ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

15 maart 2007 *

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding ..... I - 2377

Beroepsprocedure voor het Gerecht en het bestreden arrest ..... I - 2380

Conclusies van de partijen ..... I - 2387

Hogere voorziening ..... I - 2388

Eerste middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van het uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen ..... I - 2390

Eerste onderdeel van het eerste middel: het criterium ter beoordeling van het eventuele uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen ..... I - 2390

— Argumenten van de partijen ..... I - 2390

— Beoordeling door het Hof ..... I - 2395

Tweede onderdeel van het eerste middel: de beoordeling door het Gerecht van de relevantie van de objectieve economische rechtvaardiging van de betrokken premieregelingen ..... I - 2403

— Argumenten van de partijen ..... I - 2403

— Beoordeling door het Hof ..... I - 2404

Tweede middel: onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht de vermoedelijke gevolgen van de door BA toegekende provisies niet heeft onderzocht en geen rekening heeft gehouden met de bewijzen waaruit blijkt dat deze provisies geen materiële gevolgen hadden voor de concurrerende luchtvaartmaatschappijen ..... I - 2407

Argumenten van de partijen ..... I - 2407

Beoordeling door het Hof ..... I - 2408

Derde middel: onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht niet heeft onderzocht of het gedrag van BA „ten nadele van de verbruikers" was in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG ..... I - 2410

Argumenten van de partijen ..... I - 2410

Beoordeling door het Hof ..... I - 2411

* Procestaal: Engels.

Vierde middel: onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht heeft geoordeeld dat de nieuwe prestatiepremieregeling hetzelfde effect had als de marketingovereenkomsten, ofschoon de duur van de in aanmerking genomen periode verschilt en de gevolgen van de betrokken premieregelingen voor de concurrenten van BA zijn geanalyseerd noch gekwantificeerd ..... I - 2412

Eerste onderdeel van het vierde middel: de verschillen tussen de marketing-overeenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling ..... I - 2412

— Argumenten van de partijen ..... I - 2412

— Beoordeling door het Hof ..... I - 2413

Tweede onderdeel van het vierde middel: de vereisten inzake het bewijs dat de betrokken premieregelingen een uitsluitingseffect hadden ..... I - 2414

— Argumenten van de partijen ..... I - 2414

— Beoordeling door het Hof ..... I - 2416

Vijfde middel: onjuiste toepassing, door het Gerecht, van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG wat het discriminerende effect van de betrokken premieregelingen ten aanzien van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten betreft ..... I - 2417

Argumenten van de partijen ..... I - 2417

Beoordeling door het Hof ..... I - 2419

— Eerste onderdeel van het vijfde middel: de gelijkwaardigheid van de prestaties van de reisagenten ..... I - 2420

— Tweede onderdeel van het vijfde middel: de vereisten inzake de vaststellingen van een nadeel bij de mededinging ..... I - 2421

Kosten ..... I - 2424

In zaak C-95/04 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 25 februari 2004,

British Airways plc, gevestigd te Waterside (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door R. Subiotto, solicitor, R. O'Donoghue, barrister, en W. Wood, QC,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Oliver, A. Nijenhuis en M. Wilderspin als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

Virgin Atlantic Airways Ltd, gevestigd te Crawley (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door J. Scott, solicitor, C. West, barrister, en N. Green, QC,

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas (rapporteur), kamerpresident, A. Borg Barthet en J. Malenovský, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 december 2005,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 februari 2006,

het navolgende

Arrest

1 British Airways plc (hierna: „BA") verzoekt het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 17 december 2003, British Airways/Commissie (T-219/99, Jurispr. blz. II-5917;

hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht heeft verworpen haar beroep tot nietigverklaring van beschikking 2000/74/EG van de Commissie van 14 juli 1999 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (IV/D-2/34.780 — Virgin/British Airways) (PB 2000, L 30, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking"), waarbij BA een geldboete van 6,8 miljoen EUR wordt opgelegd wegens misbruik van machtspositie op de markt van diensten van reisagentschappen voor vliegreizen van het Verenigd Koninkrijk.

Voorgeschiedenis van het geding

2 De aan het onderhavige geding ten grondslag liggende feiten, zoals zij blijken uit het aan het Gerecht overgelegde dossier en zijn uiteengezet in de punten 4 tot en met 19 van het bestreden arrest, kunnen worden samengevat als volgt.

3 BA, de grootste luchtvaartmaatschappij in het Verenigd Koninkrijk, heeft met de op het grondgebied van deze lidstaat gevestigde reisagenten die door de International Air Transport Association (IATA) geaccrediteerd zijn, overeenkomsten gesloten volgens welke de reisagenten recht hebben op een basisprovisie over de door hen verkochte biljetten voor door BA georganiseerde vluchten (hierna: „BA-biljetten"), en waarbij bovendien drie afzonderlijke financiële stimuleringsregelingen worden ingevoerd: de marketingovereenkomsten, de mondiale overeenkomsten en ten slotte de prestatiepremieregeling die per 1 januari 1998 in werking is getreden.

4 Volgens de marketingovereenkomsten hadden bepaalde reisagenten, met name zij die jaarlijks voor meer dan 500 000 GBP aan BA-biljetten verkochten, bovenop de

basisprovisie recht op een aantal vergoedingen, waaronder een prestatiepremie die werd berekend volgens een glijdende schaal die gebaseerd was op de evolutie van de inkomsten uit de door een reisagent verkochte BA-biljetten en die afhankelijk was van de jaarlijkse verkooptoename.

5 Op 9 juli 1993 heeft Virgin Atlantic Airways Ltd (hierna: „Virgin") bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen een klacht betreffende met name deze marketingovereenkomsten ingediend.

6 De Commissie heeft een procedure ingeleid met betrekking tot deze overeenkomsten en op 20 december 1996 een mededeling met punten van bezwaar tegen BA vastgesteld. Tijdens een hoorzitting op 12 november 1997 heeft BA mondelinge opmerkingen kunnen maken.

7 De tweede soort van stimuleringsovereenkomsten, te weten de „mondiale overeenkomsten", werd gesloten met drie reisagenten, die recht kregen op bijkomende provisies die werden berekend op basis van de groei van het aandeel van BA in hun wereldwijde verkoop.

8 Op 17 november 1997 heeft BA aan alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een brief gestuurd met de nadere regels betreffende de derde soort van stimuleringsovereenkomsten, te weten de nieuwe prestatiepremieregeling.

9 Volgens deze regeling werd de basisprovisie verlaagd tot 7 % voor alle BA-biljetten (terwijl voorheen een provisie van 9 % werd toegekend op de verkoop van internationale biljetten en van 7,5 % op de verkoop van biljetten voor binnenlandse vluchten in het Verenigd Koninkrijk). Reisagenten konden niettemin een bijkomende provisie ontvangen die voor internationale biljetten tot 3 % en voor biljetten voor binnenlandse vluchten tot 1 % kon oplopen. De grootte van het extra, variabele element was afhankelijk van de evolutie van de verkoop die een reisagent voor BA-biljetten behaalde. Deze resultaten werden gemeten door de totale inkomsten uit de verkoop van de BA-biljetten die een agent tijdens een bepaalde kalendermaand afgaf, te vergelijken met dezelfde soort inkomsten die hij tijdens dezelfde maand van het vorige jaar had behaald. Het extra, variabele element was verschuldigd zodra de verhouding tussen de inkomsten van de betrokken periode en die van de referentieperiode 95 % bedroeg; het bereikte zijn maximumwaarde bij een verhouding van 125 %.

10 Op 9 januari 1998 heeft Virgin een aanvullende klacht betreffende deze nieuwe prestatiepremieregeling ingediend. Op 12 maart 1998 heeft de Commissie een aanvullende mededeling van punten van bezwaar tegen deze regeling vastgesteld.

11 Op 14 juli 1999 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven, waarbij zij in punt 96 ervan vaststelde dat BA, door de marketingovereenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling (hierna gezamenlijk: „betrokken premieregelingen") op de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten toe te passen, misbruik heeft gemaakt van de machtspositie die zij in deze lidstaat bezit op de markt van agentuurdiensten voor vliegreizen. Dat misbruik heeft tot doel en tot gevolg dat de concurrenten van BA worden verdrongen van de markten voor het luchtvervoer in het Verenigd Koninkrijk doordat de getrouwheid van de reisagenten wordt beloond en de reisagenten onderling worden gediscrimineerd.

Beroepsprocedure voor het Gerecht en het bestreden arrest

12 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 oktober 1999, heeft BA beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking.

13 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht dat beroep verworpen.

14 Ter ondersteuning van haar beroep had BA acht middelen aangevoerd: onbevoegdheid van de Commissie, schending van het non-discriminatiebeginsel, verkeerde afbakening van de relevante geografische en productmarkt, ontbreken van samenhang tussen de productmarkten die ongunstig zouden zijn beïnvloed, verkeerde rechtsgrondslag van de litigieuze beschikking, ontbreken van een machtspositie, ontbreken van misbruik van machtspositie en, ten slotte, buitensporige geldboete.

15 In het kader van de onderhavige hogere voorziening is alleen het zevende middel aan de orde. Met dat middel, te weten ontbreken van misbruik van machtspositie, is BA opgekomen tegen de stelling van de Commissie dat de betrokken premieregelingen een discriminatie tussen de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten in het leven hebben geroepen of ten aanzien van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen een uitsluitingseffect hebben gehad.

16 Aangaande — ten eerste — de discriminerende aard van deze regelingen heeft het Gerecht in punt 233 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat misbruik van een machtspositie kan bestaan in het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, waardoor hun nadeel bij de mededinging wordt berokkend, zoals wordt bepaald in artikel 82, tweede alinea, sub c, EG.

17 In het volgende punt van dat arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat de verhoogde tarieven van de door BA betaalde provisies niet alleen golden voor de BA-biljetten die na de verwezenlijking van de verkoopdoelstelling werden verkocht, maar voor alle BA-biljetten die een reisagent tijdens de betrokken periode had verkocht. Vervolgens heeft het Gerecht in punt 236 van dat arrest geconcludeerd dat, doordat identieke diensten die tijdens eenzelfde periode werden verricht, tegen een verschillend tarief werden vergoed, de betrokken premieregelingen het niveau van de vergoeding die de reisagenten in de vorm van door BA betaalde provisies ontvingen, scheeftrokken.

18 In punt 238 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het vermogen van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten om elkaar te beconcurreren bij de levering aan reizigers van diensten van reisagenten voor vliegreizen en om de vraag van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen voor dergelijke diensten te stimuleren, werd aangetast door deze discriminerende vergoedingsvoorwaarden.

19 In punt 240 van dat arrest heeft het Gerecht geconcludeerd dat de Commissie op goede gronden kon aannemen dat de betrokken premieregelingen een misbruik van de machtspositie van BA op de markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen van het Verenigd Koninkrijk vormden voor zover zij een discriminatie tussen de in deze lidstaat gevestigde reisagenten creëerden en bijgevolg sommigen van hen

nadeel bij de mededinging berokkenden in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG.

20 Aangaande — ten tweede — het uitsluitingseffect ten aanzien van de met BA concurrerende luchtvaartmaatschappijen als gevolg van het klantenbindingseffect van de betrokken premieregelingen heeft het Gerecht in de punten 245 en 246 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat, volgens de rechtspraak van het Hof, hoewel kwantumkortingen die uitsluitend aan de omvang van de bij een dominante fabrikant gedane aankopen zijn gerelateerd, in het algemeen niet worden geacht, in strijd met artikel 82 EG de klanten van deze fabrikant ervan af te houden zich bij de concurrenten te bevoorraden, een door een dergelijke fabrikant toegepast kortingsysteem dat aan de verwezenlijking van een aankoopdoelstelling is gerelateerd, in strijd met dat artikel is (zie in die zin arrest van 9 november 1983, Michelin/ Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 71).

21 In punt 270 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat, om vast te stellen of BA misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt door op de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten de betrokken premieregelingen toe te passen, de toekenningscriteria en -modaliteiten ervan in aanmerking moeten worden genomen en moet worden onderzocht of deze premies door de toekenning van een voordeel dat niet berust op een economische prestatie die dat voordeel rechtvaardigt, tot doel hebben deze agenten geen — of minder — mogelijkheden te laten om hun diensten aan luchtvaartmaatschappijen van hun keuze te verkopen, en aldus voor de met BA concurrerende luchtvaartmaatschappijen de toegang tot de markt van diensten van reisagentschappen voor vliegreizen van het Verenigd Koninkrijk te belemmeren.

22 Het Gerecht was in punt 271 van het bestreden arrest van oordeel dat in casu diende te worden bepaald of de betrokken premieregelingen ten aanzien van de in het

Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een klantenbindingseffect hadden en, in voorkomend geval, of deze regelingen op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten.

23 Wat — ten eerste — het klantenbindingseffect van de betrokken premieregelingen betreft, heeft het Gerecht in de punten 272 en 273 van dat arrest vastgesteld dat er om twee redenen sprake is van een dergelijk effect. Wegens de progressiviteit van de verhoogde provisietarieven konden zij bij het bereiken van de drempel exponentieel stijgen van de ene tot de andere referentieperiode (marginaal effect). Bovendien heeft het Gerecht geoordeeld dat hoe hoger de inkomsten uit de verkoop van BA-biljetten tijdens de referentieperiode waren, hoe zwaarder het nadeel was dat de reisagenten leden in de vorm van een onevenredige daling van de prestatiepremietarieven, zelfs wanneer deze verkoop tijdens de betrokken periode slechts lichtjes achteruit was gegaan vergeleken met deze referentieperiode.

24 Voorts heeft het Gerecht, aangaande het bezwaar van BA dat de betrokken premieregelingen haar concurrenten niet verhinderden, soortgelijke overeenkomsten te sluiten met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten, in punt 277 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat het aantal BA-biljetten dat deze agenten verkochten voor alle luchtverbindingen van en naar luchthavens in deze lidstaat, onveranderlijk een veelvoud was niet alleen van het aantal biljetten dat elk van de vijf grote concurrenten van BA had verkocht, maar ook van het totale aantal biljetten dat deze concurrenten samen hadden verkocht. In punt 278 van dat arrest heeft het Gerecht geconcludeerd dat rechtens genoegzaam was aangetoond dat de concurrenten niet in staat waren, in het Verenigd Koninkrijk een bedrag aan inkomsten te behalen dat hun voldoende financiële armslag zou hebben geboden om daadwerkelijk een met de betrokken premieregelingen vergelijkbare premieregeling in te voeren teneinde het uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen te neutraliseren.

25 Wat — ten tweede — de vraag betreft of de betrokken premieregelingen op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten, heeft het Gerecht in punt 279 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat een onderneming met een machtspositie op die enkele grond niet het recht verliest in de mate van het redelijke te handelen zoals zij ter verdediging van haar eigen handelsbelangen wenselijk acht wanneer deze belangen worden bedreigd. In punt 280 van dat arrest heeft het Gerecht evenwel gepreciseerd dat de bescherming van de mededingingspositie van een dergelijke onderneming slechts rechtmatig kan zijn wanneer zij gebaseerd is op criteria van economische doeltreffendheid.

26 In punt 281 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat BA niet had aangetoond dat de uit de betrokken premieregelingen voortvloeiende klantenbinding op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustte. In de punten 282 en 283 van dat arrest heeft het dienaangaande geoordeeld dat, aangezien het bereiken van de doelstellingen inzake toename van de verkoop van BA-biljetten door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten leidde tot de toekenning van een provisie tegen een hoger tarief, niet alleen op de BA-biljetten die na de verwezenlijking van deze doelstellingen waren verkocht, maar op alle BA-biljetten die in de loop van de betrokken periode werden verhandeld, er geen objectief verband bestond tussen de extra vergoeding van deze agenten en de tegenprestatie die voor BA uit de verkoop van meer vliegbiljetten voortvloeide.

27 Bovendien heeft het Gerecht er in punt 285 van dat arrest op gewezen dat, al heeft elke luchtvaartmaatschappij er belang bij zo veel mogelijk zitplaatsen op haar vluchten te verkopen, het voordeel van een hogere bezettingsgraad van de vliegtuigen in casu wellicht als gering moest worden gezien, gelet op de extra kosten die het met terugwerkende kracht toekennen van een hogere provisie aan de reisagenten voor BA meebracht.

28 Derhalve heeft het Gerecht in de punten 286 tot en met 288 van het bestreden arrest geconcludeerd dat voor zover de betrokken premieregelingen niet op een

economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten, zij moesten worden geacht hoofdzakelijk te zijn gericht op beloning van de toename van de verkoop van BA-biljetten van de ene tot de andere periode en bijgevolg op versterking van de binding van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten aan BA. Deze regelingen vormden voor de concurrenten van BA bijgevolg een belemmering om toegang te krijgen tot de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen of om op deze markt te groeien en verhinderden aldus de instandhouding van de bestaande mededinging of de ontwikkeling van deze mededinging op deze markt.

29 In punt 290 van dat arrest heeft het Gerecht trouwens opgemerkt dat BA ter terechtzitting had erkend dat er geen precies verband bestond tussen de eventuele besparingen voortvloeiend uit de schaalvergroting door de verkoop van extra biljetten na de verwezenlijking van de verkoopdoelstellingen, enerzijds, en de verhoging van de tarieven van de vergoedingen die als tegenprestatie aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten werden betaald, anderzijds.

30 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 293 van dat arrest afwijzend beslist op het argument van BA dat de Commissie niet had aangetoond dat de betrokken premieregelingen een uitsluitingseffect hadden. In dit verband heeft het erop gewezen dat, om een inbreuk op artikel 82 EG vast te stellen, niet behoeft te worden aangetoond dat het betrokken misbruik concrete gevolgen voor de betrokken markten heeft, aangezien het bewijs dat de onrechtmatige gedraging van de onderneming met een machtspositie erop gericht is de mededinging te beperken, volstaat.

31 In het volgende punt van het bestreden arrest heeft het Gerecht bovendien geoordeeld dat de betrokken premieregelingen een concurrentiebeperkend effect

konden hebben op de markten van diensten van reisagenten voor vliegreizen en op de markten voor luchtvervoer in het Verenigd Koninkrijk, en daarenboven dat de Commissie het mededingingsbeperkende effect van de litigieuze praktijken op deze markten concreet had aangetoond.

32 Dienaangaande heeft het Gerecht in de eerste plaats verklaard dat, aangezien ten tijde van de gelaakte feiten 85 % van de in het Verenigd Koninkrijk verkochte biljetten via reisagenten werd verhandeld, het gedrag van BA op de markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen van deze lidstaat „tot gevolg [moet] hebben gehad dat ten aanzien van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen een uitsluitingseffect ontstond op de Britse markt voor luchtvervoer" (punt 295 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft in de tweede plaats geoordeeld dat „[w]anneer een onderneming met een machtspositie daadwerkelijk een praktijk toepast die tot gevolg kan hebben dat haar concurrenten van de markt worden uitgesloten, [...] de omstandigheid dat het verhoopte resultaat niet wordt bereikt, [...] niet voldoende [is] om de kwalificatie misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG terzijde te stellen" (punt 297 van dat arrest).

33 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 298 van het bestreden arrest geoordeeld dat de groei van de marktaandelen van bepaalde concurrenten van BA, die, gelet op hun kleine marktaandelen, gering is in absolute cijfers, niet betekent dat de praktijken van BA geen effect sorteerden, aangezien „[a]angenomen kan [...] worden dat zonder die praktijken de marktaandelen van deze concurrenten aanzienlijk hadden kunnen stijgen".

34 Daaruit heeft het Gerecht in punt 300 van het bestreden arrest dus afgeleid dat het zevende middel diende te worden afgewezen.

Conclusies van de partijen

35 BA concludeert dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest geheel of gedeeltelijk te vernietigen;

— de bij de litigieuze beschikking opgelegde geldboete te vernietigen of te verlagen met een bedrag dat het Hof in het kader van zijn discretionaire bevoegdheid passend acht;

— elke andere, naar het oordeel van het Hof passende maatregel te treffen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

36 De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

— BA te verwijzen in de kosten die de Commissie in de onderhavige procedure zijn opgekomen.

37 Virgin concludeert dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening niet-ontvankelijk of, in elk geval, kennelijk ongegrond te verklaren en bij een met redenen omklede beschikking overeenkomstig artikel 119 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof af te wijzen;

— subsidiair, de hogere voorziening af te wijzen en het bestreden arrest in zijn geheel te bevestigen;

— in elk geval BA te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening, met inbegrip van de kosten van Virgin.

Hogere voorziening

38 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert BA vijf middelen aan:

— onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht een onjuist criterium heeft toegepast bij de beoordeling van het uitsluitingseffect van de betrokken

premieregelingen en bij de conclusie dat voor deze regelingen geen objectieve economische rechtvaardiging bestond;

— onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de bewijsstukken waaruit blijkt dat de door BA toegekende provisies geen materiële gevolgen hebben gehad voor haar concurrenten;

— onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht niet heeft onderzocht of het gedrag van BA „ten nadele van de verbruikers" was in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG;

— onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de nieuwe prestatiepremieregeling hetzelfde effect had als de marketingovereenkomsten, ondanks het verschil in de duur van de in aanmerking genomen periode, en het Gerecht de gevolgen van deze regeling voor de concurrenten van BA heeft geanalyseerd noch gekwantificeerd;

— onjuiste toepassing van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG bij de beoordeling van het discriminerende effect van de betrokken premieregelingen ten aanzien van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten.

Eerste middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van het uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen

39 Met dit middel komt BA op tegen de vaststellingen in de punten 270 tot en met 298 van het bestreden arrest, namelijk dat de door BA toegekende premies een „klantenbindingseffect" en dus een uitsluitingseffect hadden en bovendien uit economisch oogpunt niet gerechtvaardigd waren.

Eerste onderdeel van het eerste middel: het criterium ter beoordeling van het eventuele uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen

— Argumenten van de partijen

40 BA stelt in de eerste plaats dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de beoordeling van de betrokken premieregelingen uit te gaan van een onjuist criterium, te weten het klantenbindingseffect van deze regelingen.

41 Volgens BA verbiedt artikel 82 EG een onderneming met een machtspositie alleen het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemers-

prestaties berustende concurrentie van goederen of diensten een rol spelen, of het gebruik van andere methoden dan de concurrentie op basis van verdiensten, waarvan de rechtmatige prijsconcurrentie een aspect vormt. Deze rechtmatige concurrentie impliceert de vrijheid voor een onderneming om haar handelspartners grotere kortingen toe te kennen dan haar concurrenten.

42 Bij zijn onderzoek van het klantenbindingseffect van de betrokken premieregelingen heeft het Gerecht echter geen onderscheid gemaakt tussen de klantenbinding als gevolg van de hoogste provisie of de laagste prijzen en de klantenbinding als gevolg van mededingingsverstorende of uitsluitende praktijken die de concurrenten moeten uitschakelen door hen voor artificiële moeilijkheden of hindernissen te plaatsen.

43 Volgens BA impliceert de meerduidigheid van het door het Gerecht gebruikte begrip „klantenbinding" nagenoeg in se dat de betrokken premieregelingen werden afgekeurd aangezien zij een klantenbindingseffect hadden in die zin dat de reisagenten hoge en aantrekkelijke provisies ontvingen.

44 Deze zienswijze van het Gerecht staat haaks op de rechtspraak van het Hof. Volgens BA volgt immers uit het arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461) en uit het arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, dat een onderneming met een machtspositie die hogere provisies toekent, slechts misbruik maakt wanneer zij als voorwaarde stelt dat de medecontractant de jure of de facto verplicht is, uitsluitend of in hoofdzaak met deze onderneming zaken te doen of wanneer de medecontractant wordt beperkt in zijn vrijheid om te kiezen met welke onderneming hij zaken wil doen. De toekenning van hogere provisies over de totale verkoop wanneer een drempel is overschreden,

wordt daarentegen in deze arresten niet afgekeurd, aangezien een hogere provisie, ook al is die voor de medecontractant een sterke impuls om meer goederen van de onderneming met een machtspositie te verkopen, niet betekent dat deze medecontractant een mededingingsverstorende praktijk aanvaardt en niet belet dat de concurrenten diverse, volgens hen passende provisies toekennen.

45 Volgens BA is dit een wezenlijk onderscheid. Tenzij een hoge provisie slechts wordt toegekend op voorwaarde dat de andere partij uitsluitend (of in hoofdzaak) met de onderneming met een machtspositie zaken doet of tenzij de afzetmogelijkheden van de concurrenten anderszins worden beperkt, is de toekenning van een hogere provisie zonder meer een aspect van de prijsconcurrentie.

46 Volgens BA had het Gerecht bij het onderscheid tussen rechtmatige prijsconcurrentie en onrechtmatige mededingingsverstorende of uitsluitende praktijken artikel 82, tweede alinea, sub b, EG moeten toepassen, dat bepaalt dat misbruik van machtspositie met name kan bestaan in het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers. Het had dus moeten nagaan of BA daadwerkelijk de afzet van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen beperkte en wel ten nadele van de verbruikers.

47 BA is van mening dat voor een dergelijke beperking van de afzet van de concurrenten door een onderneming met een machtspositie echter meer vereist is dan de toekenning van hoge provisies zonder meer. Van een dergelijke beperking kan slechts in twee gevallen sprake zijn — en geen van die twee gevallen is hier aan de orde –, namelijk:

— wanneer de premies worden toegekend op voorwaarde dat de ontvanger uitsluitend of in hoofdzaak met de onderneming met een machtspositie zaken doet, dan wel

— wanneer de ontvanger van de premies niet vrij kan kiezen tussen de onderneming met een machtspositie en haar concurrenten. Dat is het geval wanneer deze ontvanger naar verwachting slechts winst zal maken indien hij ten aanzien van de onderneming met een machtspositie een verregaande commerciële verbintenis aangaat of wanneer deze onderneming zich aan oneerlijke prijsconcurrentie („afbraakprijzen") schuldig maakt en haar concurrenten deze pressie niet het hoofd kunnen bieden.

48 Afgezien van deze gevallen verbiedt artikel 82, tweede alinea, sub b, EG niet dat een onderneming met een machtspositie op het vlak van haar prijzen, diensten of provisies een bepaald commercieel beleid volgt alleen op grond dat het voor haar concurrenten moeilijk of onmogelijk is, zich daarop af te stemmen.

49 BA betoogt ten slotte dat de rechtspraak van het reeds aangehaalde arrest Michelin/Commissie wegens een aantal verschillen in casu niet van toepassing is. Anders dan de distributeurs van de vennootschap Michelin, werden de reisagenten door BA vooraf schriftelijk op de hoogte gesteld van de drempelwaarden en van de verhoging van de provisietarieven, derfden zij geen winst wanneer zij van BA niet de hogere provisies ontvingen aangezien alle agenten in elk geval recht hadden op een basisprovisie, en oefende BA op hen geen pressie uit om de doelstellingen te bereiken waarvan de toekenning van de hogere provisies afhing. Volgens BA was het enige gevolg dat de reisagenten ondervonden wanneer zij deze doelstellingen niet bereikten, het verlies van de mogelijkheid om een hogere provisie te ontvangen. Dit vormt echter geen misbruik.

50 De Commissie en Virgin zijn het daarentegen eens dat het Gerecht bij de beoordeling van het uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen juiste criteria heeft toegepast die in overeenstemming zijn met de rechtspraak en met name met de reeds aangehaalde arresten Hoffmann-La Roche/Commissie en Michelin/Commissie.

51 Volgens de Commissie is inzonderheid het arrest Michelin/Commissie relevant in het onderhavige geval. Dat arrest betrof kortingen die werden toegekend na verwezenlijking van een aantal verkoopdoelstellingen die werden berekend op basis van een vorige verkoopperiode, en over de totale omzet die tijdens de betrokken periode werd behaald, en niet alleen over de marginale omzet.

52 De betrokken premieregelingen berusten op hetzelfde principe: de premies voor de reisagenten die de verkoopdoelstellingen bereikten, werden berekend op basis van hun totale omzet en niet op basis van de biljetten die werden verkocht nadat zij deze doelstellingen hadden bereikt. Het Gerecht heeft deze eigenschap terecht omschreven als een exponentiële stijging „bij het bereiken van de drempel", aangezien een reisagent die deze doelstellingen bijna heeft bereikt, niet meer geneigd is om de biljetten van andere luchtvaartmaatschappijen dan BA aan te bieden omdat hij anders de hogere provisie verliest niet alleen over zijn marginale omzet, maar ook over alle tijdens de betrokken periode verkochte BA-biljetten. De verkoop van enkele extra biljetten, zelfs van één extra biljet, vermeerdert bijgevolg de vergoeding die een dergelijke agent ontvangt over het totale aantal BA-biljetten die hij tijdens de betrokken periode heeft verkocht.

53 De Commissie betwist het argument van BA dat het arrest Michelin/Commissie in casu niet kan worden toegepast wegens enkele niet-essentiële verschillen.

54 In de eerste plaats gaat het in beide zaken om hetzelfde kernprobleem. De door BA toegepaste stimuleringsregelingen hebben immers dezelfde eigenschap als de kortingen waarover het in het arrest Michelin/Commissie ging, namelijk de getrouwheid wordt meer beloond dan de omzet. Dergelijke regelingen leiden er onvermijdelijk toe dat de reisagent niet vrij kan kiezen met welke luchtvaartmaat-

schappij hij zaken wil doen, en het is precies deze praktijk die het Hof in dat arrest heeft afgekeurd.

55 In de tweede plaats betwist de Commissie het argument van BA dat de zaak die tot het arrest Michelin/Commissie heeft geleid, verschilt van de onderhavige zaak doordat de verkopers van Michelin afhankelijk waren om winst te maken, terwijl dat niet zo is voor de reisagenten die met BA zaken doen in het Verenigd Koninkrijk. De Commissie stelt immers dat de door BA uitgewerkte stimuleringsregelingen het mogelijk maken, aanzienlijk pressie uit te oefenen op de reisagenten ook al lopen zij niet het risico verlies te lijden wanneer zij de verkoopdoelstelling niet bereiken. In feite wil BA de draagwijdte van het arrest Michelin/Commissie indijken tot een zeer beperkt aantal gevallen, hoewel een dergelijke analyse geen steun vindt in dat arrest.

56 Volgens de Commissie en Virgin heeft het Gerecht bij zijn onderzoek niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft terecht geoordeeld dat de betrokken premieregelingen ten aanzien van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een klantenbindingseffect hadden wegens de in de punten 272 tot en met 292 van het bestreden arrest onderzochte eigenschappen, niet op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten, de vrijheid van de agenten om met andere luchtvaartmaatschappijen zaken te doen beperkten, bijgevolg een uitsluitingseffect hadden en de mededinging konden beperken.

— Beoordeling door het Hof

57 Wat in de eerste plaats de grief betreft dat het Gerecht zich bij de beoordeling of de betrokken premieregelingen misbruik vormen, ten onrechte niet heeft gebaseerd op

de criteria van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG, zij opgemerkt dat de lijst van misbruikpraktijken van artikel 82, tweede alinea, EG niet uitputtend is, zodat de daarin genoemde praktijken slechts een voorbeeld zijn van misbruik van machtspositie (zie in die zin arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 37). Volgens vaste rechtspraak geeft deze bepaling immers geen uitputtende opsomming van de ingevolge het EG-Verdrag verboden wijzen van misbruik van een machtspositie (arresten van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 26, en 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punt 112).

58 Bijgevolg kunnen door een onderneming met een machtspositie toegekende kortingen en premies ook dan in strijd zijn met artikel 82 EG wanneer zij niet vallen onder een van de in de tweede alinea van dat artikel genoemde voorbeelden. Voor de vaststelling of getrouwheidskortingen een uitsluitingseffect hebben, heeft het Hof zich in de reeds aangehaalde arresten Hoffmann-La Roche/Commissie en Michelin/Commissie gebaseerd op artikel 86 EEG-Verdrag (na wijziging, artikel 86 EG-Verdrag, thans artikel 82 EG) in zijn geheel, en niet uitsluitend op de tweede alinea, sub b, ervan. Bovendien heeft het Hof in het arrest van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 523), betreffende getrouwheidskortingen, uitdrukkelijk verwezen naar artikel 86, tweede alinea, sub c, EEG-Verdrag, dat bepaalt dat misbruik van een machtspositie met name kan bestaan in het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, waarmee hun nadeel wordt berokkend bij de mededinging.

59 De grief dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich niet te baseren op de criteria van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG, is derhalve ongegrond.

60 Bovendien blijkt nergens uit dat het Gerecht bij de beoordeling van het uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen de rechtspraak van het Hof onjuist heeft toegepast.

61 In de reeds aangehaalde arresten Hoffmann-La Roche/Commissie en Michelin/Commissie heeft het Hof vastgesteld dat een aantal door twee ondernemingen met een machtspositie toegekende kortingen misbruik vormde.

62 Het eerste van deze twee arresten betrof kortingen voor ondernemingen die vitamines produceerden of verkochten, die in de meeste gevallen werden toegekend onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de medecontractant zich gedurende een bepaalde periode voor het volledige of het grootste deel van zijn totale behoefte aan bepaalde vitamines bevoorraadde bij de vennootschap Hoffmann-La Roche. Het Hof heeft een dergelijk kortingsysteem beschouwd als misbruik van machtspositie en erop gewezen dat de toekenning van getrouwheidskortingen als stimulans voor de afnemer om zich uitsluitend bij de onderneming met een machtspositie te bevoorraden, onverenigbaar is met de doelstelling van onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 90).

63 Anders dan in de zaak die tot het eerste arrest heeft geleid, waren de medecontractanten van de vennootschap Michelin, in de zaak die tot het tweede arrest heeft geleid, niet verplicht, zich geheel of ten dele bij deze vennootschap te bevoorraden. Deze vennootschap kende de variabele jaarlijkse kortingen evenwel toe afhankelijk van de verwezenlijking van bepaalde doelstellingen, in die zin dat haar medecontractanten individueel berekende verkoopresultaten moesten bereiken om

voor deze kortingen in aanmerking te komen. In deze zaak heeft het Hof op basis van een geheel van factoren geoordeeld dat het betrokken kortingsysteem misbruik van machtspositie vormde. Meer in het bijzonder werd een relatief lange periode — één jaar — als referentieperiode genomen, was het systeem voor de medecontractanten ondoorzichtig en bestond er een aanzienlijke kloof tussen het marktaandeel van de vennootschap Michelin en dat van haar voornaamste concurrenten (zie in die zin arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punten 81-83).

64 Anders dan BA stelt, kan uit deze twee arresten niet worden afgeleid dat de door een onderneming met een machtspositie toegekende premies en kortingen slechts in de daarin omschreven omstandigheden misbruik vormen. Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van haar conclusie heeft uiteengezet, dienen de betrokken premieregelingen te worden getoetst aan de criteria waarop het Hof zich tot nu toe heeft gebaseerd, die ook op een geval als het onderhavige kunnen worden toegepast.

65 Het arrest Michelin/Commissie is in dat opzicht bijzonder relevant voor de onderhavige zaak, aangezien de toekenning van de kortingen afhankelijk was van de verwezenlijking van individuele verkoopdoelstellingen en de kortingen geen kwantumkortingen waren die uitsluitend aan het afnamevolume waren gerelateerd, noch getrouwheidskortingen in de zin van het arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, daar het door de vennootschap Michelin ingevoerde systeem van de verkopers geen verbintenis vereiste dat zij zich uitsluitend of voor een bepaald deel van hun behoefte bevoorraadden bij de onderneming met een machtspositie.

66 Aangaande de toepassing van artikel 82 EG op een kortingsysteem dat geënt is op het behalen van verkoopdoelstellingen, blijkt uit punt 70 van het arrest Michelin/Commissie dat het verbod van dat artikel om misbruik te maken van een

machtspositie op de markt voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, ziet op gedragingen die de structuur kunnen beïnvloeden van een markt waar, juist door de aanwezigheid van een onderneming met een dergelijke positie, de mededinging reeds is verzwakt, en die met andere middelen dan bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn, de instandhouding of de ontwikkeling van het nog op die markt aanwezige concurrentieniveau kunnen verhinderen.

67 Om uit te maken of de onderneming haar machtspositie heeft misbruikt door een kortingsysteem als dat beschreven in punt 65 van het onderhavige arrest toe te passen, moeten volgens het Hof alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, inzonderheid de toekenningscriteria en -modaliteiten van de kortingen, en moet worden onderzocht of de kortingen, door middel van een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel, tot doel hebben, de afnemer geen of minder keus te laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten de toegang tot de markt te verhinderen, ten aanzien van handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 73).

68 Om te kunnen oordelen dat een onderneming van haar machtspositie misbruik maakt door een kortingsysteem of premies toe te passen die kwantumkortingen of -premies noch getrouwheidskortingen of -premies zijn in de zin van het arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, moet bijgevolg allereerst worden nagegaan of deze kortingen of premies een uitsluitingseffect kunnen hebben, dat wil zeggen dat zij voor de concurrenten van de onderneming met een machtspositie de toegang tot de markt moeilijker of zelfs onmogelijk maken en dat zij voor haar medecontractanten de keuze tussen verschillende bevoorradingsbronnen of handelspartners moeilijker of zelfs onmogelijk maken.

69 Vervolgens dient te worden onderzocht of de toegekende kortingen en premies uit economisch oogpunt objectief gerechtvaardigd zijn. Overeenkomstig de analyse van het Gerecht in de punten 279 tot en met 291 van het bestreden arrest, staat het een onderneming vrij, aan te tonen dat haar premieregeling economisch gerechtvaardigd is, ook al heeft deze regeling een uitsluitingseffect.

70 Wat het eerste aspect betreft, zijn in de rechtspraak van het Hof aanwijzingen te vinden die aangeven in welke gevallen de door een onderneming met een machtspositie toegekende kortingen of premies niet zonder meer de uitdrukkingsvorm zijn van een bijzonder gunstig aanbod op de markt, doch een uitsluitingseffect doen ontstaan.

71 In de eerste plaats kan een uitsluitingseffect worden teweeggebracht door doelkortingen of doelpremies, dat wil zeggen kortingen of premies die worden toegekend op voorwaarde dat individueel bepaalde verkoopdoelstellingen zijn bereikt (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punten 70-86).

72 Uit de vaststellingen van het Gerecht in de punten 10 en 15 tot en met 17 van het bestreden arrest volgt dat de betrokken premieregelingen waren gebaseerd op individuele verkoopdoelstellingen, aangezien het tarief van de premies afhankelijk was van de stijging van de omzet die elke reisagent gedurende een bepaalde periode uit de verkoop van BA-biljetten haalde.

73 In de tweede plaats volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de verbintenis van een medecontractant jegens de onderneming met een machtspositie en de op hem uitgeoefende pressie bijzonder stringent kunnen zijn wanneer de korting of de

premie niet alleen wordt gerelateerd aan een stijgende omzet die deze medecontractant gedurende de in aanmerking genomen periode met de afname of de verkoop van producten van deze onderneming realiseert, maar ook wordt toegepast op de totale omzet van afgenomen of verkochte producten. Alsdan heeft een relatief kleine schommeling — in meer of in min — van de omzet voor de producten van de onderneming met een machtspositie onevenredig grote gevolgen voor de medecontractant (zie in die zin arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 81).

74 Het Gerecht heeft vastgesteld dat de betrokken premieregelingen een vergelijkbare situatie in het leven roepen. Het behalen van de doelstellingen inzake verkooptoename leidde tot meer provisie over alle door de betrokken reisagent verkochte BA-biljetten en niet alleen over die welke werden verkocht nadat de doelstelling was bereikt (punt 23 van het bestreden arrest). Voor de totale provisie-inkomsten van een reisagent kon het dus van doorslaggevend belang zijn dat hij nog enkele of juist geen extra BA-biljetten verkocht nadat hij een bepaalde omzet had behaald (punten 29 en 30 van de litigieuze beschikking, weergegeven in punt 23 van het bestreden arrest). Het Gerecht, dat deze eigenschap en de gevolgen ervan beschrijft in de punten 272 en 273 van het bestreden arrest, merkt op dat de provisies, wegens de progressiviteit van de hogere premietarieven, „bij het bereiken van de drempel" exponentieel konden stijgen, en vestigt de aandacht op de radicale gevolgen die een lichte stijging in de verkoop van BA-biljetten kon hebben op de tarieven van de resultaatpremies.

75 Ten slotte heeft het Hof geoordeeld dat de pressie die op de verkopers wordt uitgeoefend door een onderneming met een machtspositie die kortingen met dergelijke eigenschappen toekent, nog vergroot wanneer de marktaandelen van deze onderneming veel groter zijn dan die van haar concurrenten (zie in die zin arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 82). In deze omstandigheden is het volgens het Hof voor de concurrenten van deze onderneming bijzonder moeilijk om op te bieden tegen kortingen of premies op basis van het totale verkoopvolume. Wegens haar aanmerkelijk groter marktaandeel vormt de onderneming met een machtspositie doorgaans een onvermijdelijke handelspartner op de markt. Meestal

zijn de door een dergelijke onderneming op basis van de totale omzet toegekende kortingen of premies het aantrekkelijkst, in absolute termen, zelfs vergeleken met gunstigere aanbiedingen van haar concurrenten. Om de medecontracten van de onderneming met een machtspositie te lokken of om van hen een voldoende groot aantal bestellingen te krijgen, zouden deze concurrenten hun aanzienlijk hogere korting- of premietarieven moeten aanbieden.

76 In het onderhavige geval heeft het Gerecht in punt 277 van het bestreden arrest vastgesteld dat het marktaandeel van BA merkelijk groter was dan dat van haar vijf belangrijkste concurrenten in het Verenigd Koninkrijk. Daaruit heeft het in punt 278 van dat arrest geconcludeerd dat de concurrerende luchtvaartmaatschappijen de reisagenten niet dezelfde voordelen als BA konden toekennen, aangezien zij niet in staat waren in het Verenigd Koninkrijk een bedrag aan inkomsten te halen, dat hun voldoende financiële armslag zou hebben geboden om een soortgelijke premieregeling als die van BA in te voeren.

77 Bijgevolg heeft het Gerecht in de punten 270 tot en met 278 van het bestreden arrest terecht onderzocht of de betrokken premieregelingen een klantenbindingseffect hadden met een eventueel uitsluitingseffect tot gevolg.

78 Wat de beoordeling van de marktgegevens en de mededinging betreft, mag het Hof, in het kader van een hogere voorziening, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het Gerecht. Overeenkomstig artikel 225 EG en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof is de hogere voorziening beperkt tot rechtsvragen. De beoordeling van de feiten levert geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de feiten of de bewijsmiddelen, hetgeen in casu niet is aangevoerd (zie in die zin met name arresten van 15 september 2005, BioID/BHIM, C-37/03 P, Jurispr. blz. I-7975, punten 43 en 53, en 21 september 2006, Technische

Unie/Commissie, C-113/04 P, Jurispr. 2006, blz. I-8831, punt 83, alsmede beschikking van 28 september 2006, Unilever Bestfoods/Commissie, C-552/03 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 57). Het argument van BA dat haar concurrenten financieel in staat waren, de reisagenten concurrerende tegenaanbiedingen te doen, is dus niet-ontvankelijk.

79 Hetzelfde geldt voor de stelling van BA dat het Gerecht de exponentiële stijging van de provisies „bij het bereiken van de drempel" heeft overschat. BA stelt aldus de beoordeling van de feiten en de bewijsmiddelen door het Gerecht opnieuw ter discussie, hetgeen in het kader van een hogere voorziening een niet-ontvankelijke grief is.

80 Uit het voorgaande volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond is.

Tweede onderdeel van het eerste middel: de beoordeling door het Gerecht van de relevantie van de objectieve economische rechtvaardiging van de betrokken premieregelingen

— Argumenten van de partijen

81 BA stelt dat het Gerecht in de punten 279 en volgende van het bestreden arrest ten onrechte heeft vastgesteld dat de provisies van BA niet op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten. Dat een luchtvaartmaatschappij reisagenten beloont wanneer zij door extra passagiers aan te brengen ertoe bijdragen dat

zij een hoger verkoopcijfer behaalt en haar hoge vaste kosten kan dekken, is volgens BA economisch gerechtvaardigd.

82 De Commissie en Virgin betwisten dit standpunt. De Commissie merkt op dat het betoog van BA dienaangaande laconiek is. Verklaren dat de luchtvaartsector wordt gekenmerkt door hoge vaste kosten, is geen afdoende rechtvaardiging voor de initiatieven die een luchtvaartmaatschappij neemt om een deel van deze kosten te dekken. In elk geval hebben ook de concurrerende luchtvaartmaatschappijen hoge vaste kosten. De uitsluitingspraktijken van een onderneming met een machtspositie, zoals BA, doen de inkomsten van deze maatschappijen dalen en maken het voor hen nog moeilijker om deze kosten te dekken.

83 Virgin stelt dat een regeling van kwantumkortingen die uitsluitend is gebaseerd op het volume van de aankopen die zijn gedaan bij een onderneming met een machtspositie, in beginsel economisch gerechtvaardigd is, aangezien kwantumkortingen worden beschouwd als het resultaat van efficiëntiewinst en schaalbesparingen van deze onderneming. Voor het Gerecht heeft BA echter erkend dat er geen verband bestond tussen eventuele schaalbesparingen die worden gerealiseerd dankzij de verkoop van BA-biljetten na verwezenlijking van de verkoopdoelstellingen, en de hogere provisietarieven die de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten als tegenprestatie krijgen wanneer hun verkoop deze doelstellingen overstijgt.

— Beoordeling door het Hof

84 Kortingen of premies die een onderneming met een machtspositie toekent aan haar medecontractanten, vormen niet noodzakelijk misbruik en vallen dus niet per se onder het verbod van artikel 82 EG. Volgens vaste rechtspraak moeten alleen kortingen of premies die niet op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie

berusten, worden beschouwd als misbruik (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, punt 90, en Michelin/Commissie, punt 73).

85 Zoals is vastgesteld in punt 69 van het onderhavige arrest, heeft het Gerecht, na te hebben geoordeeld dat de betrokken premieregelingen een uitsluitingseffect hadden, terecht onderzocht of deze regelingen objectief economisch gerechtvaardigd waren.

86 Of een korting- of premieregeling van een onderneming met een machtspositie economisch gerechtvaardigd is, moet worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval (zie in die zin arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 73). Er dient te worden uitgemaakt of het voor de mededinging nadelige uitsluitingseffect van een dergelijke regeling kan worden gecompenseerd, of zelfs geneutraliseerd, door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen. Wanneer het uitsluitingseffect van deze regeling in geen verband staat met de voordelen voor de markt en de verbruikers of verder gaat dan nodig is om deze voordelen te realiseren, moet deze regeling worden beschouwd als misbruik.

87 In de onderhavige zaak heeft het Gerecht terecht op basis van de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde criteria onderzocht of de betrokken premieregelingen economisch gerechtvaardigd waren. In de punten 284 en 285 van het bestreden arrest heeft het een standpunt ingenomen met betrekking tot de argumenten van BA, inzonderheid betreffende de hoge vaste kosten in de luchtvaartsector en het belang van de bezettingsgraad van de vliegtuigen. Op basis van een beoordeling van

alle omstandigheden van het concrete geval is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat deze regelingen niet objectief economisch gerechtvaardigd waren.

88 In dit verband zij vastgesteld dat de argumenten van BA betreffende de hoge vaste kosten in de luchtvaartsector en het belang van de bezettingsgraad van de vliegtuigen niet-ontvankelijk zijn om de in punt 78 van het onderhavige arrest uiteengezette redenen, aangezien BA met deze argumenten in feite opkomt tegen de beoordeling van de feiten en de bewijsmiddelen door het Gerecht. In het kader van een hogere voorziening kan het Hof zijn eigen beoordeling van de marktgegevens en de mededinging echter niet in de plaats stellen van die van het Gerecht.

89 Derhalve moet het tweede onderdeel van het eerste middel niet-ontvankelijk worden verklaard.

90 Bijgevolg heeft het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat de betrokken premieregelingen een klantenbindingseffect en dus een uitsluitingseffect hadden en dat zij economisch niet gerechtvaardigd waren.

91 Derhalve moet het eerste middel in zijn geheel worden afgewezen.

Tweede middel: onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht de vermoedelijke gevolgen van de door BA toegekende provisies niet heeft onderzocht en geen rekening heeft gehouden met de bewijzen waaruit blijkt dat deze provisies geen materiële gevolgen hadden voor de concurrerende luchtvaartmaatschappijen

Argumenten van de partijen

92 Met haar tweede middel verwijt BA het Gerecht in wezen dat het de vermoedelijke gevolgen van de betrokken premieregelingen — te weten het al dan niet bestaan van een uitsluitingseffect — niet heeft onderzocht, hoewel artikel 82 EG eist dat in elk geval de werkelijke of vermoedelijke gevolgen van de gelaakte praktijken worden onderzocht, in plaats van zonder meer uit te gaan van de vorm ervan of van vermoedens van een dergelijk gevolg.

93 Hoewel BA naar eigen zeggen geenszins stelt dat in elke zaak moet worden aangetoond dat de mededinging daadwerkelijk wordt verstoord, bestaan er in het onderhavige geval volgens haar bewijzen waaruit duidelijk blijkt dat de betrokken premieregelingen geen materiële gevolgen deden ontstaan. Deze bewijzen hebben aangetoond dat in het Verenigd Koninkrijk de marktaandelen van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen tijdens de periode van de vermeende inbreuk waren gegroeid en het aandeel van de BA-biljetten in de verkoop van de reisagenten was gekrompen. Volgens BA had het Gerecht rekening moeten houden met deze overduidelijke bewijzen van het niet-bestaan van een uitsluitingseffect. Terwijl het in andere zaken rekening heeft gehouden met bewijzen betreffende de groei van de marktaandelen van de onderneming met een machtspositie en betreffende de scherpe daling van de marktaandelen van haar concurrenten om het bestaan van misbruik te staven, had het immers, omgekeerd, in casu de relevantie van bewijzen die het tegendeel aantonen, moeten erkennen om de stellingen in verband met misbruik te weerleggen.

94 In het bestreden arrest heeft het Gerecht deze bewijzen echter van de hand gewezen door te verklaren — in punt 295 — dat, aangezien de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten ten tijde van de gelaakte feiten goed waren voor 85 % van de verkoop van alle vliegbiljetten die in deze lidstaat werden verkocht, de gedraging van BA „tot gevolg [moet] hebben gehad" dat ten nadele van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen een uitsluitingseffect ontstond en — in punt 298 van hetzelfde arrest — dat de concurrenten van BA beter zouden hebben gepresteerd indien BA zich niet aan deze gedraging schuldig had gemaakt. Het Gerecht heeft in punt 297 van het bestreden arrest ten onrechte daaraan toegevoegd dat, wanneer een onderneming met een machtspositie een praktijk toepast om haar concurrenten uit te sluiten, de omstandigheid dat het resultaat niet wordt bereikt, niet voldoende is om de vaststelling van misbruik te ontkrachten.

95 Volgens Virgin is dit middel niet-ontvankelijk en volgens de Commissie ongegrond. De Commissie stelt met name dat het Gerecht de vermoedelijke gevolgen van de betrokken premieregeling in de punten 271 en volgende van het bestreden arrest grondig heeft onderzocht alvorens in de punten 294 en 295 van dat arrest deze gevolgen te evalueren. Bovendien is het volgens vaste rechtspraak voldoende, teneinde te bewijzen dat een praktijk misbruik vormt, aan te tonen dat het risico bestaat dat de mededinging wordt beperkt, zonder dat het vereist is aan te tonen dat dit gevolg daadwerkelijk bestaat. De Commissie benadrukt dat het Hof in punt 73 van het arrest Michelin/Commissie heeft geoordeeld dat diende te worden onderzocht of de betrokken korting „ten doel heeft" bepaalde beperkende gevolgen te doen ontstaan.

Beoordeling door het Hof

96 Wat het argument van BA betreft dat het Gerecht de vermoedelijke gevolgen van de betrokken premieregelingen niet heeft onderzocht, behoeft slechts te worden vastgesteld dat het Gerecht in de punten 272 en 273 van het bestreden arrest heeft toegelicht hoe deze regelingen werkten.

97 Na de nadruk te hebben gelegd op het feit dat de provisies „bij het bereiken van de drempel" exponentieel konden stijgen, heeft het beschreven hoe een stijging van het aantal BA-biljetten dat tijdens opeenvolgende perioden werd verkocht, deze tarieven exponentieel deed stijgen en, omgekeerd, hoe deze tarieven onevenredig daalden, zelfs wanneer de verkoop van BA-biljetten slechts lichtjes achteruit was gegaan in vergelijking met de vorige periode.

98 Daaruit kon het Gerecht zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting concluderen dat de betrokken premieregelingen een klantenbindingseffect hadden. Derhalve is de grief waarmee BA het Gerecht verwijt, de vermoedelijke gevolgen van deze regelingen niet te hebben onderzocht, ongegrond.

99 Bovendien zij opgemerkt dat BA in punt 99 van haar verzoekschrift in hogere voorziening erkent dat het Gerecht in het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de reisagenten ertoe werden aangezet, hun verkoop van door haar afgegeven biljetten te doen stijgen. Voorts verklaart zij in punt 113 van haar verzoekschrift in hogere voorziening dat, indien het Gerecht de werkelijke of vermoedelijke impact van de betrokken premieregelingen op de mededinging tussen reisagenten had onderzocht, zijn conclusie zou zijn geweest dat deze impact verwaarloosbaar was.

100 Bijgevolg betwist BA niet echt dat deze regelingen tot doel hadden, de reisagenten aan zich te binden en dus de situatie van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen ongunstig te beïnvloeden.

101 Wat de stelling van BA betreft dat het Gerecht onvoldoende rekening heeft gehouden met de bewijzen waaruit blijkt dat de betrokken premieregelingen geen

uitsluitingseffect hadden, behoeft slechts te worden vastgesteld dat dit onderdeel van het tweede middel in het kader van een hogere voorziening niet-ontvankelijk is om de reeds in punt 78 van het onderhavige arrest uiteengezette redenen.

102 Derhalve dient het tweede middel ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond te worden verklaard.

Derde middel: onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht niet heeft onderzocht of het gedrag van BA „ten nadele van de verbruikers" was in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG

Argumenten van de partijen

103 In haar derde middel stelt BA dat het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven doordat het niet heeft onderzocht of de betrokken premieregelingen ten nadele van de verbruikers waren, in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG, zoals door het Hof uitgelegd in het reeds aangehaalde arrest Suiker Unie e.a./ Commissie. Zonder deze voorwaarde te analyseren heeft het Gerecht in punt 295 van het bestreden arrest alleen de impact van het gedrag van BA op haar concurrenten op de markten van het luchtvervoer in het Verenigd Koninkrijk onderzocht.

104 De Commissie en Virgin stellen, met een beroep op het reeds aangehaalde arrest Europemballage en Continental Can/Commissie, dat dit middel ongegrond is,

aangezien artikel 82 EG niet alleen ziet op praktijken die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar ook op praktijken die hen benadelen doordat wordt ingegrepen in een structuur van daadwerkelijke mededinging.

Beoordeling door het Hof

105 Allereerst zij eraan herinnerd dat, zoals is uiteengezet in de punten 57 en 58 van het onderhavige arrest, door een onderneming met een machtspositie toegekende kortingen of premies ook dan in strijd met artikel 82 EG kunnen zijn wanneer zij niet vallen onder een van de in de tweede alinea van dat artikel genoemde voorbeelden.

106 Bovendien ziet artikel 82 EG, zoals het Hof reeds heeft vastgesteld in punt 26 van het arrest Europemballage en Continental Can/Commissie, niet alleen op praktijken die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar ook op die welke hen benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging, zoals bedoeld in artikel 3, lid 1, sub g, EG.

107 Het Gerecht heeft derhalve niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te onderzoeken of het gedrag van BA de verbruikers had benadeeld in de zin van artikel 82, tweede lid, sub b, EG, maar door in de punten 294 en 295 van het bestreden arrest na te gaan of de betrokken premieregelingen een mededingingsbeperkend effect hadden en te oordelen dat de Commissie het bestaan van dat effect had aangetoond in de litigieuze beschikking.

108 Gelet op het voorgaande dient het derde middel ongegrond te worden verklaard.

Vierde middel: onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht heeft geoordeeld dat de nieuwe prestatiepremieregeling hetzelfde effect had als de marketingovereenkomsten, ofschoon de duur van de in aanmerking genomen periode verschilt en de gevolgen van de betrokken premieregelingen voor de concurrenten van BA zijn geanalyseerd noch gekwantificeerd

109 Het door BA aangevoerde vierde middel omvat twee onderdelen: het eerste betreft de verschillen tussen de marketingovereenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling; het tweede betreft de vereisten inzake het bewijs dat de betrokken premieregelingen een uitsluitingseffect hadden.

Eerste onderdeel van het vierde middel: de verschillen tussen de marketingovereenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling

— Argumenten van de partijen

110 In het eerste onderdeel van het vierde middel verwijt BA het Gerecht, te hebben geoordeeld dat de marketingovereenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling hetzelfde mededingingsbeperkende effect hadden, hoewel er grote onderlinge verschillen bestonden. Met name beliep de periode die in het kader van de

marketingovereenkomsten in aanmerking werd genomen voor de toekenning van de premie, één jaar, terwijl dat één maand was in het kader van de nieuwe prestatiepremieregeling. Wanneer een dergelijke korte periode van één maand in aanmerking wordt genomen, kan dit evenwel geen merkbaar uitsluitingseffect doen ontstaan.

111 Virgin is van mening dat het vierde middel in zijn geheel niet-ontvankelijk is, aangezien het feitelijke beoordelingen betreft, en in elk geval ongegrond is.

112 Volgens de Commissie is het argument dat de nieuwe prestatiepremieregeling geen uitsluitingseffect kon doen ontstaan, ongegrond.

— Beoordeling door het Hof

113 Vaststaat dat het Gerecht in het bestreden arrest uitdrukkelijk heeft erkend dat er zowel voor de marketingovereenkomsten als voor de nieuwe prestatiepremieregeling sprake was van een klantenbindingseffect (punten 271-273 van het bestreden arrest), hoewel het erop heeft gewezen dat tussen deze regeling en deze overeenkomsten verschillen bestonden op het vlak van de duur van de in aanmerking genomen perioden (punten 11 en 15 van het bestreden arrest). Uit het bestreden arrest volgt dat het Gerecht, ongeacht het verschil in de duur van de in aanmerking genomen perioden, een doorslaggevend belang heeft gehecht aan het feit dat zowel deze overeenkomsten als deze regeling „bij het bereiken van de drempel" de provisietarieven exponentieel konden doen stijgen van de ene tot de andere periode (punt 272 van het bestreden arrest), en dat de concurrenten van BA bovendien wegens hun merkelijk kleiner marktaandeel het absolute effect van deze

overeenkomsten en van deze regeling niet konden neutraliseren door tegenaanbiedingen (punt 278 van het bestreden arrest).

114 In elk geval vormt deze beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval een beoordeling van de feiten en van de bewijzen waarvoor het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is. Om de in punt 78 van het onderhavige arrest uiteengezette redenen mag het Hof in het kader van een hogere voorziening zijn eigen beoordeling van de marktgegevens en de mededinging niet in de plaats stellen van die van het Gerecht, inzonderheid aangaande de duur van de in aanmerking genomen perioden en de eventuele impact van dat gegeven op het uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen.

115 Derhalve is het eerste onderdeel van het vierde middel niet-ontvankelijk.

Tweede onderdeel van het vierde middel: de vereisten inzake het bewijs dat de betrokken premieregelingen een uitsluitingseffect hadden

— Argumenten van de partijen

116 In het tweede onderdeel van het vierde middel stelt BA dat het Gerecht ten onrechte niet alle omstandigheden van het concrete geval heeft onderzocht om uit te maken of de met BA concurrerende luchtvaartmaatschappijen een negatieve invloed van de betrokken premieregelingen ondervonden. Het Gerecht heeft nagelaten te onder-

zoeken of en in welke mate deze luchtvaartmaatschappijen werden verhinderd, tegenaanbiedingen te doen, doch heeft zich zonder meer gebaseerd op algemene veronderstellingen. Het Gerecht heeft zich aldus beperkt tot algemene verklaringen zoals het marginaal effect en de mogelijkheid dat de provisietarieven „bij het bereiken van de drempel" „exponentieel" stegen van de ene tot de andere periode.

117 Deze oppervlakkige benadering staat volgens BA in contrast met die welke het Hof heeft gevolgd in de arresten Hoffmann-La Roche/Commissie en Michelin/Commissie. In deze arresten heeft het Hof niet geconcludeerd dat er sprake was van misbruik van machtspositie alleen op grond dat het bereiken van een drempel in de betrokken regelingen een hoge korting betekende. Het heeft daarentegen een aantal specifieke elementen onderzocht die, in hun geheel beschouwd, erop wezen dat de stimuleringsregelingen tot concrete uitsluiting leidden.

118 Volgens BA had het Gerecht deze benadering moeten volgen en moeten onderzoeken hoeveel de winst absoluut en relatief bedroeg wanneer de drempel werd bereikt, hoeveel drempels bestonden, of de drempel(s) dicht in de buurt van de totale behoefte van de afnemer lag(en), of de markt zich kon ontwikkelen, hoelang de betrokken periode was en voor welk percentage van de volledige markt de prijsvermindering gold (in casu de diensten van reisagentschappen). In het bestreden arrest is evenwel met geen enkel van deze factoren rekening gehouden. Het Gerecht heeft daarentegen verondersteld dat de mogelijkheid om een hoger gemiddeld provisietarief te verkrijgen in ruil voor een toenemende verkoop van BA-biljetten, noodzakelijkerwijs een onrechtmatig uitsluitingseffect deed ontstaan ten aanzien van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen.

119 Volgens de Commissie is het argument dat de beperking van de afzetmogelijkheden van de concurrenten van BA niet werd gekwantificeerd, niet-ontvankelijk overeenkomstig de artikelen 42, lid 2, en 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, aangezien de Commissie in punt 30 van de litigieuze beschikking deze beperking heeft gekwantificeerd en BA dat deel van het betoog van de Commissie niet heeft betwist in eerste aanleg.

— Beoordeling door het Hof

120 Met het tweede onderdeel van het vierde middel verwijt BA het Gerecht, bij zijn analyse van de gevolgen van de betrokken premieregelingen een oppervlakkige benadering te hebben gevolgd, inzonderheid door na te laten het uitsluitingseffect van deze regelingen te kwantificeren en door algemene stellingen te poneren, zoals de mogelijkheid dat de provisietarieven „bij het bereiken van de drempel" stegen van de ene tot de andere periode.

121 Anders dan de Commissie stelt, is dit onderdeel niet niet-ontvankelijk overeenkomstig de artikelen 42, lid 2, en 118 van het Reglement voor de procesvoering op grond dat BA heeft nagelaten in eerste aanleg het desbetreffende deel van de litigieuze beschikking te betwisten, te weten de berekeningen in punt 30 van deze beschikking, die waren bedoeld ter illustratie van het zeer merkbare effect dat de verkoop van enkele extra BA-biljetten op de provisies van een reisagent had.

122 De grief van BA heeft immers geen betrekking op de door de Commissie ter illustratie gemaakte berekeningen als zodanig, maar op de beoordelingen van het Gerecht betreffende de betrokken premieregelingen. Het tweede onderdeel van het vierde middel is dus ontvankelijk.

123 Dat onderdeel is evenwel ongegrond, want de door BA betwiste oordelen van het Gerecht moeten in samenhang met de berekeningen in de litigieuze beschikking worden gezien. Het Gerecht haalt in punt 23 van het bestreden arrest immers uitdrukkelijk punt 30 van deze beschikking aan. Bijgevolg zijn de door BA betwiste overwegingen van het Gerecht genoegzaam gekwantificeerd. De grief dat het oordeel van het Gerecht dat de concurrenten van BA niet in staat waren tegenaanbiedingen te doen om de betrokken premieregelingen te neutraliseren, niet is gerechtvaardigd, mist dus feitelijke grondslag.

124 Derhalve moet het tweede onderdeel van het vierde middel ongegrond worden verklaard.

125 Bijgevolg dient het vierde middel ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond te worden verklaard.

Vijfde middel: onjuiste toepassing, door het Gerecht, van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG wat het discriminerende effect van de betrokken premieregelingen ten aanzien van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten betreft

126 Vooraf zij opgemerkt dat, los van de vaststellingen van het Hof betreffende de eerste vier middelen van BA, betreffende het bestaan van misbruik als gevolg van het objectief economisch niet-gerechtvaardigde uitsluitingseffect van de betrokken premieregelingen ten aanzien van de concurrenten van BA, het vijfde middel dient te worden onderzocht voor zover BA er belang bij blijft houden te betwisten dat deze regelingen overeenkomstig artikel 82, tweede alinea, sub c, EG verboden zijn, aangezien de opgelegde geldboete kan worden verlaagd wanneer wordt vastgesteld dat er geen sprake is van misbruik in de zin van deze bepaling.

Argumenten van de partijen

127 Met haar vijfde middel, inzake de punten 233 tot en met 240 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht de vaststellingen van de Commissie betreffende het

discriminerende effect van de betrokken premieregelingen bevestigt, verwijt BA het Gerecht in wezen dat het op basis van een onjuiste toepassing van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG heeft geconcludeerd dat deze regelingen ten aanzien van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een discriminatie in het leven riepen.

128 Volgens BA is het Gerecht daarbij uitsluitend uitgegaan van de veronderstelling, zoals verwoord in punt 238 van het bestreden arrest, dat het feit alleen dat voor twee reisagenten een verschillend provisietarief gold hoewel zij uit de verkoop van BA-biljetten eenzelfde omzet behaalden, „uiteraard" hun vermogen om elkaar te beconcurreren aantastte.

129 BA stelt echter dat een verschillende behandeling zonder meer, zoals het feit dat op twee reisagenten een verschillend provisietarief wordt toegepast, niet volstaat opdat artikel 82, tweede alinea, sub c, BE van toepassing wordt. Een verschillende behandeling is op grond van deze bepaling slechts verboden wanneer de vergeleken prestaties gelijkwaardig zijn, de daarop toegepaste voorwaarden verschillen en de agent die een lagere provisie ontvangt, bij de mededinging wordt benadeeld in vergelijking met een agent die een hogere provisie krijgt.

130 Het Gerecht heeft volgens BA blijk van een onjuiste rechtsopvatting van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG gegeven door te oordelen dat transacties waarbij een reisagent zijn verkoop doet stijgen, en transacties waarbij een agent zijn verkoop niet doet stijgen, „gelijkwaardige prestaties" zijn in de zin van dat artikel. De situatie van een reisagent die gedurende een bepaalde periode meer BA-biljetten heeft verkocht, is niet vergelijkbaar met die van andere agenten zonder stijgend verkoopcijfer. Een reisagent die zijn omzet uit de verkoop van door een bepaalde luchtvaartmaatschappij afgegeven biljetten vergroot, is voor deze maatschappij van groot nut, aangezien zij dankzij hem en zijn aanbreng van extra passagiers in staat is haar hoge vaste kosten te dekken, hetgeen een beloning rechtvaardigt.

131 Bovendien heeft het Gerecht, eveneens ten onrechte, niet onderzocht of de reisagenten bij de mededinging werden benadeeld, zoals wordt geëist in artikel 82, tweede alinea, sub c, EG.

132 De Commissie en Virgin zijn het er daarentegen over eens dat in de betrokken premieregelingen vergelijkbare feiten zonder objectieve reden verschillend worden behandeld. De Commissie stelt met name dat de prestaties van reisagenten die BA-biljetten verkopen, gelijkwaardig zijn voor zover de verhoogde provisietarieven niet aan de door BA gerealiseerde productiviteitswinst zijn gekoppeld, zodat reisagenten die vergeleken met de referentieperiode een hoger verkoopcijfer hebben behaald, aan BA geen extra dienst hebben geleverd. De Commissie voegt daaraan toe dat een grondige analyse van het mededingingsnadeel van de betrokken reisagenten, niet in rechte is voorgeschreven. Volgens Virgin is dat nadeel in elk geval overduidelijk.

Beoordeling door het Hof

133 Artikel 82, tweede alinea, sub c, EG verbiedt elke discriminatie die een onderneming met een machtspositie teweegbrengt door ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen en hun daardoor nadeel bij de mededinging te berokkenen (arrest van 29 maart 2001, Portugal/Commissie, C-163/99, Jurispr. blz. I-2613, punt 46).

134 In casu staat vast dat BA verschillende provisietarieven heeft toegepast op in het Verenigd Koninkrijk werkzame reisagenten naargelang zij hun aan de referentieperiode gerelateerde verkoopdoelstellingen hadden bereikt.

135 Er dient nog te worden onderzocht of het Gerecht er op goede grond van kon uitgaan dat de prestaties van de reisagenten gelijkwaardig waren teneinde te concluderen dat de betrokken premieregelingen, waarbij een verschillend provisietarief kon worden toegepast op reisagenten die eenzelfde aantal BA-biljetten hadden verkocht, discriminerend waren en of het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen gedetailleerde vaststellingen in verband met het bestaan van een nadeel bij de mededinging te doen.

— Eerste onderdeel van het vijfde middel: de gelijkwaardigheid van de prestaties van de reisagenten

136 Met het eerste onderdeel van het vijfde middel betwist BA de analyse van het Gerecht inzake de vergelijkbaarheid van de prestaties van reisagenten die hun verkoopdoelstellingen voor BA-biljetten hebben bereikt, en van de prestaties van reisagenten die deze doelstellingen niet hebben bereikt. Met een eerste grief verwijt BA het Gerecht, geen rekening te hebben gehouden met het grotere economische nut dat de prestaties van reisagenten die hun verkoopdoelstellingen hebben bereikt of hun omzet hebben verhoogd, uit het oogpunt van de luchtvaartmaatschappij hebben.

137 Aangaande dat laatste punt, betreffende de beoordeling door het Gerecht van de omstandigheden van het concrete geval waaruit de vergelijkbaarheid van of, integendeel, het verschil tussen de prestaties van de reisagenten voor een luchtvaartmaatschappij als BA zou kunnen worden afgeleid, behoeft er slechts aan te worden herinnerd dat het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is ter zake van de beoordeling van de feiten en de bewijsmiddelen. Het Hof kan in het kader van een hogere voorziening bijgevolg zijn eigen beoordeling van de marktgegevens en de mededinging niet in de plaats stellen van die van het Gerecht. Deze grief is derhalve niet-ontvankelijk.

138 Aangaande de tweede grief, namelijk dat het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG heeft gegeven door te

oordelen dat transacties van een reisagent die meer BA-biljetten had verkocht, en transacties van een reisagent die deze verkoop niet had doen stijgen, „gelijkwaardige prestaties" in de zin van deze bepaling vormen, zij opgemerkt dat het Gerecht in punt 234 van het bestreden arrest eraan heeft herinnerd dat, wanneer de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten hun doelstelling inzake toename van de verkoop van BA-biljetten verwezenlijkten, BA het verhoogde provisietarief niet alleen op het marginale aantal verkochte biljetten toepaste, maar op het totale aantal BA-biljetten die tijdens de betrokken periode waren verkocht.

139 Het Gerecht heeft daaruit logischerwijs afgeleid dat de betrokken premieregelingen tot gevolg hadden dat de verkoop van eenzelfde aantal BA-biljetten door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten verschillend werd vergoed naargelang deze agenten hun doelstellingen inzake toename van de verkoop in vergelijking met de referentieperiode wel of niet hadden bereikt.

140 Het Gerecht heeft dus niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de prestaties van reisagenten die gedurende een bepaalde periode in absolute cijfers hetzelfde aantal BA-biljetten hadden verkocht, als gelijkwaardig te beschouwen. Deze tweede grief is dus ongegrond.

141 Derhalve dient het eerste onderdeel van het vijfde middel ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond te worden verklaard.

— Tweede onderdeel van het vijfde middel: de vereisten inzake de vaststellingen van een nadeel bij de mededinging

142 Met het tweede onderdeel van het vijfde middel stelt BA dat het voor de correcte toepassing van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG niet voldoende is dat het Gerecht

zonder meer vaststelt, zoals het heeft gedaan in punt 238 van het bestreden arrest, dat het vermogen van de reisagenten om elkaar te beconcurreren „uiteraard [wordt] aangetast door de discriminerende vergoedingsvoorwaarden, die inherent zijn aan de [betrokken premieregelingen]", aangezien in concreto moet worden bewezen dat een nadeel bij de mededinging bestaat.

143 Het specifieke discriminatieverbod van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG maakt deel uit van het regime dat overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub g, EG verzekert dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Het commerciële gedrag van de onderneming met een machtspositie mag de mededinging op een upstream- of downstream-markt niet vervalsen, dat wil zeggen de mededinging tussen leveranciers of tussen afnemers van deze onderneming. De medecontractanten van deze onderneming mogen geen voordeel of nadeel ondervinden bij de mededinging die zij onderling voeren.

144 Bijgevolg is slechts voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG wanneer vaststaat dat het gedrag van de onderneming met een machtpositie op een gegeven markt niet alleen discriminerend is, maar ook tot doel heeft, deze concurrentieverhouding scheef te trekken, dat wil zeggen, afbreuk te doen aan de mededingingspositie van een deel van de handelspartners van deze onderneming jegens de anderen (zie in die zin arrest Suiker Unie e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 523 en 524).

145 De discriminatie ten aanzien van handelspartners die onderling in een concurrentieverhouding staan, kan als misbruik worden beschouwd zodra het gedrag van de onderneming met een machtspositie, gelet op alle omstandigheden van het concrete geval, tot doel heeft, de mededinging tussen deze handelspartners te verstoren. In

een dergelijk geval kan niet worden geëist dat bovendien het bewijs wordt geleverd van een kwantificeerbare daadwerkelijke verslechtering van de mededingingspositie van de handelspartners individueel beschouwd.

146 In de punten 237 en 238 van het bestreden arrest stelt het Gerecht vast dat de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een hevige concurrentiestrijd leveren en dat hun vermogen om elkaar te beconcurreren afhankelijk is van twee elementen, te weten ten eerste „hun vermogen op de vliegroutes zitplaatsen volgens de wensen van de reizigers tegen een redelijke prijs aan te bieden" en ten tweede de individuele financiële middelen.

147 Bovendien heeft het Gerecht in het deel van het arrest waarin het klantenbindingseffect van de betrokken premieregelingen wordt onderzocht, vastgesteld dat deze regelingen de inkomsten van een reisagent exponentieel en aanzienlijk konden wijzigen.

148 Gelet op deze feiten kon het Gerecht bij de toetsing van de betrokken premieregelingen aan artikel 82, tweede alinea, sub c, EG rechtstreeks en zonder gedetailleerde tussenstap concluderen dat het vermogen van deze agenten om elkaar te beconcurreren werd aangetast door de door BA toegepaste discriminerende vergoedingsvoorwaarden.

149 Bijgevolg kan het Gerecht niet worden verweten, blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet na te gaan of door slechts oppervlakkig na te gaan of en in welke mate deze voorwaarden de concurrentiepositie van de handelspartners van BA aantastten. Bijgevolg heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat de betrokken premieregelingen een discriminerend effect hadden in de zin van

artikel 82, tweede alinea, sub c, EG. Het tweede onderdeel van het vijfde middel is dus ongegrond.

150 Derhalve dient het vijfde middel in zijn geheel te worden afgewezen.

151 Aangezien geen van de door BA ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middelen kan worden aanvaard, moet de hogere voorziening worden afgewezen.

Kosten

152 Overeenkomstig artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Overeenkomstig artikel 69, tweede alinea, van dat reglement, dat krachtens artikel 118 van datzelfde reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien BA in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie en van Virgin te worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) British Airways plc wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen