se exportaron a países de la AELC, mientras que más de 2 380 kt se exportaron a otros Estados miembros. De las cerca de 3 370 kt de LDPE/LLDPE importadas en 1991 por los Estados miembros, menos de 390 kt fueron importadas de países de la AELC, mientras más de 2 380 kt se importaron de otros Estados miembros. Sin embargo, aun en el supuesto de que el mercado económico de referencia fuera todo el territorio de Europa occidental, la cuota de capacidad de prácticamente todo fabricante sería muy semejante a su cuota comunitaria y no alteraría la evaluación del asunto realizada por la Comisión.

(15) Lo mismo puede decirse del HDPE. Los dos principales exportadores en Europa occidental en 1991 fueron Estados miembros (Bélgica y Alemania) y los cuatro principales países importadores fueron también Estados miembros (Alemania, Reino Unido, Francia e Italia). De las cerca de 1 600 kilotoneladas de HDPE exportadas en 1991 por los Estados miembros, tan sólo unas 140 kt se exportaron a países de la AELC, mientras que alrededor de 1 270 kt se exportaron a otros Estados miembros. De las cerca de 1 900 kt de HDPE importadas en 1991 por Estados miembros, tan sólo aproximadamente 200 kt fueron importadas de países de la AELC, mientras que alrededor de 1 270 kt se importaron de otros Estados miembros.

(16) La situación del polipropileno es semejante. Los tres principales países exportadores de Europa occidental en 1991 fueron Estados miembros (Bélgica, Francia y Países Bajos), como también lo fueron los cuatro principales países importadores (Alemania, Italia, Reino Unido y Bélgica). De las 2 840 kt de polipropileno exportadas en 1991 por Estados miembros, menos de 200 kt se exportaron a países de la AELC, mientras que cerca de 2 270 kt se exportaron a otros Estados miembros. De las alrededor de 2 700 kt de polipropileno importadas en 1991 por Estados miembros, tan sólo unas 300 kt fueron importadas de países de la AELC, mientras que cerca de 2 270 kt correspondieron a otros Estados miembros.

(17) La capacidad total comunitaria de LDPE/LLDPE en 1991 fue de aproximadamente 5,5 millones de toneladas. El mayor fabricante comunitario de LDPE/LLDPE es en la actualidad Enichem, cuya cuota de producción fue de aproximadamente un 24 % en 1991, seguida por 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 %; Neste ±2,5 %. Las fábricas de Exxon (salvo CIPEN) se encuentran en Meerhout (375 kt anuales de LDPE) y Amberes (260 kt anuales de LDPE), en Bélgica. Exxon tiene también una planta de LLDPE/HDPE en Al-Jubail, en Arabia Saudí (50 % de la empresa en común Kemya, que fabrica 430 kt anuales), que suministra un volumen considerable a Estados miembros. Las plantas de Shell (salvo CIPEN) se encuentran en Berre (105 kt anuales de LDPE) y Fos (100 kt anuales de LDPE), Francia, en Carrington (105 kt anuales de LDPE), Reino Unido, y en Wesseling (50 % de la empresa en común ROW con BASF, que produce 400 kt anuales de LDPE y 15 kt anuales de LLDPE/HDPE, Shell cuenta con derechos de disposición del 12 %), en Alemania.

(18) La capacidad total comunitaria de HDPE fue en 1991 de aproximadamente 3,1 millones de toneladas. El mayor productor de HDPE en la Comunidad es en la actualidad Hoechst/Wacker, con una cuota de capacidad de producción de cerca del 17,4 % en 1991, seguido por 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 % y Shell ±0,5 %. Como ya se ha mencionado, Exxon explota (además de CIPEN) una planta de LLDPE/HDPE en Arabia Saudí (50 % de la empresa en común Kemya, que produce 430 kt anuales). Shell explota (aparte de CIPEN) una planta de HDPE en Wesseling, Alemania (50 % de la empresa en común ROW con BASF, con una capacidad de producción de 215 kt anuales).

(19) La capacidad total de producción de polipropileno en la Comunidad fue en 1991 de aproximadamente 4,6 millones de toneladas. El principal productor comunitario de polipropileno es en la actualidad Himont, con una cuota de capacidad de producción de aproximadamente el 17 % en 1991, seguido por 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 % y Huels ±2,5 %.

(20) El consumo aparente total (producción + importación/exportación) de LDPE/LLDPE en la Comunidad fue de aproximadamente 4,9 millones de toneladas en 1991.

Las cuotas de mercado fueron semejantes a las cuotas de capacidad respectivas, aunque en 1991 se importaron en la Comunidad alrededor de 974 kt de LDPE/LLDPE, y se exportaron cerca de 818 kt.

Al igual que los demás fabricantes comunitarios de polietileno, Exxon y Shell (que antes de crear la planta de CIPEN, vendía el LDPE/LLDPE adquirido de Exxon) venden la mayor parte del LDPE/LLDPE que producen a clientes para su transformación : el mercado se encuentra muy fragmentado, y son varios cientos las empresas de transformación de dimensiones diversas. Por lo tanto, la integración vertical y el consumo cautivo son muy limitados.

(21) El consumo aparente total (producción + importaciones − exportaciones) de HDPE en la Comunidad fue de aproximadamente 2,9 millones de toneladas en 1991.

Las cuotas de mercado fueron semejantes a las cuotas de capacidad de producción respectivas, aunque en 1991 se importaron cerca de 637 kt de HDPE en la Comunidad y se exportaron aproximadamente 343 kt.

(22) El consumo aparente total (producción + importaciones − exportaciones) de polipropileno en la Comunidad fue de aproximadamente 3,8 millones de toneladas en 1991.

Las cuotas de mercado fueron semejantes a las cuotas de capacidad de producción respectivas, aunque en 1991 se importaron cerca de 440 kt de polipropileno en la Comunidad y se exportaron 575 kt.

(23) Los mercados de LDPE/LLDPE y de HDPE presentan rasgos oligopolísticos, ya que un número reducido de empresas (Enichem, Dow, BP/Bayer, Exxon, Shell y DSM, en el caso del LDPE/LLDPE ; Hoechst, Fina/Petrochim, BP/Bayer, Enichem y Solvay, respecto del HDPE) disponen de la mayor cuota de capacidad y, dada la semejanza entre las cuotas de capacidad y de mercado, cuentan también con la mayor cuota de mercado. Además, se trata de mercados que se caracterizan por una notable transparencia de precios y por una determinada estabilidad de las cuotas de capacidad de producción, a pesar del desequilibrio entre esta última y la demanda. El mercado del polipropileno presenta también rasgos oligopolísticos : las tres primeras empresas disponen de una cuota de capacidad de más del 10 % cada una de ellas (Himont, Hoechst y Shell), mientras que tan sólo estas empresas y las tres siguientes (Atochem/BP, Neste e ICI) disponen de una cuota superior al 6 %, a lo que se suma que los precios son extremadamente transparentes, que se observa una cierta estabilidad de las cuotas de capacidad de producción y que las cuotas de capacidad y mercado son muy semejantes.

(24) Como ya se ha expuesto, el polietileno lineal fabricado por la empresa en común de Exxon/Shell se produce mediante la polimerización y la transformación de etileno y buteno-1. Tanto Exxon como Shell son productores de etileno, y la primera empresa posee una instalación de craqueo al vapor en NDG. La ampliación de la capacidad de dicha instalación permite a Exxon producir todo el etileno (200 kt) necesario para la empresa en común Exxon/Shell de NDG. Las 100 kt de etileno necesarias para las plantas de polietileno que Exxon tiene en Amberes y Meerhout (Bélgica) son abastecidas por Shell, que tiene sus instalaciones de craqueo al vapor en Moerdijk (Países Bajos).

(25) La situación actual del polietileno se caracteriza por cierto desequilibrio entre la capacidad de producción y la demanda. Sin embargo, algunas empresas siguen siendo optimistas sobre las perspectivas del mercado de LDPE/LLDPE, dado el bajo coste de sus unidades de LLDPE y la reorientación de su producción de LDPE hacia aplicaciones más específicas, en lugar de las películas más « universales ».

### D. Los acuerdos firmados en 1989/1990

(26) Los acuerdos que constituyen el objeto del presente procedimiento contemplan la creación de una empresa en común al 50 % (CIPEN) en NDG, cuya principal actividad es la producción de LLDPE. La planta ha sido construida por Exxon Chemical Polymers SNC (EPC), que será quien la explote (durante un período inicial de 15 años a partir de la fecha en que comiencen sus actividades). Los productos fabricados por la empresa en común serán vendidos de forma independiente por ambos socios, junto con los productos iguales o similares de su propia fabricación.

La capacidad de producción de la empresa en común es de 220 000 toneladas anuales de polietileno lineal (fundamentalmente LLDPE). Las empresas matrices suministrarán gran parte de las materias primas. La capacidad total de producción de LDPE/LLDPE de Exxon y Shell era, a finales de 1992, de alrededor de 1,3 millones de toneladas anuales (aproximadamente un 20 % más de su capacidad de producción total en 1991), sin contar la capacidad de producción de Exxon en Arabia Saudí (1). Tras la ejecución del acuerdo (15 de mayo de 1992), Exxon y Shell disponen de una cuota conjunta de más del 20 % de la capacidad de producción total de LDPE/LLDPE de la Comunidad.

(1) La capacidad de producción de Exxon en Arabia Saudí es de 215 000 toneladas anuales (3,9 % de la capacidad total comunitaria de LDPE/LLDPE en 1991) y las ventas en la Comunidad de LLDPE de Exxon procedente de Arabia Saudí ascendieron a 43 500 toneladas en 1991.

(27) Los principales acuerdos firmados en 1989/1990 fueron los siguientes:

a) « acuerdo de empresa en común » entre Shell/ Chimie SA y ECP;

b) acuerdo de « constitución de una agrupación de interés económico (AIE) » entre Shell Chimie SA y ECP;

c) « normas de régimen interno » aprobadas por la junta general de CIPEN;

d) « acuerdo de utilización de la planta » entre Shell Chimie SA, ECP y CIPEN;

e) « contratos de suministro de etileno » (intercambio) entre Exxon Chemical Belgium y Shell Nederland Chemie BV, por un lado, y Société Française Exxon Chemical y Shell Chimie SA, por el otro;

f) « contrato de suministro de buteno-1 » entre ECP y Shell Nederland Chemie BV;

g) « contrato de construcción, explotación y servicios » entre ECP y CIPEN;

h) « acuerdo sobre tecnología del polietileno lineal » entre Exxon Corporation y CIPEN.

A continuación se exponen los rasgos principales de los acuerdos enumerados:

(28) a) « *Acuerdo de empresa en común* »

Se trata del acuerdo principal, en el que figuran los principios básicos de la empresa en común. Sus estipulaciones más importantes son las siguientes:

— Shell Chimie SA y ECP acuerdan constituir CIPEN como agrupación de interés económico entre ambas con arreglo a la legislación francesa, y transferir la propiedad de la empresa en común a CIPEN.

— Las empresas matrices tendrán la misma participación en CIPEN, en proporción a la financiación compartida de la empresa en común (los costes totales de la planta son de aproximadamente 1 000 millones de francos franceses).

— El acuerdo tendrá validez y será ejecutable durante un período inicial de 15 años a partir del comienzo de actividades de las instalaciones de la empresa en común.

(29) b) « *Constitución de la AIE* »

El objetivo de CIPEN es:

— construir y explotar, de forma directa o indirecta (en concreto, autorizando a ECP a diseñar, construir y explotar las instalaciones) una planta de fabricación de polietileno lineal, situada en NDG, en nombre de sus miembros;

— poner a disposición de sus accionistas o de sus filiales, con todos los costes, todo el polietileno que produzca a partir de etileno u otras materias primas que éstos le suministren.

(30) Los órganos de la AIE son la junta general, un administrator único y un auditor:

— La junta general estará formada por un representante de cada accionista y sus resoluciones se adoptarán por unanimidad. Estará facultada para modificar los estatutos de CIPEN y sus normas de régimen interno; ampliar o reducir el capital; aprobar las cuentas, inversiones y presupuestos de funcionamiento; nombrar al administrador y al auditor; adoptar las decisiones sobre amortización, depreciación y reservas; autorizar todas las garantías y finanzas prestadas por CIPEN; designar a una persona encargada de la planta de fabricación de polietileno lineal en NDG; autorizar propuestas de nuevas inversiones, préstamos y solicitudes de facilidades bancarias; y, en general, tomar todo tipo de decisiones en interés de CIPEN y, en particular, las que no puedan ser tomadas por el administrador.

— El administrador único será elegido entre el personal de ECP y nombrado por la junta general. Deberá llevar a la práctica las decisiones que se deriven del presupuesto de inversiones aprobado por la junta general. En principio, el administrador no estará facultado para realizar acto alguno fuera de las actividades normales de la empresa.

— El auditor será nombrado por la junta general entre el personal de Shell Chimie SA. Estará facultado para llevar a cabo cualquier auditoría de las actividades de CIPEN, pero no podrá interferir en las mismas.

La AIE permitirá el libre acceso de representantes debidamente autorizados de sus miembros (« equipo auditor ») a sus actividades. Las funciones de auditoría y control ejercidas por el auditor (y por el equipo auditor) se limitarán a las operaciones de la AIE, con exclusión de cualquier otra actividad industrial que se desarrolle en el mismo emplazamiento de NDG. No obstante, el auditor podrá supervisar personalmente las actividades industriales que se desarrollen en el lugar, así como determinada tecnología básica e información confidencial.

(31) c) « *Normas de régimen interno* »

Entre las materias objeto de las mismas figuran las siguientes : nuevas inversiones, reparto de costes, entregas y suministros, así como la organización de la gestión diaria :

— Nuevas inversiones : pueden distinguirse cuatro tipos de nuevas inversiones, tres en el seno de la AIE y uno fuera de la misma.

1) Inversiones conjuntas que no excedan del poder atribuido al administrador en el presupuesto anual : como figuran en el presupuesto aprobado por la junta general, estas inversiones pueden ser llevadas a cabo por el administrador.

2) Inversiones conjuntas que excedan del poder atribuido al administrador en el presupuesto anual : deberá obtenerse la aprobación de la junta general para toda propuesta relativa a aportunidades de inversión conjunta de CIPEN que excedan del poder atribuido al administrador en el presupuesto anual. Si una de las partes no aprueba la propuesta, la otra podrá realizar la inversión en la planta en las condiciones siguientes.

3) Inversiones individuales dentro de la AIE : los miembros sólo podrán realizar este tipo de inversiones cuando el otro miembro se haya negado a realizarlas de forma conjunta y siempre que la inversión no supere los límites de capacidad de fabricación de la planta determinados por la junta general.

Las inversiones individuales quedan sometidas a las condiciones siguientes :

— serán por cuenta y riesgo del miembro inversor y redundarán exclusivamente en beneficio suyo ;

— el miembro inversor deberá obtener todos los servicios necesarios de la AIE y garantizar que el miembro no inversor no resultará perjudicado por ningún aumento de los costes derivado de forma directa o indirecta de dicha inversión ;

— las inversiones individuales de los miembros que requieran una modificación del reparto de los derechos de producción entre ellos quedarán limitadas por el principio general de que los derechos de cada miembro no pueden ser inferiores al 33 %.

4) Inversiones individuales fuera de la AIE : los miembros podrán en todo momento realizar inversiones individuales fuera de la AIE, en cualquier ámbito, esté o no relacionado con el polietileno lineal.

— Reparto de costes : los costes fijos de CIPEN serán por cuenta de cada miembro en proporción a su participación ; los costes variables se distribuirán entre los accionistas en proporción a su producción a través de CIPEN.

— Entregas y suministros : una vez elaborado el plan de producción, cada uno de los miembros deberá suministrar el volumen de etileno y buteno-1 necesario para fabricar polietileno durante el mes siguiente, y efectuar la entrega de la producción correspondiente, conforme a lo estipulado en el acuerdo sobre utilización de la planta.

— Organización de la gestión diaria : en el acuerdo se prevé la creación de un comité de operaciones, formado por dos miembros de cada parte y por el administrador de la AIE, cuya función será supervisar la construcción de la planta y las actividades de la AIE. Entre dichas funciones figuran el programa mensual de entregas, la elaboración anual del plan de producción y el presupuesto, la experimentación de nuevos productos, la elaboración de propuestas de inversión y el control de calidad.

(32) d) « *Acuerdo sobre utilización de la planta* »

Entre las materias objeto de este acuerdo figura el cálculo de los derechos de producción de Shell y Exxon : las horas disponibles en la planta se prorratearán conforme a los intereses de las partes en CIPEN.

En el acuerdo se establece que si cualquiera de las partes no utiliza plenamente sus derechos de producción durante un período determinado, las partes negociarán la posibilidad de redistribuir los derechos de producción correspondientes a dicho período.

(33) e) « *Acuerdo sobre construcción, funcionamiento y servicios* »

CIPEN autoriza a ECP a diseñar, construir y explotar, durante 15 años, una planta de fabricación de polietileno lineal en NDG, con una capacidad anual de aproximadamente 220 000 toneladas y unos costes aproximados de 1 000 millones de francos franceses, así como a obtener todas las licencias necesarias de construcción y explotación.

(34) f) *« Contratos de suministro de etileno » (intercambio)*

La Société Française Exxon Chemical (ECSF) suministrará a Shell Chimie SA (SC) el volumen de etileno que SC necesite para la fabricación de polietileno lineal en NDG con arreglo al acuerdo sobre utilización de la planta [1], y ECSF se encargará de que una de sus filiales —Exxon Chemical Belgium (ECB)— adquiera un volumen equivalente en condiciones semejantes de una filial de Shell: SC se encargará de que Shall Nederland Chemie BV (SNC) suministre dicho volumen para su entrega en Amberes [2] en condiciones semejantes. Se trata de dos contratos de compra y suministro (Exxon-SC y SNC-Exxon) en condiciones idénticas.

(35) g) *« Contrato de suministro de buteno-1 »*

Shell venderá a Exxon un porcentaje (que oscilará entre el 85 % y el 115 %) del volumen básico adaptado de buteno-1 (el volumen básico anual estimado que se necesita para producir 110 kt de polietileno lineal en la planta de NDG, adaptado en proporción a la producción anual de polietileno lineal de Exxon en dicha planta).

(36) h) *« Acuerdo sobre tecnología del polietileno lineal »*

Exxon Corporation cede a la AIE, como filial de Exxon, los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de licencia de polietileno de baja presión celebrado por Union Carbide Corporation (UCC) y Exxon Corporation, en virtud del cual Exxon dispone de la licencia para fabricar, utilizar y vender resinas de polietileno con tecnología de UCC y al amparo de las patentes de polietileno de UCC.

Por lo tanto, la AIE obtiene una ampliación de los derechos conferidos por la licencia de UCC PE de Exxon, así como la tecnología que se vaya desarrollando y el apoyo técnico de Exxon para la fabricación comercial de polietileno lineal en Francia. A cambio de utilizar en la construcción de su planta la información contenida en las licencias de UCC PE tecnología, Exxon PE tecnología y Exxon PE mejoras, la AIE pagará a Exxon una suma global y el canon vigente sobre todas las resinas de polietileno producidas en la planta y sus ampliaciones que se vendan o utilicen durante el período de vigencia del canon.

[1] El etileno de Exxon producido en Notre-Dame-e-Gravenchon se suministrará a Shell Chemie en las instalaciones comunes de LLDPE/HDPE.

[2] El etileno de Shell producido en Moerdijk (Países Bajos) se suministrará a ECB en el área de Amberes donde se encuentra la red de productos propiedad de Ethyleen Pijpleiding Maatschappij.

## E. Notificación y modificación de los acuerdos

(37) Como consecuencia del pliego de cargos enviado por la Comisión a ambas partes interesadas, éstas notificaron los acuerdos mencionados. La Comisión consideró oportuno enviarles un pliego de cargos complementario el 3 de abril de 1992, en el que confirmaba su evaluación jurídica del asunto y aclaraba que no se cumplían las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 85 para la obtención de una exención, dado que los acuerdos imponían a las partes restricciones de competencia que no resultaban indispensables para lograr los objetivos enumerados en el apartado 3 del artículo 85.

(38) Así:

a) las nuevas inversiones individuales de cada parte en las instalaciones conjuntas dependían del consentimiento de la otra;

b) el comité de operaciones, formado por representantes de ambas partes, era el encargado de tomar la mayor parte de las decisiones relativas al funcionamiento y la administración de la empresa en común, lo que permitía un flujo continuo de información confidencial sobre competencia entre ambas partes;

c) si cualquiera de las partes infrautilizaba su cuota de la capacidad de producción de la planta, la otra no podía aprovechar una parte o la totalidad de la capacidad no utilizada sin el consentimiento de la primera.

(39) En vista de las observaciones realizadas por la Comisión en el pliego de cargos complementario de 3 de abril de 1992, las partes modificaron los acuerdos originales y notificaron las modificaciones siguientes:

a) Cualquier miembro de la empresa en común puede realizar cualquier inversión en el seno de la AIE. Si la inversión propuesta implica la modificación de las instalaciones de producción, el miembro que desee efectuar la inversión deberá ofrecer al otro la oportunidad de realizar la inversión conjuntamente.

Si el otro miembro desea participar en la misma, la propuesta de inversión conjunta se presentará a la junta general para su examen, cuando exceda de los poderes atribuidos al administrador en el presupuesto anual.

Si el otro miembro no está interesado en participar, el miembro que desee invertir podrá hacerlo, siempre que ello no disminuya la capacidad técnica de la planta de fabricación de polietileno lineal de la AIE. No obstante, la inversión quedará sometida a las mismas condiciones que las estipuladas en el texto original de esta cláusula.

b) El comité de operaciones se sustituye por un comité consultivo que se convocará a discreción del administrador único y al cual éste consultará cualquier asunto de carácter administrativo o técnico.

c) En caso de que cualquiera de las partes infrautilice sus derechos de producción, la otra parte podrá adquirir la totalidad o una parte de los derechos de producción no utilizados sin necesidad de consultar a la primera parte.

### F. Observaciones de terceros interesados

(40) Tras la publicación de la comunicación prevista en el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17, la Comisión no recibió observaciones de ningún tercero interesado.

## II. VALORACIÓN JURÍDICA

### A. Carácter cooperativo de la empresa en común Exxon/Shell

(41) Los acuerdos entre empresas químicas de los grupos Exxon y Shell, que constituyen el objeto de la presente Decisión, contemplan la creación de una empresa en común y el suministro de materias primas. La empresa en común es de carácter cooperativo, ya que no desempeña todas las funciones de una entidad económica autónoma y da lugar a la coordinación de la política de competencia de las empresas matrices, tanto entre ellas como en relación con la propia empresa en común [punto 10 de la Comunicación de la Comisión [1] sobre el tratamiento de las empresas en común de carácter cooperativo con arreglo al artículo 85 del Tratado, en relación con el punto 2 del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 4064/89 [2]].

### B. Apartado 1 del artículo 85

(42) Los acuerdos celebrados entre Exxon y Shell quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, puesto que restringen la competencia y pueden afectar al comercio entre Estados miembros. Por lo tanto, no puede concederse una declaración negativa, tal y como las partes solicitaron. Sin embargo, cabe acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

(43) Con arreglo a los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión sobre empresas en común de carácter cooperativo y a las circunstancias concretas de este asunto, la Comisión concluye que los acuerdos : a) conducen al control conjunto de la empresa en común, b) tienen por objeto y efecto la coordinación de la política de competencia de las partes, por lo que restringen la competencia, y c) pueden afectar al comercio entre Estados miembros.

a) *Control conjunto*

(44) CIPEN no es una empresa independiente y autónoma frente a sus empresas matrices, puesto que sus actividades se limitan a la producción y suministro de polietileno lineal a dichas empresas, que continúan fabricando y vendiendo los mismos productos u otros similares. Las actividades de CIPEN se determinan en la junta general por unanimidad. La gestión diaria corresponde a un administrador elegido entre el personal de Exxon y el control de la misma corresponde a un auditor elegido entre el personal de Shell. Aunque el auditor no puede interferir en las actividades de CIPEN, la estructura de la misma permite a sus miembros obtener información completa sobre sus actividades. Las partes alegan que su control se limita a cuestiones organizativas y técnicas sobre la utilización de la planta de producción. Sin embargo, entre las características de CIPEN figuran, entre otras, la participación de ambos miembros en las decisiones presupuestarias, la toma conjunta de decisiones sobre las futuras inversiones comunes que no excedan de los poderes atribuidos al administrador en el presupuesto anual y sobre las futuras inversiones conjuntas que excedan de los mismos, y las decisiones comunes sobre mejora de las resultados de la planta y desarrollo de productos.

[1] DO nº C 43 de 16. 2. 1993, p. 2.

[2] DO nº L 257 de 21. 9. 1990, p. 14, versión rectificada de la publicada en el DO nº L 395 de 30. 12. 1989, p. 1.

Por lo tanto, el papel de Shell no es tan sólo el de un inversor pasivo, y la relación entre las partes no es la de un cliente y un proveedor; tampoco se trata de un acuerdo de transformación a largo plazo.

El control conjunto entre competidores implica, en este caso, una cooperación estrecha y continua entre las empresas matrices, que necesariamente requiere una estructura de gestión coordinada y permite el intercambio de información.

(45) En el caso Exxon/Shell, la cooperación no se limita a acuerdos organizativos y técnicos sobre la utilización de las instalaciones, sino que representa un auténtico control conjunto de la empresa en común por parte de las empresas matrices. Cabe señalar que la opción preferida por Exxon era, como se desprende de la circular de Exxon de 1 de febrero de 1989 (reunión con Shell en París el 26 de enero de 1989), un acuerdo de pago por adelantado que, en opinión de Shell, habría sido difícilmente compatible con el control compartido de la planta. No obstante, Shell rechazó el control unilateral por parte de Exxon y consiguió que se estipulara una auténtica titularidad conjunta.

(46) Así se desprende de la circular de Shell de 1 de febrero de 1989 (« Cape Project Form of Cooperation »), en cuyo apartado 2 -« Why not a processing agreement like in Mosmorran » (Reino Unido- se aclara la diferencia esencial entre :

1) un acuerdo limitado a aspectos técnicos de producción conjunta (« un proyecto basado en las materias primas ») como en el caso de Mosmorran, que se describe como una « planta dedicada a la transformación del etano y del propano producidos por la empresa en común de Shell/Exxon E&P; por definición, el 50 % de dicho flujo corresponde a Exxon y el otro 50 % a Shell » (1), y

2) un « proyecto basado en los productos », como el de Notre-Dame-de-Gravenchon.

(47) Las peculiaridades de este proyecto basado en los productos son, entre otras :

i) participación de ambos miembros en las decisiones presupuestarias ;

ii) decisiones comunes sobre inversiones ;

iii) decisiones comunes sobre mejora de los resultados de la planta y desarrollo de productos.

(48) La circular continúa como sigue : « un acuerdo de este tipo reflejaría el consenso existente entre Shell y Exxon, que va más allá de los límites de un acuerdo sobre transformación ... No obstante, la cooperación proyectada se inscribe lógicamente en un acuerdo flexible y simple de empresa en común, que ofrece los instrumentos principales para adoptar decisiones flexibles con el fin de dirigir las actividades en la forma que mejor se adapte a las necesidades cambiantes de las partes ».

(49) Por lo tanto, la Comisión concluye que la estructura de dirección coordinada de CIPEN otorga a Exxon y Shell el control conjunto de la misma.

b) *Restricciones derivadas de la constitución y el control conjuntos*

(50) Exxon y Shell son competidores en el principal mercado de referencia : el mercado comunitario oligopolístico de LDPE/LLDPE (que se diferencia del mercado de HDPE y de otros termoplásticos), en el que ocuparon en 1991 el cuarto y quinto lugar, respectivamente, por su volumen de producción, con cuotas de mercado aproximadas del 11,5 % y el 8,5 %. También podría considerarse mercado de referencia el del HDPE, puesto que Exxon y Shell son también competidores en el mismo.

Así :

— Exxon produce LDPE en Bélgica y LLDPE/HDPE en Arabia Saudí ; Shell produce LDPE en el Reino Unido, Francia y Alemania. Shell produce polipropileno en Alemania y el Reino Unido ; Exxon produce polipropileno en Francia.

— Exxon posee la capacidad necesaria para instalar de forma independiente una planta de producción de LLDPE/HDPE en el mercado común, y Shell posee la capacidad necesaria para iniciar por su cuenta la producción de LLDPE/HDPE. Tanto Shell como Exxon poseen la capacidad necesaria para dedicarse por separado a la producción de polipropileno en el mercado común.

(1) Los principales elementos del proyecto de producción de etileno en Mosmorran son los siguientes : con arreglo al acuerdo de transformación celebrado entre Exxon y Shell en julio de 1990, Exxon Chemical Ltd transformará las materias primas suministradas por Shell en etileno para esta empresa, en una planta cuya gestión y funcionamiento son responsabilidad exclusiva de Exxon. Shell adquirirá dicho etileno de Exxon. Exxon tomará todas las decisiones relativas al diseño, construcción, funcionamiento, ampliación, modificación o sustitución de la planta.

(51) En el caso de Exxon, esta capacidad se pone de manifiesto, en primer lugar, por los conocimientos técnicos especializados de que dispone y que utiliza en sus plantas de LLDPE/HDPE fuera de Europa (Exxon dispone de licencias para fabricar, utilizar y vender LLDPE/HDPE con tecnología UCC) y en su planta de polipropileno en NDG. En cuanto a Shell, ha de señalarse que todos los demás fabricantes de polietileno han sido capaces de desarrollar su propia tecnología o de adquirirla mediante licencia, y que Shell explota conjuntamente con BASF (ROW) una planta de LLDPE/HDPE en Alemania con una capacidad de 15 kt anuales. Además, y según la memoria presentada al consejo de Shell Petroleum NV en octubre de 1989, Shell vendió (antes de mayo de 1992) un « volumen previo a la comercialización » de LLDPE que había adquirido de Exxon ; por la tanto, Shell tiene ya experiencia comercial en este sector concreto, así como en la producción y comercialización de polipropileno.

(52) En segundo lugar, una planta de LLDPE/HDPE de Exxon o de Shell con la mitad de la capacidad de la empresa en común tendría unas dimensiones viables desde el punto de vista técnico y económico (110 Kt), como lo pone de manifiesto la existencia de plantas de LLDPE/HDPE de esas dimensiones e incluso menores pertenecientes a otras empresas.

(53) Por lo tanto, ha de examinarse y evaluarse a la luz del apartado 1 del artículo 85 la constitución por parte de Exxon y Shell de una empresa en común de fabricación que operará en los mismos mercados que las empresas matrices, que son competidoras y seguirán siéndolo.

(54) A la hora de evaluar si el conjunto de acuerdos celebrados entre Exxon y Shell tiene por objeto o por efecto restringir la competencia, ha de tenerse en cuenta el contexto jurídico y económico y, en particular, la situación del mercado de referencia y la posición de las partes en el mismo. Aunque el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre las empresas en común, la Comisión no puede perder de vista que es esencial que las empresas tomen sus decisiones de forma independiente y sin estar sometidas a influencias recíprocas.

(55) CIPEN es una empresa en común en la que las empresas matrices han delegado tan sólo las funciones empresariales de producción (empresa en común -EP- con funciones parciales). Como la empresa en común utiliza las materias suministradas por las empresas matrices para producir polietileno (que tanto Exxon como Shell continúan produciendo y comercializando por separado), que debe suministrarles a su vez, la competencia entre las partes -dada la proximidad al mercado de su cooperación y la tendencia inherente a ajustar precios- subsistirá tan sólo de forma limitada (punto 40 de la Comunicación de la Comisión sobre las empresas en común de carácter cooperativo).

(56) Las empresas matrices han realizado una inversión considerable en la nueva planta de producción, que constituye una parte sustancial (cerca del 17 %) de sus actividades globales en el mercado de LDPE/LLDPE (en el cual existe el riesgo de que el actual desequilibrio entre la capacidad de producción y la demanda subsista en los próximos años), y venden la producción sin someterla a una nueva transformación. El hecho de que creen y exploten CIPEN como empresa en común presupone una cooperación directa y permanente que influye en su política de competencia actual y futura y afecta a su autonomía.

(57) No obstante, y por lo que se refiere al mercado de HDPE, la Comisión considera que la restricción de la competencia no es sustancial, ya que la presencia actual de Exxon y Shell en dicho mercado no es importante. Shell cuenta únicamente con un 50 % en la empresa en común ROW con BASF, cuya capacidad de producción es de 215 kt anuales de HDPE, y Exxon no tiene ninguna planta de HDPE en la Comunidad. Si bien es cierto que Exxon puede exportar HDPE desde Oriente Medio y Estados Unidos, las previsiones para la próxima década apuntan a una disminución de las importaciones totales procedentes de Estados Unidos, ya que se prevé una aproximación de los precios mundiales y un aumento de la disponibilidad nacional. Por otra parte, no hay que olvidar que Shell es el segundo productor (con Hoeschst y detrás de Himont) de polipropileno, producto que compite en parte con el HDPE. Además, Exxon es uno de los principales fabricantes de polipropileno en Estados Unidos y, desde finales de 1992, dispone de una planta en la Comunidad (140 kt anuales), en NDG. Por estos motivos, la Comisión considera que Exxon y Shell son competidores pero que, dado que la competencia entre polímeros en el caso del HDPE y el polipropileno no es significativa, CIPEN dará lugar a una restricción de la competencia poco significativa, habida cuenta de sus dimensiones, de las actuales características del mercado oligopolístico del HDPE y de la posibilidad limitada de sustituir el HDPE por el polipropileno.

(58) Esta restricción de la competencia (significativa en el mercado de LDPE/LLDPE, pero no en el de HDPE), que no presupone una intención explícita de las partes, se refleja claramente en los aspectos relativos a las inversiones y a la producción.

I. Inversiones

(59) Cuando decidieron crear conjuntamente una nueva planta de fabricación, las empresas matrices coordinaron sus planes de inversión y renunciaron a la posibilidad de ampliar sus actividades en el sector del polietileno a través de medidas individuales, para lo cual disponían de la capacidad necesaria, dadas sus dimensiones globales y su experiencia en el sector. Por lo que atañe a las inversiones dentro de la AIE, ni la junta general ni el administrador único pueden actuar en contra de los intereses de uno de los accionistas : la primera, porque sus decisiones deben adoptarse por unanimidad ; el segundo, entre otros motivos, por la facultad de inspección del auditor. La facultad de tomar decisiones de la junta general y del administrador resulta limitada por la necesidad de CIPEN de defender los intereses de sus accionistas. En cuanto a las inversiones fuera de la AIE, si bien los miembros pueden realizar inversiones individuales, tomarán sus propias decisiones de inversión en actividades relacionadas con el LDPE/LLDPE bajo la influencia de las decisiones tomadas conjuntamente con su socio en una planta que representa una parte sustancial y tecnológicamente compleja de las actividades de ambas empresas matrices en el mercado de LDPE/LLDPE. En concreto, la decisión de crear instalaciones comunes reducirá notablemente la posibilidad de que cualquiera de las partes, que habrán realizado una inversión financiera considerable en la empresa en común, efectúe costosas inversiones en actividades que competirán con las de la empresa en común [1]. Por lo tanto, el objeto mismo de su cooperación será la restricción de la competencia entre Exxon y Shell en el mercado de LDPE/LLDPE. Dicha restricción afectará también de forma indirecta a la situación competitiva de los propios socios.

II. Producción

(60) Exxon y Shell no podrán evitar coordinar su producción dentro de CIPEN. Aunque cada una de ellas puede utilizar las instalaciones de producción durante el mismo período y para los mismos grados, deberá tener en cuenta los planes de la otra parte, sobre los que podrá obtener abundante información significativa, y respetar los límites de las instalaciones de producción cuando esté produciendo para la otra. Las partes se comprometen a aceptar el volumen de LLDPE/HDPE fabricado con las materias primas que cada una haya suministrado y a suministrar el etileno y el buteno-1 necesarios para la fabricación del polietileno lineal en el tiempo de funcionamiento (50 %) que le corresponda.

(61) La coordinación entre Exxon y Shell de su programa de producción de polietileno lineal en el seno de la empresa en común resulta reforzada por los contratos de suministro de etileno. En vista de la realidad econónica que constituyen dichos contratos, que se traducen en una exclusividad *de facto*, y su estructura jurídica, es evidente que :

i) tan sólo se suministra a CIPEN el etileno producido por las empreas matrices ;

ii) los acuerdos de intercambio de etileno entre Exxon y Shell amplían indirectamente la coordinación de su producción de polietileno a plantas que no forman parte de la empresa en común (las plantas de LDPE de Exxon en Bélgica).

(62) Este efecto contrario a la competencia no desaparece por el hecho de que las partes continúen comercializando productos de LDPE/LLDPE -incluida la producción de la empresa en común- de forma independiente [2]. Como los precios son muy similares, la competencia se basa principalmente en la estrategia global de inversiones y producción, que constituye precisamente el objeto de la coordinación entre ambas empresas en el seno de la empresa en común.

(63) Tampoco eliminan el efecto contrario a la competencia las modificaciones introducidas en los acuerdos como consecuencia del pliego de cargos complementario de la Comisión. Si bien es cierto que dichas modificaciones garantizan una mayor autonomía de la gestión corriente y más posibilidades de realizar separadas y adaptar la producción de la empresa en común a las necesidades respectivas de las empresas matrices, la estructura de cooperación elegida sigue diferenciándose de las formas de inversión pasiva y de los acuerdos de transformación a largo plazo. En realidad, lo estipulado va más allá de lo estrictamene necesario para la creación y el buen funcionamiento técnico y administrativo de la empresa en común, y desemboca en la coordinación de la política de las partes [3] :

— Por lo que se refiere a las nuevas inversiones en la empresa en común, cabe señalar que las inversiones futuras conjuntas que no excedan de los poderes atribuidos al administrador en el presupuesto aprobado por la junta general, y las inversiones futuras conjuntas que excedan de las facultades atribuidas al administrador serán igualmente resultado de una decisión común, puesto que deberán presentarse previamente

[1] Decisión 88/88/CEE de la Comisión — Olivetti/Canon, DO nº L 52 de 26. 2. 1988, p. 51.

[2] Véase la nota [1] en la presente página. En este caso, el efecto de la cooperación en los precios de reventa de las empresas matrices representaba un problema adicional.

[3] Decisión 87/100/CEE de la Comisión — Mitchell Cotts/Sofiltra, DO nº L 41 de 11. 2. 1987, p. 31.

para su examen a la junta general. Además, la parte que desee invertir por su cuenta en la AIE no podrá hcerlo si la otra parte está interesada en participar en la inversión. Las inversiones por separado sólo se autorizan cuando los derechos de producción de la otra parte no se reducen por debajo del 33 %. Por lo tanto, existe coordinación de la política de competencia en materia de inversiones.

— En cuanto a la gestión corriente, si bien es cierto que el administrador dispone de mayor autonomía, siempre ha de llevar a la práctica las decisiones comunes derivadas del presupuesto aprobado por la junta general.

— En cuanto a los derechos de producción, cada una de las partes debe tener en cuenta los planes de la otra, sobre los que podrá obtener información significativa, y respectar los límites de las instalciones de producción conjunta cuando produzca para la otra.

Ha de señalarse que el flujo de información entre Exxon y Shell derivado de la estructura de la empresa en común constituye la base para que cada uno de los socios pueda planificar su producción de polietileno y adaptarla a la del otro socio. Esta interdependencia repercute directamente en los planes de producción de la empresa en común de Exxon y Shell (y hace posible, como ha averiguado la Comisión examinando el funcionamiento práctico de la empresa en común, una compensación perfecta de las cantidades que producen ambos socios o la interrupción simultánea de la producción de la empresa en común) e influye también de forma indirecta (efecto lateral o colectivo) en los planes de producción de polietileno de los grupos Exxon y Shell considerados en su conjunto. Así, todo aumento, reducción o interrupción de la producción decidido por un socio para adaptar sus planes a las posibilidades del otro en la empresa en común lleva consigo el replanteamiento global de los planes de producción de todas las fábricas de polietileno del grupo de ese socio.

c) *Efectos en el comercio entre Estados miembros*

(64) La empresa en común Exxon/Shell y los demás acuerdos pueden repercutir de forma sensible en el comercio entre Estados miembros. Los acuerdos afectan a los fabricantes que suministran los productos en toda la Comunidad. En concreto, el polietileno lineal fabricado por la empresa en común se comercializará, entre otros lugares, en toda la Comunidad.

## C. Apartado 3 del artículo 85

(65) Los acuerdos entre Exxon y Shell cumplen los requisitos para acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, pues contribuyen a mejorar la fabricación de los productos y a fomentar el progreso técnico y económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante.

(66) Tras las modificaciones introducidas como consecuencia del pliego de cargos complementario de la Comisión, los acuerdos no imponen a las empresas afectadas restricciones que no resulten indispensables para alcanzar tales objetivos. Por último, los acuerdos no ofrecen a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trata.

a) *Mejora de la producción*

Fomento del progreso técnico y económico

(67) Los acuerdos celebrados entre las partes permiten la construcción de la primera planta de LLDPE/HDPE en la Comunidad que utilizará la tecnología Unipol.

Esta tecnología ofrece un alto grado de flexibilidad (que permitirá a la planta de NDG producir distintos grados de polietileno lineal) y eficiencia (que permitirá a la planta de NDG producir polietileno a costes competitivos). Ante el auge del progreso técnico, la presencia de un volumen superior de LLDPE de costes reducidos en la Comunidad debe inducir a los clientes a transformar la maquinaria anticuada de extrusión (las antiguas extrusoras utilizaban una mezcla de LDPE-LLDPE, mientras que las nuevas unidades utilizan LLDPE al 100 %) y aprovechar las ventajas que ofrece el LLDPE sobre el LDPE en cuanto a reducción de espesor (película más delgada con resistencia equivalente). Ello redundaría en una reducción del empleo de materias primas por los clientes, así como de sus costes y del volumen de residuos plásticos.

(68) Ha de tenerse en cuenta también que la creación de una empresa en común de fabricación de LLDPE/HDPE entre dos productores de etileno que, gracias a los acuerdos de intercambio, no requiere el transporte de esta sustancia, permite evitar los riesgos para la salud y el medio ambiente que existirían en caso contrario.

(69) Además, el hecho de que CIPEN utilice la licencia de tecnología Unipol y no tenga que obtener una nueva licencia Unipol o desarrollar y aplicar tecnologías alternativas respresenta un ahorro de costes considerable.

b) *Ventajas para los consumidores*

(70) Además de las ventajas para los clientes, la introducción en la Comunidad del LLDPE producido con tecnología Unipol y la disponibilidad en el mercado de cantidades considerables de LLPDE a bajo coste beneficiarán a los consumidores. La empresa en común entre Exxon y Shell y los acuerdos conexos no contienen elementos que impidan a los consumidores participar en los beneficios derivados de los bajos costes del LLDPE en CIPEN. En concreto, cabe destacar que ninguna de las matrices depende de la otra para el suministro de materias primas (etileno). Como consecuencia del acuerdo de intercambio de etileno, los costes de las materias primas de Shell para producir LLDPE/HDPE en NDG serán los costes de producción de etileno en su planta de Moerdijk, mientras que los costes de materias primas de Exxon se basarán en el resultado de las instalaciones de craqueo de NDG. Como no cabe esperar que los costes del etileno de Moerdijk y NDG sean idénticos y las partes cuentan con distintas organizaciones de comercialización y funcionamiento, seguirá existiendo competencia entre Exxon y Shell, aunque debilitada por la cooperación en la empresa en común con respecto al LLDPE producido en CIPEN, de manera que se reserverá a los consumidores una parte del beneficio resultante de las mejoras de la producción y del progreso técnico y económico.

(71) Además, el mejor rendimiento del LLDPE frente al LDPE llevará consigo una mejora de los productos destinados a los consumidores. Cabe señalar que muchos de ellos considerarán positivas la reducción del empleo de materias primas y residuos de plástico y la supresión de los riesgos medioambientales que implica el transporte de etileno, en una época en la que la limitación de los recursos naturales y las amenzas al medio ambiente preocupan cada vez más a la opinión pública.

c) *Necesidad de las restricciones*

(72) Las restricciones de la competencia derivadas de los acuerdos entre Exxon y Shell, una vez modificados éstos como consecuencia del pliego de cargos complementario de la Comisión, se han reducido al mínimo indispensable para lograr los objetivos expuestos y garantizar el funcionamiento viable de la empresa en común.

(73) Los acuerdos modificados siguen contemplando una cierta coordinación de las políticas de competencia de Exxon y Shell en cuanto a las inversiones y la producción de LDPE/LLDPE. No obstante, esta cooperación se lleva a cabo de la forma menos restrictiva para la competencia, con lo que se mantiene en la medida de lo posible la autonomía económica de estos operadores independientes en el mercado.

(74) Esta menor coordinación resulta indispenable para lograr las mejoras de producción, técnicas y económicas descritas.

Resulta poco probable que las partes por separado hubieran podido construir una planta tan eficiente y fiable de LLDPE/HDPE, y ello por las razones siguientes :

a) aunque tanto Shell como Exxon se encuentran en una posición financiera fuerte, carecían, dada la situación acutal del mercado, de los incentivos necesarios para invertir el 100 % del capital en una planta de LLDPE/HDPE de las características de CIPEN, que representa unos costes aproximados de 1 000 millones de francos franceses ;

b) aunque tanto Exxon como Shell disponen de la capacidad necesaria para crear instalaciones individuales de LLDPE/HDPE en el mercado común, con una capacidad equivalente a la mitad de la empresa en común, la opción más adecuada, tanto desde el punto de vista técnico como económico, es la de una planta de reactor único que utilice el proceso avanzado de la fase gaseosa.

(75) Dadas las circunstancias de este asunto, los objetivos de la cooperación actual no podían lograrse mediante un acuerdo de transformación a largo plazo o una simple participación financiera en CIPEN, habida cuenta de los problemas complejos relacionados con el desarrollo de los distintos grados y la planificación de las inversiones, que requieren que ambas partes dispongan de determinadas facultades para controlar la estructura de la empresa en común.

(76) En vista del buen rendimiento del proceso Unipol, pueden fabricarse numerosos grados de reactor que cubren un gran número de combinaciones dentro de la amplia gama de características básicas del producto, como son el índice de fusión, densidad, contenido de comonómeros, etc. La fase de acabado de cada producto puede adaptarse, mediante la adición de diversos elementos, para obtener cualidades específicas que respondan a las necesidades de cada cliente. De este modo, en la planta de CIPEN podrán producirse distintos grados de polietileno lineal. Como algunos de ellos no pueden fabricarse de forma eficiente en serie, es probable que las partes se interesen por un número muy limitado de los mismos durante cada período de producción. Por ello, necesitarán un foro en el que debatir y determinar los grados de polietileno que producirán, tanto en la actualidad (selección de la gama de grados) como en el futuro (desarrollo de productos nuevos y experimentales).

Por lo tanto, el desarrollo necesario de la gama de grados, el refuerzo de la capacidad y la planificación de los ciclos de grados constituyen elementos clave de una utilización eficaz de las instalaciones de transformación de CIPEN que se caracteriza por el sistema de producción flexible descrito. En estas circunstancias, resulta indispensable que ambas empresas matrices participen en la determinación bilateral de estos asuntos, mediante un proceso de decisiones interactivas.

Si no se hubiera estipulado que la junta general adoptarse sus resoluciones por unanimidad ni el reparto de facultades entre el administrador de Exxon (gestión corriente) y el auditor de Shell (auditoría interna), las partes no habrían podido dirigir de forma eficaz una empresa en común en la que han efectuado una inversión considerable y que, como consecuencia de la compejidad del sistema de producción flexible descrito, require un proceso interactivo y de decisiones continuas.

(77) Ello no significa que deban tomarse conjuntamente todas las decisiones relativas a las nuevas instalaciones de fabricación. En la práctica, la estructura real de la empresa en común garantiza lo siguiente :

— mas posibilidades de tomar decisiones de inversión por separado, dado que dichas inversiones individuales no se someten ya, como ocurría en los acuerdos iniciales, a la condición de que « no excedan de la capacidad de fabricación de la planta que determine la junta general », sin al requisito, mucho más objetivo, de que « dicha inversión no obstaculice la capacidad técnica de la planta de fabricación de polietileno lineal de la AIE ». Las estipulaciones originales relativas a las nuevas inversiones en las instalaciones de CIPEN, que exigían para las mismas el consentimiento de la otra parte, representaban una restricción de la competencia no indispensable. Así como resulta necesario y admisible que no se permitan las inversiones individuales en la planta si el otro socio desea participar en la misma, ha de permitirse que el socio que propone dicha inversión pueda realizarla de forma independiente, siempre que ello no ponga en peligro el funcionamiento de la planta y que el otro socio no desee participar en la inversión. Dado que este requisito se contempla en las normas de régimen interno relativas a las inversiones en la planta, éstas no van más allá del mínimo indispensable para lograr los objetivos de CIPEN ;

— en caso de infrautilización de los derechos de producción de una parte, la otra puede adquirir parcial o totalmente los derechos no utilizados sin necesidad de consultarlo con la primera, ya que esta adquisición extraordinaria no requiere, a diferencia de lo estipulado en los acuerdos originales, que se celebre una reunión entre Exxon y Shell para « debatir cuanto antes la eventual redistribución de sus derechos de producción respectivos », sino que se somete al requisito, mucho más objetivo, de que la parte interesada « notifique al administrador su intención de adquirir la totalidad o una parte de los derechos de producción no utilizados, que la AIE facturará a dicha parte al precio de los costes fijos reales derivados de la parte de los derechos de producción adquirida. La AIE reembolsará sin demora a la parte que infrautilizó sus derechos el importe pagado por la otra ».

En principio, parece razonable que cada parte disponga de una cuota de la capacidad de producción de CIPEN equivalente a su participación en la misma. Sin embargo, cuando una parte infrautiliza su cuota de capacidad de la planta, ha de permitirse a la otra adquirir total o parcialmente la capacidad inutilizada sin necesidad de obtener el consentimiento expreso o tácito de la primera. Mientras que en las estipulaciones iniciales relativas a las compras se requería dicho consentimiento, con lo que se restringía la autonomía de las empresas matrices

en cuanto a sus decisiones de producción más allá de lo indispensable para el funcionamiento de la empresa en común, las modificaciones introducidas en el Acuerdo sobre utilización de la planta permiten ya que cada parte decida por sí misma utilizar una parte o la totalidad del tiempo de funcionamiento de la planta que la otra no utilice, sin necesidad del consentimiento de esta última. Por lo tanto, en lo relativo a la utilización de la planta, los acuerdos no representan ya una restricción de la competencia que no resulte indispensable;

— el administrador goza de mayor independencia en la gestión corriente de la empresa en común, puesto que sus facultades no quedan ya limitadas por el comité de operaciones, como se establecía en los acuerdos originales: dicho comité ha sido sustituido por un comité consultivo que se convocará a discreción del administrador y al que éste consultará sobre cualquier materia de carácter administrativo o técnico. Aunque la participación de ambas empresas matrices en las decisiones presupuestarias y sobre futuras inversiones comunes, mejora de los resultados de la planta y desarrollo de productos son manifestaciones del control conjunto de la empresa en común, la gestión corriente de la planta ha de organzarse de tal manera que dichas empresas no puedan influir continuamente en el funcionamiento de CIPEN en aspectos no relacionados estrictamente con la flexibilidad de su producción.

Esto se ha logrado mediante la atribución al administrador de CIPEN de un gran grado de autonomía con respecto a la gestión corriente de la planta. Una situación como la estipulada en un principio por las partes, en la que el comité de operaciones, formado por representantes de ambas partes, era el responsable de la mayor parte de las decisiones relativas a la operación y gestión de la empresa en común habría permitido un flujo continuo de información confidencial sobre competencia entre las partes.

Mediante las modificaciones introducidas, con arreglo a las cuales el administrador es el responsable, en colaboración con el comité consultivo, de la gestión corriente de la planta, se reduce el riesgo de que exista una cooperación indebida entre las partes y —a diferencia de lo estipulado en un principio— se cumple el requisito de que dicha cooperación sea indispensable para el buen funcionamiento de la planta.

(78) En vista de las modificaciones introducidas, se puede considerar que los acuerdos de suministro y, en concreto, el intercambio de etileno, constituyen una restricción accesoria de la limitación de la competencia derivada de la creación de la propia empresa en común. En la Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en común de carácter cooperativo con arreglo al artículo 83 del Tratado CE se establece que « los acuerdos accesorios no precisan una justificación específica en virtud de los criterios del apartado 3 del artículo 85 » y que « en principio, gozan de una exención para el mismo período que la empresa en común », porque « la exención de la prohibición se plantea de los mismos términos en ambos casos » (punto 67 de la Comunicación).

d) *Eliminación de la competencia*

(79) Los acuerdos entre Exxon y Shell no ofrecen a las partes la posibilidad de eliminar la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos de que se trata.

(80) Los acuerdos no excluyen la competencia entre las partes, aunque ésta queda restringida por la cooperación en el seno de la empresa en común. CIPEN representa para las partes un vehículo no exclusivo para fabricar determinadas cantidades de LLDPE/HDPE en una planta de propiedad conjunta explotada por Exxon, y las partes han modificado los acuerdos originales para garantizar que seguirán siendo competidores separados y, en la medida de lo posible, independientes en el mercado de LPDE/LLDPE.

(81) Tras la aplicación de los acuerdos, la cuota de la capacidad de producción total de LDPE/LLDPE que corresponde a Exxon y Shell es de aproximadamente el 22 %, y su cuota de mercado conjunta es de una magnitud semejante. En vista de que la empresa en común restringe la competencia entre las partes pero no la elimina, y aun teniendo en cuenta la cuota de mercado conjunta de los dos grupos, las dimensiones de los demás competidores en el mismo mercado garantizan una comeptencia viable.

Se cumple así lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión sobre tratamiento de las empresas en común de carácter cooperativo con arreglo al artículo 85 del Tratado CE, en la que se establece (apartado 63) que « el umbral de cuota de mercado del 20 % que figura en los reglamentos de exención por categorías puede servir de punto de referencia para valorar las empresas en común de fabricación en casos concretos ». Resulta justificado conceder una exención individual, dado que la cuota de la capacidad de producción total de LDPE/LLDPE que corresponde a Exxon y Shell supera por poco el umbral fijado y la estructura del mercado seguirá garantizando una competencia limitada (por la cooperación de las partes en la empresa en común) pero suficiente.

(82) Además, y por lo que se refiere a la tecnología Unipol, ni el Acuerdo sobre tecnología del polietileno lineal ni los demás acuerdos notificados entre Exxon y Shell contienen cláusulas que puedan provocar el cierre del mercado; a ello se suma que varias empresas conceden licencias de tecnología del polietileno, como ICI, BASF, UCC, Philips, USI, BP, Dupont, Mitsui, CDF, Montedison, Amoco, Stomicarbon y Atochem.

Duración de la exención, condiciones y obligaciones

(83) En el apartado 1 del artículo 8 del Reglamento nº 17 se establece que las exenciones en virtud del apartado 3 del artículo 85 se otorgarán por un período de tiempo determinado y podrán comportar condiciones y obligaciones.

(84) En vista de la naturaleza de los acuerdos y de las perspectivas del sector y de los mercados de polietileno a corto y medio plazo y, sobre todo, del hecho de que la planta conjunta será explotada por Exxon durante un período inicial de 15 años a partir del comienzo de sus actividades, se considera que la duración adecuada de la exención, que persigue los objetivos enumerados en el apartado 3 del artículo 85, es un período de 10 años a partir de la fecha de la primera notificación de los acuerdos modificados (29 de mayo de 1992 — 28 de mayo de 2002). Si la exención tuviera una duración menor, no se estaría teniendo en cuenta la importancia de la inversión de las partes en la empresa en común.

(85) Para que la Comisión pueda realizar un seguimiento de los acuerdos exentos, como se establece en el apartado 3 del artículo 8 del Reglamento nº 17, y estar al corriente de cualquier modificación de los hechos en los que se basa la presente Decisión de exención, como se exige en la letra a) de dicho apartado, Exxon y Shell deberán informar a la Comisión con antelación de toda renovación o ampliación del alcance o de la naturaleza de los acuerdos y de toda modificación o adición a los mismos (incluida la identidad de las partes), así como de cualquier interrupción de la producción en la empresa en común por parte de Exxon o Shell (deberá especificarse la duración y los motivos de dicha interrupción).

(86) Con el fin de que la Comisión compruebe que Exxon y Shell cumplen escrupulosamente todas las condiciones establecidas en la presente Decisión, y que no se restringe la competencia en mayor medida o de forma indebida, las partes deberán presentar un informe anual a la Comisión relativo a la producción de LDPE, LLDPE y HDPE. En dichos informes figurarán los datos relativos a la producción y la venta de LDPE, LLDPE y HDPE de las partes, sus filiales o las empresas que controlen en el mercado común en su conjunto, en cada Estado miembro y en otros países, consignando por separado los datos relativos a la producción de CIPEN. Los informes se enviarán a la Comisión en el plazo de dos meses a partir del final del período al que se refieran. El primer informe deberá abarcar el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1993 y deberá ser enviado a la Comisión en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente Decisión.

(87) La Comisión ha de determinar también si cualquier ampliación de la capacidad de CIPEN que se proyecte requiere un nuevo examen del asunto con arreglo al apartado 3 del artículo 85, ya que cabe la posibilidad de que, como consecuencia de la ampliación o ampliaciones proyectadas, deje de ser indispensable, continuar con la titularidad y el control conjuntos de una planta como la de CIPEN.

Así, si CIPEN (por poner un ejemplo extremo) proyectara duplicar su capacidad, debería considerarse la posibilidad de crear dos plantas de producción independientes, una de Exxon y otra de Shell. Por lo tanto, Exxon y Shell han de informar a la Comisión con antelación de toda modificación de la capacidad que proyecten fuera y dentro de la AIE con respecto a los productos objeto de la presente Decisión.

(88) Además, la Comisión se reserva el derecho de solicitar a las partes que le faciliten cualquier otra información que considere necesaria para cerciorarse de que no se restringe la competencia en mayor medida que la autorizada en la presente Decisión,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

*Artículo 1*

De conformidad con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 se declaran inaplicables, en el período comprendido entre el 29 de mayo de 1992 y el de 28 de mayo de 2002, a los acuerdos celebrados entre determinadas empresas químicas del grupo Exxon y determinadas empresas químicas del grupo Shell en relación con el suministro de materias primas y la creación, financiación, construcción, gestión y explotación de una empresa en común de fabricación de polietileno lineal, denominada « Compagnie Industrielle des Polyéthylène de Normandie » (CIPEN), entre una filial francesa del grupo Exxon y una filial francesa del grupo Shell.

*Artículo 2*

La declaración de exención contenida en el artículo 1 estará sujeta a las obligaciones siguiente :

1) Exxon y Shell informarán por separado y con antelación a la Comisión de cualquier renovación o ampliación del alcance o la naturaleza de los acuerdos mencionados en el artículo 1 y de cualquier modificación o adición a los mismos (incluida la identidad de las partes), así como de cualquier suspensión de la producción de la empresa en común por parte de Exxon o Shell (deberá especificarse la duración y las razones de dicha suspensión).

2) Durante el periodo de la exención, Exxon presentará un informe anual a la Comisión, que deberá obrar en poder de ésta a más tardar dos meses después del final del período al que se refiera. El primer informe abarcará el período comprendido entre el 1 de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1993 y deberá ser enviado a la Comisión en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente Decisión.

   El informe se referirá a las actividades relacionadas con la producción y la venta de LDPE, LLDPE y HDPE, y en el mismo se indicará, para cada producto, el volumen producido y vendido por Exxon, sus filiales y las empresas que controla en el mercado común en su conjunto, en cada Estado miembro y en otros países, y se especificará en cada caso cuál es la producción de CIPEN.

3) Durante el período de la exención, Shell presentará un informe anual a la Comisión, que deberá obrar en poder de ésta a más tardar dos meses después del final del período al que se refiera. El primer informe abarcará el período comprendido entre el 1 de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1993 y deberá ser enviado a la Comisión en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente Decisión.

   El informe se referirá a las actividades relacionadas con la producción y la venta de LDPE, LLDPE y HDPE y en el mismo se indicará, para cada producto, el volumen producido y vendido por Shell, sus filiales y las empresas que controla en el mercado común en su conjunto, en cada Estado miembro y otros países, y se especificará en cada caso cuál es la producción de CIPEN.

4) Exxon y Shell informarán por separado y con antelación a la Comisión de toda modificación de capacidad que proyecten efectuar fuera o dentro de la agrupación de interés económico (AIE) en relación con los productos objeto de la presente Decisión.

5) Exxon y Shell responderán a cualquier solicitud de información que la Comisión considere necesaria para cerciorarse de que no se restringe la competencia en mayor medida de lo autorizado en la presente Decisión.

*Artículo 3*

Los destinatarios de la presente Decisión serán las empresas siguientes :

— Exxon Chemical International Inc.
(en nombre del grupo Exxon)
Boulevard du Souverain 280
B-1160 Brusellas ;

— Shell International Chemical Company Limited
(en nombre del grupo Shell)
Shell Centre
GB-London SE1 7PG.

Hecho en Bruselas, el 18 de mayo de 1994.

*Por la Comisión*

Karel VAN MIERT

*Miembro de la Comisión*