FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 23. MAJ 1978 [1]

Høje Ret.

Oprindelsen til denne sag skal findes i den »oliekrise«, der indtraf i 1973-1974 som følge af visse vigtige olieproducerende landes beslutning i oktober 1973 om en kraftig forhøjelse af deres priser på råolie og en samtidig indskrænkning af deres produktion. For nogle importlande, som ansås for at have haft en fjendtlig holdning til den arabiske sag i Yom Kippur-krigen, blev den påfølgende olieknaphed gjort særlig følelig gennem arabiske regeringers embargo af afskibninger til dem. Blandt de lande, der ramtes af denne embargo, var Nederlandene.

Sagen er anlagt i henhold til EØF-traktatens artikel 173 af tre hollandske selskaber, som direkte eller indirekte er fuldt ejede datterselskaber af British Petroleum Company Ltd., med påstand om ændring af Kommissionens beslutning af 19. april 1977 (77/327/EØF, EFT L 117 af 9. 5. 1977), hvorved Kommissionen erklærede, at deres opførsel i tiden fra november 1973 til marts 1974, hvor de indskrænkede leveringerne af motorbrændstof til en bestemt kunde i videre omfang end til andre kunder, udgjorde et misbrug af en dominerende stilling i betydningen af traktatens artikel 86. De tre selskaber er British Petroleum Maatschappij Nederland BV, British Petroleum Raffinaderij Nederland NV og Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV. Jeg vil i overensstemmelse med den praksis, der har været fulgt under forhandlingerne, henvise til dem kollektivt som »BP«.

Kommissionen fandt, skønt den anså BP for således at have overtrådt traktatens artikel 86, at der var formildende omstændigheder, som talte imod at pålægge BP en bøde i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. BP er alligevel interesseret i at få beslutningen tilsidesat ved Domstolen, thi, som advokaten forklarede os det på dets vegne under forhandlingerne, ikke blot ønsker BP ikke at forblive under stigmaet som lovovertræder, men beslutningens eksistens kunne tjene som grundlag for en erstatningssag mod det ved hollandske retter anlagt af den omhandlede kunde.

Denne kunde er Aardolie Belangen Gemeenschap BV (»ABG«), som er et handelsandelsselskab for de 19 medlemmer af »AVIA«-gruppen i Nederlandene. »AVIA« er et firmamærke, der ejes af et schweizisk selskab, som udlicentierer mærket til forskellige handlende med olieprodukter i forskellige lande. Disse lande omfatter, ud over Nederlandene, Belgien, Forbundsrepublikken Tyskland, Frankrig, Italien, Østrig og Schweiz. Der synes dog ikke at være nogen forbindelse mellem indehaverne af licenser på AVIA-mærket i de forskellige lande ud over den omstændighed, at de har licens på samme mærke. Licenshaver for Nederlandene er Avia Nederland CV, der tæller samme 19 medlemmer som ABG.

På krisens tid kunne ABG's salg opgøres således: omkring 49 % gennem AVIA-nettet, omkring 12 % til andre kunder i henhold til hvad der i beslutningen omtales som »firmaaftaler«, omkring 20 % til almindelige handlende men i henhold til aftale og omkring 20 % ved hjælp af »lejlighedsleverandører«. Det er ikke hævdet, at ABG nogen sinde har solgt til nogen uden for Nederlandene.

Bilag 1 til beslutningen indeholder en oversigt, der viser, fra hvem ABG

1 — Oversat fra engelsk.

modtog sine forsyninger. Der var i det pågældende tidsrum syv selskaber, som umiddelbart deltog i fremstillingen af motorbrændstof (både super og standardtyper) i Nederlandene. Det var BP selv og seks andre, som nemmest betegnes kort som »Chevron«, »Esso«, »Gulf«, »Mobil«, »Shell« og »Texaco«. Derudover fik to selskaber »Fina« og »Total« store mængder motorbrændstof fremstillet for sig på hollandske raffinaderier. I december 1973 blev der igangsat et raffinaderi bygget for Total i Vlissingen. I de 12 måneder fra november 1972 til oktober 1973 modtog ABG 80,7 % af sine samlede forsyninger fra BP, 8 % af dem fra Gulf, 4,2 % fra Shell, 1,6 % fra Chevron og 5,5 % fra 13 andre selskaber, hvis identitet vi ikke kender, bortset fra, at de ikke hører til dem, vi allerede nævnte. Nogle af de 13 selskaber synes at have været hjemmehørende uden for Nederlandene, eftersom Kommissionen antog, at »ABG købte en del af sine forsyninger af motorbenzin på det frie marked; en del af disse forsyninger var importeret fra Det europæiske økonomiske Fællesskabs medlemslande« (beslutningen s. 12).

Baggrunden for de handelsmæssige forbindelser mellem ABG og BP er væsentlig.

Frem til 1968 forsynede BP ABG i henhold til aftaler, hvori priser, mængder og andre omstændigheder blev fastsat årligt. Derefter blev forsyningerne underlagt aftaler af ubestemt varighed, som kunne opsiges med seks måneders varsel fra begge sider. Den 21. november 1972 opsagde BP den løbende aftale med ABG til ophør ved udgangen af maj 1973. Grunden hertil synes at have været handlinger foretaget af regeringerne i lande, hvor dets oliefelter var beliggende, hvorved pålideligheden af dets forsyninger med råolie forringedes — navnlig ved nationaliseringen af dets libyske felt og den kuwaitiske regerings overtagelse af en del af produktionen i dette land. Kommissionen har i hvert fald ikke på noget tidspunkt under sagen kritiseret BP for at have foretaget denne opsigelse. Aftalens ophør blev bekræftet ved brevveksling mellem BP og ABG den 17. januar 1973. De blev derefter enige om, at BP efter udgangen af maj 1973 skulle raffinere råolie for ABG, som leveredes af ABG.

I maj 1973 blev det klart, at ABG's forhandlinger om indkøb af råolie ikke ville blive afsluttet rettidigt (selv om råolie, ifølge BP, kunne fås på markedet). Det blev herefter aftalt, at BP i tidsrummet juni til september 1973 for ABG skulle forarbejde 250 000 kubikmeter af BP's egen Kuwait råolie, som blandt andre produkter skulle angå 415 000 kubikmeter motorbenzin, på betingelse af, at ABG, kort gengivet, erstattede denne råolie før den 1. januar 1974.

Den 30. september 1973 havde ABG ikke aftaget alle aftalte 41 500 kubikmeter motorbrændstof. Grunden hertil blev af ABG afsløret for Kommissionen under forvaltningssagen: se referat af den private høring af ABG den 11. marts 1975 (bilag til sagsakterne) s. 26-27. Af en sammenholdelse af det, som blev sagt på ABG's vegne, med oversigten i bilag 1 til beslutningen fremgår det, at Gulf's produktion i Nederlandene i juli og august, og i mindre omfang i september 1973, havde oversteget dets herværende lagerfaciliteter, således at ABG kunne skaffe sit motorbrændstof billigere hos Gulf end ifølge sin aftale med BP. Dette forklarer, hvorfor ABG statistisk set modtog 8 % af sine forsyninger for tidsrummet november 1972 til oktober 1973 fra Gulf. Faktisk foretog det alle sine indkøb hos Gulf i disse tre måneder. ABG foretog også i tidsrummet juni til september 1973 små indkøb fra Chevron og Shell og betydeligere indkøb fra de 13 uidentificerede selskaber. Disse indkøb var imidlertid ikke af en for ABG usædvanlig art.

På den tid kendte BP ikke grunden til formindskelsen af ABG's aftagning af motorbrændstof i henhold til aftalen. BP var imidlertid indforstået med ABG's aftagning af de 41 500 kubikmeter i 1973. Det bevirkede, at ABG modtog 100 % af sine forsyninger for denne måned fra BP.

I slutningen af oktober 1973 opstod krisen. Så vidt jeg kan udlede af beslutningen eller af den omfattende dokumentation, der har været forelagt Domstolen, forelå der ikke dengang nogen form for aftale mellem BP og ABG vedrørende BP's fremtidige levering af motorbrændstof til ABG, bortset fra at der havde været drøftet et udkast til en anden »forarbejdningsaftale« med virkning fra 1. januar 1974.

Til imødegåelse af krisen tog den nederlandske regering visse skridt.

Så tidligt som den 31. oktober 1973 offentliggjorde den et dekret, der begrænsede brugen af motorkøretøjer på lørdag-søndage (bilag 23 til stævningen). Dette dekret blev ændret ved flere lejligheder (se bilagene 24 til 27 til stævningen).

Ligeledes den 31. oktober 1973 udstedte økonomiministeren en bekendtgørelse i henhold til en lov af 1939 om rationering (»Distributiewet«) af transporten af olie (råolie og reservebeholdninger) og olieprodukter inden for lovens rammer (bilag 11 til stævningen). Ved en bekendtgørelse af 13. november 1973 i henhold til den samme lov oprettede ministeren et statskontor for olieprodukter (»Rijksbureau voor Aardolie Produkten« eller »RBAP«), som på ministerens vegne skulle være ansvarligt for gennemførelsen af loven med hensyn til olie og olieprodukter (se bilag 12 til stævningen). I en erklæring, som på ministerens vegne blev offentliggjort i »Staatscourant« den 14. november 1973, hed det:

»Økonomiministeren har oprettet et statskontor for olieprodukter. Det er dette kontors opgave at regulere forsyningen med olieprodukter. Kontoret skal også forberede og — i rette tid — gennemføre en mulig plan for rationering af olieprodukter, hvis omstændighederne gør det nødvendigt.

De, for hvem fremskaffelsen af olieprodukter volder svære vanskeligheder, kan skriftligt forelægge deres problemer for statskontoret.«

(Bilag 14 til stævningen.)

Der havde i nogle år eksisteret et kontaktudvalg for olieindustrien (»Olie Contact Commissie« eller »OCC«), som skulle lette kontakterne mellem industrien og regeringen. De ni store selskaber, som jeg har henvist til, var alle repræsenteret heri. Udvalgets formand var udpeget af ministeren som en ubetalt tjenestemand. Det var K. Schouten, en tidligere direktør ved Shell. Ministeren udpegede også Schouten til leder for RBAP. Staben hos RBAP bestod af tjenestemænd, hvoriblandt nogle var udlånt fra olieselskaberne på grund af deres sagkundskab; de trådte i offentlig tjeneste i henhold til midlertidig aftale.

En rationeringsplan blev faktisk indført, men den varede kun fra 12. januar til 4. februar 1974. Den 6. december 1973 skrev ministeren til Schouten i hans egenskab af formand for OCC og bad ham give instrukser til indehaverne af tankstationer (»uden lovgrundlag på dette trin«) om at begrænse deres salg af motorbenzin og dieselolie på nærmere angivne måder. Ministeren anmodede også om, at olieselskaberne blev pålagt at formindske deres leveringer af motorbenzin til tankstationer med 20 % (bilag 19 til stævningen). Jeg tror ikke, at dette var den eneste lejlighed, hvor ministeren slog til lyd for en nedskæring af leveringerne med 15 til 20 %.

Detailprisen for motorbenzin havde i Nederlandene længe været underlagt regeringskontrol ifølge en lov af 1961 (»Prijzenwet«). Denne kontrol blev ved successive dekreter opretholdt i kriseperi-

oden, selv om måden for fastsættelsen af priserne blev ændret ved et dekret af 22. januar 1974. Enkelthederne er sikkert uden betydning. Af en vis relevans er det imidlertid, at de således fastsatte maksimumspriser var lavere end verdensmarkedspriserne, således at benzin købt til verdensmarkedspriser kun kunne sælges i Nederlandene med tab. BP hævder endog, at hele dets afsætning i Nederlandene i dette tidsrum foregik med tab. Også ABG synes at have været offer for priskontrollen.

Den nederlandske regering var naturligvis ikke alene om at reagere mod krisen. Olieselskaberne gjorde det også på et verdensomspændende grundlag, navnlig ved til Rotterdam at omlede råolie fra ikke-embargoramte kilder (som Nigeria og Iran), der havde været bestemt til andre mål. Hele produktionen fra de hollandske raffinaderier kunne imidlertid ikke afsættes på det hollandske marked. I årenes løb var Nederlandene, og navnlig Rotterdam, blevet et stort raffineringscenter, som forsynede mange andre markeder end det hollandske, herunder især det tyske. Ved fordelingen af de forhåndenværende forsyninger mellem de nationale markeder synes olieselskaberne, eller i hvert fald British Petroleum Company Ltd. at have anvendt, hvad det kaldte grundsætningen om »lige fattigdom«.

På det hollandske marked delte BP sine kunder i tre grupper: 1) De, som det var bundet til ved aftale, 2) ikke-aftalebundne, men sædvanemæssige kunder og 3) kunder, over for hvem det ikke følte noget særligt ansvar.

BP gav den første gruppe fortrin. Det anså sig for tvunget hertil af handelsmoralske grunde, hovedsageligt fordi aftalemæssige kunder var dem, som havde været beredt til at betale højere priser i normale tider for at opnå en sikker forsyning i tider med knaphed. Det anså sig også for retligt bundet til at gøre det, fordi enhver formindskelse af forsyningerne til en aftalemæssig kunde under, hvad han var aftalemæssigt berettiget til at modtage, kun kunne retfærdiggøres af et tilfælde af »force majeure«. Kommissionen fandt, at BP i tiden fra november 1973 til marts 1974 nedsatte sine leveringer til aftalemæssige kunder med 13 % (beslutningen s. 10).

BP anså sig også for forpligtet over for sine sædvanlige, formelt ikke-aftalemæssige kunder. Man mindes her praksis hos forretningsindehavere med i tider med knaphed på en eller anden vare et opslå sedler, hvorpå de i mere eller mindre direkte vendinger angiver, at de kun kan betjene sædvanlige kunder, eller at de kun fører deres forsyninger med den knappe vare på den sædvanlige kundes regning. Kommissionen fandt, at BP i gennemsnit i det omhandlede tidsrum formindskede sine leveringer til denne gruppe kunder med 29 %.

I den tredje gruppe anbragte BP dem, som tidligere kun lejlighedsvis havde været kunder, herunder ABG. BP mente, at ansvaret for sikringen af forsyningerne til disse lå hos RBAP.

Inden for en uge efter oprettelsen havde RBAP, sammen med OCC, fastsat en pulje af motorbenzin til fordeling blandt dem, der var i vanskeligheder. Til denne pulje synes de ni største selskaber at have bidraget i forhold til deres respektive andele af det nederlandske marked. BP, hvis andel af dette marked var mellem 9 og 10 %, blev opfordret til at bidrage med 9,7 % (se f.eks. Schoutens brev af 21. november 1973 blandt de dokumenter, som BP har fremlagt på Domstolens forlangende). Denne pulje var imidlertid ikke stor nok til at dække ABG's behov, som måtte behandles særskilt.

ABG's sædvanlige bestillinger af motorbenzin androg gennemsnitligt 15 000 kubikmeter om måneden. RBAP regnede ud, at det skulle forsynes med 7 000 kubikmeter om måneden. Det ville sætte ABG i stand til at dække behovet hos AVIA-nettet (der udgjorde

omkring 49 % af ABG's salg) og hos ABG's aftalemæssige kunder (udgørende omkring 12 % af dets salg), der hver for sig var formindsket med 20 % efter ministerens henstilling. RBAP var af den opfattelse, at behovet hos ABG's øvrige kunder skulle dækkes direkte af RBAP selv. Der er ingen tvivl om, at denne holdning blev bakket op af BP. Kommissionen ser heri noget obskurt. Mig forekommer det imidlertid ganske naturligt, at BP som langt den vigtigste leverandør for ABG skulle rådspørges. Mere tvivlsomt er det, om indstillingen lå i forlængelse af et af ministeren ofte gentaget krav om, at foreliggende handelskanaler skulle opretholdes (se f.eks. et brev af 24. 12. 1973 fra økonoministeren til Schouten — bilag 20 til stævningen). Antagelsen indebar nødvendigvis, at ABG's sædvanlige men ikkeaftaleæssige kunder (udgørende omkring 20 % af dets salg) skulle skaffe sig deres forsyninger andetsted, og at de kunne drejes bort fra ABG for bestandigt.

Under alle omstændigheder modtog ABG 6 812 kubikmeter motorbenzin i november 1973 og 7 265 kubikmeter i december. Disse forsyninger kom hovedsageligt fra BP og Shell. Der var et lille bidrag fra Chevron. I de samme to måneder købte ABG også betydelige mængder fra de 13 uidentificerede selskaber, hvorved dets samlede forsyninger for november bragtes op på 10 812 kubikmeter og for december til 10 761 kubikmeter. Det lader til, at ABG ved udgangen af december overhovedet ikke havde noget benzin tilbage på lager.

Den 4. januar 1974 indgav ABG og Avia Nederland CV en anmeldelse til Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 om, at artiklerne 85 og 86 i traktaten var blevet overtrådt af BP, Chevron, Esso, Gulf, Mobil, Shell og Texaco. Det var denne anmeldelse, der førte til vedtagelsen af den her omhandlede beslutning. Jeg tror, det er vigtigt, i betragtning af visse bemærkninger fremsat på Kommissionens vegne, navnlig i sagsakterne og under den mundtlige forhandling, at huske på, at Kommissionen på et tidligt trin af den forvaltningssag, der blev indledt som følge af anmeldelsen, drog den slutning, at der ikke havde foreligget nogen aftale eller samordnet praksis mellem disse selskaber af en art, som er forbudt ifølge traktatens artikel 85; og at Kommissionen, på et senere trin af nævnte sag, kom til den slutning, at omstændighederne ikke retfærdiggjorde det synspunkt, at de nævnte selskaber eller nogle af dem indtog en »kollektiv« dominerende stilling af den i artikel 86 omhandlede art. Beslutningen er kun rettet til BP og er udelukkende støttet på den af det selv hævdede dominerende stilling.

For at komme tilbage til kendsgerningerne: I januar 1974 udarbejdede RBAP et nyt program for forsyningen af ABG med en månedlig mængde på 7 000 kubikmeter. Det fastlagde forsyninger fra hvert af de ni største selskaber i forskellige forhold. BP's andel skulle udgøre 3 000 kubikmeter om måneden. Faktisk modtog ABG gennem RBAP 6 594 kubikmeter i januar, 6 877 i februar og 6 584 i marts. BP var blandt dem, for hvilke der var tale om en nedgang, men det synes at have været på grund af et udtrykkeligt krav fra ABG om, at BP formindskede leveringerne. ABG var i stand til at købe 3 374 kubikmeter fra de 13 uidentificerede selskaber i januar, men ingen i februar og kun 405 kubikmeter i marts.

Den 31. marts 1974 blev RBAP opløst, og den 4. april 1974 udstedte ministeren et dekret i henhold til en bemyndigelse, der var tillagt ham ved en lov om økonomisk konkurrence (»Wet economische mededinging«), hvorefter de ni største selskaber tilsammen skulle levere 3 000 kubikmeter motorbenzin om ugen til ABG. Dette skulle de gøre i andele svarende til et forhold, hvori de solgte motorbenzin på det nederlandske marked på anden måde end under deres

egne mærkenavne. BP hævder, at dets forpligtelser til at levere til ABG hermed blev indskrænket.

Ved sammenligningen af de 7 000 kubikmeter om måneden, som RBAP leverede til ABG, med de 3 000 kubikmeter om ugen, som var foreskrevet af ministeren, bør det måske haves for øje, at forsyningerne, ifølge en af BP fremlagt kurve (s. 31 i replikken), i april 1974 begyndte at stige, skønt de ikke blev normale igen før i juli 1974.

Under alle omstændigheder skal der, når artikel 86 påberåbes, tages stilling til tre hovedspørgsmål:

1. Havde den omhandlede virksomhed en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf?
2. Hvis ja, misbrugte virksomheden denne stilling?
3. Hvis ja, kunne dette misbrug påvirke handelen mellem medlemsstater?

Besvarelsen af det første spørgsmål forudsætter selvfølgelig en undersøgelse af, hvad der er det berørte marked.

På beslutningens side 3 fastslog Kommissionen:

»Det berørte marked er markedet for super- og normalbenzin, der anvendes i firetaktsmotorer ... Det berørte geografiske marked er Nederlandenes marked, hvor ABG's medlemmer udøver al deres distributionsvirksomhed.«

Kommissionen gentog disse udtalelser på siderne 9 og 10 i beslutningen.

Kommissionen har dog aldrig hævdet, at BP altid har haft en dominerende stilling på Nederlandenes benzinmarked som sådant. Dette kunne den heller ikke, thi BP's andel af det nævnte marked var på det pågældende tidspunkt, som jeg har nævnt, i størrelsesordenen 9 til 10 %, og der var ingen særlig fordel knyttet hertil.

Kommissionens grunde til at antage, at BP havde en dominerende stilling, udtryktes (på beslutningens s. 9) således:

»I en økonomisk tvangssituation, som den der forelå i Nederlandene under krisen, skifter de handelsmæssige forbindelser, der består mellem sælgere, som behersker betydelige dele af markedet og disponerer over forsyninger, og deres købere karakter, og de bliver forstærket af årsager, som virksomhederne ikke har nogen indflydelse på, således at køberne er fuldstændig afhængige af deres sædvanlige sælgere, som disponerer over de produkter, der er knaphed på; disse sælgere kan således indtage en dominerende stilling over for deres købere i de angivne markedssituationer.

Da knapheden er almindelig, står alle olieselskaberne over for de samme problemer med hensyn til forsyning af deres kunder; de kan således normalt ikke afhjælpe ikke-opfyldelse fra andre selskaber; der er således ingen konkurrence mellem dem, hvad angår forsyning af deres respektive kunder.

Under disse omstændigheder befandt hvert af disse selskaber sig i en dominerende stilling over for sine kunder.«

Det berørte marked var på denne baggrund markedet for motorbenzin blandt BP's »købere« eller, højst, blandt dets kunder i almindelighed i Nederlandene, thi det er alene på dette marked, at BP, efter Kommissionens mening, kan anses for at have haft en dominerende stilling under oliekrisen.

Spørgsmålet er herefter, om dette marked udgjorde en »væsentlig del« af det fælles marked. Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål bad Domstolen parterne om at udtale, i hvilket forhold det nederlandske marked efter deres mening stod til det fælles marked. Kommissionen vurderede det til 4,6 %, BP til 4,8 %. På dette grundlag, og hvis BP's andel af det nederlandske marked sættes til 10 %, oversteg den berørte del af det fælles marked ikke 0,48 %.

Man kan forsvare det standpunkt, at alt under 0,5 % af markedet ikke er en

»væsentlig del« heraf. Der ligger imidlertid efter min mening en fare i på dette område udelukkende at hæfte opmærksomheden ved procenterne. Det modsatte af »væsentligt« er »ubetydelig«, og hvad der kan synes ubetydeligt, når det udmåles i procenter, kan tage sig anderledes ud under en absolut synsvinkel. Luxembourgs befolkning udgør, så vidt jeg ved, 0,23 % af befolkningen i hele Fællesskabet. Jeg ville imidlertid vige tilbage for at hævde, at den, som havde monopol eller næsten monopol for en bestemt vare på det luxembourgske marked, befandt sig uden for anvendelsesområdet for artikel 86. Ligeledes viger jeg tilbage fra at antage, at PB's andel af det nederlandske marked for motorbenzin var ubetydelig. Selv om den var lille i forhold til Fællesskabets samlede marked for motorbenzin, udgjorde den efter min mening en væsentlig del af dette marked.

Det virkelige spørgsmål her er efter min mening, om Kommissionen er berettiget til at antage, at artikel 86, i sin rigtige fortolkning, er anvendelig under omstændigheder, hvor den enkelte leverandørs kunder eller »sædvanlige« købere kan blive afhængige af ham som følge af en nødsituation, der bevirker midlertidig knaphed på forsyninger med en bestemt vare.

Det tror jeg ikke.

Efter min mening er opgaven med at tildele forsyninger i en tid med knaphed hovedsagelig en regeringsopgave. Regeringen kan vælge slet ikke at gribe ind, i hvilket tilfælde knapheden vil få priserne til at stige til det punkt, hvor udbud og efterspørgsel igen er i ligevægt. Under nutidige forhold er der imidlertid tilfælde, hvor regeringen af indlysende grunde ikke kan lade dette ske. Alternativet er priskontrol ledsaget af en form for kontrol med fordelingen. Kommissionens synspunkt forekommer mig at munde ud i, at overalt hvor der er en mangel ved de regeringsforanstaltninger, der måtte være truffet, kan den afhjælpes under påberåbelse af artikel 86.

Måske bør jeg forklare, at jeg ikke, når jeg i denne sammenhæng taler om »regeringen«, udelukkende tænker på nationale regeringer. Alt efter omstændighederne kan det være hensigtsmæssigt, at de nødvendige foranstaltninger træffes på fællesskabs-, på nationalt eller på regionalt eller lokalt plan. Det kan også være hensigtsmæssigt med en kombination af foranstaltninger truffet på forskellige planer. I den forbindelse henviste man os på BP's vegne til Rådets direktiv nr. 73/238/EØF af 24. juli 1973 (EFT L 228 af 16. 8. 1973) »om foranstaltninger, der kan mindske vanskelighederne ved forsyning med mineralolie og mineralolieprodukter«, som vidner om Rådets anerkendelse af, at Fællesskabet har et ansvar på dette område.

Ej neller har jeg i sinde at kritisere, hvad den nederlandske regering gjorde i det foreliggende tilfælde. Jeg overser ikke det på BP's vegne fremsatte anbringende om, at den nederlandske regerings priskontrolforanstaltninger, for så vidt de kunne bremse indførsler fra andre medlemsstater, krænkede traktatens artikel 30, som den fortolkes i sag 67/75, *Tasca-sagen* [1976] Sml. 291. Men dette punkt kan lades åbent. Den foreliggende sag drejer sig ikke om priser men om fordeling af forsyninger. I den henseende havde den nederlandske regering, som enhver regering, der søger at kontrollere fordelingen, et grundlæggende valg mellem to fremgangsmåder. Den ene er anvendelsen af tvangsmyndighed. Den anden er indførelsen af en ordning, hvorigennem de pågældende handlendes frivillige efterkommelse af regeringens ønsker kan opnås, naturligvis støttet af baggrundstruslen om udøvelse af tvangsmyndigheden, hvis de ikke bøjer sig. Her valgte den nederlandske regering, ved at oprette RBAP uden at give den tvangsmidler i hænde, i første omgang den

sidstnævnte fremgangsmåde. Denne fremgangsmåde havde sikkert været tilstrækkelig, hvis krisen havde været kortvarig. I april 1974 var regeringen kommet til den konklusion, at den var utilstrækkelig, hvorpå den gik over til udøvelse af tvangsmyndighed. Forskellen mellem det, der kunne opnås med den frivillige fremgangsmåde, og det, der kunne opnås med tvang, viste sig at udgøre forskellen mellem 7 000 kubikmeter om måneden og 3 000 kubikmeter om ugen. Efter mit skøn var der kun tale om en gradsforskel.

Men selv om denne forskel skal anses for at afsløre en mangel i de af den nederlandske regering trufne foranstaltninger, tror jeg ikke, det var en mangel af den art, som artikel 86 var bestemt til eller er egnet til at afhjælpe.

Først og fremmest forudsætter begrebet dominerende stilling i artikel 86, som ofte gentaget af Domstolen, senest i sag 27/76 *United Brands* mod *Kommissionen* (14. februar 1978, endnu ikke offentliggjort, afgørelsens præmis 65), at den pågældende virksomhed har en sådan økonomisk magtstilling, at den i sidste ende er i stand til i væsentligt omfang at handle uafhængigt af sine konkurrenter og kunder. Kommissionen bestemmer selv, i sin beslutning i den foreliggende sag (på s. 8), en dominerende stilling som en stilling, hvori den pågældende virksomhed kan handle »uden at tage nævneværdigt hensyn til konkurrenter og købere«. I en midlertidig nødsituation som den her omhandlede kan en handlende imidlertid ikke fordele sine knappe forsyninger uden hensyntagen til sine kunders holdning. Han må holde sig for øje, at de, så snart nødsituationen er forbi, vil huske den måde, hvorpå de blev behandlet af ham i knaphedsperioden. Kunder i henhold til aftale vil forvente den gunstige behandling, som deres aftaler berettiger dem til, både i henhold til loven og i henhold til den handelsmæssige ære — som BP har understreget det. Ikke-aftalemæssige men sædvanlige kunder vil forvente, at den trofasthed, som de har vist i tider med normal konkurrence, bliver besvaret med leverandørens trofasthed mod dem i knaphedsperioden. En leverandør kan kun se bort fra disse overvejelser med fare for at miste kunder til sine konkurrenter, når nødsituationen er ovre. Jeg tror derfor ikke, at han i nødsituationen er i en dominerende stilling i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i artikel 86.

Hvis dernæst artikel 86 skal anses for anvendelig på en leverandør i en sådan nødsituation, må der i denne artikels ord findes en, udtrykkelig eller forudsat, regel, som leverandøren skal iagttage under sådanne omstændigheder. Jeg kan ikke skelne nogen sådan regel. Kommissionen har henvist os til litra c) i artikel 86, som bestemmer, at misbrug af en dominerende stilling navnlig kan bestå i »anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«. Med al respekt for Kommissionen, dette finder jeg ikke berettiget. Vi har her at gøre ikke med de betingelser, hvorpå en handlende forsyner forskellige kunder, men med hans udvælgelse af de kunder, der skal forsynes, og hans beslutning med hensyn til den mængde, der skal leveres til den enkelte. Nægtelse af at levere kan selvfølgelig udgøre et misbrug af en dominerende stilling som i sagerne 6 og 7/73; *Commercial Solvents* mod *Kommissionen* [1974] 1 Sml. 223, men ikke i kraft af litra c). Desuden var sagen *Commercial Solvents* mod *Kommissionen* af en anden art end den foreliggende. I sin beslutning i den foreliggende sag (på s. 9) udtrykte Kommissionen det synspunkt, at »misbrug af den i artikel 86 i traktaten omhandlede art« i denne forbindelse kan bestå »i enhver adfærd fra en virksomhed i en dominerende stilling, som uden objektive grunde på uensartet måde nedskærer forsyningerne til visse kunder, der befinder sig i samme situation.« Denne forklaring besvarer dog ikke i sig selv spørgsmålene, hvad

der skal forstås ved »kunder, der befinder sig i samme situation«, og »objektive grunde«. Kommissionen har antagelig forsøgt at besvare disse spørgsmål i de følgende stykker i sin beslutning (på siderne 9 til 11). Men har ikke i disse stykker afstukket nogen klar regel, bortset fra at leverandøren skal anvende en statistisk undersøgelse. Han skal i sine bøger udfinde, hvor meget han leverede til hver af sine kunder i en »referenceperiode« før nødsituationens indtræden (Kommissionen foreslår et år) og forsyne hver af dem i samme forhold i løbet af nødperioden. Kommissionen anerkender, at leverandører »kan tage hensyn til særlige omstændigheder eller særlige forskelle i deres kunders situation«, men forklarer dog ikke, på hvilken måde de kan gøre dette, udover at de især ikke fratages »muligheden for dels at anvende priser og andre vilkår fastsat [1] i forsyningskontrakterne, dels at vælge en referenceperiode, som svarer til og er velegnet i henseende til den pågældende tvangssituation«. (Beslutningen s. 10).

Efter min mening kunne en sådan regel, som klart ikke er udtrykt i artikel 86, kun anses for forudsat i denne artikels ord, hvis den var rimelig, praktisk og almindeligt anerkendt. Den forekommer mig ikke at opfylde nogen af disse betingelser.

Den er urimelig, fordi den fuldstændigt overser de særlige krav fra leverandørens aftalemæssige og sædvanlige kunder.

Den er upraktisk, fordi en leverandør aldrig kan være sikker på, hvornår han skal anvende den. En pludselig knaphed kan opstå af et uendeligt antal årsager. Den kan skyldes menneskelige stridigheder, der i betydning kan strække sig fra en større krig til en stedlig strejke, eller naturkatastrofer, der kan forårsage ødelæggelse af en hel høst eller blot skibbrud for en bestemt ladning. Det er sjældent muligt ved begyndelsen af en nødsituation af skønne, hvor langvarig og hvor følelig den vil blive. Det må bemærkes, at der til de undskyldende omstændigheder, som førte Kommissionen til den slutning, at BP ikke burde pålægges bøde, var det forhold, at »den usikkerhed, der herskede på det nederlandske marked for olieprodukter, som følge af at man ikke vidste, hvorledes krisen ville kunne udvikle sig, gjorde det vanskeligt at vurdere, hvilke nedskæringer i leverancer der skulle foretages« (beslutningen s. 12).

At reglen ikke er almindeligt anerkendt, synes mig klart at fremgå af selve omstændighederne i denn sag. I begyndelsen søgte RBAP forsyninger til sin pulje hos produktionsselskaberne i forhold til deres andele af markedet. Da den skulle oprette en særlig pulje for forsyningen af ABG, benyttede den en ad hoc fremgangsmåde, hvis præcise natur forbliver dunkel. Da den nederlandske økonominister udformede sit dekret af 4. april 1974, valgte han en sophistikeret formel, som byggede på de større olieselskabers andele af markedet for motorbenzin, som solgtes på anden måde end under deres egne mærker. Der var altså ikke nogen almindeligt anerkendt regel.

Af disse grunde tror jeg, at sager af den foreliggende art som helhed falder uden for området for artikel 86.

Hvis endelig Domstolen ikke skulle dele mine synspunkter i den henseende, må jeg kort se på spørgsmålet, om BP, hvis det havde en dominerende stilling som hævdet af Kommissionen, misbrugte denne stilling.

Det afgørende punkt i BP's tilfælde var, at der ikke var noget lovmæssigt eller handelsmæssigt bånd mellem det selv og ABG, der gjorde det til en pligt for BP at forsyne ABG under krisen; at ABG's problem var af en art, som RBAP netop var oprettet for at løse; og at BP's pligt bestod i at opfylde alle krav fra RBAP angående forsyningen af ABG, hvad BP

1 — Beslutningens engelske tekst som offentliggjort i EFT (OJ) har »hjemlet« (»grounded«) i stedet for »fastsat« (»provided«). Dette er formodentlig en trykfejl.

altid gjorde, thi BP behandlede, uanset retstilstanden, sådanne krav som bindende.

Det afgørende punkt i Kommissionens tilfælde var, at BP, ved ikke fortsat under krisen at levere ABG forsyninger, der stod i forhold til dem, som BP havde leveret ABG de foregående år, havde skabt et problem for RBAP, som RBAP hverken var oprettet eller udstyret til at løse. Kommissionen skønnede dog, omend kun som »formildende omstændigheder«, at »selv om RBAP ikke var tvingende for nogen, og selv om der anmodedes om frivillige bidrag fra selskaberne, har dette indgreb kunnet skabe tvivl hos sidstnævnte om deres forpligtelser over for deres købere«, og at »BP kunne antage«, at dets forskud til ABG af motorbenzin i sammenhæng med den råolie, der skulle leveres til raffinering i BP's anlæg, »delvis« frigjorde det for pligten til at forsyne ABG under krisen (beslutningen s. 12).

Efter min mening var BP under alle omstændigheder berettiget til at indtage det standpunkt, som det gjorde. Selv om det måtte have haft en dominerende stilling, kan det derfor ikke anses for at have misbrugt denne stilling.

Jeg skal også kort omtale det spørgsmål, om BP's misbrug, hvis BP, hvad jeg ikke mener, misbrugte en dominerende stilling, kunne påvirke handelen mellem medlemsstater.

På dette punkt går Kommissionen to veje. Først omtaler den muligheden for, at BP's adfærd ville føre til ABG's, og hermed AVIA-nettets, forsvinden fra benzinmarkedet i Nederlandene. Kommissionen havde dog en klar fornemmelse for styrken i BP's påstand om, at der faktisk aldrig var nogen fare for, at ABG skulle blive tvunget til at indstille sin handel. Derfor hævdede Kommissionen som alternativ, at ABG's erfaringer under oliekrisen kunne have ført det til at binde sig selv ved aftale til et eller flere af de større olieselskaber for således at formindske eller ophæve sine muligheder for at indføre forsyninger fra andre medlemsstater. Det forekommer mig at være et vovet anbringende, fordi 1) det er ubestridt, at benzinmarkedet i Nederlandene i normale tider er undergivet fri konkurrence, 2) det er klart, at mange købere på dette marked ikke er bundet af aftaler, og 3) vi ved, at ABG i de tolv måneder forud for krisen købte noget under 5,5 % af sine forsyninger fra andre medlemsstater. Det forekommer derfor usandsynligt, at ABG's erfaringer under krisen skulle have tvunget det til at anlægge en indkøbspolitik, som medførte en formindskelse af dets frihed til at indføre. Jeg formoder, at disse erfaringer i virkeligheden blot vil lede det til, i fremtidige kriser, at lægge pres på regeringen for at få den til at gribe ind hurtigere og kraftigere.

Følgelig er jeg af den mening, at Kommissionens beslutning bør erklæres ugyldig, og at Kommissionen bør pålægges sagens omkostninger.