CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN-PIERRE WARNER, PRÉSENTÉES LE 23 MAI 1978 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

La présente affaire tire ses origines de la «crise» du pétrole, survenue en 1973-1974, à la suite de la décision prise par certains pays gros producteurs de pétrole d'augmenter fortement leurs prix de vente du pétrole brut et, simultanément, de réduire leur production. La pénurie de pétrole qui en a résulté a été particulièrement ressentie par certains pays importateurs, dont l'attitude avait été jugée anti-arabe durant la guerre du Yom Kipour, du fait de l'embargo décrété par certains gouvernements arabes sur les chargements à destination des pays. Les Pays-Bas figuraient au nombre des pays touchés par l'embargo.

Le recours est intenté au titre de l'article 173 du traité CEE par trois sociétés néerlandaises qui sont toutes, directement ou indirectement, des filiales à 100 % de la British Petroleum Company Ltd. et vise une décision de la Commission du 19 avril 1977 (77/327/CEE, JO n° L 117 du 9 mai 1977), par laquelle celle-ci a estimé qu'en pratiquant vis-à-vis d'un certain acheteur, durant la période de novembre 1973 à mars 1974, des réductions de livraison d'essence-moteur, supérieures à celles qu'elles ont pratiquées pour leurs autres clients, ces sociétés ont commis un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité. Les trois sociétés sont British Petroleum Maatschappij Nederland BV, British Petroleum Raffinaderij Nederland BV et Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV. Nous nous rallierons à la pratique adoptée au cours de la procédure, et qui consiste à les regrouper sous le sigle «BP».

Bien qu'elle ait considéré que BP avait ainsi enfreint les dispositions de l'article 86 du traité, la Commission a estimé qu'il existait des circonstances atténuantes, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de lui infliger une amende au titre de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17. Néanmoins, BP entend poursuivre l'annulation de cette décision devant la Cour, parce que — selon ce que nous a dit à l'audience son mandataire ad litem — non seulement elle ne veut pas continuer à être exposée au reproche d'avoir violé la loi, mais également parce que si la décision n'est pas annulée, elle est susceptible de servir de base à une éventuelle action en indemnité déclenchée contre BP par l'acheteur en question devant les tribunaux nationaux néerlandais.

Cet acheteur est Aardolie Belangen Gemeenschap BV (ou «ABG»). Il s'agit d'une centrale d'achats composée des 19 adhérents du groupe «AVIA» aux Pays-Bas. «AVIA» est une marque détenue par une société suisse qui autorise, au moyen de licences, l'usage de cette marque par différents distributeurs de produits pétroliers dans différents pays. Outre les Pays-Bas, ces pays comprennent la Belgique, la république fédérale d'Allemagne, la France, l'Italie, l'Autriche et la Suisse. Cependant, il n'y a apparemment aucune relation entre les distributeurs de la marque AVIA dans les différents pays, excepté le fait qu'ils sont habilités à opérer sous la même marque. Aux Pays-Bas, le concessionnaire de la marque est Avia Nederland CV, qui regroupe les mêmes 19 adhérents que ABG.

Au moment de la crise, les ventes d'ABG se répartissaient de la façon

1 — Traduit de l'anglais.

suivante: 49 % environ par le réseau AVIA, 12 % environ par d'autres acheteurs liés par contrats, que la décision appelle «contractants fixes», 20 % environ par des acheteurs réguliers, quoique sans contrat, enfin quelque 20 % de livraisons «occasionnelles». On ne trouve pas d'indication permettant de penser qu'ABG ait vendu en dehors des Pays-Bas.

L'annexe 1 de la décision contient un tableau montrant les sources d'approvisionnement d'ABG. A l'époque qui nous intéresse, sept entreprises produisaient directement de l'essence-moteur (essence super et normale) aux Pays-Bas. Il s'agissait de BP elle-même et de six autres compagnies, que nous appellerons pour abréger «Chevron», «Esso», «Gulf», «Mobil», «Shell» et «Texaco». En outre, deux compagnies, à savoir «Fina» et «Total», obtenaient pour elles des quantités appréciables d'essence-moteur produite dans des raffineries néerlandaises. En décembre 1973, une raffinerie située à Flessingue, de la Compagnie française des pétroles (Total), est devenue opérationnelle. Pour la période de 12 mois allant de novembre 1972 à octobre 1973, les approvisionnements d'ABG provenaient à 80,7 % de BP, à 8 % de Gulf, à 4,2 % de Shell, à 1,6 % de Chevron et à 5,5 % de 13 autres sociétés dont nous ignorons l'identité et dont nous savons simplement que, parmi celles-ci, ne figure aucune des neuf sociétés dont nous venons de parler. Il semble qu'un certain nombre de ces 13 entreprises se situent à l'extérieur des Pays-Bas, la Commission ayant constaté que «ABG achetait une partie de ses approvisionnements en essence sur le marché libre et que certaines des quantités en cause provenaient des pays de la Communauté économique européenne» (décision, p. 12).

L'histoire des relations commerciales entre ABG et BP revêt en l'espèce une certaine importance.

Jusqu'en 1968, BP approvisionnait ABG sur la base de contrats dans lesquels les parties fixaient pour une année les prix, les quantités et autres conditions. Après 1968, les livraisons ont été régies par contrats à durée indéterminée, avec un préavis de six mois en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie. Le 21 novembre 1972, BP a dénoncé l'accord, avec effet fin mai 1973. Il semble que BP ait agi ainsi en réaction aux mesures prises par les gouvernements de pays où étaient situés certains de ses champs pétrolifères, qui avaient pour effet de rendre plus incertaine son approvisionnement en pétrole brut — en particulier la nationalisation de son champ pétrolifère lybien et la prise en charge par le gouvernement du Koweit d'une partie de la production nationale. Quoi qu'il en soit, à aucun stade de la procédure, la Commission n'a reproché à BP cette dénonciation. La résiliation a été confirmée par un échange de lettres entre BP et ABG le 17 janvier 1973. Il a alors été convenu entre BP et ABG qu'après la fin mai 1973, BP assurerait pour ABG le raffinage de pétrole brut fourni par cette dernière.

La situation au mois de mai 1973 faisait apparaître que les négociations entreprises par ABG en vue de l'acquisition de pétrole brut ne pourraient être menées à leur terme en temps voulu (bien que, selon BP, il y ait eu du pétrole brut disponible sur le marché). Il a été alors convenu que, durant la période de juin à septembre 1973, BP assurerait pour ABG le raffinage de 250 000 mètres cubes de pétrole brut koweitien, propriété de BP, ce qui assurerait, entre autres produits de raffinage, 41 500 mètres cubes d'essence-moteur, à charge pour ABG — grosso modo — de restituer cette même quantité de brut avant le 1er janvier 1974.

Au 30 septembre 1973, ABG n'avait pas encore pris livraison de la totalité des 41 500 mètres cubes d'essence-moteur convenus. La raison en a été dévoilée par ABG à la Commission durant la

procédure administrative: cf. le compte rendu de l'audition du 11 mars 1975, au cours de laquelle la société ABG a été entendue (annexe à la duplique) aux pages 26 et 27. Une étude concordante des déclarations alors faites par ABG et du tableau figurant à l'annexe 1 de la décision fait apparaître qu'en juillet et août 1973 (ainsi que, dans une moindre mesure, en septembre de la même année) la production de Gulf aux Pays-Bas avait dépassé ses capacités de stockage sur place, de telle sorte qu'ABG avait pu se procurer à meilleur prix de l'essence-moteur chez Gulf qu'elle n'aurait pu le faire en application de l'accord passé par elle avec BP. C'est ce qui explique pourquoi il ressort des statistiques que, durant la période novembre 1972 à octobre 1973, ABG a obtenu 8 % de son approvisionnement chez Gulf. En fait, ABG s'est approvisionnée auprès de Gulf uniquement au cours des trois mois précités. De juin à septembre 1973, ABG s'est également approvisionnée, dans une faible mesure, auprès de Chevron et de Shell, et, pour des quantités plus importantes, auprès des 13 sociétés non identifiées. Toutefois, ces achats ne revêtaient pas de caractère exceptionnel pour ABG.

A cette époque, BP ignorait les raisons pour lesquelles ABG n'avait pas procédé à «l'enlèvement» des quantités d'essence-moteur prévu conformément à l'accord. Cependant, BP a accepté qu'ABG prenne livraison du solde des 41 500 mètres cubes au mois d'octobre 1973. C'est ainsi que, ce mois-là, ABG s'est approvisionnée en totalité auprès de BP.

La crise est survenue fin octobre 1973. Pour autant qu'il ressorte de la décision, ou du volumineux dossier soumis à l'appréciation de la Cour, il n'y a pas eu, semble-t-il, d'accord de quelque nature que ce fût entre BP et ABG relativement à l'approvisionnement futur d'ABG en essence-moteur par BP, si on excepte la discussion du projet d'un deuxième accord de «processing», destiné à entrer en vigueur au 1er janvier 1974.

Pour faire face à la crise, le gouvernement néerlandais a pris un certain nombre de mesures.

Dès le 31 octobre 1973, il publiait un décret restreignant l'usage des véhicules à moteur durant les week-ends (annexe 23 de la requête). Ce décret a été modifié à diverses reprises (cf. annexes 24 à 27 de la requête).

Ce même 31 octobre 1973, le ministère des affaires économiques a pris un arrêté en application de la loi de 1939 sur le rationnement («distributiewet»), en intégrant le pétrole (pétrole brut et produits semi-finis) ainsi que les produits pétroliers dans le champ d'application de cette loi (annexe 11 du recours). Par arrêté du 13 novembre 1973 pris en application de la même loi, le ministre a créé l'Office national des produits pétroliers («Rijksbureau voor Aardolie Produkten» ou «RBAP») qui devait avoir pour tâche d'exécuter au nom du ministre la loi sur la distribution en ce qui concernait le pétrole et les produits pétroliers (cf. annexe 12 de la requête). Dans une communication ministérielle, qui a été publiée au «Staatscourant» néerlandais du 14 novembre 1973, on lisait:

«Le ministre des affaires économiques a créé l'Office national des produits pétroliers. Cet organisme a pour tâche de régler l'approvisionnement en produits pétroliers. De plus, pour le cas où l'évolution de la situation l'exigerait, l'Office est chargé de préparer une éventuelle distribution de ces produits et de l'exécuter le moment venu.

Ceux qui rencontrent de graves difficultés d'approvisionnement en produits pétroliers peuvent le signaler par écrit à cet Office national.»

(Annexe 14 de la requête).

Il existait depuis quelques années une commission de contact pour le pétrole («Olie Contact Commissie» ou «OCC») chargée de faciliter les contacts entre l'industrie et le gouvernement. Les neuf

grandes compagnies pétrolières que nous avons mentionnées étaient toutes représentées au sein de cette commission. Son président était nommé par le ministre en qualité de fonctionnaire sans rémunération. En l'occurrence, il s'agissait de M. K. Schouten, lequel avait précédemment occupé une fonction de direction chez Shell. Le ministre a désigné M. Schouten pour être également directeur de l'Office national des produits pétroliers. Le personnel de l'Office était composé de fonctionnaires, parmi lesquels figuraient des personnes détachées des compagnies pétrolières en raison de leur qualité d'expert, et qui entraient à titre temporaire dans les services publics (contractuels).

Une structure de distribution a été mise en place par la suite, mais elle n'a été appliquée que du 12 janvier au 4 février 1974. Le 6 décembre 1973, le ministre a écrit à M. Schouten — ce dernier ayant la qualité de président de la commission de contact pour le pétrole —, en lui demandant de donner certaines directives aux exploitants de stations services («sans aucune base légale à ce stade») les invitant à réduire leurs ventes d'essence et de diesel oil, suivant certaines modalités spécifiques. Le ministre a également demandé que les compagnies pétrolières réduisent leurs livraisons d'essence aux stations services de 20 % (annexe 19 de la requête). Il ne semble pas, croyons-nous, que ce soit là la seule fois où le ministre ait pressé les compagnies pétrolières de réduire leurs livraisons de 15 ou 20 %.

Le prix de vente aux consommateurs de l'essence-moteur est soumis depuis longtemps aux Pays-Bas à un contrôle gouvernemental, en application d'une loi de 1961 («Prijzenwet»). Des décrets ultérieurs ont maintenu ce contrôle durant la crise, bien que le mode de fixation des prix ait été modifié par décret du 22 janvier 1974. Les détails de la réglementation n'importent guère, croyons-nous, en l'espèce. Il importe cependant de noter que les prix maximaux ainsi fixés se situaient au-dessous des cours mondiaux, de sorte que l'essence achetée aux cours mondiaux ne pouvait être revendue qu'à perte aux Pays-Bas. En fait, BP affirme que l'ensemble de ses ventes aux Pays-Bas se sont soldées par des pertes durant toute cette période. ABG paraît, elle aussi, avoir été victime du contrôle des prix.

Le gouvernement néerlandais n'a bien entendu pas été le seul à réagir à la crise. Les compagnies pétrolières en ont fait de même sur le plan mondial, en particulier en détournant vers Rotterdam, à partir de points non affectés par l'embargo (tels que le Nigéria et l'Iran), le pétrole brut prévu pour une autre destination. Toutefois, la production des raffineries néerlandaises n'a pu être dirigée dans sa totalité sur le marché intérieur. Les Pays-Bas, et plus particulièrement Rotterdam, sont devenus au fil des annés un grand centre de raffinage, qui alimente bien d'autres marchés que le marché néerlandais, notamment le marché allemand. Pour procéder à la répartition des quantités disponibles entre les différents marchés nationaux, il semble que les compagnies pétrolières (et, en tout état de cause, la British Petroleum Company Ltd.) aient appliqué le principe de «l'equal misery».

A l'intérieur du marché néerlandais, BP a scindé ses acheteurs en trois catégories:

1) ceux avec lesquels elle était liée par contrat,
2) les acheteurs réguliers, quoique sans contrat et
3) les acheteurs vis-à-vis desquels elle ne se sentait aucune responsabilité particulière.

BP a donné la préférence à la première catégorie, estimant qu'elle y était tenue pour des raisons de moralité commerciale: en effet, les acheteurs contractuels étaient essentiellement ceux qui s'étaient montrés disposés à payer des prix plus

élevés en période normale, afin d'avoir la certitude d'être approvisionnés en période de pénurie. Il lui semblait, par ailleurs, qu'elle était également tenue par des motifs d'ordre juridique, étant donné que toute réduction dans l'approvisionnement d'un acheteur contractuel, ayant pour effet de priver ce dernier d'une partie de l'approvisionnement auquel il avait droit sur la base du contrat, ne pouvait être justifiée que sur le fondement de la «force majeure». La Commission a constaté que BP avait réduit en moyenne ses livraisons à ses clients contractuels d'environ 13 % durant la période allant de novembre 1973 à mars 1974 (décision p. 10).

BP a considéré qu'elle avait également des obligations envers ses clients réguliers, quoique non contractuels. On songe à cet égard à la pratique de certains commerçants qui, lorsqu'il y a pénurie de telle ou telle denrée, apposent sur leur porte un écriteau faisant savoir, en termes plus ou moins laconiques, qu'ils ne pourront servir que leur fidèle clientèle, voire gardent «sous le comptoir» leurs stocks en produits raréfiés pour le seul usage de leurs clients habituels. La Commission a constaté que, durant la période qui nous intéresse en l'espèce, BP avait réduit en moyenne ses livraisons pour cette catégorie d'acheteurs d'environ 29 % (ibidem).

Dans la troisième catégorie, BP a rangé ceux qui, par le passé, n'avaient été que des acheteurs occasionnels, et, également, ABG. BP a considéré que la responsabilité d'assurer l'approvisionnement de cette dernière catégorie incombait à l'Office national des produits pétroliers (RBAP).

Dans la semaine qui a suivi sa création, l'Office national, en accord avec la Commission de contact pour le pétrole, a constitué un pool d'essence pour l'approvisionnement de ceux qui rencontraient des difficultés à cet égard. Il semble que les neuf grandes compagnies pétrolières aient contribué à la dotation de ce pool proportionnellement à leur part respective du marché néerlandais. BP, dont la part de ce marché se situait entre 9 et 10 %, a été appelée à y contribuer à raison de 9,7 % (cf., par exemple, la lettre de M. Schouten, du 21 novembre 1973, parmi les documents fournis par BP, à la demande de la Cour). Ce pool n'a cependant pas été suffisamment important pour satisfaire tous les besoins d'ABG, qui ont dû faire l'objet d'un traitement particulier.

Les besoins normaux en essence-moteur d'ABG s'élevaient à quelque 15 000 mètres cubes par mois. L'Office national a calculé qu'elle pourrait être approvisionnée à raison 7 000 mètres cubes par mois, ce qui permettrait à ABG de couvrir les besoins du réseau AVIA (environ 49 % des ventes d'ABG) et des clients contractuels d'ABG (représentant environ 12 % de ses ventes), diminués dans les deux cas de 20 %, comme le recommandait le ministre. L'Office national a estimé, d'autre part, que les besoins des autres clients d'ABG devaient être pris directement en compte par l'Office lui-même. Il n'est pas douteux qu'une telle démarche avait été suggérée par BP. La Commission y voit un mauvais présage. Nous pensons, quant à nous, qu'il était tout à fait naturel que BP, en tant que principal fournisseur, dans le passé, d'ABG, fût consultée. Ce qui est plus contestable, c'est de savoir si une telle démarche traduisait dans la pratique les recommandations maintes fois réitérées du ministre de maintenir les canaux de distribution existants (cf., par exemple, une lettre du 24 décembre 1973, adressée à M. Schouten par le ministre des affaires économiques — annexe 20 de la requête). Celle-ci impliquait en effet que les acheteurs réguliers, mais non contractuels, de la société (représentant 20 % environ de ses ventes) allaient devoir s'approvisionner ailleurs et qu'ils risquaient de se détourner définitivement d'ABG.

Quoi qu'il en soit, ABG a obtenu 6 812 mètres cubes d'essence-moteur en novembre 1973 et 7 265 en décembre. Ces livraisons provenaient essentiellement de BP et de Shell. Chevron y avait aussi contribué, pour une faible part. Durant ces deux mêmes mois, ABG s'est également procuré des quantités assez importantes auprès des 13 sociétés non identifiées, ce qui a porté son approvisionnement total à 10 812 mètres cubes pour novembre et à 10 761 mètres cubes pour décembre. Il semble qu'à la fin du mois de décembre 1973, ABG avait épuisé la totalité de ses réserves d'essence.

Le 4 janvier 1974, ABG et Nederland CV ont saisi la Commission d'une demande en application de l'article 3 du règlement 17, visant à constater des infractions aux articles 85 et 86 du traité, commises par BP, Chevron, Esso, Gulf, Mobil, Shell et Texaco. C'est cette demande qui a amené par la suite la Commission à prendre la décision présentement en cause. Nous pensons qu'il est important de se rappeler — eu égard à certaines observations qui ont été faites au nom de la Commission, particulièrement dans la duplique et au cours de l'audience — qu'à l'occasion de la procédure administrative, déclenchée à la suite de la demande précitée, la Commission est arrivée très rapidement à la conclusion qu'il n'y avait pas eu entre ces compagnies d'accord ou de pratique concertée, interdite par l'article 85 du traité CEE et que, dans une phase ultérieure de cette procédure, la Commission était parvenue à la conclusion que les circonstances ne permettaient pas d'établir l'existence, dans le chef des compagnies intéressées ou de certaines d'entre elles, d'une position dominante «collective» visée par l'article 86. La décision a pour seul destinataire BP et se fonde exclusivement sur l'allégation d'une position dominante propre à cette société.

Pour en revenir aux faits: en janvier 1974, l'Office national a mis sur pied un nouveau programme de fournitures à ABG portant sur une quantité mensuelle d'approvisionnement de 7 000 mètres cubes d'essence. Les neuf grandes compagnies pétrolières devaient participer à ce programme d'approvisionnement, chacune dans une proportion différente. La part de BP devait être de 3 300 mètres cubes par mois. En pratique, ABG a reçu, par l'intermédiaire de l'Office national, 6 594 mètres cubes en janvier, 6 877 en février et 6 584 en mars. BP figurait parmi les compagnies dont les livraisons ont été inférieures à celles prévues, mais il semble que cet état de choses ait été le résultat d'une demande expresse de différer les livraisons qu'ABG avait adressée à BP. En janvier, ABG a pu acheter 3 374 mètres cubes auprès des 13 sociétés non identifiées. En février, en revanche, il n'y a pas eu de livraison de ces 13 sociétés, et en mars ces livraisons n'ont compté que pour 405 mètres cubes.

L'Office national a été dissous le 31 mars 1974. Le 4 avril 1974, le ministre a pris un arrêté en vertu des pouvoirs qui lui avaient été conférés par une loi sur la concurrence économique («Wet economische mededinging»), enjoignant aux neuf grandes compagnies pétrolières de livrer solidairement à ABG 3 000 mètres cubes d'essence-moteur par semaine, proportionnellement aux quantités d'essence que chacune d'elles écoulait sur le marché néerlandais autrement que sous sa propre marque. BP fait valoir que son obligation d'approvisionner ABG s'est trouvée réduite de ce fait.

En comparant le chiffre de 7 000 mètres cubes par mois livrés à ABG par l'entremise de l'Office national avec le chiffre de 3 000 mètres cubes par semaine ordonnés par le ministre, il convient peut-être — dans un souci d'équité — de se rappeler que, suivant un graphique qui nous a été soumis par BP (p. 31 de la réplique), le volume des approvisionnements a commencé à progresser à

partir d'avril 1974, même si la normalisation devait en définitive n'intervenir qu'en juillet 1974.

Chaque fois que l'article 86 est invoqué, il y a lieu de considérer trois questions principales:

1) L'entreprise concernée détenait-elle une position dominante à l'intérieur du marché commun ou sur une «partie substantielle» de celui-ci?
2) Dans l'affirmative, l'entreprise a-t-elle commis un abus de cette position?
3) Dans l'affirmative, cet abus était-il susceptible d'affecter le commerce entre les États membres?

L'examen de la première question implique bien entendu une délimitation du marché concerné.

Dans sa décision, p. 3, la Commission a indiqué que:

«Le marché concerné est celui de l'essence super et de l'essence normale utilisées pour la carburation dans les moteurs à quatre temps ... Le marché géographique concerné est celui des Pays-Bas, où les adhérents d'ABG exercent la totalité de leurs activités de distribution.»

La Commission a réaffirmé sa position aux p. 8 et 9 de la décision.

Toutefois, la Commission n'a jamais suggéré que BP ait détenu à proprement parler une position dominante sur le marché de l'essence-moteur aux Pays-Bas. Cela ne lui était d'ailleurs pas possible, étant donné que la part de cette société sur ce marché était, à l'époque qui nous intéresse — comme nous l'avons déjà indiqué —, de l'ordre de 9 à 10 %, et qu'elle ne présentait aucune caractéristique particulière.

Les raisons invoquées par la Commission pour soutenir l'allégation de position dominante à l'encontre de BP sont les suivantes (p. 9 de la décision):

«Considérant que, dans une situation de contrainte économique telle que celle rencontrée aux Pays-Bas dans la période de crise, les relations commerciales existantes entre les vendeurs détenant des parts de marché importantes et ayant des disponibilités et leurs acheteurs prennent une valeur nouvelle et se trouvent renforcées pour des raisons indépendantes de leur volonté à un point tel que ces acheteurs sont entièrement dépendants de leurs vendeurs traditionnels qui disposent des produits raréfiés; que les vendeurs ainsi pourvus peuvent détenir une position dominante vis-à-vis de leurs acheteurs dans des situations de marché caractérisées.

Considérant que, la raréfaction étant générale, toutes les sociétés pétrolières sont aux prises avec les mêmes problèmes d'approvisionnement de leur clientèle; qu'elles ne peuvent normalement pas suppléer à la défaillance d'autres sociétés; qu'elles ne sont donc pas en concurrence entre elles pour l'approvisionnement de leur clientèle respective.

Considérant que, dans les conditions rencontrées, chacune de ces sociétés s'est trouvée dans une position dominante vis-à-vis de ses clients.»

Partant, le marché concerné était le marché de l'essence-moteur constitué par les «clients traditionnels» de BP, ou, tout au plus, par sa clientèle en général aux Pays-Bas, étant donné que, selon la Commission, BP n'a détenu de position dominante durant la crise que sur ce seul marché.

La question se pose dès lors de savoir si ce marché constituait une «partie substantielle» du marché commun. En vue de répondre à cette question, la Cour a demandé aux parties de préciser la part que représentait, à leur avis, le marché néerlandais dans l'ensemble du marché commun de l'essence-moteur. La Commission a estimé cette part à 4,6 % et BP à 4,8 %. Sur cette base, et en attribuant à BP 10 % du marché néerlandais, la part du marché commun en cause n'excédait pas 0,48 %.

On peut considérer qu'une part de marché inférieure à 0,5 % ne saurait être considérée comme une «part substantielle» du marché. Dans ce domaine, toutefois, le danger est, à notre sens, de se concentrer exclusivement sur des pourcentages. Le contraire de «substantielle» est «négligeable», et ce qui peut sembler négligeable, considéré en termes de pourcentages, pourra sembler très différent dès qu'on aborde la question en termes absolus. La population du Grand-Duché représente, sauf erreur, environ 0,23 % des habitants de l'ensemble du marché commun. Nous nous garderions cependant de dire qu'une personne détenant un monopole ou quasi-monopole du marché luxembourgeois pour un produit donné serait exemptée de l'application de l'article 86. De la même manière, nous nous garderons de dire que la part de BP sur le marché néerlandais de l'essence-moteur était négligeable. Pour modeste qu'elle fût par rapport au marché de l'essence-moteur dans l'ensemble de la Communauté, la part de BP devait, à notre avis, être considérée comme une part substantielle du marché communautaire.

La véritable question en l'espèce, est, nous semble-t-il, de savoir si la Commission interprète correctement l'article 86 lorsqu'elle considère cette disposition comme applicable à une situation dans laquelle, du fait d'une crise entraînant des problèmes temporaires d'approvisionement pour un produit donné, les clients ou les clients «traditionnels» de chaque fournisseur peuvent devenir dépendants de lui.

Nous pensons que tel n'est pas le cas.

A notre sens, la répartition des approvisionnements en période de pénurie est essentiellement une reponsabilité gouvernementale. Il se peut que le gouvernement choisisse de ne pas intervenir du tout; dans cette hypothèse, la pénurie entraînera une hausse des prix jusqu'à ce que l'offre et la demande se trouvent une fois encore en équilibre. Les conditions de l'époque actuelle font cependant qu'il y a des cas où, pour des raisons évidentes, le gouvernement ne peut pas laisser se développer une telle situation. La solution à cet égard doit être un contrôle des prix, accompagné d'un certaine forme de contrôle de la distribution. Il nous semble que, selon le point de vue de la Commission, dès lors qu'on constate une lacune dans le dispositif de mesures gouvernementales, quelle qu'elle soit, l'article 86 peut être invoqué en vue d'y remédier.

Peut-être convient-il d'expliquer que, lorsque nous nous référons au «gouvernement» dans ce contexte, nous n'entendons pas nous référer exclusivement à des gouvernements nationaux. Suivant les circonstances, il peut être approprié de prendre les mesures nécessaires, selon le cas, au niveau communautaire, au niveau national, ou encore au niveau régional ou local. Il se peut d'ailleurs que la solution appropriée réside dans une combinaison de mesures prises à différents niveaux. BP s'est référée dans ce contexte à la directive du Conseil n° 73/238/CEE du 24 juillet 1973 (JO n° L 228 du 16 août 1973) «concernant les mesures destinées à atténuer les effets de difficultés d'approvisionnement en pétrole brut et produits pétroliers», par laquelle le Conseil reconnaît que la Communauté a des responsabilités en la matière.

Nous n'entendons pas critiquer l'action du gouvernement néerlandais en l'espèce. Nous n'oublions pas que BP a prétendu que les mesures de contrôle des prix instaurées par le gouvernement néerlandais, en tant qu'elles étaient susceptibles d'avoir un effet dissuasif sur les importations en provenance d'autres États membres, violeraient l'article 30 du traité, suivant l'interprétation faite par la Cour dans l'affaire 65/75, *Tasca* (Recueil 1976, p. 291). On peut toutefois laisser cette question ouverte. La présente affaire ne concerne pas une question de prix, mais de répartition des approvisionnements. A cet égard, le

gouvernement néerlandais avait fondamentalement le choix entre deux méthodes, comme tout gouvernement cherchant à contrôler les circuits de distribution. Une première méthode consiste pour le gouvernement à exercer ses pouvoirs en recourant à la contrainte. La deuxième méthode consiste dans l'instauration d'un mécanisme, par lequel on peut obtenir que les opérateurs concernés s'alignent volontairement sur les recommandations gouvernementales, avec, bien sûr, à l'arrière-plan, la menace de recourir à des pouvoirs de coercition, si ceux-ci ne se conforment pas aux vœux du gouvernement. En l'espèce, le gouvernement néerlandais a choisi dans un premier temps cette deuxième méthode, en créant l'Office national sans lui attribuer de pouvoirs de contrainte. Cette méthode aurait pu se révéler suffisante si la crise avait été de courte durée. Au mois d'avril 1974, le gouvernement était parvenu à la conclusion que cela ne suffisait pas, et il a, dès lors, utilisé la contrainte. La différence entre les résultats obtenus par la méthode volontariste et ceux qui ont été obtenus par la contrainte s'est avérée être la différence entre les 7 000 mètres cubes mensuels et les 3 000 mètres cubes hebdomadaires. A notre sens, il n'y a là qu'une différence de degré.

Cependant, même si cette différence doit être considérée comme révélant une lacune dans les mesures arrêtées par le gouvernement néerlandais, nous ne pensons pas qu'il puisse s'agir là d'une lacune destinée à être comblée par l'article 86 ou que ce dernier serait apte à combler.

En premier lieu, le concept de position dominante de l'article 86 implique — ainsi que la Cour l'a répété à plusieurs reprises, et en dernier lieu dans l'affaire 27/76 *United Brands/Commission* (attendu n° 65 de l'arrêt du 14 février 1978, non encore publié au Recueil), que l'entreprise concernée ait une implantation économique si forte qu'elle a la possibilité à tout le moins de se comporter, dans une certaine mesure, indépendamment de ses concurrents et de sa clientèle. Dans sa décision, qui fait l'objet de la présente affaire, la Commission elle-même (p. 8) donne de la position dominante une définition, selon laquelle une entreprise détient une telle position lorsqu'elle a la possibilité d'un comportement indépendant qui la met en mesure d'agir «sans tenir notablement compte des concurrents et des acheteurs». Dans une situation temporaire de contrainte, comme en l'espèce, un opérateur ne peut cependant pas répartir les quantités dont il dispose sans se soucier de l'attitude de ses clients. Il doit tenir compte de ce que, une fois la période de crise passée, ses acheteurs se souviendront de la manière dont ils ont été traités durant la pénurie. Les clients contractuels attendent de lui un traitement de faveur au titre du contrat qui les lie, cela — comme BP l'a souligné — pour des raisons tant juridiques que de moralité commerciale. Les acheteurs non contractuels, mais réguliers, attendent de lui que la loyauté, dont ils ont eux-mêmes fait preuve durant les périodes où la concurrence jouait normalement, leur soit payée de retour en période de pénurie. Un fournisseur ne peut faire fi de ces considérations qu'au risque de perdre des clients au profit de ses concurrents, une fois la crise passée. Nous ne pensons donc pas, dès lors, qu'il se trouve, au moment de la crise, dans une position dominante, au sens où cette expression est employée à l'article 86.

En second lieu, pour que l'on puisse admettre que l'article 86 doive être considéré comme applicable à un fournisseur dans une situation aussi critique, il serait nécessaire que cet article contienne de manière expresse ou implicite une règle quelconque, à laquelle les fournisseurs seraient tenus de se conformer en pareil cas. Nous ne pouvons constater l'existence d'une telle règle. La Commission s'est référée à

l'alinéa c) de l'article 86 qui dispose qu'un abus de position dominante peut notamment consister à «appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence». Avec tout le respect que nous devons à la Commission, il nous semble que cette disposition n'est pas pertinente. Ce qui est en cause en l'espèce, ce n'est pas les conditions auxquelles un opérateur livre à ses différents clients, mais la sélection des clients qu'il entend approvisionner et la quantité livrable à chacun. Le refus de vente peut, bien entendu, constituer un abus de position dominante — ainsi que l'a reconnu la Cour dans les affaires jointes 6 et 7/73 *Commercial Solvents/ Commission* (Recueil 1974, p. 223) —, mais non en raison de l'alinéa c. En outre, l'affaire *Commercial Solvents/ Commission* différait de la présente espèce. Dans la décision qu'elle a rendue dans cette affaire (p. 9), la Commission a estimé que «peut être qualifiée d'abus, au sens de l'article 86 du traité, toute action de la part d'une entreprise en position dominante qui réduit, de façon différente sans justifications objectives, les fournitures à certains acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes». Cette définition ne permet pas en elle-même de savoir ce que recouvrent les termes «acheteurs se trouvant dans des situations équivalentes» ni «justifications objectives». La Commission a cherché, croyons-nous, à répondre à ces questions dans les considérants suivants de sa décision (p. 9 à 11), mais elle n'a pas fixé à cette occasion de règle claire, si ce n'est que le fournisseur est tenu d'appliquer un critère statistique. Il doit consulter ses livres de compte pour savoir les quantités livrées à chacun de ses clients durant une «période de référence» précédant la crise (la Commission suggère un an) et approvisionner ses clients suivant la même proportion durant la période de pénurie. La Commission admet que les fournisseurs «ont la possibilité de prendre en considération certaines particularités ou certaines différences dans la situation de leurs clients», mais n'explique pas les modalités d'un tel droit, sinon en affirmant «qu'en particulier ils ont la possibilité de pratiquer les prix et autres conditions prévus dans des contrats d'approvisionnement, [et] la faculté de choisir une période de référence correspondante et appropriée à la situation de contrainte» (décision p. 10).

A notre sens, une telle règle, qui n'est manifestement pas explicitée à l'article 86, ne saurait être considérée comme implicitement contenue dans les termes de cet article que si elle était à la fois équitable, pratique et généralement acceptée. Il nous semble qu'aucune de ces trois conditions n'est remplie.

Elle serait inéquitable, car elle ignore en réalité les revendications particulières des acheteurs contractuels et réguliers.

Elle ne serait pas pratique, car un fournisseur ne saurait jamais avec certitude quand il devrait l'appliquer. A l'origine d'une brusque situation de pénurie, on peut trouver en effet un nombre illimité de facteurs: elle peut être le résultat d'un conflit humain (aussi bien d'un conflit armé de grande envergure que d'une grève sur le plan local) ou avoir été provoquée par un cataclysme naturel entraînant, suivant le cas, la destruction de toute une récolte ou seulement le naufrage d'un cargo. Au début d'une crise, il est rare qu'on puisse évaluer sa durée probable ou son degré d'intensité. Il convient d'observer à cet égard que parmi les «éléments de nature à atténuer la responsabilité de BP» et qui ont amené la Commission à conclure qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce d'infliger d'amendes à BP, il y avait la circonstance que «les incertitudes qui ont régné sur le marché néerlandais des produits pétroliers par suite de l'ignorance où l'on se trouvait des développements possibles de la crise (. . .) ont rendu difficile l'appréciation des réductions de livraison à opérer» (décision p. 12).

Enfin, il nous semble manifeste, au vu de l'espèce, que cette règle ne fait pas l'objet d'un consensus général. Au début, l'Office national a demandé aux compagnies productrices d'approvisionner le pool proportionnellement à leurs parts respectives de marché. Lorsqu'il a été amené à constituer un pool distinct pour l'approvisionnement d'ABG en pétrole, il a eu recours à une formule ad hoc, dont la nature précise est demeurée assez obscure. En arrêtant les dispositions de l'arrêté du 4 avril 1974, le ministre néerlandais des affaires économiques a adopté une formule sophistiquée, basée sur les parts du marché [néerlandais] de l'essence-moteur détenues par les grandes compagnies pétrolières pour l'essence vendue par elles autrement que sous leur propre marque. Il n'y avait donc pas de règle généralement acceptée.

Pour toutes ces raisons, nous pensons que, de par nature, la présente affaire se situe, tout à fait, en dehors du cadre de l'article 86.

Pour le cas cependant où vous ne partageriez pas notre opinion sur ce point, et en admettant que la société BP ait bien détenu une position dominante, comme le suggère la Commission, nous devons brièvement considérer la question de savoir si BP a abusé de cette position dominante.

BP se fonde essentiellement sur ce qu'il n'y avait aucune relation juridique ou commerciale entre elle et ABG l'obligeant à approvisionner ABG durant la crise, que le problème touchant ABG était précisément de ceux que l'Office national avait pour vocation de résoudre, et que l'obligation de BP se limitait à se conformer aux demandes de l'Office national la sollicitant d'approvisionner ABG, ce que BP a toujours fait, car — quelle qu'ait pu être la situation juridique — BP considérait qu'elle était liée par ces demandes.

En substance, la Commission se fonde sur le fait qu'en refusant, au cours de la crise, de continuer à approvisionner ABG proportionnellement aux quantités livrées à cette société l'année précédente, BP a mis l'Office national devant un problème que ce dernier n'avait ni la mission ni les moyens de résoudre. La Commission a reconnu cependant — mais seulement en tant «qu'élément de nature à atténuer la responsabilité de BP» que «l'intervention de l'Office national, bien que n'ayant pas un caractère contraignant et faisant appel à des contributions volontaires des compagnies, a pu créer un doute chez ces dernières sur leurs obligations vis-à-vis de leurs acheteurs» et que «BP pouvait estimer que les avances d'essence sur pétrole brut (à traiter en processing dans les installations de BP) pouvaient la libérer «en partie» de son obligation de livrer à ABG pendant la crise» (décision, p. 12).

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, nous estimons que BP pouvait légitimement adopter le point de vue qui a été le sien. S'il en est ainsi, et à supposer qu'elle ait détenu une position dominante, elle ne saurait être considérée comme ayant abusé d'une telle position.

Nous examinerons, également de façon succincte, et en admettant que BP — contrairement à ce que nous croyons — ait commis un abus de position dominante, la question de savoir si cet abus était susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

A cet égard, la Commission a développé ses arguments dans deux directions: elle a d'abord envisagé le fait que l'attitude de BP aurait été susceptible d'entraîner la disparition d'ABG, et, par là, du réseau AVIA, du marché de l'essence aux Pays-Bas. Toutefois, la Commission a ressenti clairement la force de l'argumentation développée par BP, selon laquelle le danger de voir ABG contrainte de cesser ses activités n'avait en fait jamais existé, de sorte qu'elle a prétendu, dans un deuxième volet, que

l'expérience acquise pendant une période de pénurie aurait pu contraindre cette société à se lier contractuellement avec une ou plusieurs grandes compagnies pétrolières, ce qui aurait eu pour conséquence de réduire ou de supprimer la possibilité pour elle d'importer à partir d'autres États membres. L'argument nous paraît assez mince, étant donné que 1) nous savons qu'en temps normal le marché de l'essence-moteur aux Pays-Bas est un marché où joue la concurrence, 2) il est évident que nombre d'acheteurs sur ce marché ne sont pas liés par contrats et 3) nous savons que, dans les douze mois ayant précédé la crise, ABG a acheté moins de 5,5 % de son approvisionnement, dans les autres États membres.

Il semble donc improbable que l'expérience acquise par ABG durant la crise l'aurait amenée à adopter une politique d'achats entraînant pour elle une restriction de sa liberté d'importer. Nous sommes plutôt tenté de croire qu'en réalité cette expérience l'incitera simplement, en cas de crises futures, à presser le gouvernement d'intervenir plus tôt et avec davantage de vigueur.

Eu égard aux considérations qui précèdent, nous concluons à l'annulation de la décision de la Commission et à ce que la défenderesse soit condamnée aux dépens.