II

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

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 5 september 1979

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.021 — BP Kemi — DDSF)

(Slechts de tekst in de Deense taal is authentiek)

(79/934/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap en met name op artikel 85,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (1) en met name op artikel 3,

Gezien het verzoek dat op 18 maart 1975 conform artikel 3, lid 2, sub b), van Verordening nr. 17 bij de Commissie is ingediend door de Vennootschap A/S Atka, te Kopenhagen, Denemarken,

Gezien het besluit van de Commissie van 24 april 1978 om tegen de vennootschappen BP Kemi A/S en A/S De Danske Spritfabrikker een procedure in te leiden,

Gehoord de betrokken ondernemingen conform artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en conform Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie (2),

Geraadpleegd het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities conform artikel 10 van Verordening nr. 17 op 13 februari 1979,

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

I. DE FEITEN

Overwegende dat de feiten als volgt kunnen worden samengevat:

1. Het onderwerp van de procedure

1 De onderhavige procedure heeft betrekking op de samenwerking tussen BP Kemi A/S (hierna BP Kemi te noemen), een dochtermaatschappij voor 100 % van het concern dat wordt geleid door de British Petroleum Co. Ltd (hierna BP te noemen) en A/S De Danske Spritfabrikker (hierna DDSF te noemen) bij de verkoop van synthetische ethanol in Denemarken gedurende de periode van 1 juli 1973 tot en met 31 december 1976.

2. Het produkt

2 Ethanol is een kleurloze, heldere vloeistof met een frisse, karakteristieke geur; het is in alle verhoudingen vermengbaar met water en vele oplosmiddelen, oliën, chemicaliën en chemische produkten. Ethanol kan worden voortgebracht op basis van een grondstof die wordt verkregen uit aardolie of aardgas of op basis van suikerhoudende grondstoffen (b. v. wijn, vruchten, aardappels, graan of melasse).

Het eerstgenoemde type dat eerst sinds 1945 verkrijgbaar was, heet synthetische ethanol, het andere agrarische ethanol.

Natuurkundig of chemisch verschillen de twee soorten ethanol niet van elkaar; men heeft zelfs eerst kort geleden een methode ontdekt om synthetische ethanol van agrarische te onderscheiden, hoewel het voor deskundigen op dit gebied steeds mogelijk is geweest de beide produkten naar de reuk te onderscheiden.

3 Ethanol wordt in het bijzonder gebruikt bij de produktie van sterke dranken, azijn, farmaceutische produkten, cosmetica, oplosmiddelen, produkten voor huishoudelijk gebruik (schoonmaakmiddelen) en voor chemische synthese.

Aangezien agrarische en synthetische ethanol technisch voor dezelfde doeleinden kunnen worden benut en de produktiekosten van de laatstgenoemde het laagst zijn — hoewel zij met de stijging in de olieprijzen sinds 1973 sterk zijn omhoog gegaan — wordt de produktie van agrarische ethanol in de verschillende Lid-Staten beschermd via regelingen die het gebruik van synthetische ethanol beperken. Zowel de wijze waarop de bescherming plaatsvindt als haar omvang verschilt van de ene Lid-Staat tot de andere; zo kan synthetische ethanol in het Verenigd Koninkrijk en Denemarken voor alle doeleinden worden gebruikt behalve voor sterke dranken en azijn, terwijl hij in Duitsland alleen mag worden gebruikt voor chemische synthese en oplosmiddelen en in Frankrijk in de regel alleen voor chemische synthese.

3. De produktie

4 In 1976 bedroeg de totale produktie in de EEG van agragrische ethanol 7 miljoen hl, waarvan het grootste deel werd voortgebracht in Frankrijk (2,4 miljoen hl), Italië (2 miljoen hl) en Duitsland (0,9 miljoen hl). De produktie van het Verenigd Koninkrijk bedroeg 0,5 miljoen hl en die van Denemarken 0,2 miljoen hl, geheel geproduceerd door DDSF.

5 In bijlage I wordt de produktie van synthetische ethanol gepreciseerd. De grootste producent van synthetische ethanol in de EEG is de vennootschap BP Chemicals Limited uit het Verenigd Koninkrijk (hierna BPCL te noemen); BPCL is evenals BP Kemi een dochtermaatschappij voor 100 % van de BP-groep. De enige andere producenten van synthetische ethanol in de EEG zijn: de vennootschappen SODES, Frankrijk, Veba-Chemie AG, Duitsland, Erdölchemie GmbH, Duitsland (een gemeenschappelijke dochteronderneming van Bayer en BP-Duitsland), en British Celanese, Verenigd Koninkrijk. British Celanese brengt evenwel geen synthetische alcohol in de handel omdat de eigen produktie door de vennootschap zelf wordt gebruikt.

6 In 1976 bedroeg de totale produktie van de genoemde vennootschappen 4,6 miljoen hl synthetische ethanol. De produktie van elk van de vennootschappen en haar produktiecapaciteit staan aangegeven in de volgende tabel:

(in 1 000 hl)

	Produktie in 1976	Produktie-capaciteit
BPCL	2 080	2 970
SODES	895	1 230
Veba-Chemie	1 232	1 640
Erdölchemie		760
British Celanese	440	500

Tot juli 1973 produceerde DDSF ook synthetische ethanol; haar jaarproduktie bedroeg toen circa 150 000 hl.

4. De vennootschappen

7 BPCL produceert circa 45 % van de synthetische ethanol die in de EEG voor verkoop wordt voortgebracht. Via vennootschappen van de BP-groep wordt deze ethanol verkocht in een aantal EEG-landen, met inbegrip van het Verenigd Koninkrijk, Ierland, België en Denemarken. In 1977 bedroeg de totale omzet van synthetische ethanol die door BPCL in de EEG werd verkocht 32,73 miljoen £ (circa 335 miljoen Dkr.) waarvan 2,65 miljoen £ (circa 27 miljoen Dkr.) in Denemarken werd verkocht. Haar totale verkopen aan agrarische ethanol in 1977 bedroegen 5,43 miljoen £ (circa 55 miljoen Dkr.), geheel verkocht in het Verenigd Koninkrijk en Ierland.

8 BP Kemi is een alleen in Denemarken werkzame handelsmaatschappij die petrochemische produkten verkoopt zoals wasmiddelen, plastiekgrondstoffen en ethanol in verschillende gehalten. De totale omzet van de vennootschap bedroeg in 1975 circa 119 miljoen Dkr. (exclusief belastingen); circa ..... (1) miljoen Dkr. was afkomstig van de verkoop van ethanol.

BP Kemi besloot eind 1977 in Denemarken installaties te vestigen voor de verpakking in vaten en de complete denaturering van ethanol, die voor de produktie gereed waren op 1 april 1978. Tot dat tijdstip leverde BP Kemi in het algemeen ethanol aan haar klanten met tankauto's.

9 DDSF is een produktiemaatschappij, die voornamelijk uit agrarische grondstoffen ethanol voortbrengt. Na de opening van een nieuwe fabriek in 1975 produceert de vennootschap

(1) In de voor bekendmaking bestemde versie van deze beschikking zijn hierna enige gegevens weggelaten conform de bepalingen van artikel 21 van Verordening nr. 17/62 betreffende het niet-prijsgeven van zakengeheimen.

150 000 tot 160 000 hl van dit produkt per jaar. Een groot deel daarvan wordt door de vennootschap zelf gebruikt bij de vervaardiging van schnaps en andere sterke dranken, maar een deel daarvan wordt verkocht aan producenten van azijn, vruchtenwijn enz. en een ander deel werd voordien geëxporteerd naar BPCL conform een overeenkomst tussen DDSF en BPCL van 4 november 1975 (in 1975/1976 ongeveer ..... hl en in 1976/1977 ongeveer ..... hl).

10 DDSF heeft sinds juli 1973 geen synthetische ethanol voortgebracht en de synthetische ethanol die de vennootschap thans verkoopt ondergaat slechts eenvoudige processen (denaturering, toevoeging van bepaalde stoffen enz.) alvorens te worden doorverkocht; enige ethanol wordt zelfs zonder verdere behandeling doorverkocht. DDSF kocht in 1974 ..... hl ethanol en in 1977 ongeveer ..... hl, geheel geleverd door BP Kemi.

11 De totale omzet van DDSF in 1975 bedroeg circa 275 miljoen Dkr. (exclusief belastingen); circa 35 miljoen Dkr. was afkomstig van de verkoop van ethanol. De totale export van de vennootschap naar andere EEG-landen bedroeg circa 3 miljoen Dkr. (exclusief belastingen); dit bedrag is sindsdien gestegen tot ..... miljoen, met name wegens de export van agrarische ethanol naar BPCL.

12 Klaagster, Atka A/S te Kopenhagen, bezit 100 % van de aandelen van de vennootschap Atka Kemi A/S, Roskilde, Denemarken. Atka Kemi A/S verkocht schoonmaakmiddelen in flessen in concurrentie met DDSF en had circa 25 % van deze markt in Denemarken in handen tot 1 maart 1974, toen zij om financiële redenen haar werkzaamheden staakte. De vennootschap had sinds 1971 synthetische ethanol gekocht van BP Kemi.

5. Regelingen inzake de handel in synthetische ethanol

13 In het Verenigd Koninkrijk bestonden geen beperkingen van de produktie of de export van synthetische ethanol sinds het land lid werd van de EEG op 1 januari 1973.

14 In Denemarken bezat DDSF de uitsluitende produktierechten voor alcohol, met inbegrip van synthetische ethanol, krachtens een concessie van het Deense Ministerie van Handel en Industrie en bestond er voor de import een vergunningenstelsel. In verband met het Deense lidmaatschap van de EEG op 1 januari 1973 werd de produktieconcessie evenwel beëindigd en werd het vergunningenstelsel in dier voege gewijzigd, dat in de praktijk alle aanvragen om importvergunningen werden toegewezen.

15 In de periode van 1 januari 1973 tot 30 juni 1977 werden douanerechten geheven op import van ethanol in Denemarken uit de oorspronkelijke Lid-Staten, met inbegrip van Frankrijk en Duitsland, terwijl er sinds 1 januari 1973 geen douanerechten zijn geheven voor ethanol die uit het Verenigd Koninkrijk in Denemarken werd ingevoerd, omdat Denemarken en het Verenigd Koninkrijk vroeger leden van de Europese Vrijhandelsassociatie waren.

16 De rechten op ethanol die uit de oorspronkelijke Lid-Staten in Denemarken werd ingevoerd werden van 30 Dkr. per hl tot nul verlaagd. In verhouding tot de verkoopprijs die ten gevolge van de oliecrisis in belangrijke mate gestegen is, bedroeg het percentage van de douanerechten tot deze verkoopprijs 21,2 tot 25,2 % op 1 april 1973, 11,8 tot 15,4 % op 1 januari 1974, 7,8 tot 9,3 % op 1 april 1974 en daalde dit naar 5 % en minder op 1 januari 1975 (zie nader in bijlage 2).

17 Onder de oorspronkelijke Lid-Staten stonden in- en uitvoer tot 1977 onder controle van overheidsinstanties in Frankrijk en Duitsland, hetgeen o. a. betekende dat vergunningen voor uitvoer uit deze landen alleen zijn gegeven voor zover het verbruik op de respectievelijke binnenlandse markten gedekt was. Niettemin zijn uit deze landen, zoals blijkt uit bijlage 1, zelfs in 1973 aanzienlijke hoeveelheden geëxporteerd; in 1973 bedroeg de totale export uit Frankrijk en Duitsland naar de Lid-Staten van de EEG respectievelijk 334 000 hl en 125 000 hl en in 1976 was dit respectievelijk 120 000 hl en 40 000 hl. Er vond ook uitvoer uit deze landen naar Denemarken plaats; aldus werd in 1973 van de genoemde export 15 000 hl en 2 000 hl uit respectievelijk Frankrijk en Duitsland naar Denemarken geëxporteerd (1); in 1976 bedroeg de export van Frankrijk en Duitsland naar Denemarken respectievelijk 14 000 hl en 8 000 hl (zie bijlage 3).

6. Prijzen

18 Bijlage 4 vermeldt de in de individuele Lid-Staten toegepaste prijzen. De prijs van ethanol verschilt sterk in verhouding tot de aangekochte hoeveelheid (per afzonderlijke levering of over het gehele jaar) en in overeenstemming met de zuiverheid en het gebruik waarvoor het bestemd is, zodat het niet mogelijk was representatieve gemiddelde prijzen te berekenen. Het gemiddelde van minimum- en maximumprijzen van ethanol voor speciaal gebruik geeft echter de mogelijkheid tot een voldoende precieze vergelijking.

(1) Hoewel het niet statistisch kan worden nagegaan, is het mogelijk dat de export gedeeltelijk niet voor consumptie in Denemarken maar voor wederuitvoer bestemd was, in welk geval de betaalde rechten werden terugbetaald.

19 Het blijkt dat de prijzen in Denemarken zonder uitzondering hoger zijn dan in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk en zelfs hoger dan in andere landen zonder binnenlandse produktie, zoals de Benelux-landen. De prijzen in Duitsland zijn hoger dan in Frankrijk en in het Verenigd Koninkrijk en slechts een weinig lager dan in Denemarken. Het dient in aanmerking genomen te worden dat dit binnenlandse prijzen zijn die door de overheid werden vastgesteld of beïnvloed. Exportprijzen worden niet gecontroleerd en zijn wellicht lager, zoals blijkt uit de offerte aan DDSF in april 1976 betreffende door Veba-Chemie geproduceerde ethanol; deze offerte lag ongeveer 20 % onder de binnenlandse Duitse prijs, zodat BP Kemi zijn prijs met 10 % diende te verlagen om DDSF als klant te kunnen behouden. In 1973 en later hebben Franse leveranciers eveneens getracht een beter steunpunt op de Deense markt te veroveren door aan DDSF offertes te maken.

20 Bepaalde hoeveelheden worden soms op de markt aangeboden tegen uitzonderlijk lage prijzen („spot" markt). Zoals partijen hebben verklaard, zijn deze hoeveelheden niet voldoende om volledig de behoeften van b.v. DDSF op regelmatige wijze te dekken, maar zij beïnvloeden de structuur van de leveringen aanzienlijk. Hierbij dient te worden opgemerkt dat in de Verenigde Staten, die de grootste producent van synthetische ethanol ter wereld is, slechts 70 % van de capaciteit wordt gebruikt en aangezien de transportkosten niet prohibitief zijn, de ondernemingen uit de Verenigde Staten de mogelijkheid hebben naar Europa te leveren en metterdaad naar Denemarken hebben geleverd.

7. De geschiedenis van de overeenkomsten

21 Als gevolg van de in Denemarken toegepaste regelingen, was DDSF in 1972 de enige fabrikant van synthetische (en agrarische) ethanol in Denemarken en verreweg de grootste verkoper. Voorts was zij de enige vennootschap die beschikte over de noodzakelijke installaties om haar klanten synthetische ethanol te leveren in flessen, blikken en vaten. De produktie-installaties van de vennootschap waren echter betrekkelijk oud en klein en de vennootschap moest voor de nodige grondstoffen een hogere prijs betalen dan haar buitenlandse concurrenten. DDSF besefte derhalve dat zij een rendabele produktie van synthetische ethanol niet erg lang meer kon volhouden en ging, na prijsopgave van een aantal vennootschappen te hebben gevraagd, in 1972 onderhandelingen aan met BPCL.

22 In 1968 was BPCL begonnen haar produktiecapaciteit in het Verenigd Koninkrijk uit te breiden en BP Kemi was vanaf 1971 begonnen, aan 4 tot 5 grote klanten in Denemarken te leveren die van de Deense autoriteiten importvergunningen konden bemachtigen.

23 Gedurende de onderhandelingen met BPCL trachtte DDSF de exclusieve verkooprechten voor BP ethanol in Denemarken te verkrijgen met het argument dat de vennootschap de grootste onderneming op de Deense alcoholmarkt was. Dit verzoek werd echter door de BP-groep afgewezen omdat, in de bewoordingen van BP Kemi, „onze voornaamste interesse uitging naar een voortgaan met de verkoop van synthetische ethanol afkomstig van het BP-concern aan de grotere klanten waaraan wij in bulk kunnen leveren, terwijl DDSF zich met de kleinere klanten, de speciale gehaltes en de verpakte produkten bezighoudt waarvoor zij beter was toegerust. Onze beperkte installaties voor de behandeling van ethanol staan namelijk een uitbreiding van de werkzaamheden in enige omvang niet toe.".

24 Toen het duidelijk werd dat de vennootschap de alleenverkooprechten niet kon verkrijgen, verlangde zij in plaats daarvan „een daadwerkelijke bescherming" „tegen de potentiële bedreiging die gelegen is in het feit dat onze leverancier tegelijkertijd onze concurrent was".

25 Eind 1972 werd overeenstemming bereikt tussen DDSF en BPCL en deelde DDSF haar klanten in een circulaire van 22 december 1972 mede dat zij had besloten haar produktie van synthetische ethanol met ingang van 1 juli 1973 stop te zetten en dat zij vanaf 1 januari 1973 reeds de lagere prijzen zou berekenen die voor geïmporteerde verdere onderhandelingen tussen DDSF en BP Kemi, die deze onderhandelingen overnam namens het BP-concern, een „Aankoopvereenkomst" en een „Samenwerkingsovereenkomst" gesloten.

8. De overeenkomsten

26 De Aankoopovereenkomst werd door BP Kemi en DDSF ondertekend op respectievelijk 26 maart 1973 en 12 april 1973 en trad op 1 juli 1973 in werking.

Zij hield o.a. in:

a) dat DDSF al haar behoeften aan ongedenatureerde synthetische ethanol bij BP Kemi zal betrekken;

b) dat BP Kemi niet de verplichting zal hebben DDSF in enig kalenderjaar meer te leveren dan 25 000 ton ethanol (DDSF's behoeften waren niet hoger dan ..... ton);

c) dat DDSF vrij zal zijn hoeveelheden ethanol boven de 25 000 ton bij derden te betrekken, mits deze vennootschap BP Kemi eerst de gelegenheid heeft gegeven deze extra hoeveelheden onder dezelfde voorwaarden te leveren als zijn vastgesteld voor de 25 000 ton;

d) dat elk van partijen de overeenkomst met een schriftelijke opzeggingstermijn van ten minste 12 maanden kan beëindigen, en dat deze opzegging niet eerder mag geschieden dan tegen 30 juni 1979;

e) dat de in de overeenkomst vastgestelde prijzen door BP Kemi om welke reden ook mogen worden verhoogd mits een aanzeggingstermijn van zes maanden tegen 1 januari wordt inachtgenomen; zou DDSF de verhoging onredelijk vinden, dan is er een procedure van bijeenkomsten voorgeschreven en kan elk van partijen, indien op 31 oktober geen overeenstemming is bereikt, de overeenkomst met een opzeggingstermijn van 6 maanden beëindigen. Daarenboven kan de prijs worden verhoogd als gevolg van o. m. veranderingen in de wisselkoers.

27 De Samenwerkingsovereenkomst werd door partijen niet ondertekend of gedateerd, maar beoogde volgens BP Kemi de Aankoopovereenkomst aan te vullen; zij werd alleen tot een afzonderlijke regeling gemaakt omdat dit „eenvoudigweg gemakkelijker was". Partijen begonnen de voorwaarden van de Samenwerkingsovereenkomst na te leven met ingang van 1 juli 1973, de datum van inwerkingtreding van de Aankoopovereenkomst, en de Samenwerkingsovereenkomst zou gelden zolang de Aankoopovereenkomst gold, d.w.z. ten minste tot midden 1979.

28 De Samenwerkingsovereenkomst hield o.a. in:

a) dat BP Kemi jaarlijks tot 25 % van de gecumuleerde jaarlijkse ethanolverkopen van DDSF en BP Kemi in Denemarken mag verkopen. Dit aandeel bleef gedurende de geldigheidsduur van de hoofdovereenkomst ongewijzigd;

b) dat BP Kemi DDSF vergoeding moet betalen indien BP Kemi's verkopen de 25 %-grens te boven zouden gaan. Het bedrag van de vergoeding per liter wordt berekend als het verschil tussen de catalogusprijs minus de hoeveelheidskorting en het jaarlijks rabat enerzijds en de gefactureerde prijs plus de verkoopkosten van BP Kemi anderzijds;

c) dat BP Kemi DDSF maandelijks een overzicht doet toekomen aangaande de ethanol-verkopen met vermelding van de aan iedere klant verkochte hoeveelheid, en dat DDSF BP Kemi maandelijks op de hoogte moet stellen van haar totale verkopen en van haar individuele verkopen aan klanten die meer dan 100 000 liter afnemen;

d) dat BP Kemi zich aan de catalogusprijzen van DDSF voor ethanol moet houden en in beginsel dezelfde betalingsvoorwaarden moet toepassen als DDSF. Er zijn gedetailleerde afspraken opgenomen aangaande de berekening van nettoprijzen aan klanten die meer afnemen dan 100 000 liter per jaar en er is vastgesteld dat er tussen de partijen besprekingen zullen worden gevoerd indien van deze afspraken moet worden afgeweken. Ten aanzien van klanten waarvoor speciale prijzen gelden, d.w.z. klanten met een jaarlijks verbruik van meer dan 500 000 liter, is bepaald dat hun speciale kredietvoorwaarden kunnen worden toegekend, waarover in elk individueel geval vooraf tussen DDSF en BP Kemi overleg moet worden gepleegd;

e) dat BP Kemi zich voornamelijk moet bezighouden met klanten met een jaarverbruik van ten minste 100 000 liter en dat zij niet van plan is „A-Alcohol" of ethanol in flessen te verkopen;

f) dat BP Kemi, voor zover DDSF kan bewijzen dat zij elders een offerte tegen een lagere prijs kan verkrijgen, deze prijs moet evenaren dan wel zich uit de overeenkomst moet terugtrekken, mits de offerte voldoet aan een aantal gedetailleerde voorwaarden zoals b.v. kwantiteit en kwaliteit (een zogenaamde „Engelse clausule"). De betrokken hoeveelheid diende in dit geval met de behoeften van DDSF voor ten minste één jaar overeen te stemmen.

29 De partijen hebben de Commissie medegedeeld dat de Samenwerkingsovereenkomst met ingang van 31 december 1974 was ontbonden. Deze ontbinding vond plaats na mondelinge besprekingen waarover geen notulen zijn gehouden. DDSF zei dat de reden van de ontbinding van de Samenwerkingsovereenkomst was gelegen in praktische moeilijkheden als gevolg van de toepassing van de voorwaarden, met name de prijzen, en BP Kemi verklaarde dat zij van oordeel was dat de regeling inzake quota's en vergoedingen en inzake prijzen de ontwikkeling van haar eigen verkoopinspanningen in de weg stond.

30 In verband met de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst beloofde BP Kemi DDSF een bedrag van 2,2 miljoen Deense kronen te betalen. Dit bedrag vormde de vergoeding die partijen hadden berekend als bedrag dat BP Kemi aan DDSF moest betalen tot aan de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst op 30 juni 1979. Het bedrag was berekend aan de hand van de verwachte ontwikkeling van de marktaandelen van partijen en met inachtneming van het voordeel dat het ontvangen van dit geld in 1975 voor DDSF zou opleveren.

31 DDSF heeft verklaard dat BP Kemi deze verplichting op zich nam omdat de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst zonder vergoeding een volledige wijziging zou hebben betekend van de preliminaire voorwaarden waaronder DDSF de Aankoopovereenkomst was aangegaan.

De betaling vond evenwel niet plaats omdat de partijen, nadat de Commissie in januari 1976 een eerste verzoek om inlichtingen aan partijen had gezonden, besloten de betaling hangende de uitkomst van de procedure op te schorten.

32 Op 2 september 1975 ondertekenden BP Kemi en DDSF een addendum tot de Aankoopovereenkomst. Volgens BP Kemi was dit addendum sinds januari van hetzelfde jaar toegepast.

DDSF deelde de Commissie mede dat het addendum was overeengekomen op initiatief van DDSF omdat zij graag een Engelse clausule opgenomen zag tot regeling van de aankoopverplichting.

33 Volgens het addendum maakt dit deel uit van en moet worden beschouwd als een toevoeging tot de Aankoopovereenkomst. Het bevat een Engelse clausule waarop DDSF een ruimer beroep kan doen dan de vorige in de Samenwerkingsovereenkomst; de clausule in het addendum kan namelijk worden aangevoerd wanneer de offerte komt van de zijde van een „serieuze Westeuropese leverancier van alcohol" en betreft „niet minder dan 2 miljoen liter in zendingen van niet minder dan 500 000 liter voor levering over ten hoogste 6 maanden". Wordt op de clausule een beroep gedaan, dan kan BP Kemi haar prijs, dan wel de hoeveelheid die DDSF verplicht is af te nemen verlagen, maar in het laatste geval heeft BP Kemi ook het recht de overeenkomst op te zeggen.

Bij brief van 11 juli 1978 heeft DDSF de Aankoopovereenkomst met ingang van 15 juli 1979 opgezegd. Partijen sluiten echter de voortzetting van contractuele bindingen niet uit.

9. Het gedrag van partijen

a) *De positie op de markt*

34 Uit de volgende tabel blijken de totale verkopen van ethanol in Denemarken en de marktaandelen van DDSF en BP Kemi in dit land in de jaren 1973 tot 1977.

Jaar	Totale verkopen in 1 000 hl	DDSF	BP Kemi	Anderen	BP Kemi in % van DDSF + BP Kemi
1973	.....	71 %	21 %	8 %	23 %
1974	.....	66 %	30 %	4 %	31 %
1975	.....	58 %	34 %	8 %	37 %
1976	.....	56 %	28 %	16 %	33 %
1977	.....	45 %	37 %	18 %	45 %

Het leeuwendeel van de hoeveelheid die door „anderen" is verkocht kwam uit Frankrijk en Duitsland.

b) *De leveringen aan DDSF*

35 Sinds de Aankoopovereenkomst in werking trad in 1973, heeft DDSF een aantal offerten ontvangen van andere aanvoerbronnen; de offerten zijn gedeeltelijk gemaakt op initiatief van deze bronnen en gedeeltelijk op verzoek van DDSF. Slechts bij één gelegenheid werd als gevolg daarvan een overeenkomst gesloten; dit geschiedde in 1973, toen DDSF, met goedkeuring van BP Kemi, een geringe hoeveelheid van een Noorse vennootschap aankocht. Bij een andere gelegenheid, in 1976, toen de prijs van BP Kemi 2,09 Dkr. per liter 100 % bedroeg, kreeg DDSF ethanol aangeboden die was geproduceerd door Veba-Chemie, tegen een prijs van 1,92 tot 1,95 Dkr. per liter 100 %; onder invloed van dit aanbod verlaagde BP Kemi haar prijs echter tot 1,88 Dkr., met het gevolg dat er geen overeenkomst met Veba-Chemie werd gesloten.

36 In alle andere gevallen lagen de offerteprijzen hoger dan die welke BP Kemi in die zelfde tijd berekende; aldus kwamen er geen verdere onderhandelingen tot stand tussen DDSF en de Franse handelsvennootschap SOFECIA, die ethanol verkoopt welke, onder andere, is geproduceerd door SODES, toen SOFECIA op 24 april 1973 aan DDSF ethanol aanbood tegen een prijs die naar het oordeel van de laatstgenoemde aanzienlijke hoger lag dan de prijs die tussen DDSF en BP Kemi was overeengekomen. Dit geschiedde ondanks het feit dat de vertegenwoordiger van SOFECIA, blijkens een intern document van DDSF van 24 januari 1973, in verband met een offerte van 23 januari 1973 „om alcohol te leveren om het verbruik in dit land te dekken" had aangegeven dat „deze prijzen voorstellen inhielden en dat hij bereid was daarover te onderhandelen".

37 Volgens een ander intern DDSF-document van 18 oktober 1973 vond op 17 oktober 1973 een ontmoeting plaats tussen DDSF en SODES, waarop werd besloten dat men contact zou houden, hoewel SODES „begreep dat er (gezien de aankoopverplichting) geen onmiddellijke mogelijkheid van levering van alcohol van SODES aan DDSF bestond".

Op dezelfde bijeenkomst deelde SODES mede dat de vennootschap „haar leveringen aan Denemarken in de huidige omvang zou blijven voortzetten".

38 c) *Uitwisseling van informatie*

In juli 1973 begonnen BP Kemi en DDSF maandelijks gedetailleerde informatie uit te wisselen inzake hoeveelheden die aan individuele klanten in overeenstemming met de voorwaarden van de Samenwerkingsovereenkomst waren verkocht. BP

Kemi bevestigde dat hoewel de Samenwerkingsovereenkomst met ingang van 31 december 1974 was beëindigd, deze uitwisseling van informatie tot eind 1976 bleef plaatsvinden. De voortzetting van deze informatie-afspraak wordt ook vermeld op een lijst die BP Kemi aan de Commissie overlegde en waaruit de hoeveelheden blijken die door BP Kemi en DDSF in 1975 en 1976 aan individuele „alcoholklanten" zijn verkocht.

Er dient te worden opgemerkt dat de Commissie bij brieven van december 1976 de partijen had medegedeeld dat zij meende dat de afspraken in de Samenwerkingsovereenkomst inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

d) *Klanten van BP Kemi*

39 BP Kemi heeft bevestigd dat deze vennootschap geen klanten heeft bevoorraad die een jaarverbruik hadden van minder dan 100 000 liter gedurende de geldigheid van de Samenwerkingsovereenkomst. Eerst toen deze overeenkomst was beëindigd begon de vennootschap te verkopen aan klanten die minder dan 100 000 liter afnamen. De vennootschap had in 1975 vier van deze klanten, in 1976 zes en in 1977 zeven.

e) *Prijzen*

40 Partijen betwisten niet dat BP Kemi dezelfde prijzen toepaste als DDSF op vergelijkbare klanten tijdens de geldigheidsduur van de Samenwerkingsovereenkomst en dat BP Kemi dit na de beëindiging van deze overeenkomst bleef doen. In feite verklaarde BP Kemi dat deze vennootschap eerst in september 1976 met DDSF prijsconcurrentie begon te voeren en dat dit sindsdien in toenemende mate voortgaat. Partijen hebben echter slechts één voorbeeld in 1976 naar voren gebracht waar BP Kemi lagere prijzen aanbood dan DDSF en zij hebben de door de Commissie in de punten van bezwaar opgenomen voorbeelden niet bestreden, waar partijen in de laatste maanden van 1976 dezelfde prijzen berekenden. Voorbeelden van uiteenlopende berekende prijzen komen eerst vaker voor in de loop van 1977.

f) *Vergoeding*

41 Aangezien BP Kemi slechts 23 % van de gecumuleerde verkopen van deze vennootschap en DDSF in 1973 voor haar rekening nam en derhalve de 25 %-limiet van de Samenwerkingsovereenkomst niet overschreed werd in 1973 aan DDSF geen vergoeding betaald. In 1974, toen het aandeel van BP Kemi in de totale verkopen was gestegen tot 31 % betaalde deze vennootschap aan DDSF een vergoeding van 217 628, 20 Dkr. Zoals hierboven is aangegeven, is de betaling van het bedrag van 2,2 miljoen Dkr. dat BP Kemi beloofde aan DDSF te betalen in verband met de beëindiging van de Samenwerkingsovereenkomst opgeschort hangende de uitkomst van de zaak.

10. De klacht

42 In haar verzoek van 18 maart 1975 deelde Atka A/S mede dat haar produktie was stopgezet omdat DDSF en BP Kemi dezelfde prijzen voor alcohol in bulk berekenden. Aangezien Atka Kemi A/S ethanol kocht van BP Kemi en een potentiële klant van DDSF was, die vroeger aan Atka Kemi A/S had geleverd, had Atka A/S derhalve het vereiste rechtmatige belang bij de zaak zoals bedoeld in artikel 3, lid 2, sub b), van Verordening nr. 17;

II. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 85, LID 1

43 Overwegende dat volgens artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en met name die welke bestaan in

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden,

b) het beperken of controleren van de produktie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen,

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

A. OVEREENKOMSTEN EN ONDERLING AFGESTEMDE FEITELIJKE GEDRAGINGEN TUSSEN ONDERNEMINGEN

44 1. Overwegende dat DDSF en BP Kemi ondernemingen zijn in de zin van artikel 85, lid 1;

45 2. Overwegende dat de Aankoopovereenkomst, die op 1 juli 1973 van kracht werd, de Samenwerkingsovereenkomst die op dezelfde datum in werking trad, en het addendum van 2 september 1975 overeenkomsten zijn in de zin van artikel 85, lid 1; dat weliswaar de Samenwerkingsovereenkomst nimmer werd ondertekend, maar niettemin door beide partijen werd toegepast, zoals met name blijkt uit de betaling aan DDSF van 217 628,20 Dkr. door BP Kemi als vergoeding in 1974;

46 Overwegende dat de Samenwerkingsovereenkomst en de Aankoopovereenkomst een geheel vormen; dat de Samenwerkingsovereenkomst niet slechts naar de Aankoopovereenkomst verwees als de „hoofdovereenkomst", maar bepaalde clausules uit de Samenwerkingsovereenkomst moeten worden beschouwd als een noodzakelijk tegenstuk voor de verplichting om gedurende zes jaar alleen van BP Kemi te kopen, een verplichting welke DDSF in de Aankoopovereenkomst is aangegaan, en dat deze aankoopverplichting als een preliminaire voorwaarde moet worden beschouwd voor althans enkele van de verbintenissen die door BP Kemi in de Samenwerkingsovereenkomst zijn aangegaan; dat dit nauwe verband tussen beide overeenkomsten tevens blijkt uit het feit dat het addendum een toevoeging bij de Aankoopovereenkomst was, hoewel de inhoud ervan, met inbegrip van de Engelse clausule, bepalingen verving die vroeger in de Samenwerkingsovereenkomst waren vervat;

47 Overwegende dat het nauwe verband tussen de overeenkomsten, dat door de partijen niet wordt ontkend, voortvloeit uit de onderlinge wisselwerking tussen hun belangen;

48 Dat DDSF, toen zij wegens haar oude produktie-installatie en het aflopen van haar beschermde positie op de Deense markt, besloot onderhandelingen met de BP-groep aan te gaan, jarenlang praktisch de enige vennootschap was geweest die in Denemarken ethanol verkocht; dat het, toen duidelijk werd dat BP Kemi haar geen alleenverkooprechten voor ethanol in Denemarken zou verlenen, in het belang van DDSF was, dat BP Kemi haar de aanvoer van de nodige hoeveelheden zou waarborgen; dat BP Kemi harerzijds in die tijd niet in staat was de gehele Deense markt alleen te bevoorraden, omdat zij niet de nodige contacten met ethanolverbruikers had; dat zij in Denemarken ook niet beschikte over de nodige installaties voor denaturering, de opslag in vaten, blikken en flessen om speciale gehalten te leveren en kleine klanten te bevoorraden; dat het in het belang van BP Kemi en BPCL was, DDSF voor haar totale behoeften te bevoorraden; dat een belofte van DDSF om alleen van BP Kemi te kopen, de laatstgenoemde — en dus BPCL — de bevoorrading van meer dan 90 % van de ethanolmarkt in Denemarken zou verzekeren, die circa 10 % van de jaarproduktie van ethanol van BPCL vertegenwoordigt;

49 Overwegende dat een verplichting voor DDSF om alleen van BP Kemi te kopen de laatstgenoemde evenwel een beslissend voordeel in de concurrentie zou hebben gegeven ten aanzien van de bevoorrading van de grotere klanten op korte termijn en ten aanzien van de gehele markt op lange termijn, aangezien BP Kemi het, door DDSF dezelfde prijs te berekenen als andere kopers in Denemarken, voor de laatstgenoemde moeilijk kon maken om bij verkopen aan klanten die BP Kemi kon bevoorraden te concurreren; dat DDSF derhalve alleen bereid zou zijn geweest een aankoopverplichting aan te gaan welke zou voortduren nadat de douanerechten hun betekenis zouden hebben verloren, indien tegenover deze verplichting een zekere bescherming van haar belangen zou staan; dat de voorwaarden welke DDSF en BP Kemi in dit opzicht overeenkwamen werden neergelegd in de Samenwerkingsovereenkomst;

50 3. Overwegende dat een aantal van de essentiële voorwaarden in de Samenwerkingsovereenkomst gedurende twee jaar van toepassing bleven na het einde van 1974, d.w.z. tot eind 1976, toen BP Kemi en DDSF voor het eerst op de hoogte werden gesteld van het standpunt van de Commissie over de Samenwerkingsovereenkomst;

51 Overwegende dat niet wordt betwist dat de partijen in dezelfde omvang informatie bleven uitwisselen als voorheen;

52 Partijen bleven ook dezelfde prijzen berekenen aan vergelijkbare klanten. BP Kemi heeft verklaard dat zij prijsconcurrentie begon te voeren met ingang van september 1976, maar heeft geen concrete feiten verstrekt om de voorbeelden te ontzenuwen die door de Commissie zijn gegeven om aan te tonen dat het berekenen van gelijke prijzen tot eind 1976 voortging. Gevallen waarin de prijzen van BP Kemi en DDSF uiteenliepen komen eerst in de loop van 1977 en vooral in de tweede helft van het jaar vaker voor;

53 Overwegende dat partijen hebben betoogd dat de door hen berekende gelijke prijzen niet een gevolg waren van een overeenkomst of een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging, maar van nature voorvloeiden uit het mechanisme van de markt : BP Kemi moest de markt-leader volgen en haar prijzen aanpassen aan de gepubliceerde prijslijsten van DDSF ; overwegende dat daartegen moet worden ingebracht dat BP Kemi als leverancier van DDSF te allen tijde over een intrinsiek marktvoordeel beschikte, en in staat was daarvan te profiteren, zoals bleek in 1977, hoewel DDSF toen nog steeds de markt-leader was; dat de marktomstandigheden BP Kemi op geen enkel tijdstip dwongen haar prijzen aan te passen aan die van haar klant en dat zij er na beëindiging van de compensatieregeling duidelijk economisch belang bij had, haar verkopen ten koste van DDSF uit te breiden; dat er bovendien tegenspraak lijkt te zijn tussen de mening van partijen dat het „normaal" was, dat BP Kemi de prijzen van DDSF volgde en de verklaring van DDSF dat de prijsafspraak in de Samenwerkingsovereenkomst „ten doel had DDSF de nodige bescher-

ming te geven tegen onderbieding door de enige leverancier van DDSF" ; dat uit deze verklaring in feite blijkt dat DDSF het „normaal" achtte dat BP Kemi haar betere aanvoerpositie zou gebruiken om DDSF te onderbieden op een tijdstip, waarop de positie van de laatstgenoemde op de markt sterker was dan zij later werd ;

54 Overwegende dat het niet mogelijk lijkt dat de partijen de toepassing van gelijke prijzen op individuele klanten zonder coördinatie zou hebben kunnen voortzetten; dat een toepassing van identieke prijzen op zichzelf wellicht nog niet het bewijs van een onderling afgestemde feitelijke gedraging oplevert, maar een zeer sterke indicatie voor zulk een gedraging vormt, wanneer zij onder normale omstandigheden op de markt vermoedelijk niet zou plaatsvinden; dat zulk een indicatie nog verder wordt versterkt wanneer de betrokken vennootschappen voorheen waren gebonden aan een uitdrukkelijke prijsafspraak en wanneer zij regelmatig gedetailleerde informatie uitwisselen betreffende aan individuele klanten verkochte hoeveelheden ; dat het evenmin mogelijk lijkt dat de uitwisseling van hoogst belangrijke informatie van de genoemde aard kon plaatsvinden zonder coördinatie van het gedrag van partijen, met name wanneer dit gedrag tevoren in een uitdrukkelijke afspraak was uitgestippeld ; dat het aandeel van BP Kemi in de gecombineerde verkopen in 1974, toen de uitdrukkelijke afspraken uit de Samenwerkingsovereenkomst nog van kracht waren, 31 % bedroeg en in 1975 en 1976 niet noemenswaardig veranderde: dat het in 1975 37 % bedroeg en in 1976 daalde tot 33 %; dat het pas in 1977, toen de uitwisseling van informatie en de toepassing van gelijke was beëindigd, steeg tot 45 ;

55 Overwegende dat de voortdurende uitwisseling van informatie en de voortdurende toepassing van gelijke prijzen, gezien de omstandigheden, alleen kan worden verklaard als een uitvloeisel van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1; dat deze gedraging de overeenstemmende uitdrukkelijke bepalingen in de Samenwerkingsovereenkomst vervingen — die door partijen werden toegepast gedurende de periode van 1 juli 1973 tot 31 december 1974 — en door hen werd gevolgd vanaf 1 januari 1975 tot eind 1976;

56 Overwegende dat een andere clausule in de Samenwerkingsovereenkomst, de Engelse clausule, zo belangrijk bleek te zijn dat zij in gewijzigde vorm werd opgenomen in het addendum bij de Aankoopovereenkomst en dat zij volgens BP Kemi zelfs vanaf het tijdstip waarop de Samenwerkingsovereenkomst formeel werd beëindigd werd toegepast ; dat het de opzet van deze clausule was, alle twijfel omtrent de mogelijkheid van aankoop van andere producenten uit te sluiten en de beslissing in ieder geval aan BP Kemi te laten of DDSF de toestemming zou krijgen bij andere leveranciers te kopen ; dat DDSF in maart 1975, toen de Samenwerkingsovereenkomst formeel was beëindigd, maar het addendum nog niet was overeengekomen, in contact trad met de Franse producent SODES ; dat dit echter niet tot het sluiten van een overeenkomst leidde;

B. BEPERKING VAN DE MEDEDINGING BINNEN DE GEMEENSCHAPPELIJKE MARKT

1. Beperking van de mededinging met derden

57 Overwegende dat het hier, in tegenstelling tot hetgeen partijen menen, niet gaat om de vraag op wiens verlangen de verbintenis voor DDSF om haar totale behoefte aan synthetische ethanol van BP Kemi te kopen is gesloten, of het voornaamste motief het verlangen van DDSF was naar verzekering van haar aanvoer, dan wel het verlangen van BP Kemi naar verzekering van haar verkoop, dan wel of de aankoopverplichting de belangen van beide partijen diende ; dat de vraag waarom het gaat is of deze verplichting de beperking van de mededinging ten doel of ten gevolge had;

58 Overwegende dat de „mededinging", zoals het Hof van Justitie heeft overwogen „in de zin van artikel 85, lid 1, kan worden vervalst, niet alleen door overeenkomsten die haar tussen partijen beperken, doch evenzeer door overeenkomsten welke de concurrentie tussen een der partijen en derden verhinderen of beperken; dat het in dit opzicht van geen betekenis is of partijen, wat hun positie op de markt en hun economische functie betreft, al dan niet op voet van gelijkheid staan; dat zulks te meer klemt wanneer partijen door in zodanige overeenkomst de mededinging met derden ten aanzien van bepaalde produkten te verhinderen of te belemmeren, in strijd met de algemene doelstellingen van artikel 85, lid 1, ten nadele van de verbruiker of de gebruiker een niet gerechtvaardigd voordeel trachten te verkrijgen of te handhaven" (1);

59 Overwegende dat, wanneer een koper belooft al zijn behoeften aan een bepaald produkt gedurende een bepaalde periode bij één producent te dekken, andere producenten van dit produkt verhinderd worden de afnemer in de betrokken periode te bevoorraden; dat zo alle mededinging tussen de producent te wiens behoeve zulk een overeenkomst wordt gesloten en andere producenten van dit produkt gedurende deze periode wordt uitgeschakeld voorzover dit de levering

(1) Arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken 56 en 58/64 (Consten en Grundig tegen Commissie), Jur. 1966, 512.

aan de betrokken afnemer betreft; dat onder andere in verband met de duur van de periode en de economische samenhang waaronder het marktaandeel en de positie die de afnemer en de verkoper bezetten, zulk een aankoopverplichting een beperking van de mededinging kan opleveren in de zin van artikel 85, lid 1;

60 Overwegende dat het stellig waar is dat door het sluiten van een overeenkomst inzake de aankoop van een bepaalde hoeveelheid van een produkt, andere producenten in zoverre (maar niet verder) van het dekken van de behoeften van de afnemer worden uitgesloten, maar dat deze producenten voor de verwerving van zulk een contract, alvorens het wordt ondertekend, met elkaar kunnen concurreren; dat dit voortvloeit uit de normale werking van de mededinging die elkeen die daarvoor belangstelling heeft de mogelijkheid geeft offerte te maken en de afnemer de mogelijkheid om vrij te beslissen welke van deze offerten, alle factoren in aanmerking genomen, voor hem het meest aantrekkelijk is; dat echter, wanneer een aankoopverplichting van langere duur wordt aangegaan, de aanvoerstructuur wordt bevroren en het mechanisme van vraag en aanbod wordt uitgeschakeld ten nadele van o.a. nieuwe concurrenten, die daardoor worden verhinderd deze klant te bevoorraden en van oude concurrenten, die wellicht intussen betere voorwaarden zouden kunnen bieden dan de huidige leverancier; dat het mogelijk is dat de mededinging indien de marktomstandigheden daardoor in merkbare mate worden beïnvloed, wordt beperkt in de zin van artikel 85, lid 1;

61 Overwegende dat in de onderhavige zaak de aankoopverplichting betekent dat alle buitenlandse leveranciers met uitzondering van BPCL gedurende zes jaar worden verhinderd te verkopen aan DDSF, die niet alleen de omvangrijkste, maar ook in een aantal opzichten de enige praktische verkoopmogelijkheid voor hen in Denemarken vertegenwoordigt; dat aan het concurrentiebeperkend karakter van deze verplichting t.a.v. DDSF niet wordt afgedaan door het feit dat BP Kemi geen verplichting heeft, per jaar meer dan 25 000 ton aan DDSF te leveren; dat DDSF verplicht is al haar behoeften tot 25 000 ton bij BP Kemi te kopen, met als gevolg dat andere producenten ten aanzien van deze hoeveelheden zijn uitgesloten; dat voorts, omdat het feitelijk verbruik van DDSF niet boven de .... tot ..... hl uitkwam, hetgeen overeenkomt met ca. ..... ton (waarbij het soortgelijk gewicht van zuivere alcohol ongeveer 0,8 bedraagt) de limiet van 25 000 ton geen praktische betekenis heeft; dat bovendien, zelfs indien de limiet van 25 000 ton werd bereikt, dit niet betekent dat DDSF de vrijheid zou hebben eventuele hoeveelheden boven de 25 000 ton bij andere bevoorradingsbronnen te kopen, omdat DDSF in een dergelijke situatie eerst aan BP Kemi de gelegenheid zou moeten geven deze extra-hoeveelheden te leveren;

62 Overwegende dat partijen hebben aangevoerd dat de Engelse clausule in haar verschillende verschijningsvormen leidt tot een bescherming van de belangen van DDSF, omdat DDSF dank zij deze clausule tegen een lagere prijs kan kopen wanneer aan de daarin opgenomen condities is voldaan, en omdat de clausule betekent dat dergelijke aankopen eventueel kunnen worden gedaan bij een andere leverancier; dat de condities welke aan de inwerkingtreding van de clausule zijn gesteld evenwel zo streng zijn dat de praktische betekenis ervan beperkt is; dat de clausule bovendien, gezien haar aard, de concurrentiebeperkende relatie tussen de partijen bevestigt en een bescherming van de belangen van BP Kemi betekent;

63 Overwegende dat op de Engelse clausule volgens de bewoordingen van de Samenwerkingsovereenkomst alleen een beroep kon worden gedaan indien de door de concurrent aangeboden hoeveelheid overeenstemde met de totale jaarbehoeften van DDSF; dat aldus het aankopen van kleinere hoeveelheden bij andere leveranciers niet mogelijk was; dat DDSF evenwel, zelfs indien zij een andere leverancier had gevonden die haar haar jaarbehoefte had kunnen leveren, zou hebben kunnen afzien van een beroep op de clausule omdat dit, volgens deze clausule, zou hebben betekend dat BP Kemi zich uit de overeenkomst kon terugtrekken;

Overwegende dat de Engelse clausule in het addendum de aankoopverplichting slechts in onbetekenende mate verzacht; dat er nog steeds minimum-aankopen zijn voorgeschreven, waarbij de hoeveelheid niet minder bedraagt dan 2 miljoen liter in ladingen van niet minder dan 500 000 liter voor aflevering gedurende niet meer dan 6 maanden; dat bovendien de offerte afkomstig moet zijn van een „serieuze Westeuropese leverancier van alcohol"; dat dit o.a. offerten van kleinere hoeveelheden uit Westeuropese landen, en incidentele offerten op de „spot market", waarvan verbruikers vaak gebruik maken om ter dekking van hun behoeften bestaande voorraden aan te vullen, uitsluit; dat DDSF zich weliswaar niet kon veroorloven geheel van dergelijke bronnen afhankelijk te zijn, maar het inschakelen ervan als aanvulling economisch aantrekkelijk zou zijn geweest; dat DDSF voorts, zelfs al zou zij een offerte ontvangen die aan de genoemde voorwaarden voldeed, wellicht geen beroep op de clausule zou doen uit vrees dat BP Kemi gebruik zou maken van het recht dat haar daarin wordt gegeven om de overeenkomst op te zeggen;

64 Overwegende dat, voor zover aan de voorwaarden voor de toepassing van bijvoorbeeld de Engelse clausule in het addendum zou zijn voldaan en DDSF derhalve kon besluiten de clausule toe te passen, het gevolg zou zijn dat BP Kemi werd ingelicht over details betreffende een offerte van een van haar concurrenten; dat dergelijke informatie betreffende het marktgedrag en de leveringsmogelijkheden van een concurrent voor BP Kemi van belang zou zijn; dat de Engelse clausule derhalve de mededinging tussen BP Kemi en haar concurrenten beperkte, omdat zij haar informatie verschaft over hun prijzen, waarop zij anders naar alle waarschijnlijkheid niet de hand had kunnen leggen; dat de toepassing van de Engelse clausule tevens betekende dat van geval tot geval aan BP Kemi de beslissing was om, alle omstandigheden in aanmerking genomen, te beslissen of een concurrent die ethanol aanbood tegen lagere prijzen en onder de in de clausule gestelde voorwaarden vergunning moest krijgen om aan DDSF te leveren; dat DDSF niet vrij was van zulk een concurrent te kopen indien BP Kemi besloot dezelfde prijs te berekenen als deze concurrent, omdat het voor BP Kemi niet noodzakelijk was de offerte van de concurrent te onderbieden; dat dit niet in tegenspraak is met het feit dat BP Kemi in het geval van het aanbod betreffende door Veba-Chemie geproduceerde ethanol in feite tegen een lagere prijs aanbood;

65 Overwegende dat het, ondanks het beweerde voordeel dat in de Engelse clausule voor DDSF gelegen was, zelfs dubieus is of de clausule van invloed kon zijn om de prijzen te doen dalen tot het niveau dat in een concurrentiesituatie zou gelden ; dat men in een situatie waarin concurrentie heerst zou kunnen verwachten dat een leverancier die verneemt dat zijn prijs door een concurrent is onderboden, zou trachten de order door een verdere prijsverlaging te bemachtigen, maar het niet zeker is dat een leverancier die op de hoogte is van de Engelse clausule zijn prijs, indien dit mogelijk was, verder zou verlagen, omdat hij wellicht van zulk een verlaging geen heil zou verwachten;

66 Overwegende dat de aankoopverplichting, zoals zij werd aangevuld door de Engelse clausule, de kansen van andere leveranciers dan BP Kemi om op de Deense markt te verkopen op merkbare wijze beperkt en beperkte —; dat de overal bestaande overcapaciteit bewijst dat er door andere aanvoerbronnen hoeveelheden beschikbaar hadden kunnen worden gesteld en dat de transportkosten slechts een secundaire rol spelen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het feit dat er enige import uit de VS plaatsvindt; dat wat de prijzen betreft moet worden opgemerkt dat de prijzen op de Deense markt steeds aantrekkelijk waren, zelfs voor producenten uit landen waar betrekkelijk hoge binnenlandse prijzen gelden, zoals bijvoorbeeld Duitsland ; dat in de praktijk aan DDSF synthetische ethanol was aangeboden, die was geproduceerd door Veba-Chemie tegen een lagere prijs dan BP Kemi berekende; dat het natuurlijk waar is, dat er tot 30 juni 1977 invoerrechten werden geheven op import naar Denemarken, maar dat deze rechten zelfs in 1973, toen zij 25,2 % van de verkoopprijs uitmaakten, buitenlandse leveranciers niet verhinderden aan DDSF offerten te maken of voorstellen voor onderhandelingen te doen, ten einde transacties met haar aan te vangen en een nieuwe markt binnen te komen die binnenkort niet langer door onoverkomelijke douanetarieven zou zijn afgesneden; dat DDSF, indien zij niet was gebonden aan de met de Engelse clausule aangevulde aankoopverplichting, bovendien ook zelf vrij zou zijn geweest om op de „spot market" of elders te speuren naar offerten die niet voldeden aan de condities van de Engelse clausule, maar voor de vennootschap economisch aantrekkelijk zouden zijn geweest; dat DDSF aldus werd beroofd van de mogelijkheid, incidenteel, dan wel op permanente basis, andere bronnen in te schakelen ten einde tot expansie te komen en de mate van haar afhankelijkheid van BP Kemi te verkleinen;

67 Overwegende dat de concurrentiebeperkende gevolgen van de aankoopverplichting, aangevuld door de Engelse clausule, op de betrokken markt bijzonder duidelijk aan de dag treden; dat de onderneming die door deze clausules aan BP Kemi is gebonden, DDSF, de grootste koper op de Deense markt is, met een marktaandeel van 71 % in 1973 en 56 % in 1976; dat gezien het feit dat BP Kemi in deze jaren zelf een marktaandeel bezat van respectievelijk 21 % en 28 %, slechts een gering deel van de markt voor andere leveranciers openstond; dat bovendien de aanvoer in de gehele Gemeenschap oligopolistisch van aard is; dat naast BPCL de enige producenten die in aanmerking komen SODES in Frankrijk en Veba-Chemie en Erdölchemie in Duitsland zijn; dat Erdölchemie niet een werkelijk onafhankelijke concurrent is; dat zij een dochteronderneming is waarin Bayer en BP (via een Duits filiaal) elk voor 50 % deelnemen en die, aangezien Bayer geen andere belangen in de ethanolsector bezit, sterk onder invloed staat van BP; dat er naast deze producenten slechts een gering aantal leveranciers is die als concurrenten van BP Kemi op de Deense markt kunnen worden beschouwd; dat deze handelen in in de Gemeenschap of in derde landen geproduceerde ethanol en slechts beperkte hoeveelheden verkopen;

68 Overwegende dat er, wanneer een van de belangrijkste leveranciers op zulk een markt die reeds een zwakke concurrentiestructuur vertoont, overeenkomsten op lange termijn aangaat met een

van de belangrijkste kopers, waarbij de laatstgenoemde zich verplicht al zijn behoeften of het grootste deel daarvan bij dezelfde leverancier te dekken, voor de concurrenten van de leverancier en voor afnemers een aanzienlijk nadeel ontstaat en er dus van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, sprake is ; overwegende dat een contract voor zes jaar stellig verdergaat dan wat krachtens het communautaire mededingingsrecht redelijk is in verband met de aard van de juridische en economische relatie tussen partijen; dat wel moet worden erkend dat DDSF belang heeft bij een geregelde, gewaarborgde aanvoer, evenals BPCL belang heeft bij duurzame, geregelde verkopen van haar produktie; dat echter aan deze belangen had kunnen worden tegemoetgekomen door het sluiten van aankoopovereenkomsten waarin vaste hoeveelheden zijn opgenomen zonder verwijzing naar de niet-gespecificeerde of niet-nauwkeurig gespecificeerde behoeften van de afnemer en zonder de uit een Engelse clausule voortvloeiende beperkingen; dat zulke overeenkomsten geregeld konden worden vernieuwd na onderhandelingen om deze aan te passen aan veranderingen in de belangensituatie en verschuivingen in de concurrentiepositie;

69 Overwegende dat DDSF heeft betoogd dat de onderhavige zaak, aangezien zij de aankoopverplichting kan beëindigen zodra er tussen haar en BP Kemi geen overeenstemming kan worden bereikt over prijsverhogingen door BP Kemi, niet één bindend contract voor zes jaar betreft, maar een aantal opeenvolgende contracten, welke telkens worden gesloten wanneer er prijsverhogingen hebben plaatsgevonden en alleen worden aangegaan na onderhandelingen, waarin elk van partijen naar behoeven haar belangen heeft kunnen verdedigen;

Overwegende dat de aankoopverplichting evenwel voor zes jaar is aangegaan ; dat zij voor partijen gedurende deze periode bindend is en geenszins bij een prijsverhoging automatisch wordt beëindigd;

70 Overwegende dat DDSF voorts heeft gewezen op de officiële Deense statistieken voor de buitenlandse handel en te verstaan heeft gegeven dat DDSF, aangezien de importprijzen (exclusief douanerechten) sinds 1973 voor ethanol die uit het Verenigd Koninkrijk was geïmporteerd, lager lagen dan die uit enig ander EEG-land, in ieder geval alleen ethanol zou hebben gekocht die door BPCL was geproduceerd;

Overwegende dat ten aanzien van dit argument dient te worden vermeld, dat wanneer DDSF van BP Kemi koopt zij niet de importprijs betaalt maar een hogere prijs, waarin de winst van BP Kemi is opgenomen; dat derhalve een vergelijking van importprijzen niet relevant lijkt; dat bovendien offerten die niet zijn aanvaard, zoals de gunstige offerte betreffende door Veba-Chemie geproduceerde ethanol, die, als gevolg van de latere prijsverlaging van BP Kemi niet in een verkoop resulteerde, natuurlijk niet uit de statistieken blijken; dat ook dient te worden opgemerkt dat de importprijzen bij invoer uit andere landen betrekkelijk geringe hoeveelheden betreffen en derhalve niet de gunstiger prijzen weerspiegelen, die DDSF waarschijnlijk zou hebben verkregen, indien zij vrij was geweest van andere bronnen dan BP te kopen;

71 Overwegende dat BP Kemi heeft betoogd dat de aankoopverplichting de mededinging niet heeft beperkt, gezien de overheidsmaatregelen die in Frankrijk en Duitsland bestaan en die inhielden dat export uit deze landen alleen werd toegelaten voor zover in de nationale behoeften kon worden voorzien;

Overwegende dat de produktiecapaciteiten in Frankrijk en Duitsland evenwel de werkelijke produktie in deze landen aanzienlijk overtreffen en er een aanzienlijke export uit Duitsland en met name uit Frankrijk heeft plaatsgevonden; dat bijvoorbeeld naar Denemarken in 1976 — toen de overheidsmaatregelen in Frankrijk en in Duitsland nog van kracht waren en de douanerechten in Denemarken onbeduidend waren — de export uit Frankrijk circa 14 000 hl en uit Duitsland circa 8 000 hl bedroeg; dat voorts SOFECIA in januari 1973 aan DDSF ethanol aanbood „om het verbruik in Denemarken te dekken" en DDSF en SODES in oktober 1973 besloten contact te houden, hoewel SODES „begreep dat er (wegens de aankoopverplichting) geen onmiddellijke mogelijkheid voor levering van alcohol van SODES aan DDSF aanwezig was"; dat ook de indruk bestaat dat SODES geen moeilijkheden voorzag bij een voortzetting van haar leveranties aan andere klanten in Denemarken;

Overwegende dat onder deze omstandigheden moet worden aangenomen dat de overheidsmaatregelen in Frankrijk en Duitsland DDSF er niet van zouden heben weerhouden althans een deel van haar bevoorrading te dekken bij producenten in deze landen, indien de vennootschap daartoe de vrijheid had gehad;

2. De beperking van de mededinging tussen BP Kemi en DDSF

a) *Algemeen*

72 Overwegende dat BP Kemi en DDSF hebben betoogd dat de mededinging tussen hen niet een concurrentievorm is die wordt beschermd door

artikel 85, lid 1; dat hun argumenten als volgt kunnen worden samengevat:

73 Hoewel formeel BP Kemi — en niet BPCL — partij bij de overeenkomst is, vloeit dit alleen voort uit een interne taakverdeling binnen de BP-groep. In feite moeten de overeenkomsten derhalve worden geacht gesloten te zijn tussen een producent, BPCL, die niet in staat was de gehele Deense markt te bevoorraden, en een verkoper, DDSF, die voor zijn bevoorrading geheel van BPCL afhankelijk was. Zo was elk van partijen afhankelijk van de ander en was de situatie in wezen dezelfde als die welke in een alleenverkoopregeling geldt, waar de producent zich het recht heeft voorbehouden het contractsprodukt aan bepaalde klanten in het gebied van de alleenverkoper te verkopen. De mededinging tussen een producent en een alleenverkoper is niet de mededinging welke artikel 85 beoogt te beschermen; in feite behoort het tot het wezen van de alleenverkoopovereenkomst, dat de vrijheid van de producent om te verkopen in het aan de alleenverkoper toegewezen gebied wordt beperkt, en het zou zinloos zijn van een producent in zulk een situatie te verlangen dat hij met zijn alleenverkoper concurreert, omdat het gevolg op de lange duur noodzakelijkerwijze zou zijn dat de alleenverkoper werd uitgeschakeld, zonder dat de mededinging in het algemeen daarbij zou winnen;

74 Overwegende dat de Commissie het met partijen eens is dat aangezien zowel BP Kemi als BPCL tot de BP-groep behoren, BPCL in de beoordeling van de overeenkomsten met DDSF dient te worden betrokken; dat evenwel niet waar is, dat er tussen BP Kemi en DDSF geen mededinging bestaat welke door artikel 85, lid 1, wordt geregeld;

75 Overwegende dat de mededinging tussen partijen in deze zaak valt onder de bescherming van artikel 85, lid 1; dat het Hof van Justitie verklaarde dat artikel 85, lid 1, geen onderscheid maakt tussen concurrerende handelaren optredende in hetzelfde vlak dan wel tussen niet-concurrerende handelaren, die in verschillende stadia werkzaam zijn; dat niet mag worden onderscheiden waar in het Verdrag zelve geen onderscheid gemaakt wordt (1); dat artikel 85, lid 1, echter evenmin een onderscheid maakt tussen de genoemde categorieëen overeenkomsten en overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen die in verschillende stadia werkzaam zijn; dat een overeenkomst tussen de concurrerende ondernemingen die in verschillende distributiestadia werkzaam zijn derhalve ten doel en ten gevolge kan hebben dat de mededinging wordt beperkt in de zin van artikel 85, lid 1;

(1) Arrest van het Hof van Justitie in zaak 32/65 (Italië tegen Raad en Commissie), Jur. 1966, blz. 609.

76 Overwegende dat het feit dat er tussen partijen concurrentie bestaat o. a. blijkt uit hetgeen geschiedde in 1977, toen BP Kemi begon met DDSF inzake de prijzen te concurreren, met het gevolg dat het marktaandeel van DDSF werd verkleind; dat partijen bovendien elders hebben gewezen op het feit dat de prijzen slechts één van de dimensies van de mededinging uitmaken en dat ook het assortiment dat kan worden aangeboden en de klantenservice bij de concurrentie om klanten een rol spelen; dat DDSF laatstelijk t.a.v. de clausule in de Samenwerkingsovereenkomst heeft verklaard dat „deze beoogde DDSF de nodige bescherming te verlenen tegen onderbieding door haar eigen leverancier";

77 Overwegende dat een producent natuurlijk niet verplicht is het gebied van zijn alleenverkoper binnen te gaan, maar dat hij, wanneer hij door de omstandigheden wordt gedreven dit, rechtstreeks dan wel via een dochtermaatschappij of een verbonden vennootschap, te doen, een subject op de markt in dit grondgebied wordt, evenals de alleenverkoper; dat hij dan soortgelijke economische functies op de markt vervult als die van de alleenverkoper en dat iedere beperking van zijn vrije gedrag op de markt een beperking van de mededinging wordt op dezelfde wijze als een concurrentiebeperking in een afspraak tussen twee dealers op de markt;

Overwegende dat men, door de relatie tussen een producent en zijn alleenverkoper binnen een bepaald gebied uit te sluiten van de toepassing van de concurrentieregels, hun de vrijheid zou geven overeen te komen tegen identieke prijzen te verkopen of onderling hun klanten te verdelen; dat de producent en de dealer volledig uiteenlopende gedachten kunnen hebben over het verkoopbeleid, die in uiteenlopende prijzen, voorwaarden en klantenservice tot uiting zullen komen, ten voordele van de klant;

b) *Uitwisseling van informatie*

78 Overwegende dat BP Kemi DDSF geregeld op de hoogte stelde van haar ethanolverkopen, onder opgave van de hoeveelheden die zij aan elke klant had verkocht; dat DDSF BP Kemi geregeld informeerde over haar totale verkopen, zowel als over haar verkopen aan elke klant die 100 000 liter of meer afnam; dat een uitwisseling van informatie van deze aard betekent dat beide partijen op de hoogte worden gesteld van belangrijke aspecten van het gedrag van de wederpartij en dat er een stelsel van solidariteit en wederkerige beïnvloeding tussen hen wordt ingevoerd, dat onvermijdelijkerwijze leidt tot een coördinatie van hun marktgedrag, o. a. ten aanzien van de prijzen (zie hieronder c)); dat aldus voor de

normale risico's van de mededinging een praktische samenwerking in de plaats wordt gesteld welke leidt tot omstandigheden die afwijken van die welke zouden heersen op een normale markt; dat zulk een gedrag in strijd is met artikel 85, lid 1;

79 Overwegende dat partijen als argument de beschikking van de Commissie van 15 december 1975 in de zaak SABA (1) hebben aangevoerd, waarin werd overwogen dat een overeengekomen uitwisseling van informatie tussen een producent en een dealer geen beperking van de mededinging vormde in de zin van artikel 85, lid 1. In deze beschikking stelde de Commissie vast dat de aan SABA's alleenverkopers opgelegde verplichting om SABA op haar verzoek te informeren over hun bruto-inkomen en over aan hun klanten verleende kortingen, alsmede de verplichting om alle informatie te verstrekken die SABA's vertegenwoordigers zouden verlangen, op zichzelf niet moet worden beschouwd als concurrentiebeperkend, zolang SABA hun niet aanbeval contractsprodukten buiten hun eigen contractsgebied te verkopen of bijzondere prijzen toe te passen en geen voordelen bood of met nadelen dreigde ten einde deze doeleinden te bereiken. De informatie zou, omdat SABA zelf niet in de gebieden van de alleenverkopers verkocht, alleen concurrentiebeperkende werking hebben, indien zij werd gebruikt om het marktgedrag van de alleenverkopers te beïnvloeden;

Overwegende dat de uitwisseling van informatie in de onderhavige zaak evenwel een concurrentiebeperkende werking heeft op het marktgedrag van elk van de ontvangers;

c) *Toewijzing van klanten en verdeling van de markt*

80 Overwegende dat de informatieregeling werd aangevuld met een clausule volgens welke BP Kemi zich voornamelijk zou bezighouden met klanten met een jaarlijks ethanolverbruik van ten minste 100 000 liter; dat partijen hebben verklaard dat deze clausule slechts het feit tot uitdrukking bracht dat BP Kemi destijds niet over de noodzakelijke installaties beschikte om de kleinere klanten te bevoorraden; dat er evenwel, indien dit waar zou zijn, geen reden zou zijn geweest om een dergelijke beperkende verplichting op te leggen; dat BP Kemi bovendien in 1975, toen de Samenwerkingsovereenkomst was beëindigd maar haar installaties nog steeds dezelfde waren, begon aan klanten te leveren met een jaarlijks verbruik van minder dan 100 000 liter; dat er derhalve in principe tussen BP Kemi en DDSF overeenstemming bestond over de klanten aan wie elk van hen zou leveren, hetgeen een meer daadwerkelijke mededinging tussen hen in de weg stond, ten nadele van de consumenten;

d) *Prijsbescherming*

81 Overwegende dat de door BP Kemi in de Samenwerkingsovereenkomst aangegane verplichting om de catalogusprijzen van DDSF te volgen, en de later in gezamenlijk overleg gevolgde toepassing van identieke prijzen, BP Kemi verhinderden vrijelijk haar verkoopprijzen vast te stellen en ten doel en ten gevolge hadden dat de prijsconcurrentie tussen partijen werd beperkt; dat de verplichting in de Samenwerkingsovereenkomst van de zijde van BP Kemi om in principe de betalingscondities van DDSF te volgen op dezelfde wijze een beperking van de mededinging tussen partijen op dit gebied betekende;

82 e) *Quota- en compensatieregeling*

Overwegende dat de toepassing van de prijsclausule werd aangevuld met de overeenkomst inzake quota's en compensatie; dat BP Kemi DDSF conform deze afspraak een compensatie moest betalen welke overeenkwam met de winst die BP Kemi zou hebben gemaakt door tegen de catalogusprijzen van DDSF te verkopen, voorzover BP Kemi's verkopen 25 % van de gezamenlijke verkopen der vennootschappen zouden overtreffen; dat BP Kemi er, aangezien de 25 %-grens inderdaad werd bereikt, geen economisch belang bij had, haar marktaandeel tot boven de 25 %-grens ten koste van DDSF uit te breiden; dat zij er met name geen belang bij had dit via een prijsverlaging te doen, aangezien dit voor haar verliezen zou hebben meegebracht; dat de regeling derhalve voor BP Kemi een aansporing vormde de prijzen van DDSF te volgen en aldus de uitdrukkelijke prijsafspraak versterkte door o. a. controle op de toepassing overbodig te maken; overwegende dat de regeling inzake quota's en compensatie tevens betekende dat BP Kemi DDSF 75% moest betalen van de winst die zou voortvloeien uit de verkoop aan klanten die nog niet eerder door DDSF waren bevoorraad; dat BP Kemi, aangezien de regeling was gebaseerd op de catalogusprijzen van DDSF, geen sterke prikkel ondervond om bij de verkoop aan dergelijke klanten van de in de catalogus van DDSF opgenomen prijzen af te wijken; dat de regeling in feite de prikkel die BP Kemi normalerwijze zou hebben ondervonden om aan nieuwe klanten te verkopen verkleinde; dat de regeling inzake quota's en compensatie derhalve de con-

(1) PB nr. L 28 van 3. 2. 1976, blz. 19.

currentievoorwaarden tussen BP Kemi en haar andere concurrenten dan DDSF wel moest beïnvloeden.

C. GEVOLGEN VOOR DE HANDEL TUSSEN LID-STATEN

83 Overwegende dat de concurrentiebeperkende samenwerking tussen BP Kemi DDSF gedurende de gehele hier behandelde periode, d. w. z. van 1 juli 1973 tot eind 1976, van die aard was dat de handel tussen Lid-Staten er ongunstig door werd beïnvloed;

84 Overwegende dat alle in Denemarken verkochte ethanol wordt geïmporteerd, voor het grootste deel uit andere EEG-Lid-Staten; dat DDSF, die jarenlang de enige leverancier van ethanol op de Deense markt was en de grootste importeur en verkoper van ethanol in Denemarken was en nog steeds is, volgens de Aankoopovereenkomst verplicht was alleen ethanol te kopen die was geproduceerd door BPCL, die de grootste producent van dit produkt in de EEG is en ook naar een aantal andere Lid-Staten exporteert; dat de aankoopverplichting, als gevolg van het nauwe verband met de andere door partijen toegepaste beperkingen, in relatie staat met de Samenwerkingsovereenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedraging die deze overeenkomst verving en niet alleen in het licht van de Aankoopovereenkomst kan worden beoordeeld;

85 Overwegende dat de aankoopverplichting de import van ethanol naar Denemarken uit andere Lid-Staten dan het VK bemoeilijkte; dat zij alle leveranciers (producenten en dealers uit alle landen) met uitzondering van BP Kemi — en zo BPCL — verhinderde via DDSF te verkopen; hetzelfde gold voor offerten van ethanol op de spot market, die hoewel hij werkt met ongeregelde en beperkte hoeveelheden, de concurrentiestructuur en het prijsniveau op merkbare wijze beïnvloedt; dat op deze wijze alleen serieuze Westeuropese producenten in staat waren ook maar een offerte te maken aan DDSF; dat BP Kemi zelfs in dit geval, zoals blijkt uit het voorbeeld van 1976, in staat was te interveniëren om zulk een leverancier van de markt verwijderd te houden;

86 Overwegende dat export naar Denemarken uit andere Lid-Staten dan het VK zonder de aankoopverplichting mogelijk zou zijn geweest; dat de capaciteit van de Duitse en de Franse producenten niet volledig wordt benut; dat dezen naar een groot aantal landen exporteren; dat de transportkosten slechts een secundaire rol spelen; dat de douanerechten op 1 juli 1973 nog betrekkelijk hoog waren, maar dat dit producenten uit andere Lid-Staten niet verhinderde offerten te maken die op lange termijn voor beide zijden aantrekkelijk zouden zijn geweest, nadat de rechten geleidelijk zouden zijn verdwenen; dat er wel import plaatsvond uit andere landen dan het Verenigd Koninkrijk, zelfs al was deze wellicht gedeeltelijk bestemd voor wederexport; dat de relatieve last van de invoerrechten tegen 1 april 1974 was gedaald tot 7,8 % à 9,3 %, en in 1975 en 1976 nog verder zou teruglopen; dat het algemene prijspeil in Denemarken hoog genoeg was om de export uit andere Lid-Staten dan het VK naar Denemarken ondanks de douanerechten aantrekkelijk te maken;

87 Overwegende dat DDSF en BP Kemi gedurende de periode waarop deze beschikking betrekking heeft meer dan 80 % — en gedurende het grootste deel van deze periode meer dan 90 % — van de op de Deense markt geleverde ethanol verkochten en de Deense klanten derhalve voornamelijk ethanol aangeboden kregen die in deze periode door de Britse vennootschap BPCL was geproduceerd;
Overwegende dat de Deense klanten voorts, gezien het tussen DDSF en BP Kemi — optredend namens BPCL — gecoördineerde gedrag inzake uitwisseling van informatie, prijzen, betalingscondities, het verdelen van klanten en quota's en compensatie, praktisch geen mogelijkheid bezaten om tussen onafhankelijke offerten van van BPCL afkomstige ethanol te kiezen; dat DDSF en BP Kemi als gevolg van dit gecoördineerde gedrag te zamen op de Deense markt zulk een sterke positie innamen dat de moeilijkheden voor andere leveranciers dan BPCL om op de Deense markt door te dringen als gevolg van de aankoopverplichting nog werden vergroot; dat de regeling inzake quota's en compensatie aldus met zich meebracht dat BP Kemi, wanneer zij de behoeften van een bepaalde klant niet kon bevredigen, zou profiteren indien de klant bij DDSF kocht, omdat dit de verkopen zou vergroten welke BP Kemi kon doen plaatsvinden zonder de 25 %-grens te overschrijden; dat uit het feit dat BP Kemi en DDSF hun gezamenlijke positie op de markt als gevolg van de beperkingen gedurende een periode van 3 $^1/_2$ jaar konden handhaven, over het geheel genomen blijkt dat de samenwerking tussen hen de handelsstromen tussen Denemarken en andere gebieden van de gemeenschappelijke markt wel een andere richting moest geven dan anders het geval zou zijn geweest;

88 Overwegende dat dit betekende dat de positieve werking van de openstelling van de Deense markt, die het doel van de toetreding tot de Gemeenschap was, wat ethanol betreft in aanzienlijke mate werd tenietgedaan door de samenwerking tussen partijen;

D. MERKBARE GEVOLGEN

89 Overwegende dat de concurrentiebeperkende gevolgen van de exclusieve aankoopverplichting

die andere producenten verhinderde aan DDSF te leveren of zulk een levering belemmerde („intra-brand"-concurrentie) nog werden versterkt door beperkingen van de mededinging tussen de partijen zelf („intra brand"-concurrentie), zoals hierboven beschreven, zodat de positie van de verbruikers nog verder werd verslechterd; dat deze beperking van de verschillende vormen van mededinging, gezien de betekenis van de partijen op de Deense markt, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, ongetwijfeld een waarneembare werking had;

90 Overwegende dat de samenwerking tussen BP Kemi en DDSF derhalve inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1;

III. NIET-TOEPASSELIJKHEID VAN VERORDENING Nr. 67/67/EEG

91 Overwegende dat partijen hebben betoogd dat Verordening nr. 67/67/EEG op de tussen hen gesloten aankoopovereenkomst van toepassing is, zodat de overeenkomst is vrijgesteld van het kartelverbod in artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag; dat dit betoog niet kan worden aanvaard;

92 Overwegende dat de generieke vrijstelling omschreven in artikel 1, lid 1, van Verordening nr. 67/67/EEG van toepassing is op overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen partij zijn en

a) waarbij de ene contractspartij zich tegenover de andere verplicht, binnen een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt bepaalde produkten slechts aan hem voor wederverkoop te leveren; of

b) waarbij de ene contractspartij zich tegenover de andere verplicht bepaalde, voor wederverkoop bestemde produkten, slechts van hem te betrekken; of

c) waarbij tussen beide ondernemingen exclusieve leverings- en afnameverplichtingen voor wederverkoop in de zin van de twee vorige alinea's zijn overeengekomen;

93 Overwegende dat de Aankoopovereenkomst duidelijk geen alleenverkoopovereenkomst is waarop de paragrafen a) en c) van deze bepaling van toepassing zouden zijn; dat de inspanningen die DDSF zich heeft getroost om de alleenverkooprechten voor BP-ethanol in Denemarken te bemachtigen mislukten omdat de BP-groep haar eigen produkten op de Deense markt wilde verkopen (zie hierboven onder de punten 23 en 24); dat BP Kemi dit voornemen sinds 1973 heeft tenuitvoergelegd en aanzienlijke hoeveelheden ethanol rechtstreeks heeft geleverd aan grote klanten in Denemarken, en dat een deel van deze hoeveelheden is aangekocht voor wederverkoop;

94 Overwegende dat de Aankoopovereenkomst, in tegenstelling tot hetgeen partijen menen, evenmin valt onder de categorie overeenkomsten die zijn vrijgesteld krachtens artikel 1, lid 1, b), van de genoemde verordening;

95 Overwegende dat de uitlegging en toepassing van deze bepaling niet kunnen beperkt blijven tot de letter van de tekst alleen; dat tevens de geest en het doel, alsmede de werking ervan in het kader van de algemene doelstellingen van de verordening in aanmerking moeten worden genomen; det Verordening nr. 67/67/EEG, zoals uit haar overwegingen blijkt, beoogt de distributie van waren binnen de gemeenschappelijke markt te vergemakkelijken; dat exclusieve leverings- en aankoopovereenkomsten gesloten met het oog op de wederverkoop van de goederen ondanks hun concurrentiebeperkende werking krachtens artikel 85, lid 3, van het algemene verbod van concurrentiebeperkende praktijken zijn vrijgesteld, omdat zij de algemene verkoop van de waar vergemakkelijken, het volgen van een intensievere marktpolitiek mogelijk maken en een permanente aanvoer aan de klanten verzekeren, terwijl zij tegelijkertijd de verkoop rationaliseren; dat dergelijke verbeteringen in de distributie evenwel alleen bestaan indien de partijen een duidelijke verticale scheiding van hun werkzaamheden toepassen; dat er een economische rechtvaardiging voor exclusieve regelingen bestaat wanneer de leverancier geen eigen activiteiten ontplooit voor de verkoop in het aan de alleenverkoper toegewezen gebied en daar dus niet met hem in concurrentie treedt; dat dit beginsel het criterium in de alleenverkoopovereenkomst is dat in artikel 1, lid 1, sub a) en c), van de verordening is gedefinieerd; dat het ook van toepassing is op de overeenkomsten die sub b) zijn gedefinieerd;

96 Overwegende dat de door partijen gesloten Aankoopovereenkomst niet aan deze voorwaarden voldoet; dat DDSF en BP Kemi in het voornaamste verkooprayon van DDSF, Denemarken, ten aanzien van de onder de overeenkomst vallende produkten concurreren; dat beiden offerten uitbrengen aan wat, in wezen, dezelfde categorie klanten is; dat dit feit tevens verklaart waarom er ten gunste van DDSF beschermende clausules in de Samenwerkingsovereenkomst werden opgenomen, waarin wordt vastgesteld dat BP Kemi de catalogusprijzen van DDSF dient te volgen en dat BP Kemi DDSF moet schadeloos stellen indien haar jaarlijkse verkopen het vierde deel van de gecombineerde verkopen van de twee ondernemingen overschrijden; dat de Aankoopovereenkomst derhalve ten dele een „horizontale" overeenkomst is, gesloten tussen twee ondernemingen

in hetzelfde handelsstadium, waarbij de commerciële vrijheid van de partij die belooft uitsluitend van de wederpartij te zullen kopen en de toegang van andere leveranciers tot de Deense markt wordt beperkt, zonder dat er evenwel een verbetering in de verdeling van de produkten, die wellicht tegen deze nadelen zou opwegen, wordt ingevoerd; dat een dergelijke overeenkomst duidelijk in strijd is met de geest van artikel 1, lid 1, sub b), van Verordening nr. 67/67/EEG.

97 Overwegende dat de in Verordening nr. 67/67/EEG omschreven generieke vrijstelling zelfs niet op de Aankoopovereenkomst van toepassing zou zijn indien deze viel onder artikel 1, lid 1, sub b), van deze verordening; dat de verordening de partijen bij een exclusieve aankoopovereenkomst niet toestaat andere concurrentiebeperkende verplichtingen aan te gaan dan de exclusieve aankoopverplichting zelf; dat de exclusieve aankoopverplichting in de onderhavige zaak onlosmakelijk verbonden is met een aantal bijkomende beperkingen; dat deze zijn: de regelingen tussen BP Kemi en DDSF inzake verkoopquota's en compensatie, prijzen en betalingscondities, de verdeling van de klantenmarkt en de uitwisseling van informatie, alsmede de Engelse clausule; dat het feit dat deze regelingen zijn neergelegd in een apart document aan de situatie niets verandert; dat de Aankoopovereenkomst en de Samenwerkingsovereenkomst, zoals is uiteengezet, economisch een eenheid vormen; dat zij derhalve ter beoordeling van de vraag of Verordening nr. 67/67/EEG van toepassing is gezamenlijk moeten worden beoordeeld;

IV. NIET-TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 85, LID 3

98 Overwegende dat volgens artikel 85, lid 3, de bepalingen van artikel 85, lid 1, buiten toepassing kunnen worden verklaard:

— voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,

— voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen,

die bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn;

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen;

99 Overwegende dat volgens artikel 4, lid 1, van Verordening nr. 17 overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen bij de Commissie moeten worden aangemeld om in aanmerking te komen voor een individuele vrijstelling conform artikel 85, lid 3; dat zulk een aanmelding niet heeft plaatsgevonden;

100 Overwegende dat volgens artikel 4, lid 2, par. 1, van deze verordening de aanmeldingsplicht niet van toepassing is op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen voor zover daaraan slechts ondernemingen uit een Lid-Staat deelnemen en zij geen betrekking hebben op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten;

101 Overwegende dat de regelingen betrekking hebben op ethanol die uit het Verenigd Koninkrijk in Denemarken is geïmporteerd en dat de regelingen de belangrijkste dealer in Denemarken verhinderen te importeren uit andere aanvoerbronnen op de gemeenschappelijke markt; dat dergelijke aanvoerbronnen in Denemarken niet bestaan; dat de regelingen daarom „betrekking hebben" op invoer en uitvoer in de zin van artikel 4, lid 2, par. 1, van Verordening nr. 17; dat hoewel de beide parttijen die de overeenkomsten ondertekenden en handelen in overeenstemming met de overeenkomsten en de betrokken onderling afgestemde gedraging beiden in Denemarken gevestigd zijn, de regelingen overigens niet ondernemingen in een enkele Lid-Staat betreffen, omdat een van de partijen alleen waren verkoopt die zijn geïmporteerd vanuit een in een andere Lid-Staat gevestigde vennootschap en deze andere vennootschap en de betrokken partij beiden worden gecontroleerd door dezelfde derde vennootschap; dat de regelingen derhalve, zoals partijen toegeven (zie punt 73), in feite moeten worden beschouwd als regelingen die tussen BPCL en DDSF zijn gesloten; dat het feit dat de overeenkomsten formeel zijn gesloten tussen BP Kemi en DDSF geen verschil maakt; dat de toepassing van artikel 4, lid 2, indien dit niet het geval was geweest, eenvoudigweg had kunnen worden verkregen door de formele sluiting van overeenkomsten over te laten aan plaatselijke dochtermaatschappijen; dat partijen in elk geval hebben toegegeven dat artikel 4, lid 2, par. 1, niet van toepassing is;

102 Overwegende dat derhalve om formele redenen niet behoeft te worden ingegaan op de vraag of er een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, had kunnen worden gegeven;

V. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 3 VAN VERORDENING Nr. 17

103 Overwegende dat de onderhavige procedure betrekking heeft op de samenwerking zoals deze

thans wordt toegepast tussen BP Kemi en DDSF en zoals deze tot het eind van 1976 is onderzocht; dat een omvattend verder onderzoek inzake het marktgedrag sinds 1977 niet noodzakelijk is geacht, aangezien DDSF de Commissie heeft medegedeeld dat de bestaande contractuele betrekkingen met ingang van 15 juli 1979 zijn beëindigd en er geen geldboete wordt opgelegd, bij ontbreken van bewijs van opzet of onachtzaamheid in dit geval;

Overwegende dat partijen hebben ontkend dat hun samenwerking inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, en het voornemen te kennen hebben gegeven nieuwe onderhandelingen aan te gaan en het noodzakelijk is, bij beschikking vast te stellen in welke opzichten hun samenwerking tussen 1 juli 1973 en het eind van 1976 inbreuk maakte op artikel 85, lid 1; dat partijen daarbij ook wordt medegedeeld dat zij zich zullen blootstellen aan een nieuwe procedure krachtens artikel 85, indien de huidige contractuele betrekking wordt verlengd of op zulk een wijze vervangen dat DDSF *de jure* of *de facto* aan één enkele producent wordt gebonden voor haar totale behoeften of een groot deel daarvan aan synthetische ethanol met uitsluiting of belemmering van andere Europese of niet-Europese leveranciers van grote of kleine hoeveelheden,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

BP Kemi A/S en A/S De Danske Spritfabrikker hebben ingevolge

a) de verplichting voor A/S De Danske Spritfabrikker om haar totale behoeften aan synthetische ethanol bij BP Kemi A/S te dekken ingevolge het bepaalde in de Aankoopovereenkomst van 12 april 1973 aangevuld met de Engelse clausule in haar verschillende versies gedurende de periode van 1 juli 1973 tot 31 december 1976;

b) de uitwisseling van informatie betreffende aan individuele klanten verkochte hoeveelheden ingevolge het bepaalde in de Samenwerkingsovereenkomst gedurende de periode van 1 juli 1973 tot 31 december 1974 en ingevolge een onderling afgestemde feitelijke gedraging gedurende de periode van 1 januari 1975 tot 31 december 1976;

c) het verdelen van klanten ingevolge het bepaalde in de Samenwerkingsovereenkomst gedurende de periode van 1 juli 1973 tot 31 december 1974;

d) de toepassing van gelijke prijzen ingevolge het bepaalde in de Samenwerkingsovereenkomst gedurende de periode van 1 juli 1973 tot 31 december 1974 en ingevolge een onderling afgestemde feitelijke gedraging gedurende de periode van 1 januari 1975 tot 31 december 1976;

e) de toepassing van gelijke betalingscondities ingevolge het bepaalde bij de Samenwerkingsovereenkomst gedurende de periode van 1 juli 1973 tot 31 december 1974, en

f) de toepassing van de regeling inzake quota en compensatie ingevolge het bepaalde bij de Samenwerkingsovereenkomst gedurende de periode van 1 juli 1973 tot 31 december 1974

inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.

Artikel 2

Deze beschikking is gericht tot:

BP Kemi A/S, Øresundsvej 152, 2300 Kopenhagen S, Denemarken,

en

A/S De Danske Spritfabrikker, Raffinaderivej 10, Postboks 1256, 2300 Kopenhagen S, Denemarken.

Gedaan te Brussel, 5 september 1979.

Voor de Commissie

Raymond VOUEL

Lid van de Commissie

BIJLAGE 1

Produktie en export van de fabrikanten van synthetische ethanol in de Gemeenschap (1)

(in 1000 hl alcohol)

	Frankrijk						Duitsland						Verenigd Koninkrijk					
	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1972	1973	1974	1975	1976	1977
Produktie	1 071	1 203	1 167	1 222	895	1 205	973	1 197	1 522	1 117	1 232	1 280		1 786	2 930	1 980	2 520	2 723
Capaciteit					1 230						2 400						3 470	
Export: totaal	901	673	536	105	311	680	35	136	116	28	43,8	46,1	205	182	689	404	455	590
Frankrijk	·	·	·	·	·	·	—	(32)	38	—	0,3	0,5	—	—	—	—	x	x
België/Luxemburg	15	60	69	10	21	22,2	28	20	23	16	33	35,3	—	—	—	266 (3)	x	x
Nederland	17	88	81	42	—	14,7	—	77	(4)	—	0,3	0,2	—	—	—	21	x	x
Duitsland	2	—	—	—	22,1	33	·	·	·	·	·	·	—	—	—	—	—	—
Italië	204	174	90	35	51,5	81,4	—	26	12	—	0,4	0,6	—	—	—	—	x	x
Verenigd Koninkrijk	—	—	85	(4)	11,1	12,4	—	—	—	—	0,1	0,1	·	·	·	·	·	·
Ierland	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	0,2	0,1	x	x	x	(67)	x	x
Denemarken	(19) (2)	12	5	6	14,2	23,5	—	2	2	6	6,5	4,8	(29)	(178)	(194)	(188)	(181,5)	(151,3)

(1) *Bron:* Raad van Ministers, document S/788/77 van 23 mei 1977.
(2) Cijfers tussen haakjes: import-opgaven.
(3) BP beschikt in Antwerpen over een opslagplaats.
x De totale exportcijfers zijn statistisch niet opgesplitst.

BIJLAGE 2

Belasting op de import van synthetische ethanol naar Denemarken uit de oorspronkelijke Lid-Staten

	Importbelasting in Dkr./100 l	% van de verkoopprijs			
		DRAA (1) voor de chemische synthese		Ethanol als oplosmiddel	
		Dkr./100 l (2)	%	Dkr./100 l (2)	%
1. 1. 1972	30	95	31,6		
1. 4. 1973	24	95	25,2	113	21,2
1. 1. 1974	18	117	15,4	153	11,8
1. 4. 1974	18	194	9,3	231	7,8
1. 7. 1974	18	226	8,0	248	7,3
1. 1. 1975	12	225	5,3	283	4,2
1. 10. 1975	12	208	5,8	263	4,6
1. 1. 1976	6	200	3,0	263	2,3
1. 7. 1977	0	199	0	253	0

(1) Afkorting van „Doubly Rectified Absolute Alcohol".
(2) Opgaven van de deelnemers.

BIJLAGE 3

Import van synthetische ethanol naar Denemarken

(in 1 000 hl alcohol)

Herkomst	1972 (1)	1973 (1)	1974	1975	1976	1977
Verenigd Koninkrijk	29	83	185	188	181	139
Frankrijk	19	15	6	6	14	21
West-Duitsland	—	2	2	5	8	5
Verenigde Staten	—	—	—	4	7	8
Zweden	—	—	—	—	0,1	0,1
Noorwegen	—	6	—	—	—	—
Andere	—	3	1	—	—	—

Bron: Raad van Ministers, document S/788/77 van 23 mei 1977.
(1) In dit jaar had DDSF nog synthetische ethanol geproduceerd.

BIJLAGE 4

Prijzen van synthetische alcohol (S) en melasse-alcohol (M) in de Lid-Staten

(RE/hl 100 % produkt)

		1973			1974			1975			1976			1977		
		I	II	III	I	II	III	I	II	III	I	II	III	I (1)	II	III
Duitsland	S	18—19	18,6—20	18,6—20	23—27	24,6—29,4	24,6—29,4	25—30	29,4	29,4	30—32	32,2—32,9	32,2—32,9	36—38	38—40,3	38—40,3
	M	38—43			49—55			51—57			50—55			54—67		
Frankrijk	S	9—12		16,4—16,2	12—18	15,7—23,4	15,8—26,9	21	23,8—25,3	27,3—29	21	26,5—23,1	28,6—24,9	22	26,8—27,2	28,7—29,0
	M	16			15			22			22			24		
Italië (2)	S	—			—			—			—			—		
	M	32—44			35—44			25—36			22—32			33—34		
België/ Luxemburg	S	12—15			28—29			29			21—29			25—41		
	M	20—39			23—47			30—54			33—52			37—60		
Nederland	S	16—20			21—27			24—27			23—24			18		
	M	16—39			21—46			24—26			23—46			28—51		
Verenigd Koninkrijk	S	12	11—9,8	15,3—13,9	19	20,3—19,4	20,0—23,5	26	22—23,8	25,6—27,6	26	26,8—24,7	30,2—27,6	30	29,5—31,5	34,6—37,8
	M	36			33			38			34			43		
Ierland	S	12			19			26			26			30		
	M	29			49			47			48			51		
Denemarken	S	15	12,5	14,9	15—32	15,5—29,9	20,2 – 32,6	34—37	34,1—27,5	37,4—34,7	33—34	26,4—25,9	34,7—33,4	38	30,1—29,6	38,3—39,6
	M	21—28			28—40			41			37			43		

I: ***Bron:*** Raad van Ministers, document S/788/77 van 23 mei 1977 (opgesteld op grond van cijfermateriaal uit de Lid-Staten).
Opgave van de laagste en hoogste gemiddelde prijs naar gelang van het gebruik, de leveringshoeveelheid en het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst.

II en III: Opgaven van de deelnemers op grond van de officiële verkoopprijzen (Duitsland, Frankrijk) of van de inkoopprijzen van grote kopers (Verenigd Koninkrijk en Denemarken).

II: Opgaven over prijzen van alcohol voor chemische synthese.

III: Opgaven over prijzen van alcohol als oplosmiddel.

(1) Opgaven voor januari 1977.

(2) In Italië werd wegens de daar geldende nationale bepalingen praktisch geen synthetische ethanol gebruikt, in Nederland eerst sinds 19[illegible] in grotere omvang.