CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 23 MEI 1978 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Het onderhavig geding vindt zijn oorsprong in de oliecrisis, in 1973-1974 ingetreden nadat een aantal van de belangrijkste olie-producerende landen in oktober 1973 tot een forste verhoging van de prijzen van ruwe olie en tevens tot produktiebeperking had besloten. De olieschaarste waartoe deze maatregelen leidden in bepaalde importlanden, wier houding tijdens de Yom Kippur oorlog als onwelwillend jegens de Arabische zaak werd beschouwd, deed zich nog te meer gevoelen door het embargo, door de Arabische regeringen op verschepingen naar bedoelde landen gesteld. Dit embargo gold ook voor Nederland.

Er werd een procedure krachtens artikel 173 van het EEG-Verdrag aanhangig gemaakt door drie Hollandse maatschappijen die, al dan niet rechtstreeks, voor 100 % als dochtermaatschappijen van de British Petroleum Company Ltd zijn te beschouwen en opkomen tegen een 19 april 1977 gedagtekende beschikking (77/327/EEG, PB L 117 van 9 mei 1977), waarin de Commissie het gedrag dier maatschappijen in het tijdvak november 1973 — maart 1974, toen zij op de leveringen van motorbrandstof aan een bepaalde afnemer een verdergaande reductie toepasten dan op die aan hun andere klanten, als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag aanmerkte. De drie vennootschappen zijn British Petroleum Maatschappij Nederland BV, British Petroleum Raffinaderij Nederland NV en Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV. Ik zal — in de lijn van hetgeen ten processe geschiedde — de drie maatschappijen gezamenlijk „BP" noemen.

De Commissie meende dat BP aldus weliswaar artikel 86 van het Verdrag had geschonden, doch achtte verzachtende omstandigheden aanwezig op grond waarvan oplegging van een geldboete aan BP, krachtens artikel 15, lid 2, van verordening 17, moest worden afgezien. BP wenst, naar haar raadsman ons ten verhore verklaarde, de beschikking nochtans te zien nietig verklaard: niet alleen wenst zij zich te zien schoongewassen van het verwijt de wet te hebben geschonden, zij is ook beducht dat de beschikking door bedoelde afnemer zal worden gebruikt als grondslag van een bij de Nederlandse rechterlijke macht in te stellen rechtsvordering.

Bedoelde afnemer is de Aardolie Belangen Gemeenschap BV („ABG"), een aankoopcentrale bestaande uit de 19 leden der „AVIA"-groep-Nederland. „AVIA" is een handelsmerk van een Zwitserse vennootschap, die het recht tot gebruikmaking ervan in licentie aan verschillende wederverkopers van aardolieprodukten in een aantal landen heeft toegekend. Tot die landen behoren, behalve Nederland, België, de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk en Zwitserland. Tussen de licentiehouders in de onderscheiden landen blijkt evenwel geen ander verband te bestaan dan het feit dat zij allemaal licentie hebben op hetzelfde merk. Licentiehouder in Nederland is Avia Nederland CV, omvattende dezelfde 19 leden als ABG.

Ten tijde van de crisis zagen ABG's verkopen er als volgt uit: ongeveer 49 % werd verhandeld via het Avia-netwerk, ongeveer 12 % ging naar andere klanten via hetgeen de beschikking „vaste contracten" noemt, ongeveer 20 % maar regelmatige afnemers, hoewel zon-

1 — Vertaald uit het Engels.

der contract, en ongeveer 20 % via „spot"-afnemers. Uit niets blijkt dat ABG ooit aan iemand buiten Nederland heeft geleverd.

Uit een bij de beschikking gevoegde tabel 1 blijkt waar ABG haar voorraden betrok. Er waren destijds zeven maatschappijen rechtstreeks bij de produktie van motorbrandstof (van super- en standaardkwaliteit) in Nederland betrokken: BP zelf en zes andere firma's, kort gezegd „Chevron", „Esso", „Gulf", „Mobil", „Shell" en „Texaco". Bovendien lieten „Fina" en „Total" grote partijen motorbrandstof in Hollandse raffinaderijen produceren. In december 1973 werd een te Vlissingen voor Total gebouwde raffinaderij operationeel. In de 12 maanden van november 1972 tot oktober 1973 betrok ABG 80,7 % van al haar voorraden bij BP, 8 % bij Gulf, 4,2 % bij Shell, 1,6 % bij Chevron en 5,5 % bij 13 andere maatschappijen — wij weten niet precies welke, doch de 9 juist genoemde maatschappijen behoorden er niet toe —. Het schijnt dat sommige van de 13 maatschappijen buiten Nederland gevestigd waren, immers de Commissie stelt vast dat „de ABG een deel van haar bevoorrading aan benzine op de vrije markt kocht en dat bepaalde hoeveelheden hiervan uit landen van de Europese Economische Gemeenschap afkomstig waren" (beschikking, blz. 12).

Van groot belang is de geschiedenis van de handelsrelaties ABG-BP.

Tot 1968 leverde BP ABG op basis van contracten waarbij prijzen, hoeveelheden en andere condities jaarlijks werden overeengekomen. Voor de bevoorrading golden contracten van onbepaalde duur, bij opzegging waarvan over en weer een termijn van zes maanden moest worden in acht genomen. Op 21 november 1972 zegde BP aan ABG het lopende contract per ultimo mei 1973 op. Dit is blijkbaar geschied omdat er door de regeringen van landen waar haar olievelden waren gelegen, stappen waren ondernomen welke haar bevoorrading met ruwe olie in gevaar brachten — in het bijzonder de nationalisatie van haar Lybische veld en de onderneming van de produktie in Koeweit door de regering van dat land —. In ieder geval heeft de Commissie tijdens de procedure BP die opzegging nimmer verweten. De beëindiging van het contract werd bevestigd in op 17 januari 1973, tussen BP en ABG, gewisselde brieven. Zij kwamen onderling overeen dat BP na ultimo mei 1973 door ABG geleverde olie voor ABG zou raffineren.

In mei 1973 bleek dat ABG's onderhandelingen betreffende de levering van ruwe olie niet tijdig zouden zijn beëindigd (ofschoon ruwe olie volgens BP op de markt verkrijgbaar was). Toen werd overeengekomen dat BP in het tijdvak juni—september 1973 voor ABG 250 000 m³ van BP's „Kuweit crude oil" zou raffineren, hetgeen onder meer 41 500 m³ benzine zou opleveren, zulks op condities welke er, kort gezegd, op neerkwamen dat ABG die ruwe olie voor 1 januari 1974 zou vervangen.

Op 30 september 1973 had ABG de overeengekomen 41 500 m³ bezine nog niet volledig afgenomen. Tijdens de administratieve procedure heeft ABG de Commissie verklaard waarom: men zie het verslag van de hearing van ABG van 11 maart 1975 (bijlage bij dupliek), blz. 26-27. Legt men hetgeen tijdens die hearing ten behoeve van ABG werd verklaard naast de tabel welke als bijlage 1 bij de beschikking is gevoegd, dan blijkt dat Gulf met zijn produktie in Nederland in juli en augustus, en in mindere mate in september 1973, zijn opslagmogelijkheden had overschreden, zodat het voor ABG goedkoper uitkwam benzine bij Gulf te betrekken dan volgens de overeenkomst met BP. Dit verklaart dat ABG volgens de statistieken 8 % van zijn voorraden in het tijdvak november 1972 — oktober 1973 bij Gulf heeft betrokken. In werkelijkheid heeft de bevoorrading bij Gulf geheel in genoemde drie maanden plaats gevonden. Er vonden in het tijdvak juni — september

1973 ook geringe aankopen van ABG bij Chevron en bij Shell plaats, en belangrijker aankopen bij de 13 niet met name genoemde maatschappijen. Zulke aankopen waren bij ABG evenwel niet ongebruikelijk.

BP wist destijds niet waarom ABG's afname van benzine volgens de overeenkomst stokte. BP ging er evenwel mee accoord dat ABG in oktober 1973 het resterend gedeelte van de 41 500 m³ afnam. ABG deed zich in verband hiermede in die maand geheel door BP bevoorraden.

Eind oktober 1973 brak de crisis uit. Voor zover ik uit de beschikking casu quo uit bepaalde andere aan U overgelegde omvangrijke documenten heb kunnen afleiden, liep er toen tussen BP en ABG geen afspraak betreffende de toekomstige bevoorrading met benzine van ABG door BP, behalve dat er was gediscussieerd over het ontwerp van een tweede „processing"-overeenkomst die op januari 1974 zou moeten ingaan.

Om het hoofd aan de crisis te bieden nam de Nederlandse regering een aantal maatregelen.

Reeds op 31 oktober 1973 verscheen er een beschikking verbruiksbeperking motorbrandstoffen tijdens het weekeinde (bijlage 23 bij het verzoekschrift). Deze beschikking werd meermalen gewijzigd (bijlagen 24 tot 27 bij het verzoekschrift).

Eveneens op 31 oktober 1973 nam de minister van Economische Zaken een besluit waarbij aardolie (ruwe aardolie en half-fabrikaten) en aardolieprodukten werden aangewezen als distributiegoederen in de zin van de Distributiewet 1939, terwijl dezelfde minister bij beschikking van 13 november 1973 een Rijksbureau voor Aardolie Produkten (RBAP) instelde, welke bureau tot taak kreeg, wat aardolie en aardolieprodukten betreft, te zorgen voor de uitvoering — namens de minister — van de Distributiewet (bijlage 112 bij het verzoekschrift). In een publikatie in de Staatscourant van 14 november 1973 liet de minister het navolgende weten:

„De minister van Economische Zaken heeft ingesteld het Rijksbureau voor Aardolie Produkten. Dit Rijksbureau heeft tot taak de voorziening met aardolieprodukten te regelen. Voorts is het bureau er mee belast, voor het geval dat de ontwikkeling daartoe aanleiding zou geven, een eventuele distributie van deze produkten voor te bereiden en deze te zijner tijd uit te voeren.

Degenen die ernstige moeilijkheden ondervinden bij de voorziening met aardolieprodukten, kunnen deze moeilijkheden schriftelijk voorleggen aan dit Rijksbureau."

(bijlage 14 bij het verzoekschrift).

Gedurende een aantal jaren had er een „Olie Contact Commissie" („OCC") bestaan ter vergemakkelijking van de contacten tussen de industrie en de regering. De negen genoemde grote maatschappijen hadden er zitting in. De onbezoldigde voorzitter werd door de minister aangewezen. Het was de heer K. Schouten, een voormalig Shell-functionaris. De minister wees de heer Schouten tevens aan als directeur van het RBAP. De leiding van het RBAP was in handen van ambtenaren, die ten dele op grond van hun deskundige kennis door de oliemaatschappijen ter beschikking waren gesteld; het met bedoelde personen aangegane dienstverband was van tijdelijke aard.

Er kwam uiteindelijk een distributiestelsel, dat evenwel slechts van 12 januari tot 4 februari 1974 heeft gegolden. Op 6 december 1973 richtte de minister tot de heer Schouten, als voorzitter van de OCC, het schriftelijk verzoek om richtlijnen aan de exploitanten van benzinestations („zonder dat ik deze momenteel reeds een wettelijke basis zou willen geven"), volgens welke de verkoop van benzine en motorolie op bepaalde wijzen zou moeten worden beperkt. De minister sprak voorts de wens uit dat de oliemaatschappijen hun afleveringen van

benzine aan benzine-stations met 20 % zouden beperken (bijlage 19 bij het verzoekschrift). Het was, naar ik meen, niet de enige gelegenheid waarbij de minister op een afleveringsbeperking van 15 à 20 % heeft aangedrongen.

De kleinhandelsprijs van benzine had in Nederland sinds lang onder overheidscontrole gestaan, zulks op grond van de Prijzenwet van 1961. Die controle werd in de crisisperiode bij verschillende beschikkingen gehandhaafd, ofschoon een beschikking van 22 januari 1974, wat de methodiek der prijsvoorschriften betreft, wijziging bracht — details welke mijns inziens thans buiten beschouwing kunnen blijven —. Van enig belang is dat de vastgestelde maximumprijzen beneden de wereldmarktprijzen lagen, zodat tegen wereldmarktprijzen aangekochte aardolie in Nederland alleen met verlies kon worden afgezet. BP verklaart dan ook dat zij in Nederland gedurende die periode slechts met verlies heeft verkocht. Ook ABG schijnt het slachtoffer van de prijscontrole te zijn geworden.

De Nederlandse regering was natuurlijk niet de enige die op het uitbreken der crisis reageerde. Ook de oliemaatschappijen stelden zich, op mundiale basis, te weer, met name door ruwe olie voor welker herkomst geen embargo gold (bij voorbeeld olie uit Nigeria en Iran) en die voor elders bestemd was, naar Rotterdam te leiden. Maar niet de gehele produktie der Nederlandse raffinaderijen kon voor de Nederlandse markt worden vrijgemaakt. In de loop der jaren was Nederland, en vooral Rotterdam, ook voor veel buitenlandse markten, vooral voor de Duitse markt, een belangrijk raffinage-centrum geworden. Bij de toewijzing der beschikbare voorraden voor de nationale markten schijnen de oliemaatschappijen, althans de British Petroleum Company Lt, het beginsel van „gelijke misère" te hebben toegepast.

Op de Nederlandse markt onderscheidde BP drie groepen afnemers:

1. de door contract gebonden afnemers,
2. de niet door contract gebonden doch geregelde afnemers en
3. afnemers waarvoor BP zich in bijzondere mate aansprakelijk achtte.

BP gaf de voorrang aan de eerste groep afnemers. Zij achtte zich daartoe verplicht om redenen van commercieel fatsoen, immers vooral de door contract gebonden afnemers waren bereid geweest in normale tijdsomstandigheden hogere prijzen te betalen om in tijd van schaarste van voldoende bevoorrading verzekerd te zijn. Zij achtte zich daartoe ook rechtens verplicht, omdat beperkingen van de bevoorrading van contractueel gebonden afnemers waardoor zij minder zouden ontvangen dan waarop zij contractueel aanspraak mochten maken, alleen ingeval van „overmacht" door de beugel kunnen. De Commissie stelde vast dat BP in het tijdvak november 1973 — maart 1974 de leveringen aan contractuele afnemers met gemiddeld 13 % heeft veminderd (beschikking, blz. 10).

BP meende bovendien dat zij jegens geregelde, zij het niet-contractuele afnemers, bepaalde verplichtingen had. Onwillekeurig moet men hier denken aan de praktijk van winkeliers die, wanneer er schaarste aan bepaalde artikelen ontstaat, in min of meer gepolijste bewoordingen te kennen geven dat ze alleen geregelde klanten kunnen bedienen dan wel hun voorraden van het betrokken schaarse artikel „onder de toonbank" houden voor geregelde afnemers. De Commissie stelde vast dat BP gedurende het hierbedoelde tijdvak haar leveringen aan deze groep afnemers met gemiddeld 29 % heeft beperkt (ibid.).

Tot de derde groep rekent BP afnemers die slechts zo nu en dan benzine bij haar hadden betrokken, en tot die afnemers behoorde ABG. BP meende dat het RBAP maar voor de bevoorrading van deze groep moest opkomen.

Binnen een week na oprichting had het RBAP er, tezamen met de OCC, voor gezorgd dat er een benzine-pool kwam, voor toewijzing van benzine aan degenen die in moeilijkheden waren geraakt. In die pool schijnen de negen grote maatschappijen naar evenredigheid van hun omzetten op de Nederlandse markt te hebben bijgedragen. BP, met een aandeel van 9 à 10 %, moest 9,7 % bijdragen (men zie bij voorbeeld de brief van de heer Schouten van 21 november 1973, die zich bevindt bij de stukken welke BP op verzoek van het Hof heeft overgelegd). De pool was evenwel onvoldoende om te voorzien in de behoeften van ABG, welke wij afzonderlijk zullen bespreken.

ABG's normale behoeften aan benzine beliepen ongeveer 15 000 m³ per maand. Het RBAP berekende dat ABG naar rato van 7 000 m³ per maand zou moeten worden bevoorraad. ABG zou daarmede de vraag van het Avia-netwerk (ongeveer 49 % van ABG's verkopen) en van ABG's contractuele afnemers (ongeveer 12 % van zijn verkopen), beide overeenkomstig de aanbeveling van de minister verminderd met 20 %, kunnen dekken. Het RBAP stelde zich op het standpunt dat het zelf rechtstreeks zou moeten opkomen voor de behoeften van ABG's overige afnemers. Het lijdt geen twijfel dat deze opvatting het RBAP door BP aan de hand was gedaan. Dit zit de Commissie niet lekker. Maar het lijkt mij heel gewoon dat BP, eens AGB's voornaamste leverancier, werd geraadpleegd. Meer aanleiding bestaat er zich af te vragen of zulk een benadering aanleiding heeft gegeven tot het dikwijls herhaalde vermaan van de minister bestaande distributiekanalen in stand te houden (men zie bij voorbeeld een brief van het ministerie van Economische Zaken aan de heer Schouten van 24 december 1973 — bijlage 20 bij het verzoekschrift). Bedoelde handelwijze had althans de consequentie dat ABG's geregelde, maar niet-contractuele afnemers (goed voor ongeveer 20 % van ABG's verkopen) zich voor hun bevoorrading tot anderen hadden te wenden en misschien ABG voorgoed zouden worden ontfutseld.

In ieder geval ontving ABG in november en december 1973 6 812 m³ respectievelijk 7 265 m³ benzine. Die benzine kwam goeddeels van BP en Shell. Een geringe hoeveelheid kwam van Chevron. In dezelfde twee maanden kocht ABG ook belangrijke hoeveelheden van de 13 niet met name genoemde vennootschappen, waarmee de totale bevoorrading in november op 10 812 m³ en in december op 10 761 m³ kwam te liggen. Per ultimo december schijnt ABG in het geheel geen aardolie meer in voorraad te hebben gehad.

Op 4 januari 1974 richtten ABG en Avia-Nederland CV zich krachtens artikel 3 van verordening 17 tot de Commissie, stellende dat de artikelen 85 en 86 van het Verdrag zouden zijn geschonden door BP, Chevron, Esso, Gulf, Mobil, Shell en Texaco. Dit verzoekschrift leidde ten slotte tot de thans omstreden beschikking. Gezien bepaalde opmerkingen, met name in de conclusie van dupliek en ten verhore namens de Commissie gemaakt, meen ik goed te doen erop te wijzen dat de Commissie in een pril stadium van de administratieve procedure waartoe het verzoekschrift leidde, tot de slotsom kwam dat er van een in artikel 85 van het Verdrag verboden overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen die vennootschappen geen sprake was geweest, en dat zij in een later stadium van de procedure concludeerde dat de omstandigheden geen aanleiding gaven tot de vaststelling dat de vennootschappen, dan wel sommigen hunner, collectief een machtspositie innamen als in artikel 86 bedoeld. De beschikking is alleen tot BP gericht en berust uitsluitend op de machtspositie welke BP zou innemen.

Om tot de feiten terug te keren: in januari 1974 startte het RBPA met een nieuw schema voor de bevoorrading van

ABG met 7 000 m³ per maand. Die leveringen impliceerden dat er door de negen grotere maatschappijen — in uiteenlopende mate — zou worden bijgedragen. BP's aandeel zou 3 300 m³ per maand bedragen. In werkelijkheid ontving ABG via het RBAP in januari, februari en maart achtereenvolgens 6 594, 6 877 en 6 584 m³. BP behoorde tot de maatschappijen welker leveringen een tekort vertoonden, maar het schijnt dat ABG BP met zoveel woorden om uitstel der leveranties had gevraagd. ABG kon van de dertien niet met name genoemde maatschappijen in januari 3 374 m³, in februari niets en in maart slechts 405 m³ betrekken.

Op 31 maart 1974 werd het RBAP opgeheven en op 4 april 1974 deed de minister krachtens de wet op de economische mededinging een beschikking uitgaan volgens welke de negen grote maatschappijen tezamen wekelijks 3 000 m³ benzine aan ABG hadden te leveren. Zulks naar evenredigheid van de mate waarin zij anders dan onder hun eigen merken benzine op de Nederlandse markt verkochten. BP verklaart dat zij dientengevolge minder aan ABG had te leveren.

Bij vergelijking van de 7 000 m³ per maand, door het RBAP voor ABG uitgetrokken, met de 3 000 m³ per week die door de minister werden voorgeschreven, dient men billijkheidshalve te bedenken dat de voorraden volgens een door BP overgelegde grafische voorstelling (blz. 31 van de conclusie van repliek) in april 1974 weer zijn gaan toenemen, ofschoon er pas tegen juli 1974 weer van een normale situatie kon worden gesproken.

Waar artikel 86 werd ingeroepen, zullen er in ieder geval drie belangrijke vragen moeten worden onderzocht:

1. Nam de betrokken onderneming op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel van die markt een machtspositie in?
2. Zo ja, heeft zij die machtspositie misbruikt?
3. Zo ja, kon dat misbruik de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden?

Bespreking van de eerste vraag impliceert natuurlijk dat wij ons hebben af te vragen wat de ten deze relevante („betrokken") markt is.

Op bladzijde 3 van de beschikking der Commissie lezen wij:

„De betrokken markt is die voor superbenzine en normale benzine voor de carburatie in vier-takt motoren ... De betrokken geografische markt is die van Nederland, waar de leden van de ABG al hun verkoopactiviteiten ontplooien ..."

De Commissie heeft deze stellingen op blz. 8 en 9 der beschikking herhaald.

De Commissie heeft evenwel nimmer te verstaan gegeven dat BP op de markt voor motorbenzine in Nederland ooit zelfstandig een machtspositie heeft ingenomen. De Commissie kon dit ook niet beweren, immers — zoals gezegd — bedroeg BP's aandeel in die markt destijds 9 à 10 %, terwijl er ook overigens niets bijzonders mee aan de hand was.

Waarom BP een machtspositie zou innemen, heeft de Commissie (op blz. 9 der beschikking) als volgt uiteengezet:

... dat in een toestand van economische spanning zoals die in Nederland tijdens de oliecrisis heerste, de handelsbetrekkingen tussen enerzijds de verkopers die over aanzienlijke marktaandelen en over voorraden beschikken en anderzijds hun afnemers, een nieuwe betekenis krijgen en door van hun wil onafhankelijke redenen zodanig versterkt worden dat deze afnemers volledig afhankelijk worden van hun traditionele leveranciers die de schaarse produkten bezitten; dat de verkopers die aldus zijn toegerust in marktsituaties die zodanige kenmerken vertonen een machtspositie kunnen bekleden ten opzichte van hun afnemers;

... dat, aangezien de schaarste algemeen is, alle aardoliemaatschappijen met dezelfde problemen van bevoorra-

ding van hun afnemers worstelen; dat zij normaliter het in gebreke blijven van andere ondernemingen niet kunnen opvangen; dat zij dus niet in concurrentie met elkaar staan wat de bevoorrading van hun respectieve afnemers betreft;

... dat in de gegeven omstandigheden, elk van de maatschappijen zich in een machtspositie bevond tegenover haar afnemers."

Volgens die redenering was de betrokken markt de markt voor motorbenzine voor BP's „gewone afnemers" — of, hoogstens, voor haar afnemers in het algemeen — in Nederland, want alleen daar moet BP, volgens de Commissie geacht worden tijdens de oliecrisis een machtspositie te hebben ingenomen.

De vraag rijst dan of die markt als een „wezenlijk deel" van de gemeenschappelijke markt is te beschouwen. Om die vraag te beantwoorden, heeft het Hof partijen verzocht aan te geven welk gedeelte van de gemeenschappelijke markt voor motor-benzine huns inziens door de Nederlandse markt werd ingenomen. De Commissie schatte het Nederlandse marktaandeel op 4,6 %, BP op 4,8 %. Uitgaande van een aandeel van BP in de Nederlandse markt van 10 %, wil dat zeggen dat het betrokken deel van de gemeenschappelijke markt niet meer dan 0,48 % bedroeg.

Het is te verdedigen dat een marktaandeel van minder dan 0,5 % geen „wezenlijk deel" van de markt is. Ik acht het evenwel gevaarlijk ten deze alleen met percentages te rade te gaan. Tegenover „wezenlijk" staat „te verwaarlozen", en hetgeen, in percentages uitgedrukt, te verwaarlozen mag schijnen, kan er in absolute termen anders komen uit te zien. De bevolking van Luxemburg vormt, naar ik meen, ongeveer 0,23 % van die van de gehele Gemeenschap. Ik zou evenwel niet graag beweren dat iemand die op de Luxemburgse markt voor een bepaald produkt een monopolie-positie of quasi-monopoliepositie inneemt, niet onder artikel 86 van het Verdrag valt. En op dezelfde wijze zou ik niet graag beweren dat BP's aandeel in de Nederlandse markt voor motorbenzine te verwaarlozen is. Van geringe omvang in verhouding tot de gehele communautaire markt voor motorolie, vormt het mijns inziens een wezenlijk deel van de Nederlandse markt.

In werkelijkheid gaat het hier mijns inziens om de vraag of de Commissie terecht aanneemt dat artikel 86, in een juiste uitlegging, geldt voor een situatie waarin de afnemers dan wel de „gewone" afnemers van iedere leverancier, in een noodsituatie welke een tijdelijke schaarste aan een bepaald gebruiksartikel doet ontstaan, van hem afhankelijk worden.

Ik meen dat dit niet het geval is.

De toewijzing van leveringen in tijd van schaarste is mijns inziens een wezenlijke overheidstaak. De regering mag menen zich van ieder ingrijpen te moeten onthouden, in welk geval de schaarste ertoe zal leiden dat de prijzen stijgen tot een peil waar opnieuw evenwicht tussen vraag en aanbod ontstaat. Maar in een moderne maatschappij doen zich gevallen voor waarin de regering het, om begrijpelijke redenen, niet zo ver kan laten komen. Het alternatief is controle op de prijzen, gepaard gaande met de een of andere vorm van controle op de distributie. De Commissie schijnt bovendien van mening te zijn dat artikel 86 kan worden ingeroepen om mogelijke lacunes in welk overheidsbeleid ook op te vullen.

Ik doe er wellicht goed aan er op te wijzen dat ik in dit verband, van „regering" sprekende, niet uitsluitend aan nationale regeringen denk. De term kan, al naar de omstandigheden, worden gebruikt voor maatregelen te nemen op communautair niveau, op nationaal niveau, op regionaal niveau dan wel op plaatselijk niveau. Er kan ook aanleiding bestaan tot gecombineerde maatregelen op verschillende niveaus. In dit verband wees BP op 's Raads richtlijn 73/238/EEG van 24 juli 1973 (PB L

228 van 16 augustus 1973) „betreffende de maatregelen ter vermindering van de gevolgen van moeilijkheden bij de bevoorrading met ruwe aardolie en aardolieprodukten", waarin besloten ligt dat de Raad erkent dat de Gemeenschap ten deze haar verantwoordelijkheden heeft.

In mijn standpunt ligt ook in het geheel geen kritiek besloten op het in casu door de Nederlandse regering gevolgde beleid. Ik heb goede nota genomen van het door BP voorgedragen standpunt dat de prijscontrolemaatregelen van de Nederlandse regering, voor zover zij aan importen uit andere Lid-Staten in de weg stonden, in strijd kwamen met artikel 30 van het Verdrag, zoals het in de zaak 65/75 (Tasca, [1976] Jurispr. 291) werd uitgelegd. Maar dat punt behoeft thans niet aan de orde te komen. Het gaat thans niet om de prijzen, doch om de toewijzing der voorraden. Daarbij had de Nederlandse regering, even-als iedere regering die de distributie in de hand wil houden, in beginsel de keus tussen twee methoden: dwang van bovenaf of het scheppen van een mechanisme dat de mogelijkheid in zich bergt dat de betrokken handelaren zich vrijwillig voegen naar de wensen van de overheid — waarbij natuurlijk de in reserve gehouden mogelijkheid alsnog dwangmaatregelen te nemen, een handje kan helpen —. De Nederlandse regering heeft door oprichting van het RBAP — dat niet tot dwanguitoefening bevoegd was — in eerste instantie voor de laatste methode gekozen. Als de crisis maar kort geduurd had, had er wellicht ook mee kunnen worden volstaan. In april 1974 was de regering tot de slotsom gekomen dat een verdergaande ingrijpen nodig was — en opteerde alsnog voor dwangmaatregelen —. Het verschil tussen wat vrijwillig kon worden bereikt en wat langs de weg van dwang mogelijk werd, bleek neer te komen op het verschil tussen 7 000 m³ per maand en 3 000 m³ per week. Mijns inziens slechts een gradueel verschil.

Al mocht in dat verschil een lacune in de Nederlandse overheidsmaatregelen kunnen worden gezien, dan nog geloof ik niet dat het een lacune was van de soort die door artikel 86 moest — of kon — worden verholpen.

In de eerste plaats heeft het Hof reeds vele malen, recentelijk nog in de zaak 27/76 *(United Brands t. Commissie,* 14 februari 1978, Jurispr. 1978, blz. 280 overweging 65) overwogen dat de betrokken onderneming, wil er van een machtspositie in de zin van artikel 86 worden gesproken, een economische positie in moet nemen welke haar ten minste in staat stelt tot een goeddeels van concurrenten en afnemers onafhankelijk gedrag. De Commissie zelf omschrijft in haar onderhavige beschikking (blz. 8) een machtspositie als een positie waarin de betrokken firma bij haar handelen „met de mogelijke reacties van concurrenten en kopers geen rekening behoeft te houden". In een tijdelijke noodsituatie als de onderhavige kan een handelaar bij de distributie der schaarse voorraden de houding van zijn afnemers echter niet buiten beschouwing laten. Hij dient te bedenken dat zij, zodra de nood geweken is, zich zullen herinneren hoe zij in de schaarsteperiode zijn behandeld. Contractuele afnemers zullen rekenen op de voorkeursbehandeling welke zij, zowel naar recht als fatsoenshalve, op grond van hun contracten mogen verwachten; BP heeft hierop gewezen. Niet door contract gebonden, doch geregelde afnemers zullen er op rekenen dat de loyaliteit welke zij in normale concurrentieverhoudingen hebben betracht, door hun leverancier in tijd van schaarste door even loyaal gedrag wordt beloond. Een leverancier kan hieraan slechts voorbij zien ten koste van mogelijk klantenverlies wanneer de nood is geweken. Ik meen dan ook niet dat hij, zolang de nood duurt, een machtspositie inneemt als in artikel 86 bedoeld.

In de tweede plaats zal er, indien artikel 86 op een leverancier in zulk een noodsituatie van toepassing is, aan dat artikel

een (daarin uitdrukkelijk of stilzwijgend besloten liggende) regel moeten worden afgelezen waaraan leveranciers zich in zulk een situatie hebben te houden. Ik kan zulk een regel niet ontdekken. De Commissie had het over artikel 86, sub c, volgens hetwelk misbruik van een machtspositie met name kan bestaan in „het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel betrokkenend bij de mededinging". Met alle eerbied jegens de Commissie: daarom gaat het hier mijns inziens niet. Het gaat niet om de condities waarop een handelaar verschillende afnemers bevoorraadt, doch om de keuze der te bevoorraden afnemers en om zijn beleid met betrekking tot de aan ieder hunner te leveren hoeveelheid. Weigering van bevoorrading kan uiteraard misbruik van een machtspositie opleveren, zoals in de zaken 6 en 7/73 *(Commercial Solvents t. Commissie* [1974], Jurispr. 223) het geval bleek, doch zulks is niet het geval op grond van het onder c bepaalde. Bovendien was de zaak *Commercial Solvents t. Commissie* een andere zaak dan de onderhavige. In casu (blz. 9) heeft de Commissie overwogen dat in zoverre „als misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag kan worden beschouwd iedere handeling van een onderneming met een machtspositie die zonder objectieve redenen de leveringen aan bepaalde kopers, die zich in een gelijke situatie bevinden, in verschillende omvang kort". Daarmee is nog niet gezegd wanneer er van „kopers in een gelijke situatie" en van „objektieve redenen" mag worden gesproken. De Commissie heeft, naar ik meen, deze vragen willen beantwoorden in de volgende overwegingen harer beschikking (blz. 9-11). Zij heeft evenwel in die overwegingen geen duidelijke regel opgesteld, of het moest zijn dat de leverancier een statistisch criterium heeft aan te leggen. Hij moet in zijn boeken nagaan hoeveel hij zijn onderscheiden afnemers tijdens een „referentieperiode" voor het intreden van de noodtoestand heeft geleverd (de Commissie stelt een referentieperiode van een jaar voor) en zolang de noodtoestand duurt, ieder hunner in dezelfde mate bevoorraden. De Commissie erkent dat de leveranciers „bepaalde bijzonderheden of verschillen in de situatie van hun afnemers in aanmerking [mogen] nemen", doch afgezien van haar overweging „dat zij hun in het bijzonder niet de mogelijkheid ontnemen de prijzen en andere voorwaarden, die in het leveringscontract zijn neergelegd, te realiseren, noch de bevoegdheid en de referentieperiode te kiezen die in een gespannen economische situatie goed als vergelijkingsbasis kan dienen" (beschikking, blz. 10), legt zij niet uit hoe zulks zou mogen gebeuren.

Zulk een kennelijk niet met zoveel woorden in artikel 86 tot uitdrukking gebracht beginsel zou er stilzwijgend in besloten mogen worden geacht, als het billijk, praktisch en algemeen aanvaard was. Maar het komt mij voor dat zulks niet het geval is.

Het zou onbillijk zijn, omdat het kan betekenen dat met de speciale verlangens van de contractuele en geregelde afnemers van een leverancier geen rekening wordt gehouden.

Het zou onpraktisch zijn, omdat een leverancier nooit weet wanneer hij het behoort toe te passen. Plotselinge schaarste kan tal van oorzaken hebben. Zij kan te wijten zijn aan conflicten, in orde van grootte variërend van een echte oorlog tot een plaatselijke staking, aan een natuurramp die een gehele oogst doet mislukken of alleen maar aan een schipbreuk waarbij een particuliere lading betrokken is. Het is, wanneer een noodtoestand intreedt, zelden mogelijk zijn duur of ernst te voorspellen. Opgemerkt zij dat tot de „verzachtende omstandigheden" welke de Commissie aanleiding gaven tot de slotsom dat de oplegging van een geldboete aan BP in dit geval niet op zijn plaats zou zijn, de omstandigheid behoorde dat

„er op de Nederlandse markt voor aardolieprodukten onzekerheid heerste doordat men niet wist hoe de crisis zich ging ontwikkelen, hetgeen het verkrijgen van een juist inzicht in de op de leveringen aan te brengen kortingen moeilijk maakte" (beschikking, blz. 12).

Dat bedoelde regel niet algemeen is aanvaard, lijdt voor mij, juist gezien de onderhavige feiten, geen twijfel. Het RBAP heeft aanvankelijk getracht de pool door de produktiemaatschappijen — naar evenredigheid van hun marktaandelen — te doen bevoorraden. Toen er een speciale pool voor de bevoorrading van ABG kwam, heeft het RBAP met een ad hoc formule gewerkt, die wij niet precies kennen. Toen de Nederlandse minister van Economische Zaken zijn beschikking van 4 april 1974 onder woorden bracht, heeft hij zich bediend van een gekunstelde formule die gebaseerd was op de aandelen van de grote oliemaatschappijen in de markt voor motorbenzine, voor zover niet onder hun eigen merken verkocht. Er was dus geen algemeen aanvaarde regel.

Om die redenen meen ik dat een geval als het onderhavige in het geheel niet onder artikel 86 valt.

Tenzij Uw Hof op dit punt met mij van mening verschilt, zal ik nog kort moeten stilstaan bij de vraag of BP, indien zij een machtspositie mocht hebben ingenomen als door de Commissie bedoeld, ook misbruik van die positie heeft gemaakt.

BP's standpunt komt er op neer dat er rechtens en commercieel tussen BP en ABG geen relatie bestond welke BP verplichte ABG tijdens de crisis te bevoorraden; dat ABG's probleem juist behoorde tot de soort waarvoor het RBAP een oplossing zocht; en dat BP alleen maar verplicht was gevolg te geven aan verzoeken van het RBAP om ABG te bevoorraden — hetgeen BP steeds heeft gedaan: hoe er ook rechtens over zou moeten geoordeeld, BP heeft zulke verzoeken steeds als bindend beschouwd —.

Het standpunt van de Commissie komt erop neer dat BP, door ABG tijdens de crisis niet langer in dezelfde mate te bevoorraden als in het voorafgegane jaar gebeurd was, voor het RBAP een probleem heeft geschapen, tot oplosssing waarvan het RBAP noch geroepen noch toegerust was. De Commissie gaf evenwel, zij het slechts als „verzachtende omstandigheden", toe dat „het optreden van het RBAP, hoewel dit geen dwingend karakter had en een beroep deed op vrijwillige bijdragen van de maatschappijen, bij de laatstgenoemden twijfel heeft kunnen doen rijzen aangaande hun verplichtingen jegens hun afnemers" en dat „BP heeft kunnen menen" dat de voorschotten aan ABG in benzine op de ruwe petroleum die in BP's raffinaderijen moest worden bewerkt, haar „gedeeltelijk" konden ontlasten van de verplichting gedurende de crisis aan ABG te leveren (beschikking, blz. 12).

Mijns inziens was de opvatting van BP onder alle omstandigheden rechtmatig. Al mocht BP dus een machtspositie hebben ingenomen, zij kan niet geacht worden die machtspositie te hebben misbruikt.

Ik kom nu ook nog kort te spreken over de vraag of, indien BP — anders dan mijns inziens het geval is — een machtspositie mocht hebben misbruikt, zodanig misbruik de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden.

De Commissie benadert de zaak in zoverre van twee kanten. In de eerste plaats onderzocht zij de mogelijkheid dat BP's gedrag tot het verdwijnen van ABG — en daarmede van het Avia-netwerk — van de Nederlandse motorbenzinemarkt had kunnen leiden. De Commissie heeft evenwel zeer wel gevoeld, hoe sterk BP stond met haar argument dat er in feite nimmer een gevaar heeft bestaan dat ABG de handel zou moeten ogeven. De Commissie bediende zich derhalve van de alternatieve redenering dat ABG in haar ervaringen tijdens de

crisis aanleiding had kunnen vinden zich contractueel aan een of meer grote oliemaatschappijen te binden, waardoor zij haar mogelijkheden zich in andere Lid-Staten te bevoorraden zou hebben beperkt of teniet gedaan. Dit lijkt mij een zwak argument, immers: 1. een ieder is het er over eens dat de motorbenzinemarkt in Nederland in normale tijden concurrerend is, 2. kennelijk zijn veel kopers op die markt niet contractueel gebonden, en 3. wij weten dat in de twaalf maanden die aan de crisis zijn voorafgegaan, ABG nog geen 5,5 % van haar voorraden uit andere Lid-Staten heeft betrokken. Het lijkt dan ook niet waarschijnlijk dat ABG in haar ervaringen tijdens de crisis aanleiding zou hebben gevonden een aankoopbeleid te gaan volgen dat op een beperking van haar importvrijheid zou zijn neergekomen. Ik vermoed dat die ervaringen haar in werkelijkheid aanleiding zullen geven om, zodra zich in de toekomst een crisis voordoet, bij de regering op spoediger en doortastender maatregelen aan te dringen.

Ik concludeer dat de beschikking der Commissie nietig worde verklaard met veroordeling van de Commissie in de kosten.