II

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

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 18 de Maio de 1994

relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CE

(IV/33.640 — Exxon/Shell)

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(94/322/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado [1], com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal e, nomeadamente, os seus artigos 6º e 8º,

Tendo em conta os pedidos de certificado negativo e as notificações para efeitos de isenção, ao abrigo dos artigos 2º e 4º do Regulamento nº 17, efectuados em 21 de Novembro de 1991 e 29 de Maio de 1992 pela Exxon Chemical International Inc. (Bélgica) em nome de todas as filiais da Exxon Chemical na Europa e em 2 de Dezembro de 1991 e 10 de Junho de 1992 pela Shell International Petroleum Company Limited (Londres, Reino Unido) em nome da Shell Chimie SA (Rueil-Malmaison, França) e da Shell Nederland Chimie BV (Roterdão, Países Baixos), relativos a um conjunto de acordos entre determinadas empresas químicas do grupo Exxon (EUA) e determinadas empresas químicas do grupo Shell (Países Baixos e Reino Unido),

Tendo em conta o resumo dos pedidos e das notificações publicados [2] nos termos do nº 3 do artigo 19º do Regulamento nº 17,

Após consulta ao Comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando o seguinte:

I. OS FACTOS

A. Objecto da decisão

(1) A presente decisão diz respeito a um conjunto de acordos entre empresas químicas dos grupos Exxon e Shell relacionados com a criação, financiamento, construção, gestão e funcionamento de uma empresa comum de produção entre uma filial francesa do grupo Exxon e uma filial francesa do grupo Shell.

A denominação da empresa comum é « Compagnie Industrielle des Polyéthylènes de Normandie » (CIPEN) e situa-se em Notre-Dame-de-Gravenchon (NDG), França, onde se situa também um complexo petroquímico integrado da Exxon.

(2) O objectivo principal da unidade comum é a produção de polietileno linear de baixa densidade (LLDPE), embora possa produzir igualmente polietileno de alta densidade (HDPE). Tanto o LLDPE como o HDPE são designados pela expressão « polietileno linear », para os distinguir do polietileno de baixa densidade de pressão elevada (LDPE).

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

B. As empresas

(3) Os sócios da CIPEN são a Exxon Chemical Polymers S.N.C. (NDG, França) e a Shell Chimie SA (Rueil-Malmaison, França), empresas constituídas segundo o direito francês e filiais, respectivamente, do grupo Exxon e do grupo Shell. Todas as partes nos outros acordos notificados pertencem também ao grupo Exxon ou ao grupo Shell.

(4) O grupo Exxon é um grupo multinacional, cuja principal actividade é a energia, envolvendo a exploração e produção de petróleo e gás natural, o fabrico de produtos do petróleo e o transporte e venda de petróleo, gás natural e produtos de petróleo. O grupo Exxon é um dos principais fabricantes e distribuidores de produtos petroquímicos (etileno, propileno, benzeno e seus derivados).

(5) O grupo Shell é um grupo multinacional que opera nos sectores do petróleo, gás natural, produtos químicos, carvão e metais, o que implica uma importante actividade no domínio do fabrico e comercialização de produtos petroquímicos.

C. Os produtos e respectivos mercados

(6) O LLDPE — objecto principal dos acordos da empresa comum Exxon/Shell — e o HDPE são termoplásticos produzidos a partir do etileno, um monómero derivado do « *cracking* » da nafta ou do etano e do « *cracking* » do gasóleo e de co-monómeros como o buteno-1. O polietileno linear produzido pela empresa comum Exxon/Shell é fabricado através da polimerização e tratamento de produtos de base de etileno e de buteno-1.

(7) O consumo de LDPE/LLDPE, por técnica de tratamento e por aplicação, distribui-se sobretudo pelos seguintes sectores :

— películas e lâminas para sacos muito resistentes ; película elástica ; outras aplicações de embalagem dos domínios industrial, retalhista ou doméstico ; sacos para transporte de produtos ; aplicações dos domínios da agricultura e da construção e sacos de lixo,

— moldagem por injecção,

— moldagem por sopro utilizada numa larga variedade de produtos domésticos preferida pelo seu bom acabamento exterior,

— condutas e perfis, principalmente para sistemas de irrigação na agricultura e horticultura,

— arames e cabos,

— revestimento por extrusão utilizado em embalagens para líquidos.

(8) O consumo de HDPE, por técnica de tratamento e por aplicação, distribui-se sobretudo pelos seguintes sectores :

— moldagem por injecção, incluindo grades e caixas ; artigos domésticos e outras aplicações, como brinquedos e material eléctrico,

— moldagem por sopro, sobretudo para embalagens especiais e para grandes bidões e outros contentores,

— aplicações por extrusão em películas de embalagem ; condutas e perfis ; arames e cabos, geotêxteis, fitas, monofilamentos e ráfia,

— aplicações diversas sobretudo em operações de fundição rotativa e de fusão.

(9) Em 1991, mais de 70 % do consumo de LDPE/ /LLDPE verificou-se no sector de películas e lâminas e apenas 2 % no sector de moldagem por sopro.

Inversamente, mais de 40 % do consumo de HDPE verificou-se no sector de moldagem por sopro. Além disso, cerca de 25 % do consumo de HDPE pertenceu ao sector de moldagem por injecção, enquanto menos de 8 % do consumo de LDPE/LLDPE coube a esse mesmo sector.

Assim, como o HDPE é muito menos intermutável com o LLDPE do que o LDPE, o mercado predominantemente afectado pela empresa comum é o mercado combinado de LDPE e LLDPE.

(10) Contudo, é um facto que o LDPE e o LLDPE não são totalmente intermutáveis. Mas a única aplicação em que o LDPE é praticamente insubstituível pelo LLDPE é a cobertura por extrusão, um sector que consome menos de 8 % das vendas totais de LDPE. Por outro lado, certos desenvolvimentos tecnológicos novos estão a aumentar a permutabilidade entre certos polímeros. Mas no que respeita aos polímeros de polietileno, a alteração mais significativa é o facto de o polipropileno ter começado a concorrer parcialmente com o HDPE. No entanto, essa alteração tem apenas um limitado impacte indirecto no mercado de LDPE/LLDPE.

(11) Como o tratamento de LLDPE utilizado na CIPEN pode produzir igualmente HDPE, o mercado de HDPE é susceptível de ser também afectado pela empresa comum.

(12) Como se disse, o polipropileno começou a concorrer parcialmente com o HDPE. Em 1991, as aplicações de HDPE que sofreram concorrência de modo mais significativo pelo polipropileno foram certas áreas de moldagem por injecção (sobretudo de artigos domésticos) e os subsectores da extrusão, incluindo redes, geotêxteis, fitas, monofilamentos e ráfia.

(13) O mercado geográfico relevante é o conjunto da Comunidade, visto os produtos em questão serem de transporte seguro e fácil e os produtores e fornecedores da CE operarem de forma considerável no comércio interestatal.

(14) O mercado relevante do LDPE/LLDPE em termos económicos é o território da Comunidade e não todo o território da Europa Ocidental (CE e AECL). Com efeito, por um lado, os quatro países exportadores mais importantes da Europa Ocidental em 1991 eram Estados-membros da CE (Países Baixos, Bélgica, França e Alemanha), representando em conjunto mais de 70 % da tonelagem total movimentada na Europa e, por outro, os quatro países importadores mais importantes, que contribuíram para 60 % do comércio interno da Europa Ocidental, eram também Estados-membros da CE (Alemanha, Itália, Reino Unido e França). Das cerca de 3 200 kt de LDPE/LLDPE exportadas em 1991 pelos países comunitários, apenas cerca de 300 kt foram exportadas para os países da Associação Europeia de Comércio Livre (AECL), enquanto mais de 2 380 kt foram exportadas para outros países da CE. Das cerca de 3 370 kt de LDPE/ /LLDPE importadas em 1991 pelos países comunitários, menos de 390 kt foram importadas pelo países da AECL, enquanto mais de 2 380 kt foram importadas por outros países da CE. Contudo, mesmo que o mercado relevante em termos económicos fosse o conjunto da Europa Ocidental, a respectiva parte de capacidade de quase todos os produtores seria muito semelhante à que cada um detém na Comunidade e a avaliação do caso pela Comissão não se alteraria.

(15) O mesmo tipo de considerações se aplica ao HDPE. Os dois principais países exportadores da Europa Ocidental em 1991 eram Estados-membros da CE (Bélgica e Alemanha), enquanto os quatro principais países importadores eram também países comunitários (Alemanha, Reino Unido, França e Itália). Das cerca de 1 600 kt de HDPE exportadas em 1991 pelos países comunitários, apenas cerca de 140 kt foram exportadas para os países da AECL, enquanto cerca de 1 270 kt foram exportadas para outros países da CE. Das cerca de 1 900 kt de HDPE importadas em 1991 pelos países comunitários, só cerca de 200 kt foram importadas de países da AECL, enquanto cerca de 1 270 kt foram importadas de outros países da CE.

(16) A situação quanto ao polipropileno é também semelhante. Os três principais países exportadores da Europa Ocidental em 1991 eram Estados-membros da CE (Bélgica, França e Países Baixos) e os quatro principais importadores eram também Estados-membros da CE (Alemanha, Itália, Reino Unido e Bélgica). Das 2 840 kt de polipropileno exportadas em 1991 pelos países comunitários, menos de 200 kt foram exportadas para os países da AECL, enquanto cerca de 2 270 kt foram exportadas para outros países da CE. Das cerca de 2 700 kt de polipropileno importadas em 1991 pelos países comunitários, só cerca de 300 kt foram importadas de países da AECL, enquanto cerca de 2 270 kt foram importadas de outros países da CE.

(17) A capacidade total de LDPE/LLDPE da Comunidade em 1991 era de aproximadamente 5,5 milhões de toneladas. O maior produtor de LDPE/LLDPE na CE é actualmente a Enichem, com uma parte de capacidade de produção que rondou 24 % em 1991, seguida de: 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 %) e Neste (± 2,5 %). As fábricas da Exxon (exceptuando a CIPEN) estão localizadas em Meerhout (375 kt/ano de LDPE) e Antuérpia (260 kt/ano de LDPE), na Bélgica. A Exxon tem também uma fábrica de LLDPE/HDPE em Al-Jubail, na Arábia Saudita (50 % da empresa comum Kemya, que produz 430 kt/ano), que fornece quantidades significativas aos países comunitários. As fábricas da Shell (com excepção da CIPEN) localizam-se em Berre (105 kt/ano de LDPE) e Fos (300 kt/ano de LDPE), em França, em Carrington (105 kt/ano de LDPE), no Reino Unido, e em Wesseling (empresa comum 50/50 ROW com a BASF, 400 kt/ano de LDPE e 15 kt/ano de HDPE), na Alemanha.

(18) A capacidade total de HDPE na Comunidade em 1991 foi de perto de 3,1 milhões de toneladas. Actualmente o maior produtor de HDPE na CE é a Hoechst/Wacker, com uma parte de capacidade de produção de cerca de 17,4 % em 1991, seguida da 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 %) e Shell (± 0,5 %). Como já foi referido, a Exxon (exceptuando a CIPEN) tem uma fábrica de LLDPE/ /HDPE na Arábia Saudita (50 % da empresa comum Kemya, que produz 430 kt/ano). A Shell (exceptuando a CIPEN) tem uma unidade de produção de HDPE em Wesseling, na Alemanha (50 % da empresa comum ROW com a BASF, capaz de produzir 215 kt/ano).

(19) A capacidade total de polipropileno na Comunidade em 1991 rondou os 4,6 milhões de toneladas. Actualmente o maior produtor de polipropileno na CE é a Himont, com uma parte da capacidade de produção de cerca de 17 % em 1991, seguida da 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 %) e Huels (± 2,5 %).

(20) O consumo total aparente de LDPE/LLDPE (produção + importação − exportação) na Comunidade foi de cerca de 4,9 milhões de toneladas em 1991.

As partes de mercado foram semelhantes às das respectivas capacidades, mesmo tendo em conta que em 1991 se importaram cerca de 974 kt de LDPE/LLDPE para a CE e se exportaram perto de 818 kt da CE.

Tal como os outros produtores comunitários de polietileno, a Exxon e a Shell (que antes do arranque das instalações da CIPEN vendia LLDPE comprado à Exxon) vendem a maior parte do LDPE/LLDPE que produzem a clientes que o transformam : o mercado é muito fragmentado, com muitas centenas de empresas transformadoras de várias dimensões. A integração vertical e os consumos vinculados são, portanto, muito limitados.

(21) O consumo total aparente de HDPE (produção + importação − exportação) na Comunidade foi de cerca de 2,9 milhões de toneladas em 1991.

As partes de mercado foram semelhantes às das respectivas capacidades, mesmo tendo em conta que em 1991 se importaram cerca de 637 kt de HDPE para a CE e se exportaram perto de 343 kt da CE.

(22) O consumo total aparente de polipropileno (produção + importação − exportação) na Comunidade foi de cerca de 3,8 milhões de toneladas em 1991.

As partes de mercado foram semelhantes às das respectivas capacidades, mesmo tendo em conta que em 1991 se importaram cerca de 440 kt de polipropileno para a CE e se exportaram perto de 575 kt da CE.

(23) Os mercados de LDPE/LLDPE e de HDPE têm características oligopolísticas, pois um pequeno número de empresas (Enichem, Dow, BP/Bayer, Exxon, Shell e DSM para o LDPE/LLDPE ; Hoechst/Wacker, Fina/Petrochim, BP/Bayer, Enichem e Solvay para o HDPE) detém a maior parte da capacidade e, dada a evidente correspondência entre partes de capacidade e de mercado, detém também a maior parte da mercado. Além disso, esses mercados caracterizam-se por uma considerável transparência de preços e por uma certa estabilidade das partes de capacidade de produção, apesar do desequilíbrio entre a capacidade de produção e a procura. O mercado de polipropileno tem também características oligopolísticas : só as três primeiras empresas têm partes de capacidade superiores a 10 % cada uma (Himont, Hoechst e Shell), enquanto apenas estas e as três seguintes (Atochem/BP, Neste e ICI) ultrapassam uma parte de 6 % e os preços são extremamente transparentes numa situação de alguma estabilidade das partes de capacidade de produção, com uma sensível correspondência entre partes de capacidade e de mercado.

(24) Como se disse, o polietileno linear produzido pela empresa comum Exxon/Shell é fabricado através da polimerização e do tratamento dos produtos de base etileno e buteno-1. Tanto a Exxon como a Shell são produtoras de etileno e a Exxon tem uma unidade de « *cracking* » a vapor em NDG. O alargamento da capacidade desse unidade de « *cracking* » permite à Exxon produzir todo o etileno de base (200 kt) necessário à empresa comum Exxon/Shell em NDG. As 100 kt de etileno necessárias para abastecer as unidades de produção de polietileno da Exxon em Antuérpia e Meerhout (Bélgica) são fornecidas pela Shell, que tem uma unidade de « *cracking* » a vapor em Moerdijk (Países Baixos).

(25) A situação actual do polietileno caracteriza-se por um certo desequilíbrio entre a capacidade de produção e a procura. No entanto, algumas empresas continuam a mostrar-se optimistas quanto ao mercado de LDPE/LLDPE devido ao baixo custo das suas unidades de produção de LLDPE e à reorientação de esforços no LDPE, que deixam de incidir nas suas múltiplas aplicações de película « polivalente » e se consagram a aplicações para o LDPE mais específicas.

D. Os acordos assinados em 1989/1990

(26) Os acordos que são objecto do presente processo relacionam-se com a criação de uma empresa comum com participação equitativa de 50 % (CIPEN), uma empresa localizada em NDG e cuja actividade principal é a produção de LLDPE. A fábrica já foi construída e a sua gestão (por um período inicial de 15 anos a partir da data de arranque) fica sob a responsabilidade da Exxon Chemical Polymers SNC (ECP). Os produtos fabricados pela empresa comum deverão ser vendidos independentemente pelos dois sócios, juntamente com produtos análogos ou similares de fabrico próprio.

A capacidade de produção da empresa comum elevar-se-á a 220 000 toneladas/ano de polietileno linear (predominantemente LLDPE). As matérias-primas são fornecidas em grande parte pelas empresas-mães. A capacidade total de produção de LDPE/LLDPE da Exxon e da Shell era, portanto, no final de 1992, de aproximadamente 1,3 milhões de toneladas/ano (cerca de 20 % mais do que a sua capacidade total de produção em 1991), sem contar com a capacidade de produção da Exxon na Arábia Saudita [1]. Após a conclusão da unidade de produção (15 de Maio de 1992), a Exxon e a Shell têm em conjunto mais de 20 % da capacidade total de produção de LDPE/LLDPE na Comunidade.

[1] A capacidade de produção da Exxon na Arábia Saudita é de 215 000 toneladas por ano (3,9 % da capacidade total de LDPE/LLDPE na Comunidade em 1991) e as vendas comunitárias da Exxon de LLDPE proveniente da Arábia Saudita foram de 43 500 toneladas em 1991.

(27) Os principais elementos dos acordos assinados em 1989/1990 são os seguintes:

a) Acordo de empresa comum, entre a Shell Chimie SA e a ECP;

b) Acordo de constituição de um Grupo de Interesse Económico (GIE), entre a Shell Chimie SA e a ECP;

c) Regras internas e operacionais, aprovadas pela assembleia geral da CIPEN;

d) Acordo de utilização da fábrica, entre a Shell Chimie SA, a ECP e a CIPEN;

e) Contratos de fornecimento de etileno (*Swap*), entre a Exxon Chemical Belgium e a Shell Nederland Chemie BV, por um lado, e a Société Française Exxon Chemical e a Shell Chimie SA, por outro;

f) Contrato de fornecimento de buteno-1, entre a ECP e a Shell Nederland Chemie BV;

g) Acordo de construção, funcionamento e serviços, entre a ECP e a CIPEN;

h) Acordo de tecnologia de polietileno linear, entre a Exxon Corporation e a CIPEN.

Os principais aspectos dos acordos acima enumerados são os seguintes:

(28) a) *Acordo de empresa comum*

Trata-se do acordo principal que estabelece os princípios básicos da empresa comum. Disposições mais importantes:

— a Shell Chimie SA e a ECP decidem criar entre si um Grupo de Interesse Económico ao abrigo da legislação francesa. Decidem conferir a empresa comum à CIPEN,

— as empresas-mãe têm interesses idênticos na CIPEN, proporcionais ao financiamento em partes iguais da empresa comum (o custo total da fábrica é de aproximadamente 1 000 milhões de francos franceses),

— a validade do acordo é por um período inicial de 15 anos a partir do « arranque » das instalações da empresa comum.

(29) b) *Constituição de um GIE*

A finalidade da CIPEN é:

— construir e explorar, directa ou indirectamente (em especial autorizando a ECP a conceber, construir e explorar as instalações), em nome dos seus membros, uma unidade de produção de polietileno linear localizada em NDG,

— pôr à disposição dos seus accionistas, ou das suas filiais, pelo custo total, todo o polietileno produzido a partir do etileno e/ou de outras matérias-primas que aqueles lhe forneçam.

(30) Os órgãos do GIE são a assembleia geral, o director único e o auditor.

— A assembleia geral deve incluir um representante de cada accionista, deliberando por unanimidade. Terá poderes para: alterar os estatutos da CIPEN e as regras internas e operacionais; aumentar ou reduzir o capital; aprovar as contas e os investimentos e orçamentos operacionais; nomear o director e o auditor; definir as políticas de amortizações e de reservas; autorizar todos os endossos, fianças e garantias por parte da CIPEN; designar um técnico para a unidade de produção de polietileno linear em NDG; autorizar propostas para novos investimentos, empréstimos e pedidos de facilidades bancárias; e, de um modo geral, tomar todas as decisões de interesse para a CIPEN, em especial as que não possam ser tomadas pelo director.

— O director único será seleccionado entre o pessoal da ECP e nomeado pela assembleia geral. O director deve executar as decisões decorrentes do orçamento de investimentos aprovado pela assembleia geral. Em princípio, o director não terá o direito de executar qualquer acto que ultrapasse os limites da actividade normal.

— O auditor será nomeado pela assembleia geral e seleccionado entre o pessoal da Shell Chimie SA. O auditor terá poderes para efectuar qualquer auditoria que entenda relativa às operações da CIPEN, não tendo, contudo, o direito de interferir nessas operações.

O GIE permitirá que representantes devidamente autorizados de cada membro (« comissão de auditoria ») tenham acesso total às operações do GIE. A auditoria e os controlos efectuados pelo auditor (e pela comissão de auditoria) limitar-se-ão às operações do GIE, com exclusão de quaisquer outras actividades industriais no mesmo local em NDG. Todavia, o auditor terá acesso pessoal a outras actividades industriais pertinentes no local e a certa tecnologia essencial, assim como a informações confidenciais.

(31) c) *Regras internas e operacionais*

As questões reguladas por estas regras são, entre outras : novos investimentos ; repartição dos custos ; levantamentos e fornecimentos, bem como a organização da gestão quotidiana.

— Novos investimentos : podem distinguir-se quatro tipos diferentes de novos investimentos, três internos ao GIE e um externo.

1. Investimentos conjuntos que não excedam a competência do director em matéria do orçamento anual : esses investimentos, tal como previstos no orçamento aprovado pela assembleia geral, podem ser efectuados pelo director ;

2. Investimentos conjuntos que excedam a competência do director em matéria do orçamento anual : todas as propostas relativas a uma potencial oportunidade de investimento comum para a CIPEN e que excedam a competência do director em matéria do orçamento anual devem ser submetidas à apreciação de uma assembleia geral. Se uma das partes não aprovar a proposta, a outra terá o direito de fazer esse investimento nas instalações, nas condições adiante indicadas ;

3. Investimentos separados no seio do GIE : um dos membros só pode proceder a este tipo de investimentos se o outro membro tiver recusado fazê-lo em comum e se esses investimentos obedecerem aos parâmetros de produção da fábrica determinados pela assembleia geral.

   Esse investimento separado é sujeito às seguintes condições :

   — ficará unicamente por conta e risco do membro investidor e em seu benefício ;

   — o membro investidor deve tomar providências no sentido de obter as necessárias instalações e serviços do GIE e de não prejudicar o membro não investidor por qualquer aumento de custos resultante directa ou indirectamente desse investimento ;

   — qualquer investimento separado de um membro que exija revisão da repartição dos respectivos direitos de produção dos membros deve reger-se pelo princípio geral de os direitos de produção de cada membro nunca poderem ser inferiores a 33 % ;

4. Investimentos separados externos ao GIE : cada membro pode fazer um investimento separado em qualquer altura fora do GIE em qualquer unidade, relacionado ou não com o polietileno linear.

— Repartição de custos : os custos fixos da CIPEN serão suportados por cada membro em proporção da sua participação no capital ; os custos variáveis serão atribuídos aos accionistas em proporção da sua produção através da CIPEN.

— Levantamentos e fornecimentos : uma vez estabelecido o plano de produção, cada membro deve fornecer o volume de etileno e de buteno-1 necessário ao fabrico de polietileno durante o mês seguinte e receber a correspondente produção, de acordo com as disposições do acordo de utilização da fábrica.

— Organização da gestão quotidiana : o acordo prevê o estabelecimento de uma comissão de operações formada por dois membros de cada uma das partes e pelo director do GIE para superintender na construção das instalações e nas operações do GIE. A sua missão consistirá em zelar pelo cumprimento do plano de levantamentos mensais, preparar o plano de produção e o orçamento, desenvolver produtos novos e experimentais, preparar propostas de investimento e controlar a qualidade.

(32) d) *Acordo de utilização da fábrica*

Entre as questões reguladas por este acordo conta-se o cálculo dos direitos de produção da Shell e da Exxon : o tempo disponível das instalações será repartido proporcionalmente aos interesses das partes na CIPEN.

O acordo estabelece que se qualquer das partes não utilizar totalmente os seus direitos de produção num período determinado, deve ser discutida por ambas uma possível redistribuição dos direitos de produção para esse período específico.

(33) e) *Acordo de construção, funcionamento e serviços*

A CIPEN autoriza a ECP a conceber, construir e explorar, por um prazo de 15 anos, uma unidade de produção de polietileno linear em NDG com uma capacidade anual de aproximadamente 220 000 toneladas métricas a um custo aproximado de 1 000 milhões de francos franceses e a obter todas as necessárias licenças de construção e de funcionamento.

(34) f) *Contratos de fornecimento de etileno (Swap)*

A Société Française Exxon Chemical (ECSF) fornecerá à Shell Chimie SA (SC) os volumes de etileno correspondentes às necessidades da SC para o fabrico de polietileno linear em NDG nos termos do acordo do utilização da fábrica [1] e a ECSF ordenará que uma das suas filiais — Exxon Chemical Belgium (ECB) — compre os volumes equivalentes nas mesmas condições a uma filial da Shell ; a SC tomará medidas para fornecer esses volumes para entrega em Antuérpia [2], nas mesmas condições, pela Shell Nederland Chemie BV (SNC). Existem dois contratos de compra e fornecimento (Exxon-SC e SNC-Exxon), com idênticas condições.

(35) g) *Contrato de fornecimento de buteno-1*

A Shell venderá à Exxon uma percentagem (85 % no mínimo, 115 % no máximo) da quantidade básica adaptada de buteno-1 (estimativa da quantidade básica anual necessária para produzir 110 kt de polietileno linear na unidade de NDG, adaptada em proporção da produção anual de polietileno linear para a Exxon nessa unidade).

(36) h) *Acordo de tecnologia de polietileno linear*

A Exxon Corporation garante ao GIE, na qualidade de filial da Exxon, os direitos e obrigações do acordo de licença de polietileno de baixa pressão celebrado entre a Union Carbide Corporation (UCC) e a Exxon Corporation, nos termos do qual a Exxon tem licença para fabricar, utilizar e vender resinas de polietileno com a tecnologia UCC segundo os direitos de patente do polietileno da UCC.

Por conseguinte, o GIE obtém uma extensão dos direitos no âmbito da licença Exxon-UCC PE e a manutenção da tecnologia e apoio técnico da Exxon para o fabrico comercial de polietilenos lineares em França. Pela utilização, na construção da sua fábrica, da informação ao abrigo das licenças Tecnologia UCC PE, Tecnologia Exxon PE e Melhoramentos Exxon PE, o GIE pagará à Exxon um montante fixo e um direito sobre todas as resinas PE produzidas na sua fábrica e respectivas extensões que sejam vendidas ou utilizadas durante o prazo do direito.

[1] O etileno da Exxon proveniente de Notre-Dame-de-Gravenchon é entregue à Shell Chemie nas instalações comuns de LLDPE/HDPE.

[2] O etileno da Shell proveniente de Moerdijk (Países Baixos) é entregue à ECB na área de Antuérpia, na rede de distribuição pertencente à Ethyleen Pijpleiding Maatschappij.

E. Notificação e alteração dos acordos

(37) Na sequência de uma comunicação de acusações enviada pela Comissão às duas partes interessadas, estas notificaram os acordos mencionados. A Comissão considerou oportuno enviar uma comunicação de acusações suplementar em 3 de Abril de 1992, na qual confirmava a sua apreciação jurídica do caso e em que explicava os motivos por que as condições referidas no nº 3 do artigo 85º para a concessão de uma isenção não se encontravam preenchidas, já que os acordos impunham às partes restrições da concorrência que não eram indispensáveis à consecução dos objectivos fixados no nº 3 do artigo 85º

(38) Efectivamente :

a) Qualquer novo investimento separado a efectuar por qualquer das partes na empresa comum dependia do consentimento da outra parte ;

b) Uma comissão de funcionamento, formada por representantes de ambas as partes, era responsável pela maioria das decisões relativas ao funcionamento e à gestão da empresa comum, permitindo um fluxo contínuo de informações concorrenciais sensíveis entre as partes ;

c) se qualquer das partes não utilizasse integralmente a sua parte na capacidade de produção da fábrica, a outra parte não poderia dispor parcial ou totalmente da capacidade não utilizada sem o acordo da primeira parte.

(39) Na sequência das observações da Comissão na comunicação de acusações suplementar de 3 de Abril de 1992, as partes alteraram os acordos originais e notificaram as seguintes alterações :

a) Cada membro da empresa comum tem o direito de fazer qualquer investimento no âmbito do GIE. Se o investimento proposto implicar uma alteração das instalações de produção existentes, o membro que pretenda fazer esse investimento dará ao outro membro a oportunidade de fazer esse investimento em comum.

Se o outro membro quiser participar, a proposta de investimento comum será apresentada para apreciação de uma assembleia geral, caso ultrapasse a competência do director em matéria de orçamento anual.

Se o outro membro não quiser participar, o membro que pretende investir terá o direito de fazer esse investimento, desde que este não interfira na competência técnica da unidade de produção de polietileno linear do GIE. Contudo, esse investimento obedecerá às mesmas condições que constam do texto original desta cláusula;

b) A comissão de funcionamento foi substituída por um comité consultivo, a convocar por decisão do director único e a consultar sobre qualquer questão de natureza administrativa ou técnica pelo director único;

c) No caso de subutilização dos direitos de produção por uma parte, a outra dispõe do direito de utilizar a totalidade ou parte dos direitos de produção não utilizados, sem necessidade de consultar a parte que não os utiliza.

F. Comentários pelas partes interessadas

(40) Na sequência da comunicação publicada nos termos do nº 3 do artigo 19º do Regulamento nº 17, a Comissão não recebeu quaisquer observações de terceiros interessados.

II. APRECIAÇÃO JURÍDICA

A. Carácter de cooperação da empresa comum Exxon/Shell (1)

(41) Os acordos entre as empresas químicas do grupo Exxon e do grupo Shell que são objecto da presente decisão estabelecem a criação de uma empresa comum e o fornecimento de produtos de base. A empresa comum tem carácter de cooperação, visto não desempenhar todas as funções de uma entidade económica autónoma e dar origem a coordenação de comportamento concorrencial pelas empresas fundadoras, tanto entre si como em relação à empresa comum [ponto 10 da comunicação da Comissão relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação à luz do artigo 85º do Tratado CEE, conjugado com o nº 2 do artigo 3º do Regulamento (CEE) nº 4064/89] (2).

B. Nº 1 do artigo 85º do Tratado

(42) Os acordos entre a Exxon e a Shell inserem-se no âmbito do nº 1 do artigo 85º, visto restringirem a concorrência e poderem afectar o comércio entre Estados-membros. Não podem, assim, ser objecto de certificado negativo, como as partes solicitam no seu pedido. Podem, contudo, ser isentos nos termos do nº 3 do artigo 85º

(43) Tendo em consideração os critérios estabelecidos na comunicação da Comissão sobre empresas comuns com carácter de cooperação e aplicando-os à luz das circunstâncias específicas do presente caso, a Comissão conclui que os acordos: a) conduzem ao controlo conjunto da empresa comum; b) têm por objectivo e efeito a coordenação do comportamento concorrencial das partes e portanto uma restrição da concorrência e c) podem afectar o comércio entre Estados-membros.

a) *Controlo conjunto*

(44) A CIPEN não é uma empresa independente e autónoma em relação às empresas fundadoras, visto as suas actividades se limitarem à produção e fornecimento de polietileno linear às empresas-mãe, que continuam a ser produtores e vendedores activos dos mesmos produtos ou de produtos semelhantes. As actividades da CIPEN são decididas por unanimidade na assembleia geral. A gestão quotidiana compete a um director nomeado de entre o pessoal da Exxon e está sujeita a auditoria por um auditor escolhido de entre o pessoal da Shell. Mesmo que o auditor não tenha o direito de interferir nas operações da CIPEN, a estrutura desta permite que cada membro obtenha informação total sobre a sua actividade. As partes alegam que o seu controlo se limita às disposições técnicas e de organização para a utilização da unidade de produção. Contudo, as características da CIPEN são, entre outras, a participação de ambas as partes nas decisões orçamentais, decisões conjuntas nos futuros investimentos comuns que não ultrapassem a competência do director em matéria de orçamento anual e — nos investimentos comuns futuros que ultrapassem essa competência — decisões conjuntas sobre a optimização da fábrica e o desenvolvimento do produto. O papel da Shell não se limita portanto ao de um

(1) Ver comunicação da Comissão relativa à apreciação de empresas comuns com carácter de cooperação nos termos do artigo 85º do Tratado CEE, JO nº C 43 de 16. 2. 1993, p. 2.

(2) JO nº L 257 de 21. 9. 1990, p. 14, versão corrigida da publicada no JO nº L 395 de 3. 12. 1989, p. 1.

investidor passivo e as relações entre as partes não são as de um cliente e de um fornecedor; não se trata também de um acordo de transformação a longo prazo.

O controlo conjunto entre concorrentes implica, no caso vertente, uma cooperação estreita e contínua entre as empresas-mãe: essa cooperação conduz necessariamente a uma estrutura de gestão coordenada e permite o intercâmbio de informações.

(45) No caso da Exxon/Shell, a cooperação não se limita a acordos de carácter técnico e organizacional para a utilização das instalações, mas consiste num verdadeiro controlo conjunto da empresa comum pelas empresas fundadoras. Note-se que a opção preferida da Exxon era, conforme consta da nota interna da Exxon de 1 de Fevereiro de 1989 (reunião com a Shell, Paris, 26 de Janeiro de 1989), um acordo de pré-pagamento (APP) que, na opinião da Shell, não permitiria facilmente um controlo paritário da unidade de produção. Contudo, a Shell não aceitou o controlo unilateral pela Exxon e conseguiu finalmente obter uma autêntica propriedade conjunta.

(46) Esse facto está evidenciado na nota interna da Shell de 1 de Fevereiro de 1989 (« Cape Project Form of Cooperation »). O ponto 2 dessa nota — « Por que não um acordo de produção como o de Mosmorran » (Grã-Bretanha) — explica claramente a diferença essencial entre:

1) Um acordo de empresa comum com uma participação de 50/50 limitado às disposições técnicas para produção conjunta (« projecto ditado pela matéria-prima ») como em Mosmorran, que é descrito como « uma unidade de produção dedicada à conversão do fluxo de etano e de propano produzidos pela empresa Shell/Exxon F & P; por definição, 50 % desse fluxo cabe à Exxon e 50 % à Shell » (1);

e

2) um « projeto ditado pelo produto », como em Notre-Dame-de-Gravenchon.

(1) Os principais elementos do projecto de fábrico para a produção de etileno em Mosmorran são os seguintes: nos termos do acordo de transformação celebrado entre a Exxon e a Shell (Julho de 1980), a Exxon Chemical Ltd. transformará na fábrica as matérias-primas fornecidas pela Shell em etileno destinado a esta empresa, ficando a Exxon com a responsabilidade exclusiva pela sua gestão e funcionamento; a Shell, por seu lado, levantará esse etileno da Exxon. É à Exxon que cabe tomar todas as decisões relativas à concepção, construção, exploração, aumento(s) e alteração(ões) da fábrica ou respectiva(s) substituição(ões).

(47) As particularidades de um « projecto ditado pelo produto » são, entre outras:

i) participação de ambos os sócios nas decisões orçamentais;

ii) decisões conjuntas sobre investimentos;

iii) decisões conjuntas sobre a optimização da fábrica e o desenvolvimento do produto.

(48) A nota continua: « Um acordo desta natureza reflectiria um consenso comercial como o que existe entre a Shell e a Exxon. Esse consenso excede em muito os limites de um acordo de transformação. Todavia, a cooperação prevista enquadra-se naturalmente num acordo flexível e simples do tipo de empresa comum, pois fornece os principais instrumentos para decisões "por medida" que orientem as operações de forma a satisfazer as necessidades de mudança de cada parte. ».

(49) A Comissão conclui por conseguinte que a estrutura de gestão coordenada da CIPEN confere à Exxon e à Shell um controlo conjunto.

b) *Restrições resultantes da criação e do controlo conjuntos*

(50) A Exxon e a Shell são concorrentes no mercado relevante principal, o mercado oligopolístico comunitário de LDPE/LLDPE (distinto do mercado de HDPE e de outros termoplásticos), em que foram os quarto e quinto maiores produtores em 1991, com partes de mercado que rondaram 11,5 % e 8,5 %, respectivamente. O mercado de HDPE poderá também ser relevante: a Exxon e a Shell devem igualmente ser consideradas concorrentes nesse mercado. Em especial:

— a Exxon produz LDPE na Bélgica e LLDPE/HDPE na Arábia Saudita; a Shell produz LDPE no Reino Unido, França e Alemanha. A Shell produz HDPE na Alemanha e polipropileno no Alemanha e no Reino Unido; a Exxon produz polipropileno em França,

— a Exxon pode criar independentemente unidades de produção de LLDPE/HDPE no mercado comum e a Shell é capaz de iniciar uma produção individual de LLDPE/HDPE. A Shell e a Exxon podem criar independentemente unidades de polipropileno no mercado comum.

(51) No que respeita à Exxon, essa capacidade afirma-se em primeiro lugar pelo *know-how* que tem e utiliza nas suas fábricas de LLDPE/HDPE fora da Europa (a Exxon tem licença para fabricar, utilizar e vender LLDPE/HDPE com a tecnologia UCC) e pela sua fábrica de polipropileno em NDG. Quanto à Shell, deve notar-se que todos os outros fabricantes de polietileno puderam desenvolver a sua própria tecnologia ou adquiri-la por licença e a Shell é proprietária, em conjunto com a BASF (ROW), de uma unidade de produção de LLDPE/HDPE na Alemanha, com a capacidade de 15 kt/ano. Além disso, a Shell, de acordo com o « Memorando à Administração da Shell Petroleum NV » de Outubro de 1989, vendeu (antes de Maio de 1992) um « volume pré-comercializado » de LLDPE comprado à Exxon ; portanto, a Shell já tem a sua própria experiência comercial neste sector específico. A Shell tem também experiência própria na produção e comercialização de polipropileno.

(52) Em segundo lugar, uma unidade de produção de LLDPE/HDPE da Exxon e/ou da Shell com metade da capacidade da empresa comum teria uma dimensão viável (110 kt) em termos técnicos e económicos, como se prova pela existência de unidades de LLDPE/HDPE de dimensão igual, ou até menor, pertencentes a outras empresas.

(53) Assim, a criação pela Exxon e pela Shell de uma empresa comum de produção operando nos mesmos mercados das empresas-mãe, que são e continuarão a ser concorrentes, deve ser examinada e avaliada à luz do nº 1 do artigo 85º

(54) Ao avaliar se o conjunto de acordos entre a Exxon e a Shell tem por objectivo ou efeito a restrição da concorrência, deve ter-se em conta o contexto jurídico e económico, atendendo em especial à situação do mercado relevante e à posição ocupada pelas partes. Embora o Tribunal de Justiça não tenha ainda tomado uma posição específica quanto às empresas comuns, a Comissão tem, de atender à importância da independência dos operadores comerciais no que toca às suas decisões empresariais, que não devem ser sujeitas a influências recíprocas.

(55) A CIPEN é uma empresa comum na qual as empresas-mãe delegaram apenas as funções de produção de uma empresa (empresa comum de função parcial). Como a empresa comum transforma os produtos de base fornecidos pelas empresas-mãe em polietileno (que continua também a ser individualmente produzido e comercializado pela Exxon e pela Shell), que lhes será fornecido de volta, a concorrência entre empresas — tendo em conta a proximidade de mercado da sua cooperação e a inerente tendência para alinhar os preços — só existirá de forma muito reduzida (ponto 40 da comunicação da Comissão sobre empresas comuns com carácter de cooperação).

(56) As empresas-mãe fizeram um investimento significativo na nova unidade de produção, que representa uma parte considerável (perto de 17 %) da sua actividade global no mercado de LDPE/LLDPE (onde existe o risco de persistir nos anos mais próximos o desequilíbrio entre a capacidade de produção e a procura) e vendem a sua produção sem outro tratamento. A criação e exploração por essas empresas da CIPEN como empresa comum implica uma cooperação directa e permanente que influencia o seu comportamento concorrencial actual e futuro e afecta a sua independência.

(57) No entanto, em relação ao mercado de HDPE, a Comissão considera que a restrição da concorrência não é significativa, pois o actual peso da Exxon e da Shell no mercado de HDPE é pouco elevado. A Shell detém apenas 50 % da empresa comum da ROW com a BASF com capacidade de produção de 215 kt/ano de HDPE e a Exxon não tem fábricas de HDPE na Comunidade. É certo que a Exxon pode exportar HDPE a partir do Médio Oriente e dos EUA, mas a perspectiva para a próxima década é um declínio das importações totais dos EUA, prevendo-se que os preços mundiais se nivelem e que haja um aumento da oferta interna. Por outro lado, há que considerar que a Shell é o segundo produtor (com a Hoechst e depois da Himont) de polipropileno, que concorre parcialmente com o HDPE. Além disso, a Exxon é um dos principais produtores de polipropileno nos EUA e desde finais de 1992 criou a sua primeira instalação de produção na Comunidade (140 kt/ano) em NDG. Em razão do exposto, a Comissão considera a Exxon e a Shell concorrentes, mas simultaneamente, como a concorrência interpolímeros entre o HDPE e o polipropileno é pouco significativa, a Comissão crê que a CIPEN, dada a sua dimensão presente e à luz das características actuais do mercado oligopolístico de HDPE e da permutabilidade apenas parcial do HDPE pelo polipropileno, conduz a uma restrição da concorrência pouco significativa.

(58) Esta restrição da concorrência (significativa no mercado de LDPE/LLDPE mas não tanto no de HDPE), que não pressupõe uma intenção deliberada das partes, é bem ilustrada pelos aspectos de investimento e de produção :

I. Investimento

(59) Ao decidir criar em conjunto uma nova unidade de produção, as empresas fundadoras coordenaram os seus planos de investimento e desistiram da possibilidade de expandir as suas actividades de polietileno por acção individual, para o que teriam inegável capacidade, dada a sua dimensão e a experiência que possuem no sector. No que se refere aos investimentos no GIE, nem a assembleia geral nem o director podem actuar contrariamente aos interesses de qualquer dos accionistas: a primeira porque as suas decisões devem ser tomadas por unanimidade; o segundo, entre outros motivos, devido aos poderes de controlo do auditor. Os poderes de decisão da assembleia geral e do director são limitados pela necessidade de a CIPEN respeitar os interesses dos accionistas. No que se refere aos investimentos fora do GIE, mesmo que cada membro possa fazer investimentos de forma independente, será influenciado nas próprias decisões de investimento relativas ao LDPE/LLDPE pelas decisões tomadas em conjunto com o seu sócio numa fábrica que representa uma parte considerável e tecnologicamente sofisticada das actividades de ambas as empresas-mãe no mercado de LDPE/LLDPE. Em especial, a decisão de criar uma unidade comum irá reduzir apreciavelmente a possibilidade de qualquer das partes — após o investimento financeiro substancial efectuado na empresa comum — se lançar em importantes investimentos de capacidade que concorram com o da empresa comum [1]. O objectivo real da sua cooperação será, pois, uma restrição da concorrência entre a Exxon e a Shell no mercado de LDPE/LLDPE. Essa restrição da concorrência irá também afectar indirectamente a posição concorrencial dos próprios sócios.

II. Produção

(60) A Exxon e a Shell serão inevitavelmente obrigadas a coordenar a sua produção na CIPEN. Mesmo que ambas tenham o direito de utilizar as instalações de produção pelo mesmo período de tempo e para as qualidades de que necessitam, cada uma tem necessariamente de ter em conta os planos da outra, acerca dos quais podem obter informações significativas, e de respeitar os limites das instalações de produção ao produzir para a outra. Cada empresa-mãe compromete-se a receber a quantidade de LDPE/LLDPE correspondente ao produto de base que entregou e a fornecer o etileno e buteno-1 necessários ao fabrico de polietileno linear correspondente ao tempo de funcionamento (50 %) que lhe foi atribuído.

(61) A coordenação entre a Exxon e a Shell do seu programa de produção de polietileno linear na empresa comum é reforçada pelos contratos de fornecimento de etileno. Tendo em conta a realidade económica representada pelos contratos de fornecimento de etileno, que se referem à exclusividade de facto e à sua estrutura jurídica, é evidente que:

i) só o etileno produzido pelas empresas-mãe é fornecido à CIPEN;

ii) as disposições *swap* para o etileno entre a Exxon e a Shell alargam indirectamente a coordenação da sua produção de polietileno a instalações que não se integram na empresa comum (unidades de produção de LDPE da Exxon na Bélgica).

(62) Este efeito anticoncorrencial não é eliminado pelo facto de as partes continuarem a comercializar produtos de LDPE/LLDPE — incluindo a produção de empresa comum — de modo independente [2]. Como os preços de venda são em grande medida semelhantes, o principal parâmetro da concorrência é a estratégia global de investimento e produção, que é precisamente o fulcro da sua coordenação na empresa comum.

(63) O efeito anticoncorrencial também não é eliminado pelas alterações aos acordos na sequência da comunicação de acusações suplementar da Comissão. É certo que essas alterações garantem maior autonomia à gestão quotidiana e maior possibilidade de investimentos separados e de adaptação da produção da empresa comum às respectivas necessidades das empresas-mãe. Porém, a estrutura adoptada para a sua cooperação continua a ser diferente das formas de investimento passivo ou de acordos de produção a longo prazo. Efectivamente, as disposições previstas ultrapassam o estritamente necessário para a criação e o adequado funcionamento técnico e administrativo da empresa comum e levam à coordenação do comportamento concorrencial das partes [3]:

— no que respeita a novos investimentos na empresa comum, continua a verificar-se que os futuros investimentos comuns que não excedam a competência do director em termos do orçamento anual resultam de uma decisão conjunta, visto serem previstos no orçamento aprovado pela assembleia geral, e que os futuros investimentos comuns que excedam a competência do director em termos do orçamento anual resultam também de uma decisão conjunta,

[1] Decisão 88/88/CEE da Comissão — Olivetti/Canon, JO nº L 52 de 26. 2. 1988, p. 51.

[2] Ver nota [1] acima. O impacte da cooperação nos preços de revenda das empresas-mãe era, neste processo, um elemento adicional.

[3] Decisão 87/100/CEE da Comissão — Mitchell Cotts/Sofiltra, JO nº L 41 de 11. 2. 1987, p. 31.

visto terem de ser submetidos à apreciação de uma assembleia geral. Além disso, a parte que pretenda investir separadamente no seio do GIE não o poderá fazer se a outra parte desejar que o investimento seja conjunto. Por outro lado, a parte que investe separadamente só o poderá fazer se os direitos de produção da outra parte não ficarem abaixo de 33 %. Por conseguinte, existe ainda coordenação de comportamento concorrencial no domínio dos investimentos,

— no que respeita à gestão quotidiana, mantém-se o facto de o director, embora com maior autonomia, ter sempre de executar as decisões conjuntas resultantes do orçamento aprovado pela assembleia geral,

— no que respeita aos direitos de produção, mantém-se o facto de cada parte dever necessariamente ter em conta os planos da outra, acerca dos quais podem obter informações significativas, e respeitar os limites das instalações de produção conjunta ao produzir para a outra.

Convém sobretudo salientar que o fluxo de informação entre a Exxon e a Shell, que a estrutura da empresa comum possibilita, constitui a base sobre a qual cada sócio pode planear a respectiva produção de polietileno e adaptá-la às opções de outro sócio. Esta interdependência tem um efeito directo nos planos de produção da empresa comum da Exxon e da Shell (permitindo, conforme provado numa verificação do funcionamento prático da empresa comum efectuada pela Comissão, uma igualização perfeita das quantidades produzidas pelos dois membros ou uma suspensão simultânea de produção da empresa comum), além de um efeito indirecto (efeito de arraste ou de grupo) nos planos de produção de polietileno dos grupos Exxon e Shell no seu conjunto. De facto, qualquer aumento, redução ou suspensão da produção decidida por um sócio no intuito de adaptar o seu comportamento às opções do outro sócio na empresa comum implica uma reapreciação global dos planos de produção de todas as unidades de polietileno pertencentes ao grupo desse sócio.

c) *Efeito no comércio entre Estados-membros*

(64) A empresa comum Exxon/Shell e os acordos conexos podem ter um efeito apreciável sobre o comércio entre Estados-membros. Os acordos dizem respeito a produtores que fornecem os produtos em toda a Comunidade. Em especial, o polietileno linear fabricado pela empresa comum destina-se a ser comercializado, nomeadamente, em toda a Comunidade.

C. **Nº 3 do artigo 85º**

(65) Os acordos entre a Exxon e a Shell preenchem as condições para isenção previstas no nº 3 do artigo 85º Contribuem para melhorar a produção dos produtos e para promover o progresso técnico e económico, reservando aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante.

(66) Com as alterações introduzidas na sequência da comunicação de acusações suplementar da Comissão, os acordos não impõem às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos. Por último, os acordos não dão a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

a) *Melhoria da produção*

Promoção do progresso técnico e económico

(67) Os acordos entre as partes permitem a construção da primeira unidade de LLDPE/HDPE na Comunidade Europeia que utiliza a tecnologia Unipol.

Esta tecnologia proporciona um elevado grau de flexibilidade (permitindo que a fábrica em NDG produza polietileno a custos concorrenciais). No domínio do progresso técnico, a presença na Comunidade de LLDPE adicional a baixo custo deverá incentivar os clientes a converter o desactualizado equipamento de extrusão (os antigos equipamentos de extrusão têm de transformar numa mistura de LDPE/LLDPE, enquanto as novas unidades podem tratar 100 % LLDPE) e a aproveitar as vantagens do LLDPE em relação ao LDPE em termos de *downgauging* (películas mais finas com resistência equivalente). Daí advirá uma redução da utilização de matérias-primas pelos clientes, bem como dos seus custos e do volume de resíduos plásticos.

(68) Deve igualmente ser tido em conta que uma empresa comum para produzir LLDPE/HDPE criada por dois produtores de etileno que, devido a disposições « *swap* » de intercâmbio, não necessitam de transportar etileno, evita os riscos para a saúde e para o ambiente inerentes a tal transporte.

(69) Além disso, o facto de a CIPEN beneficiar da actual licença de tecnologia Unipol da Exxon, economizando as despesas de uma nova licença Unipol ou de tecnologias alternativas de desenvolvimento e de aplicação, permite a obtenção de economias de custos significativas.

b) *Vantagens para os consumidores*

(70) Além disso efeito favorável para os clientes, a introdução na comunidade de LLDPE a baixo custo no mercado atrás descrito irão beneficiar os consumidores. Na verdade, o acordo Exxon/Shell de criação de uma empresa comum e os acordos conexos não incluem qualquer elemento que impeça os consumidores de partilharem o benefício resultante do baixo custo do LLDPE fabricado pela CIPEN. Deve salientar-se, em especial, que nenhuma das empresas-mãe depende da outra no que diz respeito à matéria-prima (etileno). Devido aos contratos *swap* relativos ao etileno, os custos da matéria-prima da Shell para o LLDPE/HDPE a partir da NDG basear-se-ão nos custos de produção de etileno pela Shell na sua fábrica de Moerdijk, enquanto o custo das matérias-primas de Exxon se basearão na economia do seu *cracker* de NDG. Como não é nada provável que os custos do etileno de Moerdijk e de NDG sejam idênticos e como as duas partes têm sistemas de comercialização separados, continuará a haver concorrência entre a Exxon e a Shell, ainda que reduzida pela cooperação no âmbito da empresa comum, igualmente em relação ao LLDPE produzido na CIPEN, permitindo, por conseguinte, que os consumidores beneficiem de uma parte equitativa dos lucros resultantes da melhoria da produção e do progresso técnico e económico.

(71) Além disso, os resultados quase sempre superiores do LLDPE em relação ao LDPE irão originar melhores produtos para utilização pelo consumidor. Note-se também que a redução da utilização de matérias-primas e de resíduos plásticos e a prevenção dos riscos ambientais inerentes ao transporte do etileno serão sentidas por muitos consumidores como benéficas, numa conjuntura em que a limitação dos recursos naturais e as ameaças ao ambiente causam crescente apreensão no público.

c) *Carácter indispensável das restrições*

(72) As restrições da concorrência decorrentes dos acordos entre a Exxon e a Shell, com as alterações introduzidas na sequência da comunicação de acusações suplementar da Comissão, estão agora reduzidas ao mínimo indispensável para se atingir os objectivos acima referidos através de um funcionamento seguro da empresa comum de produção.

(73) Os acordos alterados ainda prevêem uma certa coordenação do comportamento concorrencial da Exxon e da Shell no que diz respeito a investimentos e à produção de LDPE/LLDPE. Contudo, essa cooperação é desenvolvida da forma menos restritiva para a concorrência, mantendo assim tanto quanto possível a autonomia económica de operadores independentes no mercado.

(74) A forma reduzida de coordenação é imprescindível para a obtenção da já mencionada produção e das melhorias técnicas e económicas.

É improvável que qualquer das partes pudesse construir sozinha uma unidade de produção de LLDPE/HDPE tão eficaz e fiável, pelos seguintes motivos :

a) Embora tanto a Shell como a Exxon tenham suficiente capacidade financeira, não tinham, atendendo à actual situação do mercado, suficiente incentivo para investir 100 % do capital numa instalação de produção de LLDPE/HDPE altamente eficaz e fiável como a CIPEN, que custou aproximadamente 1 000 milhões de francos franceses ;

b) Embora a Exxon e a Shell tenham possibilidade de criar instalações individuais de LLDPE/ /HDPE no mercado comum, o mais apropriado em termos técnicos e económicos é a utilização de metade da capacidade da empresa comum — uma instalação com um reactor único que utiliza o processo avançado em fase gasosa.

(75) Os objectivos da presente cooperação não poderiam, nas circunstâncias específicas do caso, ser atingidos por intermédio de um acordo de produção a longo prazo ou de uma simples participação financeira na empresa comum, devido às complexas questões relacionadas com o desenvolvimento de múltiplas qualidades e os planos de investimento, que exigem de ambas as partes o exercício de determinadas competências para controlar a estrutura da empresa comum.

(76) Dadas as potencialidades do processo Unipol, pode ser produzida uma grande variedade de qualidades de reactor que cobre múltiplas combinações dentro de vastas gamas de características essenciais do produto, como o índice de fusão, a densidade, o teor de co-monómeros, etc. Cada fase de acabamento do produto pode ser elaborada por medida, pela adição de uma variedade de pacotes, para produzir propriedades específicas que vão ao encontro das necessidades de aplicações dos clientes. Desse modo, as instalações da CIPEN terão possibilidades de produzir diferentes qualidades de polietileno linear. Como algumas qualidades não são eficazmente produzidas sucessivamente, as partes deverão optar por um número muito limitado de qualidades durante um período especial de produção. Assim, as partes necessitam de se reunir para discutir e determinar que qualidades específicas serão produzidas, tanto actualmente (selecção de diferentes qualidades) como no futuro (desenvolvimento de produtos novos/experimentais).

Assim, o desenvolvimento adequado das diferentes qualidades, a melhoria da capacidade e o planeamento do ciclo dessas qualidades são ingredientes essenciais de uma orientação eficaz da unidade de produção da CIPEN, caracterizada pelo flexível sistema de produção atrás descrito. Nestas particulares circunstâncias, é indispensável que as duas empresas-mãe participem na determinação bilateral dessas questões mediante um processo de decisão interactivo.

Sem a tomada de decisões por unanimidade por parte da assembleia geral e sem a repartição de autoridade entre o director designado pela Exxon (gestão quotidiana) e o auditor designado pela Shell (auditoria interna), as partes não poderiam gerir eficazmente uma empresa comum em que investiram significativamente e que exige, em virtude da complexidade já referida da flexibilidade de produção de diferentes qualidades, um processo decisional interactivo e permanente.

(77) Isso não significa que todas as decisões relativas à nova unidade de produção tenham de ser tomadas em conjunto. De facto, a actual estrutura da empresa comum garante :

— maior possibilidades de decisões de investimento separado, não apenas no exterior mas também no seio do GIE, pois esse investimento separado não está sujeito, como nos acordos originais, à condição de ser efectuado « no âmbito da capacidade de produção da unidade, conforme determinado pela assembleia geral », mas à condição muito mais objectiva de « esse investimento não prejudicar a competência técnica da unidade de produção de polietileno linear do GIE ». Com efeito, as disposições iniciais relativas aos novos investimentos nas instalações da CIPEN, em que esse investimento dependia efectivamente do consentimento da outra parte, constituíam uma restrição da concorrência que não era indispensável. Embora seja necessário e aceitável que uma proposta de investimento separado na própria fábrica não seja autorizada se a outra parte desejar que esse investimento fazê-lo de forma independente, desde que não seja posto em risco o funcionamento da unidade e a outra parte se recuse a participar no mesmo. Como as novas disposições das regras internas e operacionais relativas a novos investimentos nas instalações têm em atenção esse requisito, não excedem o que é indispensável para a consecução dos objectivos da CIPEN,

— a possibilidade, no caso de utilização parcial dos direitos de produção por um dos sócios, de o outro sócio retomar a totalidade ou parte dos direitos não utilizados sem necessidade de consultar o que não os utiliza, visto que esse levantamento extra não está sujeita, como nas disposições originais, à convocação de uma reunião entre a Exxon e a Shell para « discutir imediatamente uma nova distribuição dos respectivos direitos de produção », mas à condição muito mais objectiva de o sócio interessado « notificar o director da sua intenção de ficar com todos ou parte dos direitos de produção não utilizados, que serão facturados pelo GIE ao referido sócio ao preço dos custos fixos efectivos relativos à parte dos direitos de produção apropriados. O GIE pagará imediatamente ao sócio que não utiliza o direito de produção a quantia que o outro sócio terá assim liquidado ».

Regra geral, é apropriado que cada sócio tenha à sua disposição uma parte da capacidade de produção da CIPEN correspondente aos seus interesses na CIPEN. Contudo, numa situação em que um dos sócios não utiliza toda a sua parte na capacidade de produção da unidade, deve ser possível ao outro ficar com a totalidade ou uma parte da capacidade não utilizada, sem o consentimento tácito ou explícito do sócio que não a utiliza. Embora as disposições originais relativas a esse levantamento exigissem esse

consentimento ou outro sócio e restringissem assim a autonomia das empresas-mãe nas suas decisões de produção além do que é indispensável para o funcionamento da empresa comum, as alterações ao acordo de utilização da fábrica dispõem agora que cada sócio pode tomar a decisão de utilizar uma parte ou todo o tempo de funcionamento da unidade que o outro sócio não utiliza, sem necessitar do consentimento do outro. No capítulo da utilização das instalações, os acordos já não constituem portanto uma restrição que não é indispensável à concorrência,

— maior independência para o director na gestão quotidiana da empresa comum, pois as suas competências já não são limitadas, como nos acordos originais, pela comissão de funcionamento: essa comissão foi substituída por um comité consultivo a convocar exclusivamente por decisão do director para consulta sobre qualquer assunto de carácter técnico ou administrativo. Embora se possa considerar que a participação das duas empresas-mãe nas decisões orçamentais e decisões de futuros investimentos conjuntos, na optimização da unidade de produção e no desenvolvimento de produto está relacionada com o controlo conjunto da empresa comum, a gestão quotidiana da unidade deve ser organizada por forma a excluir as empresas-mãe de uma influência constante nas operações da CIPEN que não se relacionem estreitamente com a flexibilidade da produção de diferentes calibres.

Para tanto, foi concedido ao director da CIPEN um grande grau de autonomia em termos de gestão quotidiana da fábrica. Uma situação em que uma comissão de funcionamento, incluindo representantes de ambas as partes, fosse responsável pela maioria das decisões relativas ao funcionamento e gestão da empresa comum, conforme originalmente previsto pelas partes, permitiria um fluxo contínuo de informações concorrenciais sensíveis entre as partes.

As novas disposições, segundo as quais o director, apoiado pelo comité consultivo, é responsável pela gestão quotidiana da unidade de produção, reduz o perigo de cooperação indevida entre as partes e — ao contrário das disposições originais — obedece à condição de ser indispensável para uma gestão harmoniosa da unidade de produção.

(78) Neste novo contexto, os acordos de fornecimento e, em especial, o *swap* de etileno, podem considerar-se como contendo restrições acessórias à restrição da concorrência decorrente da própria empresa comum. A comunicação da Comissão relativa à avaliação de empresas comuns com carácter de cooperação nos termos do artigo 85º do Tratado CE estabelece que as « restrições acessórias não exigem justificação especial nos termos do nº 3 do artigo 85º » e que « serão de um modo geral isentas pelo mesmo período que a empresa comum », pois « a isenção da proibição é baseada, para ambas, nos mesmos princípios » (ponto 67).

d) *Eliminação da concorrência*

(79) Os acordos entre a Exxon e a Shell não conferem aos sócios a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em questão.

(80) De facto, os acordos não excluem a concorrência entre as partes, embora a concorrência seja restringida pela cooperação na empresa comum. A CIPEN é um veículo não exclusivo para cada um dos sócios produzir determinados volumes de LLDPE/HDPE numa unidade de produção de propriedade conjunta dirigida pela Exxon e os sócios alteraram os acordos originais para garantir que permanecerão separados e que tanto quanto possível serão concorrentes autónomos no mercado de LDPE/LLDPE.

(81) Após a entrada em vigor dos acordos, a capacidade de produção total da Exxon e da Shell em termos de LDPE/LLDPE representa cerca de 22 % e a sua parte de mercado agregada atinge um valor semelhante. Considerando que a empresa comum restringe, mas não elimina, a concorrência entre as partes e mesmo tendo em conta as partes de mercado agregadas dos dois grupos, a dimensão dos outros concorrentes no mesmo mercado garante que não é eliminada uma concorrência efectiva.

Este dado está de acordo com a comunicação da Comissão relativa à avaliação de empresas comuns com carácter de cooperação nos termos do artigo 85º do Tratado CE, que estabelece (ponto 63): « O limite de 20 % da quota de mercado constante do regulamento de isenção por categoria pode servir de ponto de referência para a avaliação das empresas comuns de produção em casos concretos ». Como a parte da capacidade de produção total da Exxon e da Shell de LDPE/LLDPE excede marginalmente o limiar mencionado e como a estrutura do mercado continuará a garantir um reduzido (pela cooperação das partes na empresa comum), mas mesmo assim suficiente, grau de concorrência, justifica-se uma isenção individual.

(82) Além disso, no que diz respeito à tecnologia Unipol, não existe qualquer disposição no « acordo de tecnologia de polietileno linear » ou nos outros acordos Exxon/Shell notificados que possa ter um efeito de exclusão; esse efeito, aliás, é impedido pelo facto de haver várias empresas que concedem autorizações relativas à tecnologia de polietileno, nomeadamente a ICI, BASF, UCC, Philips, USI, BP, Dupont, Mitsui, CDF, Montedison, Amoco, Stomicarbon e Atochem.

Duração da isenção e obrigações

(83) O nº 1 do artigo 8º do Regulamento nº 17 dispõe que as isenções em aplicação do nº 3 do artigo 85º serão concedidas por um período determinado e podem incluir condições e obrigações.

(84) Atendendo à natureza dos acordos e às perspectivas a curto e médio prazos da indústria de polietileno e dos seus mercados e em especial ao facto de a empresa comum ir ser gerida pela Exxon por um período inicial de 15 anos a partir da data de arranque, considera-se como duração adequada da isenção, que se inscreve nos objectivos enumerados no nº 3 do artigo 85º, um período de 10 anos a partir da data da primeira notificação dos acordos alterados (29 de Maio de 1992 a 28 de Maio de 2002). De facto, um prazo mais curto para a isenção não teria suficientemente em conta a importância do investimento dos sócios na empresa comum.

(85) Para que a Comissão possa acompanhar a execução dos acordos objecto de isenção nos termos do nº 3 do artigo 8º do Regulamento nº 17 e, em especial, manter-se informada de qualquer alteração dos factos em que se baseia a concessão da presente isenção, conforme prescrito na alínea a) do referido nº 3 do artigo 8º, a Exxon e a Shell deverão igualmente informar com antecedência a Comissão de qualquer renovação ou alargamento do âmbito ou da natureza, ou de alterações ou aditamentos aos acordos (incluindo a identidade das partes) e de qualquer paragem na produção da empresa comum pela Exxon ou pela Shell (especificando os motivos e a duração da paragem).

(86) Para que a Comissão possa verificar se a Exxon e a Shell observam rigorosamente todas as condições estabelecidas na presente decisão de isenção e se a concorrência não é indevidamente ou mais restringida, as partes deverão apresentar anualmente à Comissão um relatório relativo ao LDPE, ao LLDPE e ao HDPE. Os relatórios devem mencionar a produção e a venda de LDPE, de LLDPE e de HDPE pela parte, ou pelas suas filiais ou empresas que controla em todo o mercado comum, em cada Estado-membro e noutros países, identificando separadamente os dados referentes à produção da CIPEN. Os relatórios serão enviados à Comissão dentro de dois meses após o final do período a que se referem. O primeiro relatório deverá cobrir o período de 1 de Janeiro de 1993 a 31 Dezembro de 1993 e deverão ser enviados à Comissão dentro de um mês a contar da data de notificação da presente decisão.

(87) A Comissão terá também o dever especial de decidir se um alargamento previsto da capacidade da CIPEN exigirá um novo exame do proceso nos termos do nº 3 do artigo 85º, dada a possibilidade de o alargamento ou alargamentos previstos poderem originar uma situação em que não fosse indispensável prosseguir a propriedade conjunta ou o controlo conjunto de uma unidade como a CIPEN.

Se (para dar um exemplo) a CIPEN tencionasse duplicar a sua capacidade, teria de ser considerada a possibilidade de existência de duas unidades de produção separadas da Exxon e da Shell. A Exxon e a Shell deverão assim informar com antecedência a Comissão de qualquer alteração de capacidade que projectem, tanto no interior como no exterior do GIE, no que se refere aos produtos considerados na presente decisão.

(88) Além disso, a Comissão reserva-se o direito de solicitar às partes que forneçam quaisquer outras informações consideradas necessárias para verificar se a concorrência não é restringida para além do que a presente decisão permite,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

Nos termos do nº 3 do artigo 85º, o disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado CE é declarado inaplicável durante o período de 29 de Maio de 1992 a 28 de Maio de 2002 aos acordos entre determinadas empresas químicas do grupo Exxon e determinadas empresas químicas do grupo Shell, relativos ao fornecimento de produtos de base e à criação, financiamento, construção, gestão e funcionamento de uma empresa comum de produção de polietilene linear denominada « Compagnie Industrielle des Polyéthylènes de Normandie », entre uma filial francesa do grupo Exxon e uma filial francesa do grupo Shell.

Artigo 2º

A declaração de isenção constante do artigo 1º fica sujeita às seguintes obrigações:

1. A Exxon e a Shell informarão individualmente a Comissão, com a necessária antecedência, de quaisquer renovações ou alargamentos do âmbito ou da natureza, ou alterações ou aditamentos aos acordos (incluindo a identidade das partes) a que o artigo 1º se refere e de qualquer paragem de produção na empresa comum pela Exxon ou pela Shell (especificando os motivos e a duração da paragem).

2. Durante o período da isenção, a Exxon apresentará todos os anos um relatório à Comissão, dentro de dois meses após o termo do período abrangido pelo mesmo. O primeiro relatório deverá cobrir o período de 1 de Janeiro de 1993 a 31 de Dezembro de 1993 e deverá ser enviado à Comissão dentro de um mês a contar da data de notificação da presente decisão.

   O relatório diz respeito às actividades relacionadas com a produção e a venda de LDPE, LLDPE e de HDPE e indicará, para cada produto, o volume produzido e a quantidade vendida pela Exxon, pelas suas filiais e empresas que controla no conjunto do mercado comum, em cada Estado-membro e noutros países, indicando em cada caso separadamente a produção da CIPEN.

3. Durante o período da isenção, a Shell apresentará todos os anos um relatório à Comissão, dentro de dois meses após o termo do período abrangido pelo mesmo. O primeiro relatório deverá cobrir o período de 1 de Janeiro de 1993 a 31 de Dezembro de 1993 e deverá ser enviado à Comissão dentro de um mês a contar da data de notificação da presente decisão.

   O relatório diz respeito às actividades relacionadas com a produção e a venda de LDPE, LLDPE e HDPE e indicará, para cada produto, o volume produzido e a quantidade vendida pela Shell, pelas suas filiais e empresas que controla no conjunto do mercado comum, em cada Estado-membro e noutros países, indicando em cada caso separadamente a produção da CIPEN.

4. A Exxon e a Shell informarão individualmente a Comissão com antecedência de qualquer alteração prevista de capacidade, tanto no interior como no exterior do GIE, no que se refere aos produtos considerados na presente decisão.

5. A Exxon e a Shell deverão fornecer quaisquer outras informações consideradas necessárias pela Comissão para verificar se a concorrência não é restringida para além do que a presente decisão permite.

Artigo 3º

São destinatárias da presente decisão as seguintes empresas:

— Exxon Chemical International Inc.,
Boulevard du Souverain 280,
B-1160 Bruxelas
(em nome do grupo-Exxon);

— Shell International Chemical Company Limited,
Shell Centre,
GB-Londres SE1 7PG
(em nome do grupo Shell).

Feito em Bruxelas, em 18 de Maio de 1994.

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Membro da Comissão