CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN-PIERRE WARNER

apresentadas em 23 de Maio de 1978 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O presente processo tem as suas origens na «crise» do petróleo, ocorrida em 1973-1974, devido à decisão de alguns dos principais países produtores de petróleo de aumentarem substancialmente os preços de venda do petróleo bruto e, simultaneamente, de reduzir a sua produção. A consequente escassez de petróleo foi particularmente sentida por alguns países importadores, cuja atitude fora considerada adversa à causa árabe durante a guerra do Yom Kipour, devido a um embargo imposto por alguns governos árabes aos carregamentos destinados a estes países. Entre os países afectados por este embargo estavam os Países Baixos.

O recurso é interposto ao abrigo do artigo 173.° do Tratado CEE por três sociedades neerlandesas que são, directa ou indirectamente, filiais a 100% da British Petroleum Company Ltd. e tem por objecto a Decisão 77/327/CEE da Comissão, de 19 de Abril de 1977 (JO 1977, L 117), na qual se declara que as referidas sociedades exerceram um abuso de posição dominante, nos termos do artigo 86.° do Tratado, ao praticarem, durante o período de Novembro de 1973 a Março de 1974, para com determinado comprador, reduções no abastecimento de gasolina superiores às aplicadas a outros clientes. As três sociedades são a British Petroleum Maatschappij Nederland BV, a British Petroleum Raffinaderij Nederland BV e a Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV. Adoptaremos a prática usada no decurso do processo, que consiste em agrupá-las na sigla «BP».

Embora tenha considerado que a BP infringira o disposto no artigo 86.° do Tratado, a Comissão entendeu que existiam circunstâncias atenuantes, pelo que não devia ser aplicada uma multa prevista no n.° 2 do artigo 15.°, do Regulamento n.° 17. Não obstante, a BP pretende a anulação desta decisão pelo Tribunal, porque — de acordo com o que nos foi dito na audiência pelo seu mandatário *ad litem* — não só não quer continuar a ser exposta à censura de ter violado a lei, mas também porque, no caso de não ser anulada, a decisão é susceptível de servir de base a uma eventual acção de indemnização interposta pelo cliente em questão contra a BP nos tribunais neerlandeses.

Tal cliente é a Aardolie Belangen Gemeenschap BV (ou «ABG»). Trata-se de uma central de compras composta pelos dezanove membros do grupo «AVIA» nos Países Baixos. A «AVIA» é uma marca detida por uma sociedade suíça que autoriza, através de licenças, o uso desta marca por diferentes distribuidores de produtos petrolíferos em vários países. Entre estes países incluem-se, além dos Países Baixos, a Bélgica, a República Federal da Alemanha, a França, a Itália, a Áustria e a Suíça. No entanto, aparentemente, não há qualquer relação entre os distribuidores da marca «AVIA» nos vários países, para além do facto de estarem habilitados a usar a mesma marca. Nos Países Baixos, o concessionário da marca é a AVIA Nederland CV, que agrupa os mesmos dezanove membros que compõem a ABG.

No momento da crise, as vendas da ABG repartiam-se da seguinte forma: cerca de 49%

* Língua original: inglês.

para a cadeia AVIA, cerca de 12% para outros compradores vinculados por contratos, que a decisão designa por «contratantes fixos», cerca de 20% para compradores regulares embora não vinculados por qualquer contrato e, finalmente, cerca de 20% para entregas «ocasionais». Não se encontra qualquer indicação que permita pensar que a ABG vendia fora dos Países Baixos.

O anexo I da decisão contém um quadro das fontes de abastecimento da ABG. Durante o período em causa, sete empresas produziam directamente gasolina (super e normal) nos Países Baixos. Eram elas a própria BP e seis outras companhias, que, para abreviar, designaremos por «Chevron», «Esso», «Gulf», «Mobil», «Shell» e «Texaco». Além disso, duas companhias, a «Fina» e a «Total», obtinham grandes quantidades de gasolina produzidas em refinarias neerlandesas. Em Dezembro de 1973, tornou-se operacional uma refinaria situada em Flessingue (Vlissingue), pertencente à Companhia Francesa dos Petróleos (Total). Durante doze meses, de Novembro de 1972 a Outubro de 1973, 80,7% do abastecimento total da ABG proveio da BP, 8% da Gulf, 4,2% da Shell, 1,6% da Chevron e 5,5% de treze outras sociedades cuja identidade se desconhece, e das quais se sabe apenas que não incluem nenhuma das nove sociedades acima mencionadas. Segundo parece, algumas das treze sociedades situam-se fora dos Países Baixos, pois a Comissão constatou que «a ABG comprava uma parte do seu abastecimento em gasolina no mercado livre, e que algumas das quantidades em causa eram provenientes de países da Comunidade Económica Europeia» (decisão, p. 12).

A história das relações comerciais entre a ABG e a BP tem particular importância.

Até 1968, a BP abastecia a ABG com base em contratos, nos quais as partes fixavam, por um ano, os preços, as quantidades e as outras condições. Depois de 1968, os abastecimentos passaram a ser regulados por contratos de duração indeterminada, que previam um pré-aviso de seis meses, em caso de denúncia por qualquer uma das partes. Em 21 de Novembro de 1972, a BP denunciou o contrato, com efeitos a partir do fim de Maio de 1973. Segundo parece, a BP tê-lo-á feito como reacção às medidas tomadas pelos governos dos países onde se encontravam alguns dos seus campos petrolíferos, que tornavam mais incerto o seu abastecimento de petróleo bruto — em particular, a nacionalização do campo petrolífero da Líbia e o controlo, pelo Governo do Koweit, de uma parte da produção nacional. De qualquer modo, em fase alguma do processo foi esta denúncia da BP censurada pela Comissão. A rescisão do contrato foi confirmada, em 17 de Janeiro de 1973, por uma troca de cartas entre a BP e a ABG. Foi então acordado entre ambas que, após o fim de Maio de 1973, a BP asseguraria à ABG a refinação do petróleo bruto fornecido por esta última.

Em Maio de 1973, a situação mostrava que as negociações empreendidas pela ABG para a aquisição de petróleo bruto não viriam a ser concluídas a tempo (se bem que, segundo a BP, houvesse petróleo bruto disponível no mercado). Foi então acordado que, durante o período de Junho a Setembro de 1973, a BP garantiria à ABG a refinação de 250 000 metros cúbicos de petróleo bruto proveniente do Koweit, propriedade da BP, o que garantiria, entre outros produtos de refinação, 41 500 metros cúbicos de gasolina, com a condição de a ABG repor, mais ou menos, aquela mesma quantidade de petróleo bruto antes de 1 de Janeiro de 1974.

Em 30 de Setembro de 1973, a ABG não tinha ainda aceite o fornecimento da totalidade dos 41 500 metros cúbicos de gasoli-

na que tinham sido acordados. A razão de tal facto foi revelada pela ABG à Comissão durante o processo administrativo [v. a acta de audiência de 11 de Março de 1975, durante a qual foi ouvida a ABG (anexo à tréplica), pp. 26 e 27]. Do confronto entre as declarações então feitas pela ABG e o quadro que figura no anexo I da decisão resulta que em Julho e Agosto de 1973, assim como em Setembro do mesmo ano, embora em menor grau, a produção da Gulf nos Países Baixos ultrapassava as suas capacidades locais de armazenamento, de tal forma que a ABG tinha podido obter gasolina mais barata comprando à Gulf do que cumprindo o acordo celebrado com a BP. Isto explica a razão pela qual aparece nas estatísticas que a ABG obteve da Gulf 8% do seu abastecimento total, durante o período de Novembro de 1972 a Outubro de 1973. Com efeito, a ABG abasteceu-se unicamente na Gulf durante estes três meses. De Junho a Setembro de 1973, a ABG abasteceu-se também, mas em pequenas quantidades, na Chevron e na Shell, e, em maior escala, nas treze sociedades não identificadas. Contudo, estas compras não tiveram para a ABG qualquer carácter excepcional.

Nesta época, a BP desconhecia as razões que tinham levado a ABG a não levantar as quantidades de gasolina que tinham sido previstas no acordo. Contudo, a BP aceitou que a ABG levantasse o saldo de 41 500 metros cúbicos de gasolina em Outubro de 1973. Foi assim que, durante este mês, todo o abastecimento da ABG proveio integralmente da BP.

A crise desencadeou-se nos finais de Outubro de 1973. Tanto quanto se pode concluir quer da decisão, quer da volumosa documentação apresentada ao Tribunal, parece que não houve qualquer acordo entre a BP e a ABG quanto ao futuro abastecimento da ABG em gasolina pela BP, com a excepção da discussão do projecto dum segundo acordo de «processing», que deveria entrar em vigor a 1 de Janeiro de 1974.

Para enfrentar a crise, o Governo neerlandês tomou um certo número de medidas.

Em 31 de Outubro de 1973 publicou um decreto que restringia o uso de veículos a motor durante os fins-de-semana (anexo 23 do requerimento). Este decreto sofreu várias alterações (v. os anexos 24 a 27 do requerimento).

Também em 31 de Outubro de 1973, o ministro dos Assuntos Económicos, ao abrigo da lei de 1939 sobre o racionamento («distributiewet»), decretou a integração do petróleo (petróleo bruto e produtos semiacabados) e dos produtos petrolíferos no âmbito de aplicação da referida lei (anexo 11 do recurso). Por decreto de 13 de Novembro de 1973, emitido ao abrigo da mesma lei, o ministro criou o Secretariado Nacional dos Produtos Petrolíferos (Rijksbureau voor Aardolie Produkten ou RBAP), cuja função devia ser a de executar a lei sobre a distribuição, em nome do ministro, em tudo o que dissesse respeito ao petróleo ou a produtos petrolíferos (v. o anexo 12 do requerimento). Numa comunicação ministerial publicada no *Staatscourant* neerlandês de 14 de Novembro de 1973, lia-se:

«O ministro dos Assuntos Económicos criou o Secretariado Nacional dos Produtos Petrolíferos. Este organismo tem por função regulamentar o abastecimento de produtos petrolíferos. Além disso, o Secretariado está encarregue de preparar e executar uma eventual distribuição destes produtos, caso as circunstâncias o venham a exigir.

Aqueles que encontrem dificuldades graves no abastecimento de produtos petrolíferos podem comunicá-las por escrito a este Secretariado Nacional.»

(Anexo 14 do requerimento).

Desde há alguns anos existia uma comissão de ligação à indústria petrolífera (Olie Contact Commissie ou OCC) encarregue de facilitar os contactos estabelecidos entre a indústria e o Governo. As nove grandes companhias petrolíferas, que mencionámos, estavam todas elas representadas nesta comissão. O seu presidente era nomeado pelo ministro na qualidade de funcionário não remunerado. Na realidade, veio a ser nomeado K. Schouten, que anteriormente exercera funções de direcção na Shell. Schouten foi igualmente nomeado pelo ministro como director do Secretariado Nacional dos Produtos Petrolíferos. O pessoal do Secretariado era composto por funcionários entre os quais se encontravam pessoas destacadas das companhias petrolíferas na qualidade de técnicos que entravam a título temporário nos serviços públicos (contratados).

A seguir, foi criada uma estrutura de distribuição que só foi utilizada entre 12 de Janeiro e 4 de Fevereiro de 1974. Em 6 de Dezembro de 1973, o Ministro dirigiu uma carta a Schouten — este último tendo a qualidade de presidente da Comissão de Ligação à Indústria Petrolífera —, solicitando-lhe a emissão de directivas destinadas aos operadores das estações de serviço («nesta fase, sem nenhuma base legal») convidando-os a reduzir, segundo certas modalidades específicas, as vendas de gasolina e de diesel. O ministro solicitou igualmente às empresas petrolíferas uma redução em 20% das distribuições de gasolina às estações de serviço (anexo 19 do requerimento). Julgamos que não parece ter sido a única vez em que o ministro tenha pressionado as companhias petrolíferas para que reduzissem as suas entregas em 15% ou 20%.

Nos Países Baixos, desde há muito tempo que o preço de venda aos consumidores da gasolina estava sujeito a controlo governamental, ao abrigo duma lei de 1961 (Prijzenwet). Decretos ulteriores mantiveram este controlo ao longo da crise, embora o método de fixação de preços tenha sido alterado por um decreto de 22 de Janeiro de 1974. Segundo cremos, os pormenores da regulamentação não têm nenhuma importância no caso em apreço. No entanto, tem importância notar que os preços máximos assim fixados se situavam abaixo dos preços do mercado internacional, de tal forma que a gasolina comprada a preços mundiais só podia ser revendida, nos Países Baixos, com prejuízo. De facto, a BP afirma que todas as suas vendas efectuadas nos Países Baixos causaram prejuízo durante todo este período. A ABG também parece ter sido vítima deste controlo de preços.

O Governo neerlandês, evidentemente, não foi o único a reagir contra a crise. As companhias petrolíferas fizeram o mesmo, à escala mundial, particularmente com o desvio para Roterdão, a partir de pontos não afectados pelo embargo (tais como a Nigéria e o Irão), do petróleo bruto previsto para outro destino. Contudo, a produção das refinarias neerlandesas não pôde ser dirigida, na sua totalidade, para o mercado interno. Ao longo dos anos, os Países Baixos, e mais especialmente Roterdão, tinham-se tornado um importante centro de refinação que alimentava muitos outros mercados além do mercado neerlandês, nomeadamente o alemão. Para proceder à repartição das quantidades disponíveis pelos diversos mercados nacionais, parece que as companhias petrolíferas (e, em todo o caso, a British Petroleum Company Ltd) aplicaram o princípio da «miséria equitativa».

No interior do mercado neerlandês, a BP dividiu os seus compradores em três categorias:

1) aqueles com os quais se encontrava vinculada por contrato;

2) os compradores regulares, embora sem contrato;

3) os compradores perante os quais não sentia qualquer responsabilidade particular.

A BP deu preferência à primeira categoria, considerando que a isso era obrigada por razões de moralidade comercial; com efeito, os compradores contratuais eram, essencialmente, aqueles que se tinham disposto a pagar preços mais elevados em períodos normais, a fim de poderem ter a certeza de ser abastecidos em tempos de penúria. Por outro lado, considerava que estava igualmente obrigada por razões de ordem jurídica, visto que qualquer redução do abastecimento a um comprador contratual, que tivesse como efeito privar este último de uma parte do abastecimento a que tinha direito por contrato, só podia ser justificada com o fundamento de *force majeure*. A Comissão verificou que, em média, durante o período de Novembro de 1973 a Março de 1974, a BP reduziu em cerca de 13% as suas entregas aos compradores contratuais (decisão, p. 10).

A BP considerou que tinha igualmente obrigações para com os seus compradores regulares, embora não contratuais. Recorde-se aliás, a este propósito, a prática de certos comerciantes que, em períodos de escassez de determinados produtos, afixam à porta um aviso declarando, em termos mais ou menos lacónicos, que só poderão servir a clientela regular, ou seja, guardam os seus *stocks* de produtos escassos «debaixo do balcão», a fim de os poderem vender apenas a clientes habituais. A Comissão verificou que, durante o período que nos interessa no caso em apreço, a BP reduziu, em média, as suas entregas a esta categoria de compradores em cerca de 29% (*ibidem*).

Na terceira categoria, a BP incluiu aqueles que, no passado, tinham sido apenas compradores ocasionais, e, igualmente, a ABG. A BP considerou que a responsabilidade de assegurar o abastecimento desta última categoria incumbia ao Secretariado Nacional dos Produtos Petrolíferos (RBAP).

Na semana seguinte à sua constituição, o Secretariado Nacional, de acordo com a Comissão de Ligação à Indústria Petrolífera, criou um *pool* de gasolina, para prover ao abastecimento daqueles que encontrassem dificuldades a este respeito. Segundo parece, terão contribuído para a dotação deste *pool* as nove principais companhias petrolíferas, de forma proporcional à sua participação ao mercado neerlandês. A BP, que detinha entre 9% e 10% deste mercado, foi chamada a contribuir em 9,7%. (v., por exemplo, a carta de Schouten de 21 de Novembro de 1973 entre os documentos apresentados pela BP a pedido do Tribunal). O referido *pool* não foi, no entanto, suficientemente importante para as necessidades da ABG, que tiveram de ser objecto de um tratamento particular.

As necessidades normais da ABG em gasolina elevavam-se a 15 000 metros cúbicos por mês. O Secretariado Nacional calculou que o seu abastecimento poderia ser feito à razão de 7 000 metros cúbicos por mês, o que permitiria à ABG cobrir as necessidades da cadeia AVIA (cerca de 49% das vendas da ABG) e dos compradores contratuais da ABG (re-

presentando cerca de 12% das suas vendas), diminuídas em ambos os casos em 20%, como fora recomendado pelo ministro. O Secretariado Nacional estimou, por outro lado, que as necessidades dos outros clientes da ABG deviam ser tomadas directamente em consideração pelo próprio Secretariado. Não restam dúvidas que foi a BP quem sugeriu este procedimento. A Comissão viu nisto um mau indício. Nós pensamos, pelo nosso lado, que era perfeitamente natural que a BP, enquanto principal fornecedor da ABG no passado, tenha sido consultada. O que é mais questionável é saber se um tal procedimento traduzia, na prática, as recomendações reiteradas muitas vezes pelo ministro para que fossem mantidos os canais de distribuição existentes (v., por exemplo, uma carta dirigida a Schouten pelo ministro dos Assuntos Económicos, datada de 24 de Dezembro de 1973 — anexo 20 do requerimento). Este implicaria necessariamente que os clientes regulares, embora não contratuais, da sociedade (representando cerca de 20% das suas vendas) iriam dever abastecer-se noutro lado e corriam o risco de se afastarem definitivamente da ABG.

De qualquer forma, a ABG recebeu 6 812 metros cúbicos de gasolina em Novembro de 1973 e 7 625 em Dezembro. Estas entregas provinham essencialmente da BP e da Shell. A Chevron também contribuiu para elas com uma pequena parte. Durante os mesmos dois meses, a ABG arranjou igualmente quantidades substanciais junto das treze sociedades não identificadas, o que fez elevar o seu abastecimento a um total de 10 812 metros cúbicos em Novembro e a 10 761 metros cúbicos em Dezembro. Parece que no fim do mês de Dezembro de 1973, a ABG tinha esgotado a totalidade das suas reservas de gasolina.

Em 4 de Janeiro de 1974, a ABG e a Nederland CV apresentaram um pedido à Comissão, ao abrigo do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, tendo em vista constatar as infracções aos artigos 85.° e 86.° do Tratado, cometidas pela BP, Chevron, Esso, Gulf, Mobil, Shell e Texaco. Foi este pedido que levou a Comissão a tomar a decisão que presentemente está em causa. Pensamos que é importante recordar — tendo em vista certas considerações que foram feitas em nome da Comissão, sobretudo na tréplica e durante a audiência — que na ocasião do processo administrativo, desencadeado na sequência da referida petição, a Comissão concluiu muito rapidamente que não tinha havido entre estas companhias qualquer acordo ou prática concertada proibida pelo artigo 85.° do Tratado CEE e que, numa fase ulterior deste processo, a Comissão chegou igualmente à conclusão que as circunstâncias não permitiam estabelecer a existência, devido às companhias em causa, ou a algumas de entre elas, de uma posição dominante «colectiva» abrangida no artigo 86.° A decisão tem como único destinatário a BP e funda-se exclusivamente na alegação de uma posição dominante própria desta sociedade.

Voltando aos factos, em Janeiro de 1974, o Secretariado Nacional elaborou um novo programa de fornecimentos à ABG, que previa o abastecimento mensal de 7 000 metros cúbicos de gasolina. As nove grandes companhias petrolíferas deveriam participar neste programa de abastecimento cada uma numa proporção diferente. A parte da BP deveria ser de 3 300 metros cúbicos por mês. Na prática, a ABG recebeu, por intermédio do Secretariado Nacional, 6 594 metros cúbicos em Janeiro, 6 877 em Fevereiro e 6 584 em Março. A BP esteve entre as companhias cujos fornecimentos foram inferiores aos previstos, mas parece que este estado de coisas foi o resultado dum pedido expresso que a ABG dirigiu à BP para que diferisse as entregas. Em Janeiro, a ABG pôde comprar 3 374 metros cúbicos às treze sociedades não identificadas. Em Fevereiro, em contrapartida, não houve quaisquer entregas por parte das referidas sociedades, e em Março estas entregas apenas atingiram 405 metros cúbicos.

Em 31 de Março de 1974, o Secretariado Nacional foi dissolvido. Em 4 de Abril de 1974, o ministro, ao abrigo de poderes que lhe haviam sido conferidos por uma lei sobre a concorrência económica (a Wet economische mededinging), decretou que as nove grandes companhias petrolíferas fornecessem solidariamente à ABG 3 000 metros cúbicos de gasolina por semana, na proporção das quantidades de gasolina vendidas no mercado neerlandês, por cada companhia de outro modo que sob a sua própria marca. A BP afirma que, por este facto, as suas obrigações de abastecimento da ABG se encontravam reduzidas.

Comparando o número de 7 000 metros cúbicos, fornecidos mensalmente à ABG por intermédio do Secretariado Nacional, com o número de 3 000 metros cúbicos por semana ordenados pelo ministro, talvez se deva — por uma questão de equidade — recordar que, de acordo com um gráfico apresentado pela BP (p. 31 da réplica), o volume dos abastecimentos começava já a aumentar a partir de Abril de 1974, embora só se tenha vindo a normalizar definitivamente em Julho de 1974.

Sempre que é invocado o artigo 86.°, devem ser consideradas três questões fundamentais:

1) A empresa em causa detinha uma posição dominante no interior do mercado comum ou numa «parte substancial» deste?

2) Em caso afirmativo, tinha a empresa abusado desta posição?

3) Em caso afirmativo, seria este abuso susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros?

O exame da primeira questão implica, evidentemente, uma delimitação do mercado em causa.

Na sua decisão, na p. 3, a Comissão indicou que:

«O mercado em causa é o da gasolina super e normal utilizadas para a carburação nos motores a quatro tempos... O mercado geográfico relevante é o dos Países Baixos, onde os membros da ABG exercem a totalidade das suas actividades de distribuição.»

A Comissão reafirmou esta posição nas pp. 8 e 9 da decisão.

Contudo, a Comissão nunca sugeriu que a BP tenha detido, no verdadeiro sentido, uma posição dominante no mercado da gasolina nos Países Baixos. Aliás, tal não lhe era possível, já que, durante o período considerado, a parte desta sociedade no referido mercado era — como já afirmámos — da ordem dos 9% a 10%, e não apresentava qualquer característica particular.

As razões invocadas pela Comissão para sustentar que a BP detinha uma posição dominante são as seguintes (p. 9 da decisão).

«Considerando que, numa situação de restrição económica idêntica à vivida nos Países Baixos durante o período de crise, as relações comerciais existentes entre os vendedores que detêm partes de mercado importantes e possuem reservas disponíveis e os seus compradores adquirem uma nova dimensão e são reforçadas por razões alheias

às suas vontades a um ponto tal que estes compradores se tornam inteiramente dependentes dos seus vendedores tradicionais que dispõem dos produtos escassos; que, em situações de mercado caracterizadas, os vendedores com disponibilidades poderão deter uma posição dominante face aos seus compradores.

Considerando que, sendo generalizada a escassez, todas as sociedades petrolíferas se debatem com idênticos problemas de abastecimento das respectivas clientelas; que, normalmente, as sociedades não estarão em condições de suprir as deficiências das outras; que, por isso, não há concorrência entre as sociedades quanto ao abastecimento das respectivas clientelas.

Considerando que, nestas condições concretas, cada uma destas sociedades se encontrava em posição dominante face aos seus clientes.»

Por conseguinte, o mercado em causa era o mercado da gasolina constituído pelos «clientes tradicionais» da BP, ou, quando muito, pela generalidade da sua clientela nos Países Baixos, visto que, segundo a Comissão, a BP só deteve uma posição dominante durante a crise neste único mercado.

Antes de mais, coloca-se a questão de saber se este mercado constituía uma «parte substancial» do mercado comum. Para responder a esta questão, o Tribunal solicitou às partes que precisassem que parte representava, em seu entender, o mercado neerlandês no conjunto do mercado comum da gasolina. A Comissão avaliou esta parte em 4,6% e a BP em 4,8%. Nesta base, e atribuindo à BP 10% do mercado neerlandês, a parte do mercado comum em causa não excedia os 0,48%.

Pode-se considerar que uma parte de mercado inferior a 0,5% não constitui uma «parte substancial» do mercado. Neste domínio, contudo, o perigo é, em nosso entender, o de se concentrar exclusivamente nas percentagens. O oposto de «substancial» é «desprezível», e o que pode parecer desprezível, quando visto em termos percentuais, poderá parecer de modo muito diferente quando visto em termos absolutos. A população do Luxemburgo ronda, segundo cremos, em cerca dos 0,23% da população do conjunto do mercado comum. No entanto, abster-nos-íamos de afirmar que quem detivesse o monopólio ou o quase monopólio do mercado Luxemburguês quanto a certo produto estaria fora da alçada do artigo 86.° Do mesmo modo, abster-nos-emos de afirmar que era desprezível a parte detida pela BP no mercado neerlandês da gasolina. Por modesta que fosse em relação ao mercado da gasolina no conjunto da Comunidade, a parte da BP deveria, em nosso entender, ser considerada como uma parte substancial do mercado comunitário.

Parece-nos que, no caso em apreço, a verdadeira questão é a de saber se a Comissão interpreta correctamente o artigo 86.°, quando o considera aplicável às situações em que, devido a uma crise que acarreta problemas temporários de abastecimento de determinado produto, se podem gerar laços de dependência entre cada fornecedor e os seus clientes ou os seus «clientes tradicionais».

Entendemos que não é este o caso.

Em nossa opinião, a repartição de abastecimentos em tempos de escassez é essencialmente uma responsabilidade do governo. Pode acontecer que o governo escolha não intervir; nesta hipótese, a escassez provocará um aumento de preços, até que a oferta e a procura se encontrem, uma vez mais, em

equilíbrio. As condições da época actual fazem, no entanto, que existam casos em que, por razões óbvias, o governo não pode permitir que uma tal situação se desenvolva. A solução a este respeito deve ser um controlo dos preços, acompanhado por determinada forma de controlo da distribuição. Parece-nos que, segundo o ponto de vista da Comissão, desde que se verifica uma lacuna no dispositivo das medidas governamentais, qualquer que ela seja, o artigo 86.° pode ser invocado para a suprir.

Convém talvez explicar que, quando nos referimos ao «governo» neste contexto, não pretendemos referir-nos exclusivamente aos governos nacionais. Segundo as circunstâncias, pode ser adequado tomar as medidas necessárias ao nível comunitário, ao nível nacional, ou ainda ao nível regional ou local. A solução apropriada pode, aliás, residir numa combinação de medidas tomadas a diferentes níveis. Neste contexto, a BP referiu-se à Directiva 73/238/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1973 (JO 1973, L 228) «relativa às medidas destinadas a atenuar as dificuldades de abastecimento em petróleo bruto e produtos petrolíferos», na qual o Conselho reconhecia as responsabilidades da Comunidade nesta matéria.

Não pretendemos dirigir críticas à acção do Governo neerlandês no caso concreto. Não esquecemos que a BP pretendeu que as medidas de controlo dos preços instaurados pelo Governo neerlandês, na medida em que eram susceptíveis de ter efeito dissuasivo sobre as importações provenientes de outros Estados-membros, violavam o artigo 30.° do Tratado, de acordo com a interpretação feita pelo Tribunal no processo 65/75, Tasca (Colect. 1976, p. 135). Todavia, pode-se deixar esta questão em aberto. O presente processo não incide sobre uma questão de preços, mas sobre uma questão de repartição dos abastecimentos. Quanto a este ponto, o Governo neerlandês tinha, fundamentalmente, de escolher entre dois métodos, como qualquer governo que pretende controlar os circuitos da distribuição. Um primeiro método consiste para o governo no exercício de poderes coercivos. O segundo método consiste na instauração dum mecanismo, através do qual se poderia obter dos operadores em causa a adesão voluntária às recomendações governamentais, com, evidentemente, no último plano, a ameaça de recorrer a poderes coercivos, se estes não se conformarem com as indicações governamentais. No caso em apreço, o Governo neerlandês escolheu, num primeiro tempo, este segundo método, ao criar o Secretariado Nacional sem lhe atribuir poderes coercivos. Este método poderia ter sido suficiente, se a crise tivesse sido de curta duração. Em Abril de 1974, o governo tinha chegado à conclusão que isto não era suficiente e, portanto, recorreu à coacção. A diferença entre os resultados obtidos pelo método voluntarista e os conseguidos com o recurso à coacção revelou-se ser a diferença entre os 7 000 metros cúbicos mensais e os 3 000 metros cúbicos semanais. Em nosso entender, trata-se apenas duma diferença de grau.

No entanto, ainda que se considere que esta diferença revela uma lacuna nas medidas adoptadas pelo Governo neerlandês, nem por isso entendemos que se trate de uma lacuna que possa ser suprida pelo artigo 86.° ou que este último esteja apto a suprir.

Em primeiro lugar, o conceito de posição dominante do artigo 86.° implica — tal como foi afirmado diversas vezes pelo Tribunal, e ultimamente no processo 27/76 United Brands/Commission (n.° 65 do acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, Colect., p. 77) — que a empresa em causa tenha uma implantação económica de tal modo forte que tenha a possibilidade de se comportar pelo menos, numa certa medida, independentemente dos seus concorrentes e da sua clientela. Na sua decisão, que é objecto do presente processo,

a própria Comissão (p. 8) dá uma definição de posição, dominante segundo a qual uma empresa detém uma tal posição quando tem a possibilidade dum comportamento independente que a coloque em posição de poder agir «sem ter de forma relevante em consideração as reacções dos concorrentes e da clientela». Numa situação temporária de restrição, idêntica à do caso em apreço, um operador não pode, contudo, repartir as quantidades de que dispõe sem se preocupar com a atitude dos seus clientes. Tem de ter em conta que, passado o período de crise, a sua clientela se recordará da forma como foi tratada durante o período de escassez. Os clientes contratuais esperam da sua parte um tratamento de favor em virtude do contrato que os liga, isto — como a BP sublinhou — quer por razões de ordem jurídica, quer por razões de moralidade comercial. Os clientes não contratuais, mas regulares, esperam dela que a lealdade, por eles demonstrada em períodos em que a concorrência actuava normalmente, lhes seja retribuída em período de escassez. Um fornecedor não pode negligenciar estas considerações salvo se quiser correr o risco de perder clientes em proveito dos seus concorrentes, uma vez a crise passada. Portanto, não pensamos, antes de mais, que ela se encontre, no momento da crise, numa posição dominante, na acepção em que esta expressão é empregue no artigo 86.°

Em segundo lugar, para que se possa admitir que o artigo 86.° deve ser considerado aplicável a um fornecedor que se encontre numa situação tão crítica, seria necessário que este artigo contivesse de maneira, expressa ou implícita, uma qualquer regra à qual os fornecedores seriam obrigados a obedecer num caso semelhante. Não conseguimos constatar a existência de uma tal regra. A Comissão referiu-se à alínea c) do artigo 86.°, que dispõe que um abuso de posição dominante pode consistir, nomeadamente, em «aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência». Com todo o respeito que devemos à Comissão, parece-nos que esta disposição não é pertinente. O que está em causa, no caso em apreço, não são as condições em que um fornecedor abastece os seus diversos clientes, mas antes a selecção dos clientes que decide abastecer e a quantidade a entregar a cada um. Evidentemente, a recusa de venda pode constituir um abuso de posição dominante — como reconheceu o Tribunal nos processos apensos 6/73 e 7/73 Commercial Solvents/Comissão (Colect., 1974, p. 119) —, mas não por força da alínea c). Além disso, o processo Commercial Solvents/Commissão diferia do presente. Na decisão que proferiu neste processo (p. 9), a Comissão entendeu que «pode ser qualificada como abuso, na acepção do artigo 86.°, qualquer acção levada a cabo por uma empresa em posição dominante que reduza, de forma diferente sem justificações objectivas, os fornecimentos a certos compradores que se encontrem em situações equivalentes». Esta definição, por si só, não esclarece qual o conteúdo das expressões «compradores que se encontrem em situações equivalentes» e «justificações objectivas». A Comissão tentou, segundo cremos, responder a estas questões nos considerandos seguintes da sua decisão (p. 9 a 11), mas não fixa nesta ocasião uma regra clara, a não ser a de que o fornecedor deve aplicar um critério estatístico. Deve consultar os seus livros de contas, para saber quais as quantidades distribuídas a cada um dos seus clientes durante um «período de referência» anterior à crise (a Comissão sugere que este período seja de um ano) e abastecer a sua clientela segundo a mesma proporção durante o período de escassez. A Comissão admite que os fornecedores «têm a possibilidade de tomar em consideração certas particularidades ou certas diferenças na situação dos seus clientes», mas não explica quais as modalidades de um tal direito senão afirmando «que, em particular, os fornecedores têm a possibilidade de aplicar os preços e outras condições previstas nos contratos de abastecimento, (e) a faculdade de escolher um período de referência que corresponda e seja apropriado à situação de escassez» (decisão, p. 10).

Em nosso entender, tal regra, que não é manifestamente explicitada pelo artigo 86.°, só se deverá considerar nele implícita se for ao mesmo tempo equitativa, prática e geralmente aceite. Parece-nos que nenhuma destas três condições está preenchida.

Ela não é equitativa, porque, na verdade, ignora as reivindicações específicas dos clientes contratuais e regulares.

Ela não é prática, porque um fornecedor não poderá jamais saber com segurança quando a deverá aplicar. Uma súbita situação de escassez pode ser causada por inúmeros factores: pode resultar dum conflito humano (que irá desde uma guerra de grandes proporções até uma greve local) ou pode advir dum cataclismo natural que provoque, segundo o caso, a destruição de toda uma colheita ou apenas o naufrágio dum navio. Raramente se poderá calcular, no início duma crise, qual virá a ser a sua duração provável ou o seu grau de intensidade. Convém observar, a este propósito, que entre os «elementos susceptíveis de atenuar a responsabilidade da BP» e que levaram a Comissão a concluir que, no caso em apreço, seria injustificada a aplicação de multas à BP, se encontrava a circunstância de «as incertezas que dominavam o mercado neerlandês de produtos petrolíferos devido ao desconhecimento dos desenvolvimentos possíveis da crise... dificultaram a avaliação das reduções a efectuar nos abastecimentos» (decisão, p. 12).

Finalmente, parece-nos manifesto que, no caso em apreço, esta regra não é objecto de um consenso generalizado. Num primeiro momento, o Secretariado Nacional solicitou às companhias produtoras que abastecessem o *pool* de modo proporcional às suas respectivas partes de mercado. Quando teve de constituir um *pool* específico para o abastecimento de petróleo à ABG, usou uma fórmula *ad hoc*, cuja natureza exacta permaneceu bastante obscura. Ao fixar as disposições do decreto de 4 de Abril de 1974, o ministro neerlandês para os Assuntos Económicos adoptou uma fórmula sofisticada, que se baseava nas partes do mercado (neerlandês) da gasolina detidas pelas grandes companhias petrolíferas nas vendas de gasolina feitas sob marcas diversas das suas. Não havia, portanto, nenhuma regra geralmente aceite.

Por todos estes motivos, entendemos que o presente caso se encontra pela sua natureza, completamente, fora do âmbito de aplicação do artigo 86.°

No entanto, no caso de não ser partilhada pelo Tribunal esta nossa opinião sobre este ponto, e de se admitir que a BP, como sugere a Comissão, detinha efectivamente uma posição dominante, devemos ainda analisar brevemente a questão de saber se a BP abusou desta posição dominante.

A BP baseia-se, essencialmente, em que não existia nenhuma relação jurídica ou comercial entre ela e a ABG que a obrigasse a abastecer esta última durante o período de crise, em que o problema relativo à ABG era, precisamente, um dos problemas que cabia ao Secretariado Nacional resolver, e em que a obrigação da BP se limitar a respeitar os pedidos do Secretariado Nacional para que abastecesse a ABG, o que a BP sempre fez, porque — independentemente da situação jurídica — a BP considerava-se obrigada por estes pedidos.

Os argumentos da Comissão baseiam-se, essencialmente, no facto de a BP, ao recusar-se a continuar a abastecer a ABG, durante o período de crise, na proporção das quantidades entregues a esta sociedade anteriormen-

te, ter colocado o Secretariado Nacional perante um problema que este não devia nem podia resolver. A Comissão reconheceu contudo — apenas a título de «factor atenuante da responsabilidade da BP» — que «a intervenção do Secretariado Nacional, embora não tivesse carácter obrigatório e fizesse apelo às contribuições voluntárias das companhias, podia ter criado nestas dúvidas quanto às suas obrigações perante as suas clientelas» e que «a BP podia considerar que os adiantamentos de gasolina contra petróleo bruto (entregue para *processing* nas instalações da BP) a podiam libertar 'em parte' do seu dever de abastecer a ABG durante a crise» (decisão p. 12).

Dadas todas as circunstâncias, a BP tinha, em nosso entender, legitimidade para adoptar a posição que adoptou. Assim sendo, e admitindo que detivesse uma posição dominante, não se pode considerar que tenha abusado de tal posição.

Examinaremos, igualmente de modo sucinto, e admitindo que a BP — contrariamente à nossa opinião — tenha cometido um abuso da posição dominante, a questão de saber se este abuso era susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros.

Quanto a este ponto, a Comissão desenvolveu os seus argumentos em duas direcções: primeiro, considerou que a atitude da BP poderia ter causado o desaparecimento da ABG e, com ele, o da rede AVIA do mercado da gasolina nos Países Baixos. Contudo, a Comissão foi sensível à força da argumentação desenvolvida pela BP, segundo a qual o perigo da ABG ser forçada a cessar as suas actividades nunca tinha existido na realidade, de modo que, num segundo tempo, considerou que a experiência adquirida durante o período de escassez poderia ter levado a ABG a ligar-se por contrato a uma ou várias grandes companhias petrolíferas, o que teria tido por consequência reduzir ou eliminar as suas possibilidades de importação a partir de outros Estados-membros. Este argumento parece-nos particularmente frágil, dado que: 1) sabemos que, em períodos normais, o mercado da gasolina nos Países Baixos é um mercado onde há concorrência, 2) é evidente que, neste mercado, há numerosos compradores não vinculados por contrato, 3) sabemos que, nos doze meses que precederam a crise, a ABG comprou pelo menos 5,5% do seu abastecimento noutros Estados-membros.

Portanto, parece improvável que a experiência, adquirida pela ABG durante a crise, a tivesse levado a adoptar uma política de compras restritiva da sua liberdade de importação. Somos antes tentados a crer que, no caso de futuras crises, esta experiência a incitará simplesmente a pressionar o governo para que intervenha mais cedo e de forma mais vigorosa.

Pelo que fica dito, parece-nos que deve ser anulada a decisão da Comissão e que esta deve ser condenada nas despesas.