Per questi motivi,

LA CORTE

dichiara e statuisce:

1° **È annullata la decisione della Commissione 19 aprile 1977 (77/327/CEE) pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle CC.EE. n. L 117, pag. 1, del 9 maggio 1977.**

2° **Le spese processuali sono poste a carico della convenuta.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Così deciso e pronunziato a Lussemburgo, il 29 giugno 1978.

Il Cancelliere
A. Van Houtte

Il Presidente
H. Kutscher

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JEAN-PIERRE WARNER DEL 23 MAGGIO 1978 [1]

Signor Presidente,
signori Giudici,

La presente causa trae origine dalla «crisi» petrolifera del 1973-74, conseguente alla decisione presa nell'ottobre 1973, da alcuni dei maggiori paesi produttori di petrolio, di aumentare notevolmente il prezzo del petrolio grezzo e — nel contempo — ridurre la produzione. Per alcuni paesi importatori, il cui atteggiamento durante la guerra del Yom Kippur era stato giudicato ostile alla politica araba, la conseguente penuria di petrolio è stata ancora più sentita, a causa dell'embargo nei loro confronti imposto dai governi arabi. Tra i paesi colpiti dall'embargo vi erano i Paesi Bassi.

1 — Traduzione dall'inglese.

L'azione odierna è esperita, a norma dell'art. 173 del Trattato CEE, da tre società olandesi, tutte — direttamente o indirettamente — controllate per intero dalla British Petroleum Company Ltd., contro la decisione 19 aprile 1977 (77/327/CEE, GU n. L 117 del 9. 5. 1977) con cui la Commissione ha dichiarato che la loro condotta, tra il novembre 1973 e il marzo 1974, cioè la riduzione delle forniture di benzina ad un cliente in maggior misura rispetto agli altri, costituiva un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato. Le tre società sono la British Petroleum Maatschappij Nederland BV, la British Petroleum Raffinaderij Nederland NV e la Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV. Anch'io, uniformandomi alla prassi processuale, userò per indicarle la sigla collettiva BP.

La Commissione, pur ritenendo che la BP aveva, così facendo, violato l'art. 86 del Trattato, ravvisava l'esistenza di attenuanti che avrebbero resa iniqua un'ammenda a carico della BP a norma dell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17. Comunqe la BP ha interesse all'annullamento della decisione in questa sede, giacché — come ha dichiarato all'udienza il suo patrono — non solo non desidera rimanere stigmatizzata per violazione della legge, ma una simile decisione non annullata potrebbe servire al cliente interessato come base per esperire contro di essa un'azione di danni dinanzi ai tribunali olandesi.

Il cliente in questione è la ditta Aardolie Belangen Gemeenschap BV (in prosieguo ABG) che è una cooperativa d'acquisto dei 19 membri del gruppo AVIA nei Paesi Bassi. AVIA è un marchio appartenente ad una società svizzera che ne concede l'uso a diversi distributori di prodotti petroliferi in vari paesi. Tra questi vi sono l'Olanda, il Belgio, la Repubblica federale di Germania, la Francia, l'Italia, l'Austria e la Svizzera. Pare che non vi siano però relazioni tra i titolari delle licenze AVIA nei vari paesi, salvo che sono tutti titolari dello stesso marchio. Il titolare per i Paesi Bassi è la AVIA Nederland CV, composta dagli stessi 19 aderenti all'ABG.

Al momento della crisi, le vendite dell'ABG potevano suddividersi come segue: 49 % circa tramite la rete AVIA, circa il 12 % ad altri clienti, descritti nella decisione come «contraenti fissi», circa il 20 % ad acquirenti regolari, anche se non con vincoli contrattuali e circa il 20 % a clienti occasionali. Nulla dà a credere che l'ABG abbia effettuato vendite fuori dai Paesi Bassi.

L'allegato 1 alla decisione contiene una tabella che mostra presso chi si riforniva l'ABG. Nel periodo che ci interessa erano sette le imprese direttamente impegnate nella produzione di benzina per motori (normale e super) nei Paesi Bassi. Erano la stessa BP ed altre sei che per comodità chiameremo «Chevron», «Esso», «Gulf», «Mobil», «Shell» e «Texaco». Inoltre, due società, la «Fina» e la «Total» facevano produrre nelle raffinerie olandesi grandi quantitativi di benzina per motori. Nel dicembre 1973 era entrata in funzione una raffineria costruita per la Total a Flessinga (Vlissingen). Nel periodo che va dal novembre 1972 all'ottobre 1973 (12 mesi), l'ABG ha acquistato l'80,7 % del suo fabbisogno totale dalla BP, l'8 % dalla Gulf, il 4,2 % dalla Shell, l'1,6 % dalla Chevron e il 5,5 % da 13 altre imprese di cui si ignora il nome, ma diverse dalle nove già menzionate. Alcune di queste tredici imprese pare avessero sede fuori dei Paesi Bassi, giacché la Commissione rileva che la «ABG, per una parte dei suoi rifornimenti di benzina, si riforniva sul mercato libero e che taluni quantitativi provenivano dai Paesi della Comunità economica europea» (decisione, pag. 12).

La cronistoria dei rapporti commerciali tra l'ABG e la BP è importante.

Fino al 1968 la BP riforniva l'ABG sulla base di contratti secondo i quali prezzi, quantità ed altre condizioni erano concordati ogni anno. In seguito le forni-

ture erano disciplinate da contratti a scadenza indeterminata, denunciabili da ambo le parti con sei mesi di preavviso. Il 21 novembre 1972 la BP denunciava il contratto che la vincolava all'ABG, che sarebbe così venuto a scadenza alla fine del maggio 1973. Pare che questa decisione fosse dovuta ad iniziative dei Governi di paesi in cui erano situati i suoi campi petroliferi, che diminuivano l'affidabilità delle sue forniture di grezzo — in particolare la nazionalizzazione del terreno petrolifero che possedeva in Libia ed il subentro parziale del Governo del Kuwait nella produzione di quel paese. Comunque, mai, durante il procedimento, la Commissione ha criticato la BP per aver denunciato questo contratto. La cessazione del rapporto veniva confermata da lettere scambiate tra la BP e l'ABG il 17 gennaio 1973. Esse convenivano che, dopo la fine del maggio 1973, la BP avrebbe raffinato per l'ABG petrolio grezzo da questa fornito.

Nel maggio 1973 appariva evidente che i negoziati dell'ABG per l'acquisto di petrolio grezzo non sarebbero stati conclusi in tempo (pur se, secondo la BP, vi era grezzo disponibile sul mercato). Veniva allora stabilito che, tra giugno e settembre 1973, la BP avrebbe lavorato per l'ABG 250 000 m³ di petrolio grezzo della prima proveniente dal Kuwait, da cui si sarebbero ottenuti, oltre a prodotti di altro genere, 41 500 m³ di benzina per motori, con la condizione, per farla breve, che l'ABG avrebbe restituito il grezzo entro il 1° gennaio 1974.

Il 30 settembre 1973, l'ABG non aveva ancora ritirato l'intera partita di 41 500 m³ di benzina prevista dal contratto. La ragione è stata fornita dall'ABG alla Commissione nel corso del procedimento amministrativo: vedere il verbale dell'audizione privata dell'ABG 11 marzo 1975 (Allegato alla controreplica) pagg. 26-27. Dall'accostamento di quanto ha allora dichiarato l'ABG con la tabella di cui all'all. I della decisione risulta che, in luglio e in agosto, e in minor misura nel settembre 1973, la produzione della Gulf nei Paesi Bassi era stata superiore alla capacità dei suoi serbatoi in loco, cosicché l'ABG aveva potuto acquistare dalla Gulf benzina a miglior prezzo di quanto non fosse possibile in base agli accordi con la BP. Questo spiega come, secondo le statistiche, l'ABG risulti approvvigionata presso la Gulf per l'8 % del totale nel periodo novembre 1972-ottobre 1973. In effetti, gli acquisti dalla Gulf venivano effettuati tutti nei tre mesi in questione. Tra giugno e settembre 1973 l'ABG effettuava anche piccoli acquisti dalla Chevron e dalla Shell e acquisti più cospicui dalle 13 imprese non identificate. Comunque simili acquisti non erano fuori del normale per l'ABG.

Allora la BP ignorava perché l'ABG fosse in ritardo nel ritirare le partite di benzina convenute per contratto. Comunque la BP acconsentiva a che l'ABG ritirasse nell'ottobre 1973 il resto dei 41 500 m³. Ciò fece sì che in ottobre l'ABG si approvvigionasse unicamente presso la BP.

Alla fine dell'ottobre 1973 scoppiava la crisi. Come mi risulta dalla decisione e come appare dal copioso incartamento prodotto in giudizio, nessun accordo esisteva allora tra la BP e l'ABG quanto alle future forniture di benzina da parte della prima alla seconda, se si esclude la discussione di un progetto, relativo ad un secondo accordo di lavorazione, che sarebbe entrato in vigore il 1° gennaio 1974.

Il Governo olandese prendeva varie iniziative per fronteggiare la crisi.

Anzitutto, già dal 31 ottobre 1973, pubblicava un decreto che limitava l'uso dei motoveicoli il sabato e la domenica (all. 23 all'atto introduttivo). Il decreto veniva modificato in varie occasioni (vedi allegati 24-27 all'atto introduttivo).

Inoltre, sempre il 31 ottobre 1973, il Ministero degli affari economici emanava un'ordinanza, in base ad una legge del 1939 sul razionamento («Distributiewet»), con cui si includevano il petrolio

(grezzo e riserve di raffinato) e i prodotti derivati nella sfera d'applicazione di detta legge (al. 11 all'atto introduttivo). Con un'ordinanza del 13 novembre 1973, emanata anch'essa in forza della legge di cui sopra, il Ministro istituiva un ufficio nazionale per i prodotti petroliferi («Rijksbureau voor Aardolie Produkten») o «RBAP» che — per incarico del Ministro — era competente a vegliare sull'esecuzione della legge per quel che riguardava petrolio e prodotti derivati (all. 12 all'atto introduttivo). In una dichiarazione pubblicata per incarico del Ministro nello «Staatscourant» del 14 novembre 1973 si diceva che:

«Il Ministro degli affari economici ha istituito l'ufficio nazionale per i prodotti petroliferi. Esso è competente per la disciplina delle forniture di prodotti petroliferi. L'ufficio è inoltre incaricato di preparare e — a suo tempo — applicare eventualmente un progetto di razionamento dei prodotti petroliferi, qualora la situazione lo richiedesse.

Tutti coloro che potessero trovarsi in serie difficoltà per l'approvvigionamento di prodotti petroliferi possono esporre il loro caso per iscritto a detto ufficio.»

(All. 14 all'atto introduttivo).

Per alcuni anni era esistito il Comitato di collegamento per l'industria petrolifera («Olie Contact Commissie» o «OCC») per facilitare i contatti tra industria e Governo. Le nove maggiori società cui ho fatto cenno erano tutte rappresentate in seno al Comitato. Il Presidente del Comitato era nominato dal Ministro come pubblico impiegato non retribuito. Presidente era il sig. Schouten, ex dirigente della Shell, che veniva nominato dal Ministro anche Direttore del RBAP. Il personale del RBAP era composto di pubblici impiegati, tra i quali vi erano esperti proposti dalle imprese petrolifere per le loro conoscenze tecniche; essi prestavano servizio come pubblici impiegati con contratto d'impiego a tempo determinato.

Un sistema di razionamento veniva infine adottato, ma rimaneva in vigore solo dal 12 gennaio al 4 febbraio 1974. Il 6 dicembre 1973 il Ministro scriveva al sig. Schouten, come Presidente dell'OCC, chiedendogli di impartire istruzioni ai gestori delle stazioni di servizio («senza alcuna base legale, in questa fase»), per limitare le loro vendite di benzina e di nafta secondo criteri determinati. Il Ministro inoltre chiedeva che le imprese petrolifere riducessero del 20 % le forniture di benzina alle stazioni di servizio (all. 19 all'atto introduttivo). Credo che non sia stata l'unica volta che il Ministro ha insistito per far ridurre del 15-20 % le forniture.

Il prezzo di vendita della benzina nei Paesi Bassi era stato a lungo soggetto a controllo governativo, disciplinato da una legge del 1961 («Prijzenwet»). Detto controllo veniva mantenuto, con successivi decreti, durante il periodo della crisi, pur se il metodo di determinazione dei prezzi era stato modificato da un decreto del 22 gennaio 1974. Penso che i particolari si possano trascurare. Cosa invece interessa è che i prezzi massimi così stabiliti erano inferiori alla media dei prezzi mondiali, cosicché il petrolio acquistato sul mercato mondiale poteva venir venduto nei Paesi Bassi solo in perdita. Infatti la BP conferma che tutte le sue vendite nei Paesi Bassi in questo periodo venivano effettuate in perdita. Pure l'ABG pare abbia subito gli effetti del controllo dei prezzi.

Il Governo olandese non era naturalmente il solo a reagire alla crisi; anche le compagnie petrolifere si premunivano su scala mondiale, in particolare dirottando su Rotterdam petrolio grezzo proveniente da paesi non aderenti al blocco (come Nigeria e Iran) e destinato altrove. Però non tutta la produzione delle raffinerie olandesi poteva venir messa sul mercato olandese. Col tempo i Paesi Bassi, specie Rotterdam, sono divenuti un grande centro di raffinazione, che fornisce vari mercati esteri, tra i quali particolarmente quello tedesco.

Nella suddivisione delle forniture disponibili tra i vari mercati nazionali, le imprese petrolifere pare abbiano applicato, quanto meno pare averlo fatto la British Petroleum Company Ltd., il cosiddetto principio dell'«avarizia paritetica».

Sul mercato olandese, la BP divideva i suoi clienti in tre classi:

1) quelli con cui aveva vincoli contrattuali,
2) clienti regolari, ma non vincolati da contratto e
3) clienti verso i quali non si sentiva in dovere di usare particolari attenzioni.

La preferenza della BP andava alla prima categoria. Il suo atteggiamento era conseguenza della deontologia commerciale, giacché in sostanza i clienti che stipulavano contratti erano disposti a pagare prezzi superiori in tempi normali per aver garantite le forniture in periodi di emergenza. Essa si considerava pure giuridicamente obbligata, giacché la riduzione delle forniture convenute per contratto poteva essere giustificata solo in caso di forza maggiore. La Commissione accertava che, in media, nel periodo novembre 1973 - marzo 1974, la BP riduceva del 13 % le forniture a clienti vincolati da contratto (decisione, pag. 10).

La BP si considerava vincolata pure nei confronti dei clienti abituali, pur se non contrattualmente impegnati. Tutto ciò fa pensare al sistema dei bottegai, che in periodi di penuria di un dato articolo espongono cartelli che indicano, più o meno esplicitamente, che le vendite si effettuano solo ai clienti abituali, o addirittura nascondono l'articolo per fornirlo «sottobanco» ai clienti più fedeli. La Commissione accertava che in media, nel periodo in questione, la BP riduceva del 29 % le forniture a questa classe di clienti (decisione, ibid.)

Nella terza classe erano compresi gli acquirenti occasionali, tra cui l'ABG. La BP ritenne che le forniture a questi ultimi erano di competenza del RBAP.

Entro una settimana dalla sua istituzione, detto ufficio, in collaborazione con l'OCC, aveva costituito un consorzio per il rifornimento di benzina a chi fosse in difficoltà. A questo consorzio, mi pare, le nove maggiori imprese petrolifere contribuivano secondo il loro fatturato sul mercato olandese. La BP, che ne deteneva il 9-10 %, veniva invitata a contribuire per il 9,7 % (vedasi ad esempio la lettera del sig. Schouten 21 novembre 1973, tra i documenti prodotti dalla BP a richiesta della Corte). Il consorzio però era inadeguato a far fronte alle esigenze dell'ABG, per la quale si dovette trovare una soluzione separata.

Il normale fabbisogno mensile di benzina dell'ABG ammontava a 15 000 m^3, mentre il RBAP aveva calcolato una fornitura mensile di 7 000 m^3. Questo quantitativo avrebbe consentito all'ABG di rifornire la rete AVIA (che rappresentava circa il 49 % delle vendite dell'ABG) e di rifornire i clienti con cui aveva contratti (circa il 12 % delle vendite), diminuendo ogni fornitura del 20 %, come aveva raccomandato il Ministro. Il RBAP ritenne che le esigenze degli altri clienti dell'ABG erano un problema di competenza diretta dell'ufficio. È chiaro che dietro questo atteggiamento vi sono i suggerimenti della BP; la Commissione vede di cattivo occhio quest'iniziativa. Mi sembra però del tutto naturale che la BP, come ex fornitore principale dell'ABG, venisse consultata. Cosa invece appare più dubbio è se questo atteggiamento fosse consono all'esortazione ministeriale, più volte ripetuta, secondo cui i canali di distribuzione esistenti dovevano venir conservati (vedi ad esempio una lettera del Ministro degli affari economici al sig. Schouten del 24 dicembre 1973 — all. 20 all'atto introduttivo). Questo atteggiamento implicava la necessaria conseguenza che i clienti abituali dell'ABG, ma senza vincolo contrattuale, (che costituivano circa il 20 % delle sue vendite) avrebbero dovuto rifornirsi altrove e che essi avrebbero potuto abbandonare l'ABG per sempre.

In ogni modo l'ABG otteneva 6 812 m³ di benzina nel novembre 1973 e 7 265 m³ in dicembre. Queste forniture provenivano per lo più dalla BP e dalla Shell. Vi fu un piccolo contributo della Chevron. Durante questi due mesi l'ABG acquistava pure grandi partite dalle 13 imprese non identificate, portando le sue forniture totali per novembre a 10 812 m³ e per dicembre a 10 761 m³. Pare che alla fine di dicembre le scorte dell'ABG fossero del tutto esaurite.

Il 4 gennaio 1974, l'ABG e l'AVIA Nederland CV presentavano un reclamo alla Commissione a norma dell'art. 3 del regolamento n. 17, denunciando la violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato da parte di BP, Chevron, Esso, Gulf, Mobil, Shell e Texaco. Da questo reclamo è poi scaturita la decisione impugnata. Penso sia importante ricordare, in considerazione di alcuni commenti fatti dalla Commissione, specie nella controreplica e all'udienza, che in un primo tempo, durante i procedimenti amministrativi promossi in esito al reclamo presentato alla Commissione, questa giungeva alla conclusione che non vi era stato tra dette imprese alcun accordo o pratica concertata che fosse vietato dall'art. 85 del Trattato; in una seconda fase del procedimento stesso, la Commissione concludeva che la situazione non era tale da far ritenere che dette imprese o alcune di esse avessero una posizione dominante «collettiva» del tipo contemplato dall'art. 86. La decisione è indirizzata solo alla BP e si fonda solo sulla sua presunta posizione dominante.

Per tornare ai fatti, nel gennaio 1974 il RBAP elaborava un nuovo programma di forniture all'ABG, al ritmo di 7 000 m³ mensili. Dovevano parteciparvi, in varie misure, tutte le nove maggiori imprese. La quota mensile della BP sarebbe stata di 3 300 m³. In effetti l'ABG otteneva, tramite il RBAP, 6 594 m³ in gennaio, 6 877 in febbraio e 6 584 in marzo. La BP era una delle fornitrici che non consegnavano l'intera quota; sembra però che ciò fosse dovuto alla precisa richiesta dell'ABG di ritardare le consegne. L'ABG poteva acquistare in gennaio 3 374 m³ dalle 13 imprese non identificate, comunque nulla in febbraio e solo 405 m³ in marzo.

Il 31 marzo 1974 il RBAP veniva sciolto e il 4 aprile 1974 il Ministro emanava un decreto, in base alla facoltà che gli conferiva una legge sulla concorrenza economica («Wet economische mededinging»), con cui si chiedeva alle nove maggiori imprese di fornire complessivamente 3 000 m³ settimanali di benzina all'ABG. Le quote dovevano essere proporzionali alle rispettive percentuali di vendite sul mercato olandese effettuate non sotto il rispettivo marchio. La BP sostiene che, in conclusione, i suoi obblighi di rifornire l'ABG venivano ridotti.

Raffrontando la cifra di 7 000 m³ mensili che il RBAP aveva assegnato all'ABG e quella di 3 000 m³ settimanali disposta dal Ministro, è probabilmente corretto ricordare che, secondo un grafico prodotto dalla BP (pag. 31 del controricorso), le forniture, dall'aprile 1974, cominciavano a riprendere, pur se la normalità veniva ripristinata solo nel luglio 1974.

Nelle cause in cui si invoca l'art. 86, si devono considerare tre punti principali:

1) se l'impresa in questione detenga una posizione dominante sul mercato comune o in una parte sostanziale di esso.
2) In caso affermativo, se ne abbia abusato.
3) In caso affermativo, se questo abuso potesse pregiudicare il commercio tra Stati membri.

L'esame della prima questione implica naturalmente un'indagine su quello che è il mercato di cui trattasi.

A pag. 3 della decisione, la Commissione dichiara che:

«Il mercato interessato è quello della benzina super e della benzina normale

utilizzate per la carburazione dei motori a quattro tempi ... Il mercato geografico interessato è quello dei Paesi Bassi, dove gli aderenti di ABG esercitano la totalità dello loro attività di distribuzione.»

La Commissione ha ribadito queste affermazioni alle pagg. 8 e 9 della decisione. Essa, tuttavia, non ha mai prospettato l'idea che la BP avesse una posizione dominante sul mercato della benzina per motori nei Paesi Bassi come tale. Nemmeno l'avrebbe potuto, poiché nel periodo in questione la quota della BP sul mercato si aggirava, come ho ricordato, sul 9-10 % e non aveva particolari caratteristiche.

I motivi per cui la Commissione ha ritenuto che la BP occupasse una posizione dominante sono così espressi a pag. 9 della decisione:

«considerando che in una situazione di costrizione economica, quale quella verificatasi nei Paesi Bassi durante il periodo di crisi, le relazioni commerciali esistenti fra i venditori, che detengono parti importanti di mercato e hanno delle disponibilità, e i loro acquirenti assumono una nuova dimensione e si trovano rafforzate per ragioni indipendenti dalla loro volontà a tal punto che detti acquirenti sono interamente dipendenti dai loro venditori tradizionali che dispongono di prodotti fattisi rari; i venditori così provvisti possono detenere una posizione dominante nei riguardi dei loro acquirenti in situazioni di mercato caratterizzate;

condiderando che, essendo la rarefazione generale, tutte le società petrolifere sono alle prese con gli stessi problemi d'approvvigionamento della loro clientela; che esse non possono normalmente supplire al venir meno di altre società; che esse non sono dunque in concorrenza fra loro per l'approvvigionamento della loro clientela rispettiva;

considerando che nelle circostanze esistenti ognuna di queste società si è trovata in posizione dominante nei riguardi di questi clienti;»

Attenendosi a queste considerazioni, il mercato di cui trattasi era il mercato della benzina tra i «clienti abituali» della BP o, al massimo, tra tutti i suoi clienti in generale, nei Paesi Bassi, poiché è solo in questo mercato che la BP avrebbe avuto, secondo la Commissione, una posizione dominante durante la crisi petrolifera.

Si pone allora il problema del se questo mercato costituisse una «parte sostanziale» del mercato comune. Onde risolvere questo problema, la Corte ha chiesto alle parti di dichiarare quale percentuale del mercato comune della benzina essi pensavano rappresentasse il mercato olandese. La Commissione lo valutava nel 4,6 %, la BP nel 4,8 %. Accettando questi dati e supponendo che la parte della BP sul mercato olandese sia del 10 %, la parte del mercato comune di cui trattasi non era superiore allo 0,48 %.

Si può sostenere che una quota di mercato inferiore allo 0,5 % non può considerarsi una «parte sostanziale». Penso però che in questo campo sia da evitare il pericolo di concentrare l'attenzione solo sulle percentuali. L'opposto di «sostanziale» è «trascurabile», e ciò che può sembrare trascurabile se considerato sotto il profilo percentuale, può apparire diverso se visto in termini assoluti. La popolazione del Lussemburgo credo rappresenti lo 0,23 % della popolazione della Comunità intera. Cionondimeno non oserei dire che chi avesse un monopolio, o quasi, sul mercato lussemburghese per un determinato prodotto andrebbe esente dall'applicazione dell'art. 86 del Trattato. Analogamente non oso dire che la quota della BP sul mercato olandese della benzina fosse trascurabile. Pur se era piccola rispetto all'intero mercato comunitario della benzina, ritengo che per il mercato olandese fosse una parte sostanziale.

Il vero problema qui è, a mio parere, quello del se la Commissione abbia ragione di sostenere che l'art. 86, se corret-

tamente interpretato, va applicato in un caso in cui, a causa di una situazione eccezionale che provoca penuria temporanea di un determinato prodotto, i clienti o i clienti «abituali» di ciascun fornitore possono venirsi a trovare alla sua mercé.

Direi di no.

A mio parere, la funzione di ripartire gli approvvigionamenti in tempo di penuria è essenzialmente prerogativa del governo. Questo può decidere di non intervenire affatto, nel qual caso i prezzi saliranno fino al punto in cui domanda e prezzi si ritroveranno in equilibrio. Al giorno d'oggi, vi sono però casi in cui, per ovvie ragioni, il governo non può permettere che ciò avvenga. L'alternativa è allora il controllo dei prezzi, accompagnato da qualche tipo di controllo della distribuzione. Mi pare che l'atteggiamento della Commissione sia questo: se vi è una lacuna nei provvedimenti governativi, si può colmarla ricorrendo all'art. 86.

Tengo a chiarire che ogniqualvolta parlo di «governo» in questo contesto, non mi riferisco solo ai governi nazionali. A seconda dei casi, può essere opportuno che le misure necessarie vengano adottate a livello comunitario, o a livello nazionale, regionale o locale. Può addirittura essere opportuna la combinazione di provvedimenti da adottarsi a diversi livelli. A questo proposito la BP si è richiamata alla direttiva del Consiglio 24 luglio 1973, n. 238 (GU n. L 228 del 16. 8. 1975) «concernente le misure destinate ad attenuare le conseguenze delle difficoltà di approvvigionamento di petrolio grezzo e prodotti petroliferi» la quale dimostra come il Consiglio riconosca che la Comunità è responsabile in materia.

Nemmeno intendo criticare, sia pure indirettamente, il comportamento del Governo olandese in questa circostanza. Non dimentico quanto ha sostenuto la BP, cioè che i provvedimenti del Governo olandese in materia di controllo dei prezzi, in quanto potevano dissuadere dalle importazioni dagli altri Stati membri, violavano l'art. 30 del Trattato, come interpretato nella sentenza 65/75, *Tasca* (Racc. 1976, pag. 291). Non è però il caso di risolvere questo problema. Questa causa non verte sui prezzi, ma sull'assegnazione delle forniture. In merito a questo problema, il Governo olandese poteva in sostanza scegliere tra due metodi, che si offrono ad ogni governo che intenda controllare la distribuzione. Uno è l'esercizio del potere di coercizione. L'altro è l'istituzione di un apparato con cui ottenere l'adesione volontaria degli operatori interessati ai desiderata del governo, naturalmente con la minaccia, nello sfondo, dell'esercizio del potere di coercizione nei confronti dei renitenti. Nel nostro caso, istituendo il RBAP, senza dotarlo di poteri coercitivi, il Governo olandese ha scelto il primo metodo, almeno in un primo tempo. Sarebbe forse bastato per una crisi di breve durata. Nell'aprile 1974 il Governo olandese giungeva alla conclusione che ciò era insufficiente e decideva di passare alla maniera forte. La differenza tra i risultati del metodo volontario e quelli del metodo coercitivo è rispecchiata nelle forniture: da 7 000 m^3 al mese si è passati a 3 000 la settimana. A mio parere era una differenza solo di grado.

Tuttavia, pur se questa differenza va considerata come prova di una lacuna nei provvedimenti adottati dal Governo olandese, non penso che fosse una lacuna del tipo che l'art. 86 è destinato o atto a colmare.

In primo luogo, la nozione di posizione dominante di cui all'art. 86 denota — come la Corte ha più volte affermato, da ultimo nella sentenza 27/76 *United Brands/Commissione* (14 febbraio 1978, n. 65 della motivazione, non ancora pubblicata) — che l'impresa interessata ha una posizione di forza economica tale da riuscire, quanto meno, ad agire in misura rilevante senza tener conto della concorrenza e della clientela. La stessa Commissione, nella decisione in esame

(pag. 8), definisce la posizione dominante come una posizione in cui la ditta interessata può svolgere la propria attività «senza tener conto in modo sensibile dei concorrenti e degli acquirenti». In un periodo di emergenza come quello in esame, però, un commerciante non può distribuire il poco di merci che ha senza tener conto delle reazioni dei clienti. Esso deve considerare che, passato il periodo critico, i clienti terranno presente la sua condotta durante la crisi. I clienti vincolati da contratto confideranno nel trattamento favorevole al quale hanno diritto per contratto, sia sotto il profilo giuridico che sotto quello della correttezza commerciale, come ha fatto rilevare la BP. I clienti abituali, senza vincoli contrattuali, penseranno che la fedeltà dimostrata in periodi normali venga ricambiata con la fedeltà dei loro fornitori nei periodi difficili. Un fornitore può ignorare queste considerazioni solo rischiando che i suoi clienti continuino a rivolgersi alla concorrenza anche dopo la fine della crisi. Non mi pare quindi che, durante la crisi, egli sia in posizione dominante ai sensi dell'art. 86.

In secondo luogo, se si deve ritenere che l'art. 86 vada applicato ai fornitori in simili casi d'emergenza, nell'articolo stesso si dovrebbe trovare qualche norma, espressa o implicita, da osservarsi dai fornitori in queste situazioni. Io non scorgo alcuna norma in questo senso. La Commissione si è richiamata alla lett. c) dell'art. 86, la quale stabilisce che un abuso di posizione dominante può consistere, in particolare, «nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza». Ciò, e la Commissione mi perdoni, mi pare fuori luogo. Nel nostro caso non ci occupiamo delle condizioni che un fornitore pratica a diversi clienti, bensì della sua selezione dei clienti da rifornire e della sua decisione circa i quantitativi da fornire loro. Il rifiuto di vendere può certo costituire un abuso di posizione dominante, come nelle cause 6 e 7/73 *Commercial Solvents/Commissione,* (Racc. 1974, pag. 223), ma non in forza della lett. c). Per di più la causa *Commercial Solvents/Commissione* era diversa da quella odierna. Nella decisione su cui verte detta causa (pag. 9) la Commissione ha espresso il punto di vista che, ai fini del caso specifico, «può» essere qualificata d'abuso ai sensi dell'art. 86 del Trattato ogni azione, da parte di un'impresa in posizione dominante, che riduca, in maniera differente senza giustificazioni obiettive, le forniture a certi acquirenti che si trovino in situazioni equivalenti». Questa definizione, però, di per sé non definisce chi siano gli «acquirenti in situazioni equivalenti» e cosa sia una «giustificazione obiettiva». La Commissione ha cercato, mi pare, di risolvere questi problemi nel prosieguo della decisione (pagg. 9-11); essa però non ha definito alcun criterio chiaro, salvo che il fornitore deve attenersi ai dati statistici. Esso deve controllare nei suoi libri le precedenti forniture ai rispettivi clienti durante il «periodo di riferimento» precedente lo scoppio della crisi (la Commissione propone un anno) e rifornirli secondo la stessa proporzione nel periodo di crisi. La Commissione ammette che «le imprese ... in periodo di crisi ... [possono] prendere in considerazione certe particolarità o differenze nella situazione dei loro clienti», ma non spiega in che modo possano farlo, se non dicendo che «in particolare esse [queste constatazioni] non tolgono loro né la possibilità di praticare i prezzi e le altre condizioni previsti nei contratti di approvvigionamento, né la facoltà di scegliere un periodo di riferimento corrispondente e appropriato alla situazione di ristrettezza» (pag. 10).

Mi pare che questo criterio, che manifestamente non è espresso nell'art. 86, si potrebbe ritenere implicito in detto articolo solo se fosse equo, pratico e generalmente accettato. Direi però che nessuna di questo condizioni è soddisfatta.

Esso sarebbe iniquo perché in effetti ignorerebbe le speciali aspettative dei clienti «contrattuali» e abituali di un fornitore.

Sarebbe poco pratico, perché il fornitore non saprebbe mai quando applicarlo. Molte sono le cause che possono provocare improvvisamente una penuria di merce. Vi possono essere fattori di indole umana, che vanno dalla guerra allo sciopero locale; fenomeni naturali, dalla perdita totale del raccolto al naufragio del singolo vapore. All'inizio di una crisi è poi oltremodo difficile valutarne la durata e l'intensità. Si deve osservare che tra le «circostanze attenuanti» che hanno indotto la Commissione a concludere che sarebbe stato iniquo infliggere un'ammenda alla BP in questa situazione, vi era il fatto che «le incertezze che regnavano sul mercato olandese dei prodotti petroliferi in seguito all'ignoranza in ordine agli sviluppi possibili della crisi, ha reso difficile apprezzare le riduzioni di forniture da operare» (pag. 12).

Che il principio non sia accettato da tutti mi pare evidente, come dimostrano le circostanze della fattispecie. Il RBAP all'inizio chiedeva alle società produttrici approvvigionamenti per il consorzio, proporzionali alle rispettive quote del mercato olandese. Allorché si trattò di costituire un consorzio speciale per rifornire l'ABG, ricorse ad una formula ad hoc, la cui esatta natura rimane imprecisata. Il Ministro olandese degli affari economici, nel decreto 4 aprile 1974, adottava una formula complicata, basata sulle quote delle maggiori società petrolifere sul mercato della benzina venduta sotto marchi diversi da quello ufficiale. Quindi non vi era una norma generalmente accettata.

Per questi motivi penso che questo tipo di controversia esuli completamente dalla sfera di applicazione dell'art. 86.

Per il caso che Lorsignori non condividessero il mio punto di vista in proposito, devo tuttavia esaminare rapidamente il problema del se, ammesso che la BP detenesse realmente una posizione dominante, come sostiene la Commissione, ne abbia abusato.

Il succo degli argomenti della BP è che non vi erano rapporti — giuridici o commerciali — tra essa e l'ABG, che vincolassero la prima a rifornire la seconda durante la crisi; che il problema ABG era proprio uno di quelli per la cui soluzione era stato istituito il RBAP; che il dovere della BP si limitava a soddisfare le richieste del RBAP di rifornire l'ABG, cosa che la BP ha sempre fatto, in quanto, indipendentemente dalla loro natura giuridica, essa considerava vincolanti le richieste stesse.

Il succo degli argomenti della Commissione, è che la BP, non avendo fornito all'ABG durante la crisi quantitativi di benzina proporzionati a quelli dell'anno precedente, aveva posto al RBAP un problema che questo non era competente né attrezzato a risolvere. Pur definendole solo attenuanti, la Commissione ha ammesso che, «benché l'intervento del RBAP non avesse carattere costrittivo e facesse appello a contributi volontari delle compagnie, esso ha potuto creare presso queste ultime un dubbio circa i loro obblighi nei confronti dei loro clienti» e la «BP poteva ritenere» che gli anticipi di benzina su petrolio grezzo, da trattare nelle raffinerie della BP, potevano liberarla «in parte» dall'obbligo di rifornire l'ABG durante la crisi (pag. 12).

A mio avviso, la BP aveva pienamente ragione di comportarsi come ha fatto, in qualsiasi circostanza. A questo punto, supposto che detenesse una posizione dominante, non si può dire che ne abbia abusato.

Passo, pur se di sfuggita, al problema del se, supponendo che la BP abbia abusato della sua posizione dominante, pur se sono convinto del contrario, questo abuso potesse pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Su questo punto la Commissione ha svolto i suoi argomenti in due direzioni: in primo luogo ha contemplato l'ipotesi che la condotta della BP potesse causare la sparizione dell'ABG, e di riflesso della rete AVIA, dal mercato olandese della benzina. La Commissione tuttavia si è resa ben conto della forza dell'argomento della BP, secondo cui mai vi è stato pericolo che l'ABG dovesse chiudere i battenti. Quindi la Commissione ha sostenuto, in alternativa, che l'esperienza fatta dall'ABG durante la crisi avrebbe potuto indurla a vincolarsi contrattualmente con una o più società petrolifere di primo rango, il che avrebbe ridotto o eliminato le possibilità per essa di importare merce dagli altri Stati membri. Questo mi sembra un argomento di scarsa portata, in quanto 1) è pacifico che in periodi normali il mercato olandese della benzina è competitivo, 2) è evidente che molti acquirenti in questo mercato non sono vincolati contrattualmente, 3) sappiamo che nei 12 mesi precedenti la crisi l'ABG ha acquistato poco meno del 5,5 % del suo fabbisogno da altri Stati membri. Sembra improbabile quindi che le esperienze dell'ABG durante la crisi avrebbero potuto indurla a mutare politica di acquisto, seguendo una linea che riduceva la sua libertà di importazione. Direi invece che in realtà simili esperienze la indurrano semplicemente — in caso di crisi future — a sollecitare il Governo a intervenire prima e con maggior vigore.

In definitiva penso che la decisione della Commissione vada annullata e che le spese processuali vadano poste a carico della Commissione.