CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN-PIERRE WARNER presentadas el 23 de mayo de 1978 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El presente asunto tiene su origen en la «crisis» del petróleo, sobrevenida en 1973/1974, a consecuencia de la decisión tomada por ciertos países, grandes productores de petróleo, de aumentar considerablemente sus precios de venta de petróleo crudo y, simultáneamente, reducir su producción. La escasez de petróleo que de ello resultó fue especialmente sentida por algunos países importadores, cuya actitud había sido juzgada antiárabe durante la guerra del Yom Kippur, a causa del embargo decretado por determinados Gobiernos árabes sobre los cargamentos destinados a aquellos países. Los Países Bajos figuraban entre los afectados por el embargo.

El recurso ha sido interpuesto con arreglo al artículo 173 del Tratado CEE por tres sociedades neerlandesas, todas ellas directa o indirectamente filiales al 100 % de la British Petroleum Company Ltd., y se refiere a la Decisión 77/327/CEE, de 19 de abril de 1977 (DO L 117, p. 1), en virtud de la cual ésta consideró que aquellas sociedades, al efectuar respecto de un cierto comprador reducciones de suministros de gasolina para motores superiores a las que aplicaron a sus otros clientes, durante el período de noviembre de 1973 a marzo de 1974, habían incurrido en un abuso de posición dominante a los efectos del artículo 86 del Tratado. Las tres sociedades son British Petroleum Maatschappij Nederland BV, British Petroleum Raffinaderij Nederland BV y Benzine en Petroleum Handelmaatschappij BV. Seguiré la práctica adoptada a lo largo del procedimiento, consistente en agruparlas bajo la sigla «BP».

Pese a considerar que BP había con ello infringido las disposiciones del artículo 86 del Tratado, la Comisión estimó que existían circunstancias atenuantes, de manera que no procedía imponerle una multa con arreglo al apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Sin embargo, BP solicita la anulación de esta Decisión al Tribunal de Justicia, porque –según manifestó en la vista su representante *ad litem*–, no solamente no quiere continuar estando expuesta a la acusación de haber violado la ley, sino también porque si la Decisión no es anulada, podría servir de base a una acción de indemnización ejercitada contra BP por el

* Lengua original: inglés.

comprador de que se trata, ante los tribunales nacionales neerlandeses.

Este comprador es Aardolie Belangen Gemeenschap BV (en lo sucesivo, «ABG»). Se trata de una central de compras de los diecinueve adheridos del grupo «AVIA» en los Países Bajos. «AVIA» es una marca propiedad de una sociedad suiza que autoriza, por medio de licencias, el uso de esta marca por diferentes distribuidores de productos petrolíferos, en distintos países. Además de los Países Bajos, estos países son Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Austria y Suiza. Sin embargo, no hay aparentemente ninguna relación entre los distribuidores de la marca AVIA en los diferentes países, excepto el hecho de que están autorizados para operar bajo la misma marca. En los Países Bajos, el concesionario de la marca es Avia Nederland CV, que agrupa los mismos diecinueve adheridos que ABG.

En el momento de la crisis, las ventas de ABG se repartían de la manera siguiente: el 49 % aproximadamente a la red AVIA; el 12 % aproximadamente a otros compradores vinculados mediante contratos, que la Decisión denomina «contratantes fijos»; el 20 % aproximadamente a compradores habituales, aunque sin contrato, y, por último, aproximadamente el 20 % corresponde a suministros «ocasionales». Ningún dato permite pensar que ABG haya realizado ventas fuera de los Países Bajos.

El Anexo 1 de la Decisión contiene un cuadro que muestra las fuentes de abastecimiento de ABG. En la época que nos interesa, siete empresas producían directamente gasolina para motores (gasolina súper y normal) en los Países Bajos. Se trataba de la propia BP y otras seis compañías, que llamaremos para abreviar «Chevron», «Esso», «Gulf», «Mobil», «Shell» y «Texaco». Además, dos compañías, «Fina» y «Total», obtenían cantidades apreciables de gasolina para motores producida en refinerías neerlandesas. En diciembre de 1973, una refinería situada en Flessingue, de la Compagnie française des pétroles (Total) empezó a ser operativa. Durante el período de doce meses que van de noviembre de 1972 a octubre de 1973, los abastecimientos de ABG provenían, en un 80,7 % de BP, en un 8 % de Gulf, en un 4,2 % de Shell, en un 1,6 % de Chevron y en un 5,5 % de otras trece sociedades cuya identidad ignoramos y de las que solamente sabemos que, entre éstas, no figura ninguna de las nueve sociedades de las que acabamos de hablar. Parece que cierto número de esas trece empresas se encuentran fuera de los Países Bajos, habiendo comprobado la Comisión que «ABG compraba una parte de sus abastecimientos de gasolina en el mercado libre y que algunas de las cantidades discutidas provenían de países de la Comunidad Económica Europea» (Decisión, p. 12).

La historia de las relaciones comerciales entre ABG y BP reviste en este caso cierta importancia.

Hasta 1968, BP abastecía a ABG sobre la base de contratos en los que las partes fijaban para un año los precios, las cantidades y otras condiciones. Después de 1968, los

suministros estaban regidos por contratos de duración indeterminada, con un preaviso de seis meses en caso de resolución por una u otra parte. El 21 de noviembre de 1972, BP denunció el acuerdo, con efectos a finales de mayo de 1973. Parece que BP actuó así como reacción a las medidas tomadas por los Gobiernos de países en los que estaban situados algunos de sus campos petrolíferos que tenían por efecto hacer más incierto su abastecimiento de petróleo crudo, en particular, la nacionalización de su campo petrolífero libio y la asunción, por el Gobierno de Kuwait, de una parte de la producción nacional. En cualquier caso, la Comisión no ha reprochado a BP esta denuncia en ningún momento del procedimiento. La resolución fue confirmada mediante un intercambio de cartas entre BP y ABG el 17 de enero de 1973. Se convino entonces entre BP y ABG que, después de fines de mayo de 1973, BP aseguraría a ABG el refinado de petróleo crudo suministrado por esta última.

La situación en el mes de mayo de 1973 hacía suponer que las negociaciones entabladas por ABG, con vistas a la adquisición de petróleo crudo, no podrían ser llevadas a término en el tiempo deseado (pese a que, según BP, había petróleo crudo disponible en el mercado). Se convino entonces que, durante el período de junio a septiembre de 1973, BP aseguraría a ABG el refinado de 250.000 m^3 de petróleo crudo kuwaití, propiedad de BP, lo que aseguraría, entre otros productos de refinado, 41.500 m^3 de gasolina para motores, con obligación de ABG –*grosso modo*– de restituir esta misma cantidad de crudo antes del primero de enero de 1974.

El 30 de septiembre de 1973, ABG todavía no había obtenido el suministro de la totalidad de los 41.500 m^3 de gasolina para motores convenidos. La razón de ello fue desvelada por ABG a la Comisión durante el procedimiento administrativo: véase el acta de la audiencia de 11 de marzo de 1975, en el curso de la cual fue oída la sociedad ABG (anexo a la dúplica) en las páginas 26 y 27. Un estudio comparativo de las declaraciones hechas entonces por ABG y del cuadro que figura en el Anexo 1 de la Decisión, revela que en julio y agosto de 1973 (así como, en menor medida, en septiembre del mismo año) la producción de Gulf en los Países Bajos había sobrepasado su capacidad de almacenaje en el lugar, de tal manera que ABG había podido obtener de Gulf gasolina para motores a mejor precio que hubiera podido hacerlo mediante la aplicación del acuerdo concertado por ella con BP. Esta es la razón de que de las estadísticas resulte que durante el período de noviembre de 1972 a octubre de 1973, ABG obtuvo de Gulf el 8 % de su abastecimiento. De hecho, ABG se abasteció de Gulf únicamente durante los tres meses anteriormente citados. De junio a septiembre de 1973, ABG se abasteció igualmente, en menor medida, de Chevron y de Shell, así como, en cantidades más importantes, de las trece sociedades no identificadas. Sin embargo, estas compras no revestían carácter excepcional para ABG.

En aquella época, BP ignoraba las razones por las que ABG no había procedido a «retirar» las cantidades de gasolina para motores previstas conforme al acuerdo. No obstante, BP accedió a que ABG retirara el resto de

los 41.500 m^3 en el mes de octubre de 1973. De tal modo, en ese mes ABG se abasteció totalmente de BP.

La crisis sobrevino a finales de octubre de 1973. Por lo que se desprende de la Decisión, o del voluminoso expediente sometido a la apreciación del Tribunal de Justicia, parece que no hubo acuerdo de ningún tipo entre BP y ABG respecto al abastecimiento futuro de gasolina para motores de ABG por BP, si se exceptúa la discusión del proyecto de un segundo acuerdo de «processing», que debía entrar en vigor el 1 de enero de 1974.

Para hacer frente a la crisis, el Gobierno neerlandés adoptó un cierto número de medidas.

Ya el 31 de octubre de 1973, publicó un Decreto restringiendo el uso de los vehículos de motor durante los fines de semana (anexo 23 del escrito de interposición). Este Decreto fue modificado en diversas ocasiones (véanse los anexos 24 a 27 del escrito de interposición).

El mismo día 31 de octubre de 1973, el Ministerio de Economía dictó una Orden Ministerial, en aplicación de la Ley de 1939 sobre el racionamiento (distributiewet), incluyendo el petróleo (petróleo crudo y productos semi-elaborados), así como los productos petrolíferos, en el ámbito de aplicación de esta Ley (anexo 11 del escrito de interposición). Mediante Orden Ministerial de 13 de noviembre de 1973, dictada en aplicación de la misma Ley, el Ministro creó la Oficina nacional para los productos petrolíferos (Rijksbureau voor Aardolie Produkten o RBAP) cuya misión era aplicar, en nombre del Ministro, la Ley sobre la distribución en lo referente al petróleo y los productos petrolíferos (véase el anexo 12 del escrito de interposición). En una comunicación ministerial, que fue publicada en el Staatscourant neerlandés de 12 de noviembre de 1973, se decía:

«El Ministro de Economía ha creado la Oficina nacional para los productos petrolíferos. Este organismo tiene como misión regular el abastecimiento de productos petrolíferos. Además, para el caso en que la evolución de la situación lo exigiera, la Oficina está encargada de preparar en su caso la distribución de estos productos y ejecutarla en su momento.

Todos aquellos que encuentren graves dificultades de abastecimiento en productos petrolíferos pueden comunicarlo por escrito a esta Oficina nacional.»

(Anexo 14 del escrito de interposición.)

Existía desde hacía algunos años una Comisión de contacto para el petróleo (Olie Contact Commissie u OCC) encargada de facilitar los contactos entre la industria y el Gobierno. Las nueve grandes compañías petrolíferas que he mencionado estaban representadas en el seno de esta Comisión. Su presidente era nombrado por el Ministro en calidad de funcionario sin retribución. Se trataba del Sr. K. Schouten, quien anteriormente había desarrollado funciones directi-

vas en la Shell. El Ministro también designó al Sr. Shouten como director de la Oficina nacional para los productos petrolíferos. El personal de la Oficina se componía de funcionarios, entre los cuales figuraban personas designadas por las compañías petrolíferas debido a su condición de expertos y que entraban con carácter temporal en la Función Pública (contratados).

A continuación se estableció una estructura de distribución, pero sólo fue aplicada del 12 de enero al 4 de febrero de 1974. El 6 de diciembre de 1973, el Ministro escribió al Sr. Shouten –en su condición de Presidente de la Comisión de contacto para el petróleo– pidiéndole que diera ciertas instrucciones a los explotadores de estaciones de servicio (sin ninguna base legal en este momento) invitándoles a reducir sus ventas de gasolina y de gasoil, de acuerdo con determinadas modalidades específicas. El Ministro pidió igualmente que las compañías petrolíferas redujesen sus suministros de gasolina a las estaciones de servicio en un 20 % (anexo 19 del escrito de interposición). No parece en mi opinión que esta fuera la única vez que el Ministro presionó a las compañías petrolíferas para que redujeran sus suministros en un 15 o 20 %.

El precio de venta a los consumidores de gasolina para motores está sometido desde hace mucho tiempo a un control gubernamental en los Países Bajos, en aplicación de una Ley de 1961 (Prijzenwet). Decretos ulteriores han mantenido este control durante la crisis, pese a que el modo de fijación de los precios haya sido modificado mediante Decreto de 22 de enero de 1974. Considero que los detalles de la regulación no tienen apenas importancia en el presente asunto. Importa sin embargo destacar que los precios máximos así fijados se situaban por debajo de la cotización mundial, de tal manera que la gasolina comprada a la cotización mundial no podía ser revendida en los Países Bajos más que con pérdidas. De hecho, BP afirma que el conjunto de sus ventas en los Países Bajos se saldó con pérdidas durante todo este período. ABG parece también haber sido víctima del control de los precios.

Por supuesto, el Gobierno neerlandés no fue el único que reaccionó frente a la crisis. Las compañías petrolíferas hicieron lo mismo a nivel mundial, particularmente desviando hacia Rotterdam, desde puntos no afectados por el embargo (tales como Nigeria e Irán), el petróleo crudo previsto para otro destino. Sin embargo, la producción de las refinerías neerlandesas no pudo ser dirigida en su totalidad hacia el mercado interior. Los Países Bajos y, más concretamente, Rotterdam, se han convertido con el paso de los años en un gran centro de refinado, que abastece tanto a otros mercados como al mercado neerlandés, especialmente al mercado alemán. Para proceder al reparto de las cantidades disponibles entre los diferentes mercados nacionales, parece que las compañías petrolíferas (y, en todo caso, la British Petroleum Company Ltd.) aplicaron el principio de «equal misery».

En el interior del mercado neerlandés, BP dividió sus compradores en tres categorías:

1) aquellos con los que había estado vinculada por contrato;

2) los compradores habituales, aunque sin contrato, y

3) los compradores respecto de los cuales no tenía ninguna responsabilidad especial.

BP dio preferencia a la primera categoría, estimando que debía hacerlo por razones de moralidad comercial; en efecto, los compradores contractuales eran esencialmente aquellos que se habían mostrado dispuestos a pagar precios más elevados en período normal, con el fin de tener la certeza de ser abastecidos en período de escasez. Por otra parte, parece que también debía hacerlo por motivos de orden jurídico, dado que cualquier reducción en el abastecimiento de un comprador contractual, que tuviera como efecto el privar a este último de una parte del abastecimiento al que tenía derecho en base al contrato, sólo podía justificarse por causa de «fuerza mayor». La Comisión comprobó que, por término medio, BP había reducido los suministros a sus clientes contractuales alrededor de un 13 % en el período comprendido entre noviembre de 1973 y marzo de 1974 (Decisión, p. 10).

BP consideró que tenía igualmente obligaciones respecto de sus clientes habituales, aunque no contractuales. A este respecto se piensa en la práctica de ciertos comerciantes que, cuando hay escasez de este o aquel producto, colocan sobre la puerta un anuncio haciendo saber, en términos más o menos lacónicos, que no podrán servir más que a su clientela fiel, guardando «bajo el mostrador» sus existencias de productos escasos, para el uso exclusivo de sus clientes habituales. La Comisión comprobó que durante el período que nos interesa en el presente caso, BP había reducido sus suministros a esta categoría de compradores en una media de alrededor del 29 % (*ibidem*).

En la tercera categoría, BP colocó a quienes, en el pasado, solamente habían sido compradores ocasionales e, igualmente, a ABG. BP consideró que la responsabilidad de asegurar el abastecimiento de esta última categoría incumbía a la Oficina nacional para los productos petrolíferos (RBAP).

En la semana siguiente a su creación, la Oficina nacional, de acuerdo con la Comisión de contacto para el petróleo, constituyó un «pool» de gasolina para el abastecimiento de quienes encontrasen dificultades a este respecto. Parece que las nueve grandes compañías petrolíferas contribuyeron a la dotación de este «pool» proporcionalmente a su participación respectiva en el mercado neerlandés. BP, cuya parte en este mercado se situaba entre el 9 y el 10 % fue llamada a contribuir al mismo, a razón del 9,7 % (véase, por ejemplo, la carta del Sr. Shouten, de 21 de noviembre de 1973, entre los documentos facilitados por BP a instancia del Tribunal de Justicia). Sin embargo, este «pool» no fue lo suficientemente importante para satisfacer todas Las necesidades de ABG, que debieron ser objeto de un trato especial.

Las necesidades normales de gasolina para motores de ABG se elevaban a unos 15.000

m^3 por mes. La Oficina nacional calculó que podría ser abastecida a razón de 7.000 m^3 por mes, lo que permitiría a ABG cubrir las necesidades de la red AVIA (alrededor del 49 % de las ventas de ABG) y de los clientes contractuales de ABG (que representaban alrededor del 12 % de sus ventas), disminuidos en ambos casos en el 20 %, como recomendaba el Ministro. Por otra parte, la Oficina nacional estimó que las necesidades de los otros clientes de ABG debían ser asumidas directamente por la propia Oficina. No cabe duda que tal actuación había sido sugerida por BP. La Comisión ve en ello un mal presagio. Considero, por mi parte, que era completamente natural que BP, en tanto que principal suministrador de ABG en el pasado, fuera consultada. Lo que es más discutible es saber si tal actuación traducía en la práctica las recomendaciones del Ministro, varias veces reiteradas, de mantener los canales de distribución existentes (véase, por ejemplo, una carta de 24 de diciembre de 1973 dirigida al Sr. Shouten por el Ministro de Economía, anexo 20 del escrito de interposición). En efecto, esto suponía que los compradores habituales, pero no contractuales, de la sociedad (que representaban alrededor del 20 % de sus ventas) iban a tener que abastecerse en otra parte, con el riesgo de que se desvincularan definitivamente de ABG.

En todo caso, ABG obtuvo 6.812 m^3 de gasolina para motores en noviembre de 1973 y 7.265 en diciembre. Estos suministros provenían principalmente de BP y de Shell. Chevron también había contribuido en una pequeña parte. Durante esos mismos dos meses ABG obtuvo igualmente cantidades bastante importantes de las trece sociedades no identificadas, con lo que su abastecimiento total alcanzó 10.812 m^3 para noviembre y 10.761 m^3 para diciembre. Parece que a fines del mes de diciembre de 1973, ABG había agotado la totalidad de sus reservas de gasolina.

El 4 de enero de 1974, ABG y Nederland CV presentaron ante la Comisión una petición de aplicación del artículo 3 del Reglamento nº 17, con el fin de que se declararan infracciones a los artículos 85 y 86 del Tratado, cometidas por BP, Chevron, Esso, Gulf, Mobil, Shell y Texaco. Es esta petición la que llevó a la Comisión a adoptar la Decisión objeto del presente litigio. Es importante recordar –a la vista de ciertas observaciones que se han hecho en nombre de la Comisión, particularmente en la dúplica y durante la vista– que con ocasión del procedimiento administrativo, incoado como consecuencia de la petición citada, la Comisión llegó muy rápidamente a la conclusión de que no había habido entre aquellas compañías acuerdo o práctica concertada, prohibidos por el artículo 85 del Tratado y que, en una fase ulterior de este procedimiento, la Comisión había llegado a la conclusión de que las circunstancias no permitían establecer la existencia, por parte de las compañías interesadas o de algunas de ellas, de una posición dominante «colectiva» contemplada por el artículo 86. La Decisión tiene por única destinataria a BP y se funda exclusivamente en la alegación de una posición dominante particular de esta sociedad.

Volviendo a los hechos, en enero de 1974, la Oficina nacional puso en práctica un

nuevo programa de suministros a ABG, relativo a una cantidad de abastecimiento mensual de 7.000 m^3 de gasolina. Las nueve grandes compañías petrolíferas debían participar en este programa de abastecimiento, cada una en una proporción diferente. La parte de BP debía ser de 3.300 m^3 al mes. En la práctica, ABG recibió, por mediación de la Oficina nacional, 6.594 m^3 en enero, 6.877 en febrero y 6.584 en marzo. BP figuraba entre las compañías cuyos suministros fueron inferiores a los previstos, pero parece que ello fue el resultado de una petición expresa de retrasar las entregas, que ABG había dirigido a BP. En enero, ABG pudo comprar 3.374 m^3 de las trece sociedades no identificadas. En febrero, por el contrario, no hubo suministros de aquellas trece sociedades, y en marzo estos suministros solamente fueron de 405 m^3.

La Oficina nacional fue disuelta el 31 de marzo de 1974. El 4 de abril de 1974, el Ministro promulgó un Decreto en virtud de las facultades que le habían sido conferidas por una Ley sobre la competencia económica (Wet economische mededinging), ordenando a las nueve grandes compañías petrolíferas que entregaran solidariamente a ABG 3.000 m^3 de gasolina para motores por semana, proporcionalmente a las cantidades de gasolina que cada una de ellas vendía en el mercado neerlandés, aparte las vendidas bajo su propia marca. BP alega que de este modo se redujo su obligación de abastecer a ABG .

Comparando la cifra de 7.000 m^3 por mes entregadas a ABG por mediación de la Oficina nacional, con la cifra de 3.000 m^3 por semana ordenadas por el Ministro, tal vez conviene recordar –para ser equitativos– que con arreglo a un gráfico presentado por BP (réplica, p. 31), el volumen de los abastecimientos comenzó a progresar a partir de abril de 1974, aún cuando la normalización no se produjo, en definitiva, hasta julio de 1974.

Cada vez que se invoca el artículo 86, deben considerarse tres cuestiones principales:

1) ¿Ocupaba la empresa afectada una posición dominante en el interior del mercado común o en una «parte sustancial» de éste?

2) En caso afirmativo, ¿abusó la empresa de esta posición?

3) En caso afirmativo, ¿podía este abuso afectar al comercio entre los Estados miembros?

Por supuesto, el examen de la primera cuestión implica una delimitación del mercado afectado.

En su Decisión, página 3, la Comisión indicó:

«El mercado afectado es el de la gasolina super y la gasolina normal utilizados para la carburación en los motores de cuatro tiempos [...] El mercado geográfico afectado es el de los Países Bajos, donde los adheridos

de ABG ejercen la totalidad de sus actividades de distribución.»

La Comisión reafirmó su posición en las páginas 8 y 9 de la Decisión.

Sin embargo, la Comisión nunca ha sugerido que BP haya ocupado, propiamente hablando, una posición dominante en el mercado de la gasolina para motores en los Países Bajos. Por lo demás, eso no le era posible, dado que la participación de esta sociedad en el mercado era, en la época que nos interesa –como ya he indicado– del orden del 9 al 10 % y que no presentaba ninguna característica particular.

Las razones invocadas por la Comisión para mantener la alegación de posición dominante respecto de BP son las siguientes (Decisión, p. 9):

«Considerando que, en una situación de restricción económica como la que conocían los Países Bajos en el período de crisis, las relaciones comerciales existentes entre los vendedores que ocupaban partes importantes del mercado y tenían existencias, y sus compradores, toman un valor nuevo y se encuentran reforzadas por razones independientes de su voluntad, hasta tal punto que sus compradores dependen totalmente de sus vendedores tradicionales, quienes disponen de los productos escasos; que los vendedores así provistos, pueden ocupar una posición dominante respecto de sus compradores en situaciones de mercado excepcionales.

Considerando que, siendo general la escasez, todas las sociedades petrolíferas se enfrentan a los mismos problemas de abastecimiento de su clientela; que no pueden normalmente suplir la carencia de otras sociedades; que por tanto, no compiten entre sí para el abastecimiento de su clientela respectiva.

Considerando que, en las condiciones en que se encontraban, cada una de estas sociedades se hallaba en una posición dominante respecto de sus clientes».

Por consiguiente, el mercado afectado era el mercado de la gasolina para motores constituido por los «clientes tradicionales» de BP o, todo lo más, por su clientela general en los Países Bajos, dado que, según la Comisión, BP solamente ocupó una posición dominante durante la crisis respecto a ese mercado.

Consecuentemente, la cuestión radica en saber si este mercado constituía una «parte sustancial» del mercado común. Para responder a esta cuestión, el Tribunal de Justicia pidió a las partes que precisaran la parte que, a su juicio, representaba el mercado neerlandés en el conjunto del mercado común de gasolina para motores. La Comisión estimó esta parte en un 4,6 % y BP en un 4,8 %. Sobre esta base y atribuyendo a BP el 10 % del mercado neerlandés, la parte de mercado común discutida no excedía del 0,48 %.

Se puede considerar que una parte del mercado inferior al 0,5 % no debe ser considerada como una «parte sustancial» del mismo. En este ámbito, sin embargo, el peligro consiste, a mi juicio, en tener exclusivamente en cuenta porcentajes. Lo contrario de «sustancial» es «desdeñable», y lo que puede parecer desdeñable, considerado en términos de porcentajes, podrá parecer muy diferente si se aborda la cuestión en términos absolutos. La población del Gran Ducado representa, salvo error, alrededor del 0,23 % de los habitantes del conjunto del mercado común. Sin embargo, no me atrevería a decir que una persona que tenga un monopolio o casi monopolio del mercado luxemburgués para un producto determinado, esté exceptuado de la aplicación del artículo 86. De la misma manera, no me atrevo a decir que la parte de BP en el mercado neerlandés de gasolina para motores era desdeñable. Por modesta que fuese en relación con el mercado de gasolina para motores en el conjunto de la Comunidad, la parte de BP debía ser considerada, en mi opinión, como una parte sustancial del mercado comunitario.

Pienso que la verdadera cuestión litigiosa consiste en saber si la Comisión interpreta correctamente el artículo 86, cuando considera esta disposición como aplicable a una situación en la que, existiendo una crisis que crea problemas temporales de abastecimiento para un producto dado, los clientes o los clientes «tradicionales» de cada suministrador pueden encontrarse en una situación de dependencia respecto a él.

Considero que éste no es el caso.

En mi opinión, el reparto de los abastecimientos en período de escasez es esencialmente responsabilidad del Gobierno. Es posible que el Gobierno opte por no intervenir en absoluto; es esta hipótesis, la escasez provocará un alza de los precios hasta que la oferta y la demanda se encuentren una vez más en equilibrio. Las condiciones de la época actual hacen sin embargo que haya casos en que, por razones evidentes, el Gobierno no puede dejar que se desarrolle tal situación. La solución a este respecto debe ser un control de los precios, acompañado de una cierta forma de control de la distribución. Entiendo que, según el punto de vista de la Comisión, desde que se comprueba una laguna en el dispositivo de medidas gubernamentales, cualquiera que sea, el artículo 86 puede ser invocado con vistas a remediarla.

Tal vez conviene explicar que, cuando hablo de «Gobierno» en este contexto, no me refiero exclusivamente a los Gobiernos nacionales. Según las circunstancias, puede resultar apropiado tomar las medidas necesarias, según el caso, a nivel comunitario, a nivel nacional, o incluso a nivel regional o local. De otra parte, puede que la solución apropiada resida en una combinación de medidas tomadas a diferentes niveles. BP se ha referido en este contexto a la Directiva 73/238/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973 (DO L 228, p. 1; EE 12/01, p. 180), «relativa a las medidas destinadas a atenuar los efectos producidos por las dificultades de abastecimiento de petróleo crudo y productos petrolíferos», por la cual el Consejo reconoce que la Comunidad tiene responsabilidades en la materia.

No pretendo criticar la acción del Gobierno neerlandés en el presente caso. No olvido que BP ha afirmado que las medidas de control de los precios establecidas por el Gobierno neerlandés, por cuanto podían tener un efecto disuasorio sobre las importaciones procedentes de otros Estados miembros, infringían el artículo 30 del Tratado, de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia la sentencia de 26 de febrero de 1976, Tasca (65/75, Rec. p. 291). Sin embargo, se puede dejar esta cuestión abierta. El presente asunto no se refiere a una cuestión de precios, sino de reparto de los abastecimientos. A este respecto, el Gobierno neerlandés podía elegir fundamentalmente entre dos métodos, como todo Gobierno que quiera controlar los circuitos de distribución. Un primer método consiste, para el Gobierno, en adoptar medidas obligatorias. El segundo método consiste en la instauración de un mecanismo por el que se pueda obtener que los operadores afectados se atengan voluntariamente a las recomendaciones gubernamentales, por supuesto con la amenaza latente de recurrir a la adopción de medidas obligatorias, si aquellos no se ajustan a los deseos del Gobierno. En el presente caso, el Gobierno neerlandés eligió en principio este segundo método, creando la Oficina nacional sin atribuirle la facultad de adoptar medidas obligatorias. Este método hubiera podido ser suficiente si la crisis hubiera durado poco tiempo. En el mes de abril de 1974, el Gobierno había llegado a la conclusión de que esto no era suficiente y, desde entonces, optó por adoptar medidas obligatorias. La diferencia entre los resultados obtenidos por el método voluntario y los que se lograron mediante la adopción de medidas obligatorias ha resultado ser la diferencia entre los 7.000 m^3 mensuales y los 3.000 m^3 semanales. En mi opinión no hay más que una diferencia de grado.

Sin embargo, incluso si esta diferencia debe ser considerada como reveladora de una laguna en las medidas decretadas por el Gobierno neerlandés, no considero que dicha laguna pueda subsanarse mediante el artículo 86, o que este último sea capaz de subsanarla.

En primer lugar, el concepto de posición dominante del artículo 86 supone –como el Tribunal de Justicia ha repetido en varias ocasiones y, recientemente, en la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, Rec. p. 207)–, que la empresa implicada tenga una implantación económica tan fuerte que disponga al menos de la posibilidad de comportarse, en cierta medida, independientemente de sus competidores y de su clientela. En su Decisión, objeto del presente asunto, la propia Comisión (p. 8) da una definición de la posición dominante según la cual una empresa ocupa tal posición cuando tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento independiente que la pone en posición de actuar «sin tener en cuenta en gran medida los competidores y los compradores». Sin embargo, en una situación temporal de escasez como en el presente caso, un operador no puede repartir las cantidades de que dispone sin preocuparse de la actitud de sus clientes. Debe tener en cuenta que, una vez el período de crisis haya pasado, sus compradores se acordarán de la manera en que han sido tratados durante la escasez. Los clientes contractuales esperan de él un trato de favor a tenor del contrato que les vincula,

y ello –como BP ha subrayado– por razones tanto jurídicas como de moralidad comercial. Los compradores no contractuales, pero habituales, esperan de él que la lealtad, que ellos mismos han demostrado durante los períodos en que la competencia jugaba normalmente, les sea recompensada en período de escasez. Un suministrador no puede desdeñar estas consideraciones más que con el riesgo de perder sus clientes en beneficio de sus competidores, una vez pasada la crisis. Por ello, no pienso que se encontrara, en el momento de la crisis, en una posición dominante, en el sentido en que esta expresión es empleada en el artículo 86.

En segundo lugar, para que se pueda admitir que el artículo 86 debe ser considerado aplicable a un suministrador en una situación tan crítica, sería necesario que este artículo contuviese, de manera expresa o implícita, una regla de algún tipo a la que los suministradores estuvieran obligados a ajustarse en tales casos. No puede afirmarse la existencia de tal regla. La Comisión se ha referido a la letra c) del artículo 86, que dispone que un abuso de posición dominante puede consistir, particularmente, en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». Con todo el respeto que me merece la Comisión, considero que esta disposición no es aplicable. Lo que se discute en el presente caso no son las condiciones en las que un operador suministra a sus diferentes clientes, sino la selección de los clientes a los que pretende abastecer y la cantidad suministrada a cada uno. Desde luego, la negativa de venta puede constituir un abuso de posición dominante –como así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia en la sentencia de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223)–, pero no en razón de la letra c). Además, el asunto Commercial Solvents/Comisión difería del presente caso. En la Decisión que adoptó en este asunto (p. 9), la Comisión estimó que «puede ser calificado de abuso, a los efectos del artículo 86 del Tratado, toda acción por parte de una empresa que ocupe una posición dominante que reduzca, de manera diferente y sin justificaciones objetivas, los suministros a determinados compradores que se encuentren en situaciones equivalentes». Esta definición no permite, por sí misma, saber lo que encubren los términos «compradores que se encuentren en situaciones equivalentes», ni «justificaciones objetivas». Entiendo que la Comisión intentó responder a estas cuestiones en los considerandos siguientes de su Decisión (pp. 9 a 11), pero no fijó en esa ocasión una regla clara, salvo que el suministrador está obligado a aplicar un criterio estadístico. Debe consultar sus libros de contabilidad, para conocer las cantidades suministradas a cada uno de sus clientes durante un «período de referencia» precedente a la crisis (la Comisión sugiere un año) y abastecer a sus clientes siguiendo la misma proporción durante el período de escasez. La Comisión admite que los suministradores «tienen la posibilidad de tomar en consideración ciertas particularidades o ciertas diferencias en la situación de sus clientes», pero no explica las modalidades de tal derecho, salvo afirmando «que en particular, tienen la posibilidad de poner en práctica los precios y otras condiciones previstas en los contratos de abastecimiento, [y] la facultad de elegir un

período de referencia correspondiente y apropiado a la situación de escasez» (Decisión, p. 10).

En mi opinión, tal regla, que manifiestamente no figura de manera expresa en el artículo 86, sólo podría considerarse contenida implícitamente en dicho artículo, si fuera a la vez equitativa, práctica y generalmente aceptada. No parece que ninguna de estas tres condiciones se cumpla.

No sería equitativa, puesto que ignora en realidad las reivindicaciones particulares de los compradores contractuales y habituales.

No sería práctica, pues un suministrador nunca sabría con certeza cuando debe aplicarla. En el origen de una brusca situación de escasez se puede encontrar, en efecto, un número ilimitado de factores; puede ser el resultado de un conflicto humano (tanto de un conflicto armado de gran envergadura como de una huelga local) o haber sido provocada por un cataclismo natural que haya ocasionado, según los casos, la destrucción de toda una cosecha o solamente el naufragio de un carguero. En el principio de una crisis es raro que se pueda evaluar su duración probable o su grado de intensidad. Conviene señalar a este respecto que entre los «elementos de carácter atenuante de la responsabilidad de BP», que han llevado a la Comisión a decidir que en el caso litigioso no había lugar a imponer multas a BP, se daba la circunstancia de que «las incertidumbres existentes en el mercado neerlandés de los productos petrolíferos, debido a que se desconocía el posible desarrollo de la crisis [...] hicieron difícil la apreciación de las reducciones de suministros que debían efectuarse» (Decisión, p. 12).

Por último, me parece evidente a la vista del caso de autos, que esta regla no es objeto de un consenso general. Al principio, la Oficina nacional pidió a las compañías productoras que abastecieran al «pool» proporcionalmente a sus participaciones respectivas en el mercado. Cuando tuvo que constituir un «pool» distinto para el abastecimiento de petróleo a ABG, recurrió a una fórmula *ad hoc,* cuya naturaleza precisa sigue siendo bastante oscura. Al adoptar las disposiciones del Decreto de 4 de abril de 1974, el Ministro de Economía neerlandés adoptó una fórmula sofisticada, basada en las partes del mercado (neerlandés) de gasolina para motores de las grandes compañías petrolíferas, para la gasolina vendida por ellas, a excepción de las de su propia marca. No había por tanto regla generalmente aceptada.

Por todas estas razones, considero que, por su naturaleza, el presente asunto se sitúa por completo fuera del marco del artículo 86.

Sin embargo, para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi opinión sobre este punto y admitiendo que la sociedad BP haya ocupado una posición dominante, como sugiere la Comisión, debo considerar brevemente la cuestión de si BP abusó de dicha posición dominante.

BP se funda esencialmente en que no había ninguna relación jurídica ni comercial, entre ella y ABG, que le obligara a abastecer a ABG durante la crisis, que el problema que afectaba a ABG era precisamente de los que la Oficina nacional tenía por misión resolver, y que la obligación de BP se limitaba a acomodarse a las peticiones de la Oficina nacional para que abasteciera a ABG, lo que BP siempre hizo, porque –cualquiera que haya podido ser la situación jurídica– BP consideraba que estaba obligada por dichas peticiones.

La Comisión se basa esencialmente en el hecho de que al negarse, en el curso de la crisis, a continuar abasteciendo a ABG proporcionalmente a las cantidades suministradas a esta sociedad el año precedente, BP puso a la Oficina nacional ante un problema que esta última no tenía ni la misión ni los medios para resolver. Sin embargo, la Comisión ha reconocido –pero solamente en tanto «que elemento capaz de atenuar la responsabilidad de BP»–, que «la intervención de la Oficina nacional, aunque no tuviera carácter vinculante e invitase a contribuciones voluntarias de las compañías, pudo crear una duda en estas últimas sobre sus obligaciones frente a sus compradores» y que «BP podía considerar que los anticipos de gasolina sobre petróleo crudo (para ser tratado en processing en las instalaciones de BP), podían liberarla "en parte" de su obligación de suministrar a ABG durante la crisis» (Decisión, p. 12).

Teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias, estimo que BP podía legítimamente adoptar el punto de vista que adoptó. Si ello es así y aún suponiendo que haya ocupado una posición dominante, no debe considerarse que haya abusado de tal posición.

Examinaré, igualmente de manera sucinta y admitiendo que BP –contrariamente a lo que creo– haya cometido un abuso de posición dominante, la cuestión de si este abuso podía afectar al comercio entre Estados miembros.

A este respecto, la Comisión ha desarrollado sus argumentos en dos direcciones: en primer lugar, contempla el hecho de que la actitud de BP podía haber provocado la desaparición de ABG y, por ello, de la red AVIA, del mercado de gasolina en los Países Bajos. Sin embargo, la Comisión ha acusado claramente la fuerza de la argumentación desarrollada por BP, según la cual, de hecho, el peligro de que ABG se viera obligada a cesar sus actividades no había existido nunca, de suerte que aquella pretendió, en una segunda parte, que la experiencia adquirida durante un período de escasez habría podido obligar a esta sociedad a vincularse contractualmente con una o varias grandes compañías petrolíferas, lo que hubiera tenido como consecuencia reducir o suprimir su posibilidad de importar de otros Estados miembros. El argumento me parece bastante débil, dado que: 1) sabemos que en el tiempo normal el mercado de la gasolina para motores en los Países Bajos es un mercado donde juega la competencia, 2) es evidente que numerosos compradores en el mercado no están vinculados por contratos y 3) sabemos que, en los doce meses que precedieron a la crisis, ABG se

abasteció en menos de un 5,5 % en los otros Estados miembros.

Parece por tanto improbable que la experiencia adquirida por ABG durante la crisis la haya llevado a adoptar una política de compras, que suponga para ella una restricción a su libertad de importar. Me inclino más bien por creer que, en realidad, esta experiencia la incitará simplemente, en caso de crisis futura, a presionar al Gobierno para que intervenga más pronto y con más vigor.

En vista de las consideraciones que preceden propongo que se anule la Decisión de la Comisión y que la demandada sea condenada en costas.