ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

15 de Março de 2007 *

Índice

Antecedentes do litígio ..... I - 2377

O recurso perante o Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido ..... I - 2380

Pedidos das partes ..... I - 2387

Quanto ao recurso ..... I - 2388

Quanto ao primeiro fundamento, baseado num erro de direito na apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância do efeito de exclusão dos regimes de prémios em causa I - 2390

Quanto à primeira parte do primeiro fundamento, relativa ao critério de apreciação do eventual efeito de exclusão dos regimes de prémios em causa .. I - 2390

— Argumentos das partes ..... I - 2390

— Apreciação do Tribunal de Justiça ..... I - 2395

Quanto à segunda parte do primeiro fundamento, relativa à apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância da pertinência da justificação económica objectiva dos regimes de prémios em causa ..... I - 2403

— Argumentos das partes ..... I - 2403

— Apreciação do Tribunal de Justiça ..... I - 2404

Quanto ao segundo fundamento, baseado em erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância por não ter examinado os efeitos prováveis das comissões concedidas pela BA nem ter tido em conta provas de que as referidas comissões não tinham qualquer efeito material sobre as companhias aéreas concorrentes ..... I - 2407

Argumentos das partes ..... I - 2407

Apreciação do Tribunal de Justiça ..... I - 2408

Quanto ao terceiro fundamento, baseado em erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância por não ter examinado se o comportamento da BA tinha causado «prejuízo [aos] consumidores», na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE ..... I - 2410

Argumentos das partes ..... I - 2410

Apreciação do Tribunal de Justiça ..... I - 2411

* Língua do processo: inglês.

Quanto ao quarto fundamento, baseado em erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância ao considerar que o novo regime de prémios de resultados tinha o mesmo efeito que os acordos comerciais, apesar da duração diferente do período tomado em consideração, e na falta de análise e de quantificação dos efeitos dos regimes de prémios em causa sobre os concorrentes da BA ..... I - 2412

Quanto à primeira parte do quarto fundamento, relativa às diferenças entre os acordos comerciais e o novo regime de prémios de resultados ..... I - 2412

— Argumentos das partes ..... I - 2412

— Apreciação do Tribunal de Justiça ..... I - 2413

Quanto à segunda parte do quarto fundamento, relativa aos requisitos da prova do efeito eliminatório dos regimes de prémios em causa ..... I - 2414

— Argumentos das partes ..... I - 2414

— Apreciação do Tribunal de Justiça ..... I - 2416

Quanto ao quinto fundamento, baseado na aplicação incorrecta, pelo Tribunal de Primeira Instância, do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, quanto ao efeito discriminatório dos regimes de prémios em causa para as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido ..... I - 2417

Argumentos das partes ..... I - 2417

Apreciação do Tribunal de Justiça ..... I - 2419

— Quanto à primeira parte do quinto fundamento, relativa à equivalência das prestações das agências de viagens ..... I - 2420

— Quanto à segunda parte do quinto fundamento, relativa às exigências de constatação de uma desvantagem concorrencial ..... I - 2421

Quanto às despesas ..... I - 2424

No processo C-95/04 P,

que tem por objecto um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, entrado em 25 de Fevereiro de 2004,

British Airways plc, com sede em Waterside (Reino Unido), representada por R. Subiotto, solicitor, R. O'Donoghue, barrister, e W. Wood, QC,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por P. Oliver, A. Nijenhuis e M. Wilderspin, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

Virgin Atlantic Airways Ltd, com sede em Crawley (Reino Unido), representada por J. Scott, solicitor, C. West, barrister, e N. Green, QC,

interveniente em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas (relator), presidente de secção, A. Borg Barthet e J. Malenovský, juízes,

advogada-geral: J. Kokott,

secretário: H. von Holstein, secretário adjunto,

vistos os autos e após a audiência de 15 de Dezembro de 2005,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 23 de Fevereiro de 2006,

profere o presente

Acórdão

1 Através do presente recurso, a British Airways plc (a seguir «BA») pede a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 17 de Dezembro de 2003, British Airways/Comissão (T-219/99, Colect., p. II-5917, a

seguir «acórdão recorrido»), que negou provimento ao seu recurso de anulação da Decisão 2000/74/CE da Comissão, de 14 de Julho de 1999, relativa a um processo nos termos do artigo 82.° do Tratado CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways, JO 2000, L 30, p. 1, a seguir «decisão controvertida»), que aplicou à BA uma coima no montante de 6,8 milhões de euros por abuso de posição dominante no mercado dos serviços das agências de viagens aéreas do Reino Unido.

Antecedentes do litígio

2 Os factos na origem do presente litígio, como resultam dos autos submetidos ao Tribunal de Primeira Instância e expostos nos n.ºs 4 a 19 do acórdão recorrido, podem ser resumidos do modo seguinte.

3 A BA, a maior companhia aérea do Reino Unido, celebrou com agências de viagens estabelecidas no território deste Estado-Membro e reconhecidas pela International Air Transport Association (IATA) acordos que lhes conferiam direito a uma comissão de base sobre as vendas de bilhetes de transporte para os voos organizados pela BA (a seguir «bilhetes BA») realizadas por estas agências e que compreendiam igualmente três regimes distintos de incentivos financeiros: os acordos de *marketing*, os acordos globais e, posteriormente, o regime de prémios de resultados, aplicável a partir de 1 de Janeiro de 1998.

4 Os acordos de *marketing* permitiam a determinadas agências de viagens, mais concretamente àquelas que realizassem mais de 500 000 GBP de vendas anuais de

bilhetes BA, receber gratificações para além da comissão de base, designadamente um prémio de resultados calculado a partir de uma tabela progressiva, baseada na evolução das receitas resultantes das vendas de bilhetes BA realizadas por uma agência de viagens e que dependia do aumento dessas vendas de um ano para o outro.

5 Em 9 de Julho de 1993, a Virgin Atlantic Airways Ltd (a seguir «Virgin») apresentou uma queixa à Comissão das Comunidades Europeias relativa, nomeadamente, a esses acordos de *marketing*.

6 A Comissão decidiu instaurar um processo relativamente a estes acordos e adoptou, em 20 de Dezembro de 1996, uma comunicação das acusações contra a BA. Foram ouvidas as alegações desta última numa audiência que teve lugar em 12 de Novembro de 1997.

7 O segundo tipo de acordos de incentivos, a saber, os «acordos globais», foi celebrado com três agências de viagens, permitindo que recebessem comissões adicionais, calculadas por referência ao aumento da quota da BA nas vendas das agências a nível mundial.

8 Em 17 de Novembro de 1997, a BA enviou a todas as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido um folheto onde expunha as modalidades de um terceiro tipo de acordo de incentivos, que consistia num novo regime de prémios de resultados.

9 Nos termos deste regime, a comissão de base foi reduzida para 7% sobre todos os bilhetes BA (ao passo que as percentagens de comissão anteriores se elevavam a 9% para as vendas de bilhetes internacionais e a 7,5% para as vendas de bilhetes relativos a voos no Reino Unido), mas cada agência de viagens podia obter uma comissão adicional até 3% no que se refere aos bilhetes internacionais e até 1% para os bilhetes relativos a voos domésticos. A importância do elemento variável adicional dependia da evolução dos resultados das agências de viagens quanto à venda de bilhetes BA. Estes resultados eram avaliados comparando as receitas totais das vendas de bilhetes BA emitidos por uma agência de viagens num mês específico com as receitas semelhantes do mês correspondente do ano anterior. O elemento variável adicional era devido quando a relação entre as receitas do período tomado em consideração e as do período de referência era de 95% e alcançava o seu nível máximo quando esta relação era de 125%.

10 Em 9 de Janeiro de 1998, a Virgin apresentou uma queixa complementar respeitante ao novo regime de prémios de resultados. Em 12 de Março de 1998, a Comissão adoptou uma comunicação de acusações complementar contra este regime.

11 Em 14 de Julho de 1999, a Comissão adoptou a decisão controvertida, na qual considera, no n.º 96 dos seus fundamentos, que, ao aplicar os acordos comerciais e o novo regime de prémios de resultados (a seguir, em conjunto, «regimes de prémios em causa») às agências de viagens estabelecidas no Reino Unido, a BA abusou da posição dominante que detém, neste Estado-Membro, no mercado dos serviços das agências de viagens aéreas. Afirmou que, ao recompensar a fidelidade das agências de viagens e ao efectuar uma discriminação entre elas, este comportamento abusivo tinha por objecto e efeito excluir concorrentes da BA dos mercados do transporte aéreo do Reino Unido.

O recurso perante o Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido

12 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância, em 1 de Outubro de 1999, a BA interpôs um recurso de anulação da decisão controvertida.

13 No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento a este recurso.

14 Em apoio daquele seu recurso, a BA tinha apresentado oito fundamentos através dos quais arguiu, respectivamente, a incompetência da Comissão, a violação do princípio da não discriminação, a definição errada do mercado sectorial e geográfico relevante, a inexistência de elo de conexão entre os mercados sectoriais alegadamente afectados, a adopção da decisão controvertida com fundamento numa base jurídica errónea, a inexistência de posição dominante, a inexistência de abuso de posição dominante e, por último, o carácter excessivo da coima.

15 No âmbito do presente recurso só está em causa o sétimo fundamento. Com este fundamento, decorrente da inexistência de abuso de posição dominante, a BA contesta a afirmação da Comissão segundo a qual os regimes de prémios de resultados originaram uma discriminação entre as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido ou produziram um efeito de exclusão relativamente às companhias aéreas concorrentes.

16 No que toca, em primeiro lugar, ao carácter discriminatório destes regimes, o Tribunal de Primeira Instância recordou, no n.º 233 do acórdão recorrido, que a exploração abusiva de uma posição dominante pode consistir em aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência, na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE.

17 No número seguinte deste acórdão, o Tribunal de Primeira Instância declarou que o aumento da percentagem das comissões pagas pela BA se aplicava não só aos bilhetes BA vendidos uma vez alcançado o objectivo de vendas, mas a todos os bilhetes BA vendidos através de uma agência de viagens durante o período considerado. A seguir, o Tribunal de Primeira Instância concluiu, no n.º 236 do referido acórdão, que, ao remunerar de forma diferente serviços idênticos prestados no decurso de um mesmo período, esses regimes de prémios falseavam o nível da remuneração que as agências de viagens auferiam sob a forma de comissões pagas pela BA.

18 No n.º 238 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância afirmou que estas condições discriminatórias de remuneração afectavam a aptidão das agências de viagens estabelecidas no Reino Unido para fazer concorrência entre si no fornecimento, aos viajantes, de serviços de agências de viagens aéreas e para suscitar a procura das companhias aéreas concorrentes para esses serviços.

19 No n.º 240 do referido acórdão, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que a Comissão podia considerar que os regimes de prémios em causa constituíam, no caso da BA, uma exploração abusiva da sua posição dominante no mercado dos serviços de agências de viagens aéreas do Reino Unido, na medida em que produziam efeitos discriminatórios entre as agências de viagens estabelecidas neste

Estado-Membro e, portanto, acarretavam para algumas delas uma desvantagem na concorrência, na acepção do artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE.

20 Em segundo lugar, quanto ao efeito de exclusão das companhias aéreas concorrentes da BA decorrente do efeito de fidelização resultante dos regimes de prémios em causa, o Tribunal de Primeira Instância recordou, nos n.os 245 e 246 do acórdão recorrido, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora se considere, em geral, que os regimes de descontos de quantidade ligados exclusivamente ao volume de compras efectuadas a um produtor dominante não têm por efeito impedir, em violação do artigo 82.° CE, o abastecimento dos clientes deste produtor junto dos seus concorrentes, um sistema de descontos dependente da realização de um objectivo de compra aplicado por este produtor viola o artigo 82.° CE (v., neste sentido, acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin/ /Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.° 71).

21 No n.° 270 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, para determinar se a BA explorou de forma abusiva a sua posição dominante, aplicando às agências de viagens estabelecidas no Reino Unido os regimes de prémios em causa, importa apreciar os critérios e as modalidades da concessão e examinar se esses prémios conduziam, através de uma vantagem que não decorria de nenhuma prestação económica que a justificasse, a excluir ou limitar a possibilidade de essas agências venderem os seus serviços às companhias aéreas da sua escolha e, deste modo, a entravar o acesso das companhias aéreas concorrentes da BA ao mercado dos serviços de agências de viagens aéreas do Reino Unido.

22 No n.° 271 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que era preciso determinar se, nesse caso, os regimes de prémios em causa tinham um efeito

fidelizador relativamente às agências de viagens estabelecidas no Reino Unido e, se necessário, determinar se esses regimes assentavam numa contrapartida economicamente justificada.

23 No que diz respeito, em primeiro lugar, ao carácter fidelizador dos regimes de prémios em causa, o Tribunal de Primeira Instância constatou, nos n.os 272 e 273 do referido acórdão, a existência deste efeito por duas razões. Por um lado, devido à sua natureza progressiva com efeitos colaterais muito sensíveis, as percentagens de comissão majoradas eram susceptíveis de aumentar exponencialmente de um período para outro. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, quanto mais elevadas fossem as receitas procedentes das vendas de bilhetes BA durante o período de referência, maior era a penalização suportada pelas agências de viagens sob a forma de uma redução desproporcionada das percentagens dos prémios de resultados, em caso de um decréscimo, mesmo ligeiro, destas vendas no decurso do período considerado em comparação com o período de referência.

24 Além disso, quanto à objecção da BA segundo a qual os regimes de prémios em causa não impediriam os seus concorrentes de celebrar acordos similares com as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido, o Tribunal de Primeira Instância recordou, no n.º 277 do acórdão recorrido, que o número de bilhetes BA vendidos pelas referidas agências no conjunto representado pelas linhas aéreas que tinham como pontos de partida e destino aeroportos situados neste Estado-Membro foi, invariavelmente, um múltiplo tanto das vendas de bilhetes realizadas por cada um dos cinco principais concorrentes da BA como do total cumulado dessas mesmas vendas. O Tribunal de Primeira Instância concluiu desse facto, no n.º 278 deste acórdão, que ficou suficientemente demonstrado que as empresas concorrentes não estavam em condições de realizar, no Reino Unido, receitas susceptíveis de constituir uma base financeira suficientemente ampla para lhes permitir instituir eficazmente um regime de prémios comparável aos regimes de prémios em causa para contrariar o efeito de exclusão produzido por estes últimos.

25 Em segundo lugar, relativamente à questão de saber se os regimes de prémios em causa assentavam numa contrapartida economicamente justificada, o Tribunal de Primeira Instância recordou, no n.º 279 do acórdão recorrido, que a existência de uma posição dominante não priva a empresa nessa posição da faculdade de praticar, em termos razoáveis, os actos que julgue adequados à preservação dos seus próprios interesses comerciais quando estes estiverem ameaçados. Não obstante, no n.º 280 deste acórdão, precisou que, para ser legítima, a protecção da posição concorrencial de uma tal empresa deve assentar em critérios de eficácia económica.

26 No n.º 281 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou que a BA não demonstrou que o efeito fidelizador dos regimes de prémios em causa assentava numa contrapartida economicamente justificada. Nos n.ºs 282 e 283 deste acórdão entendeu, a este respeito, que, dado que a realização dos objectivos de progressão das vendas de bilhetes BA pelas agências de viagens estabelecidas no Reino Unido desencadeava a aplicação de uma comissão a uma percentagem majorada, não apenas no que respeita aos bilhetes BA vendidos uma vez atingidos esses objectivos, mas relativamente a todos os bilhetes BA processados ao longo do período considerado, a remuneração suplementar destas agências não tinha qualquer relação objectiva com a contrapartida que decorria, para a BA, da venda dos bilhetes de avião suplementares.

27 Além disso, no n.º 285 do referido acórdão, o Tribunal de Primeira Instância indicou ainda que, mesmo que qualquer companhia aérea tenha interesse em vender bilhetes suplementares para os seus voos, evitando deixar lugares desocupados, a vantagem que representa uma melhor taxa de ocupação dos aparelhos deve, no caso em apreço, ser consideravelmente atenuada, em razão do custo superior suportado pela BA com o aumento da remuneração da agência de viagens decorrente da aplicação retroactiva da comissão majorada.

28 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância concluiu, nos n.ºs 286 a 288 do acórdão recorrido, que, não assentando em qualquer contrapartida economicamente

justificada, se deve considerar que os regimes de prémios em causa se destinavam sobretudo a remunerar a progressão das vendas de bilhetes BA de um período de referência para outro e, portanto, a reforçar a fidelidade das agências de viagens estabelecidas no território do Reino Unido à BA. Por conseguinte, estes regimes impediam a entrada ou a progressão, no mercado britânico, dos serviços de agências de viagens aéreas das companhias aéreas concorrentes da BA e obstavam, deste modo, à manutenção do grau de concorrência existente ou ao desenvolvimento desta concorrência no referido mercado.

29 Além disso, no n.º 290 deste acórdão, o Tribunal de Primeira Instância frisou que a BA admitiu na audiência que não existia uma relação precisa entre, por um lado, as eventuais economias de escala realizadas graças aos bilhetes BA suplementares vendidos após a realização dos objectivos de venda e, por outro, as majorações das percentagens das comissões pagas em contrapartida às agências de viagens estabelecidas no Reino Unido.

30 Finalmente, no n.º 293 do referido acórdão, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou o argumento da BA segundo o qual a Comissão não tinha demonstrado que os regimes de prémios em causa produziam um efeito de exclusão. A este propósito, indicou, por um lado, que, para apurar uma violação do artigo 82.º CE, não é necessário demonstrar que o abuso controvertido teve um efeito concreto nos mercados em causa, sendo suficiente demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante tende a restringir a concorrência.

31 Por outro lado, no número seguinte do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou não só que os regimes de prémios em causa eram susceptíveis

de ter um efeito restritivo nos mercados dos serviços de agências de viagens aéreas e do transporte aéreo do Reino Unido mas também que a Comissão demonstrou concretamente o efeito restritivo das práticas controvertidas nos referidos mercados.

32 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância afirmou, em primeiro lugar, que, tendo 85% dos bilhetes vendidos no Reino Unido sido emitidos, à época dos factos em causa, através das agências de viagens, o comportamento da BA no mercado dos serviços das agências de viagens aéreas deste Estado-Membro «não pôde deixar de produzir, em detrimento das companhias aéreas concorrentes, um efeito de exclusão dos mercados britânicos do transporte aéreo» (n.º 295 do acórdão recorrido). O Tribunal de Primeira Instância considerou, em segundo lugar, que, «quando uma empresa em posição dominante aplica efectivamente uma prática que provoca o afastamento dos seus concorrentes, a circunstância de o resultado esperado não ser alcançado não basta para afastar a qualificação de abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE» (n.º 297 do acórdão recorrido).

33 Por último, no n.º 298 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou que o crescimento das quotas de mercado de certos concorrentes da BA — crescimento reduzido em termos absolutos, atenta a modéstia das suas quotas de mercado originárias — não significa que as práticas da BA não tenham produzido efeitos, pois, se essas práticas não existissem, «pode-se considerar que as partes de mercado desses concorrentes poderiam ter aumentado de modo mais significativo».

34 Portanto, no n.º 300 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que o sétimo fundamento não podia ser acolhido.

Pedidos das partes

35 A BA conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— anular, no todo ou em parte, o acórdão recorrido;

— anular ou reduzir o montante da coima resultante da decisão controvertida na proporção que o Tribunal de Justiça entenda adequada, no exercício do seu poder de apreciação;

— ordenar qualquer outra medida que o Tribunal de Justiça julgue apropriada;

— condenar a Comissão nas despesas.

36 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— negar provimento à totalidade do recurso;

— condenar a BA nas despesas suportadas pela Comissão no presente processo.

37 A Virgin conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— julgar o recurso inadmissível ou, em qualquer caso, manifestamente improcedente e rejeitá-lo em despacho fundamentado, nos termos do artigo 119.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça;

— a título subsidiário, negar provimento ao recurso e confirmar na íntegra o acórdão recorrido;

— em qualquer caso, condenar a BA no pagamento das despesas, incluindo as despesas da Virgin.

Quanto ao recurso

38 Em apoio do seu recurso, a BA invoca cinco fundamentos, baseados respectivamente:

— em erro de direito, na medida em que alegadamente o Tribunal de Primeira Instância aplicou um critério incorrecto ao apreciar o efeito de exclusão dos

regimes de prémios em causa e ao concluir que estes regimes não tinham uma justificação económica objectiva;

— em erro de direito, na medida em que alegadamente o Tribunal de Primeira Instância não tomou em consideração provas de que as comissões concedidas pela BA não tinham tido qualquer efeito material sobre os seus concorrentes;

— em erro de direito, na medida em que alegadamente o Tribunal de Primeira Instância não examinou se existia um «prejuízo para os consumidores», na acepção do artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea b), CE;

— em erro de direito, na medida em que alegadamente o Tribunal de Primeira Instância considerou, sem razão, que o novo regime de prémios de resultados tinha o mesmo efeito que os acordos comerciais, apesar da diferença decorrente da duração do período tomado em conta para cada um dos regimes, e não analisou nem quantificou os efeitos do referido regime sobre os concorrentes da BA;

— na aplicação incorrecta do artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE, quanto à apreciação do efeito discriminatório dos regimes de prémios em causa para as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido.

Quanto ao primeiro fundamento, baseado num erro de direito na apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância do efeito de exclusão dos regimes de prémios em causa

39 Com este fundamento, a BA critica as afirmações feitas nos n.os 270 a 298 do acórdão recorrido, segundo as quais os prémios concedidos pela BA têm, por um lado, um efeito de fidelização e, portanto, um efeito de exclusão, e, por outro, não estão justificados de um ponto de vista económico.

Quanto à primeira parte do primeiro fundamento, relativa ao critério de apreciação do eventual efeito de exclusão dos regimes de prémios em causa

— Argumentos das partes

40 A BA alega, em primeiro lugar, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao apreciar os regimes de prémios em causa à luz de um critério incorrecto, relativo ao efeito de fidelização destes regimes.

41 Segundo a BA, o artigo 82.º CE proíbe apenas que uma empresa em posição dominante utilize métodos diferentes dos que regem uma concorrência normal

entre produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores económicos, ou seja, o recurso a métodos diferentes da concorrência pelo mérito, à qual se assemelha a concorrência legítima através dos preços. Esta concorrência legítima implica que uma empresa deve ser livre para conceder aos seus parceiros comerciais descontos mais elevados do que os oferecidos pelos seus concorrentes.

42 Ora, em sua opinião, o Tribunal de Primeira Instância não distinguiu, ao examinar o efeito de fidelização dos regimes de prémios em causa, entre a fidelidade dos clientes resultante da comissão mais generosa ou dos preços mais baixos e a fidelidade dos clientes decorrente de práticas anticoncorrenciais ou exclusivas, que eliminam os concorrentes criando-lhes dificuldades ou obstáculos artificiais.

43 Segundo a BA, a ambiguidade do conceito de «fidelização» utilizado pelo Tribunal de Primeira Instância implica que era praticamente inevitável condenar os regimes de prémios em causa, já que compreendiam um efeito de fidelização no sentido de que as comissões eram generosas e atractivas para as agências de viagens.

44 Entende que esta abordagem adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância é incompatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, segundo a BA, resulta dos acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217) e Michelin/Comissão, já referido, que a concessão, por uma empresa em posição dominante, de comissões mais elevadas só pode ser abusiva se estiver subordinada à condição de o co-contratante ficar obrigado, *de jure* ou *de facto*, a trabalhar exclusiva ou principalmente com esta empresa ou se limita a capacidade do co-contratante de escolher livremente a empresa com a qual pretende trabalhar. Pelo contrário, estes acórdãos não condenam a concessão de comissões mais importantes sobre o conjunto das vendas no caso de ser ultrapassado um

limiar, pois, mesmo se uma comissão mais elevada incita especialmente o co-contratante a vender mais produtos da empresa dominante, ela não implica que o co-contratante aceite qualquer comportamento anticoncorrencial e não impede as empresas concorrentes de concederem todos os tipos de comissão que considerem oportunos.

45 A BA entende que esta distinção é fundamental. Se não depender da condição de que a outra parte trabalhe exclusivamente (ou principalmente) com a empresa dominante e se não limitar o mercado dos concorrentes de qualquer outro modo, uma comissão generosa é simplesmente uma forma de concorrência através dos preços.

46 Segundo a BA, para distinguir entre a concorrência legítima através dos preços e um comportamento anticoncorrencial ou com carácter eliminatório ilegal, o Tribunal de Primeira Instância devia ter aplicado o artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea b), CE, segundo o qual as práticas constitutivas de abuso de posição dominante podem, nomeadamente, consistir em limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores. Assim, devia ter verificado se a BA tinha efectivamente limitado as possibilidades de venda das companhias aéreas concorrentes e se, eventualmente, daí resultou um prejuízo para os consumidores.

47 Ora, segundo a BA, uma tal limitação das possibilidades de venda dos concorrentes pela empresa em posição dominante pressupõe mais que a mera concessão de prémios generosos. Só é concebível em duas situações, ambas não pertinentes no caso vertente, a saber:

— quando a concessão de prémios depende da condição de o beneficiário trabalhar exclusiva ou principalmente com a empresa em posição dominante, ou

— quando o beneficiário dos prémios não pode escolher livremente entre a empresa em posição dominante e os seus concorrentes. É este o caso quando o beneficiário só pode esperar obter lucros através de uma relação comercial preponderante com a empresa em posição dominante ou quando esta empresa pratica uma concorrência desleal através dos preços («preços predatórios») e os seus concorrentes não podem resistir a esta pressão.

48 Defende que, fora destas situações, o artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea b), CE não proíbe que uma empresa em posição dominante adopte uma certa política comercial em matéria de preços, de serviços ou de comissões, só porque os seus concorrentes consideram ser difícil ou impossível ajustar-se a ela.

49 Finalmente, a BA afirma que a jurisprudência do acórdão Michelin/Comissão, já referido, não é aplicável ao caso em apreço devido à existência de certas diferenças. Defende, a este respeito, que, em contraste com os distribuidores da sociedade Michelin, as agências de viagens foram informadas pela BA, com antecedência e por escrito, dos limiares e do aumento da percentagem das comissões, que não seriam privadas de benefícios se não recebessem comissões majoradas da BA, na medida em que todas as agências beneficiariam, em qualquer caso, de uma comissão de base, e que a BA não exerceria qualquer pressão sobre elas no sentido de alcançarem os objectivos dos quais dependia a concessão das comissões majoradas. Segundo a BA, a única consequência da não realização destes objectivos era, para as agências de viagens, a perda da oportunidade de obter percentagens de comissão mais elevadas. Não obstante, isto não constitui um abuso.

50 Pelo contrário, a Comissão e a Virgin concordam que, para apreciar o efeito de exclusão dos regimes de prémios em causa, o Tribunal de Primeira Instância aplicou critérios correctos e conformes à jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente aos acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão e Michelin/Comissão, já referidos.

51 Segundo a Comissão, o acórdão Michelin/Comissão, já referido, é particularmente pertinente para o caso em apreço. Este acórdão dizia respeito a descontos que, por um lado, dependiam da condição de serem alcançados certos objectivos de volume calculados em comparação com um período de vendas anterior e que, por outro, se aplicavam a todas as vendas realizadas durante o período em causa e não apenas às vendas marginais.

52 Este é também o caso dos regimes de prémios controvertidos, dado que os prémios concedidos às agências de viagens que alcançavam os objectivos de volume eram calculados sobre a totalidade das suas vendas e não atendendo aos bilhetes vendidos após estes objectivos terem sido alcançados. O Tribunal de Primeira Instância qualificou correctamente esta particularidade de «efeitos colaterais [...] muito sensíveis», na medida em que, quando uma agência de viagens estava prestes a atingir estes objectivos, não se sentiria inclinada a oferecer bilhetes de companhias aéreas distintas da BA, pois corria o risco de não poder beneficiar da comissão majorada não apenas para as vendas marginais, mas para todas as vendas de bilhetes BA realizadas durante o período em causa. Portanto, para uma tal agência, a venda de quaisquer bilhetes, mesmo de um único bilhete suplementar, teria um efeito desmultiplicador sobre a remuneração gerada pelo conjunto das vendas de bilhetes BA realizadas durante o período em causa.

53 A Comissão contesta o argumento da BA segundo o qual o ensinamento do acórdão Michelin/Comissão, já referido, não é aplicável ao caso vertente devido a certas diferenças não essenciais.

54 Em primeiro lugar, observa que o elemento central é comum a ambos os processos. Com efeito, os sistemas de incentivos aplicados pela BA apresentam a mesma característica que os descontos em causa no referido acórdão Michelin/Comissão, dado que recompensam mais a fidelidade que o volume. Tais regimes têm como consequência inevitável que a agência de viagens não pode escolher livremente a

companhia aérea com a qual deseja trabalhar, prática que o Tribunal de Justiça condenou precisamente neste último acórdão.

55 Em seguida, a Comissão contesta o argumento da BA, segundo o qual o processo que deu origem ao acórdão Michelin/Comissão, já referido, se distingue do presente processo na medida em que os revendedores dependiam da Michelin para obter lucros, ao passo que este não era o caso das agências de viagens que trabalhavam com a BA no Reino Unido. Com efeito, a Comissão sustenta que os sistemas de incentivos elaborados pela BA permitem exercer uma pressão considerável sobre as agências de viagens, mesmo que estas últimas não corram o risco de sofrer prejuízos se não alcançarem o objectivo de vendas. Na realidade, a BA pretende restringir o alcance do acórdão Michelin/Comissão, já referido, a um número muito limitado de casos, embora este acórdão não comporte qualquer elemento em apoio de uma tal análise.

56 Segundo a Comissão e a Virgin, o exame efectuado pelo Tribunal de Primeira Instância não enferma de qualquer erro de direito. Assim, teria declarado correctamente que os regimes de prémios em causa tinham um efeito de fidelização para as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido atendendo às características examinadas nos n.ºs 272 a 292 do acórdão recorrido, que não assentavam numa contrapartida economicamente justificada, restringindo a liberdade das referidas agências de trabalharem com outras companhias aéreas, tendo como consequência um efeito de exclusão e sendo susceptíveis de restringir a concorrência.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

57 Em primeiro lugar, quanto ao fundamento de que o Tribunal de Primeira Instância errou ao não se basear nos critérios do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE

para apreciar o carácter abusivo dos regimes de prémios em causa, é de realçar que a lista das práticas abusivas constante do artigo 82.°, segundo parágrafo, CE não é limitativa, de modo que as práticas aí mencionadas constituem apenas exemplos de abuso de posição dominante (v., neste sentido, acórdão de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.° 37). Segundo jurisprudência assente, a enumeração das práticas abusivas contida nesta disposição não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo Tratado CE (acórdãos de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, Colect., p. 109, n.° 26, e de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.° 112).

58 Daqui resulta que os descontos e prémios concedidos por empresas em posição dominante podem igualmente ser contrários ao artigo 82.° CE quando não correspondem a nenhum dos exemplos mencionados no segundo parágrafo deste artigo. Assim, para constatar a existência de um efeito eliminatório de concorrentes resultante dos descontos de fidelidade, o Tribunal de Justiça baseou-se, nos acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão e Michelin/Comissão, já referidos, no artigo 86.° do Tratado CEE (que passou a artigo 86.° do Tratado CE, actual artigo 82.° CE) no seu conjunto, e não exclusivamente no seu segundo parágrafo, alínea b). Além disso, no acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.° 523), relativo a descontos de fidelidade, o Tribunal de Justiça referiu-se explicitamente ao artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c), do Tratado CEE, segundo o qual as práticas constitutivas de abuso de posição dominante podem consistir, por exemplo, em aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais nos casos de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.

59 Por conseguinte, carece de fundamento a crítica segundo a qual o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito por não se ter baseado nos critérios do artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea b), CE.

60 Por outro lado, não parece que a apreciação realizada pelo Tribunal de Primeira Instância sobre o efeito eliminatório dos regimes de prémios em causa assente numa aplicação incorrecta da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

61 Nos acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão e Michelin/Comissão, já referidos, o Tribunal de Justiça reconheceu o carácter abusivo de certos descontos concedidos por duas empresas em posição dominante.

62 O primeiro destes dois acórdãos dizia respeito a descontos concedidos a empresas que se dedicavam à produção ou venda de vitaminas e cuja concessão ficava expressamente sujeita, na maior parte dos casos, à condição de o co-contratante cobrir, durante um período determinado, a totalidade ou a maior parte das suas necessidades globais de certas vitaminas através de abastecimentos junto da sociedade Hoffmann-La Roche. O Tribunal de Justiça considerou que este regime de descontos constituía um abuso de posição dominante e declarou que a concessão de descontos de fidelidade para incitar o comprador a abastecer-se exclusivamente numa empresa em posição dominante é incompatível com o objectivo de uma concorrência não falseada no mercado comum (acórdão Hoffmann-La Roche/ /Comissão, já referido, n.º 90).

63 Diferentemente do processo que esteve na origem deste primeiro acórdão, no processo que deu lugar ao segundo acórdão, os co-contratantes da sociedade Michelin não estavam obrigados a abastecer-se, no todo ou em parte, nesta empresa. Contudo, os descontos anuais variáveis eram concedidos por esta empresa em função de objectivos, no sentido de que, para beneficiar deles, os seus co- -contratantes deviam alcançar resultados de vendas individualizados. Neste processo, o Tribunal de Justiça analisou toda uma série de factores que o levaram a classificar

o regime de descontos em causa como um abuso de posição dominante. Em particular, este regime assentava na tomada em conta de um período relativamente longo, de um ano, o seu funcionamento não era transparente para os co-contratantes e as quotas de mercado da sociedade Michelin e dos seus principais concorrentes apresentavam diferenças importantes (v., neste sentido, acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.os 81 a 83).

64 Contrariamente ao que defende a BA, não é possível deduzir destes dois acórdãos que os prémios e descontos concedidos por empresas em posição dominante só revestem carácter abusivo nos casos aí descritos. Como a advogada-geral explicou, no n.º 41 das suas conclusões, importa examinar os regimes de prémios em causa à luz dos elementos pelos quais o Tribunal de Justiça se tem norteado e que são igualmente aplicáveis a um caso como o aqui em apreço.

65 A este respeito, o acórdão Michelin/Comissão, já referido, é particularmente pertinente no âmbito do presente processo, que se refere a um regime de descontos dependente da realização de objectivos de vendas individuais que não constituem nem descontos de quantidade, relacionados exclusivamente com o volume das compras, nem descontos de fidelidade no sentido do acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, dado que o regime aplicado pela sociedade Michelin não implicava, para os revendedores, qualquer compromisso de exclusividade ou de cobertura de uma determinada quota das suas necessidades junto da empresa em posição dominante.

66 Quanto à aplicação do artigo 82.º CE a um regime de descontos dependente de objectivos de vendas, decorre do n.º 70 do acórdão Michelin/Comissão, já referido, que, proibindo a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado na

medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros, este artigo visa os comportamentos que podem influenciar a estrutura de um mercado, no qual, precisamente em consequência da presença de uma empresa em tal posição, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm por efeito impedir, através do recurso a mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência normal de produtos ou de serviços com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.

67 Para determinar se a empresa em posição dominante explorou de forma abusiva esta posição ao aplicar um regime de descontos como o descrito no n.º 65 do presente acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que é preciso analisar todas as circunstâncias, nomeadamente os critérios e as modalidades da concessão dos descontos, e apurar se esses descontos tendem, através de uma vantagem que não assenta em qualquer prestação económica que a justifique, a suprimir ou a restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso dos concorrentes ao mercado, a aplicar a parceiros comerciais condições desiguais para prestações equivalentes ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada (acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.º 73).

68 Daqui resulta que, para examinar o eventual carácter abusivo, no caso de uma empresa em posição dominante, de um regime de descontos ou de prémios que não constituem nem descontos ou prémios de quantidade nem descontos ou prémios de fidelidade, na acepção do acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, importa, antes de mais, verificar se estes descontos ou prémios podem ter um efeito eliminatório, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os co-contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais.

69 Em seguida, há que averiguar se existe uma justificação económica objectiva para os descontos e os prémios concedidos. Com efeito, de acordo com a análise efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.os 279 a 291 do acórdão recorrido, uma empresa pode demonstrar que o seu regime de prémios, que tem um efeito eliminatório, está economicamente justificado.

70 No respeitante ao primeiro aspecto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça fornece indicações quanto aos casos em que os regimes de descontos ou de prémios concedidos por uma empresa em posição dominante não constituem apenas a expressão de uma oferta particularmente favorável no mercado, mas produzem um efeito eliminatório.

71 Antes de mais, um efeito eliminatório pode resultar de descontos ou de prémios por objectivos, cuja concessão depende da realização de objectivos de vendas definidos individualmente (acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.os 70 a 86).

72 Resulta das constatações efectuadas pelo Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 10 e 15 a 17 do acórdão recorrido, que os regimes de prémios em causa eram elaborados em função de objectivos de vendas individuais, dado que as percentagens dos prémios dependiam da evolução do volume de negócios decorrente da venda de bilhetes BA por cada agência de viagens durante um período determinado.

73 Resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os compromissos dos co-contratantes face à empresa em posição dominante e a pressão exercida sobre estes podem ser particularmente fortes quando os descontos ou prémios não

se referem apenas ao aumento do volume de negócios relativo às compras ou às vendas dos produtos desta empresa realizadas por estes co-contratantes durante o período tomado em consideração, mas abrangem igualmente a totalidade do volume de negócios relativo a estas compras ou a estas vendas. Deste modo, mesmo alterações relativamente ligeiras — quer em alta quer em baixa — nas vendas de produtos da empresa em posição dominante têm um impacto desproporcionado sobre os co-contratantes (v., neste sentido, acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.º 81).

74 O Tribunal de Primeira Instância declarou que os regimes de prémios em causa originam uma situação semelhante. O cumprimento dos objectivos de crescimento das vendas conduzia a um aumento da comissão paga sobre todos os bilhetes BA vendidos pela agência de viagens em causa e não só sobre os bilhetes vendidos após terem sido alcançados os referidos objectivos (n.º 23 do acórdão recorrido). Portanto, pode revestir uma importância decisiva para a totalidade das receitas de comissões de uma agência de viagens o facto de ainda ter vendido ou não mais alguns bilhetes BA após ter alcançado um certo volume de negócios (n.os 29 e 30 dos fundamentos da decisão controvertida, reproduzidos no n.º 23 do acórdão recorrido). O Tribunal de Primeira Instância, que descreveu esta característica e as suas consequências nos n.os 272 e 273 do acórdão recorrido, frisa que a natureza progressiva das percentagens de comissão majoradas tem «efeitos colaterais [...] muito sensíveis» e sublinha os efeitos radicais sobre as percentagens dos prémios de resultados que podem decorrer de um ligeiro decréscimo nas vendas de bilhetes BA.

75 Finalmente, o Tribunal de Justiça considerou que a pressão exercida sobre os revendedores por uma empresa em posição dominante que concede descontos com tais características é ainda reforçada quando esta empresa detém quotas de mercado muito superiores às dos seus concorrentes (v., neste sentido, acórdão Michelin/ /Comissão, já referido, n.º 82). Declarou que, nestas condições, é especialmente difícil para os concorrentes da referida empresa competir com descontos ou prémios concedidos em função do volume total de vendas. Devido à sua quota de mercado sensivelmente mais elevada, a empresa em posição dominante é, em regra, um parceiro obrigatório no mercado. Normalmente, os descontos ou prémios concedidos por uma tal empresa em função do volume total das vendas são, em regra, mais significativos, em valores absolutos, que mesmo as ofertas mais

generosas dos seus concorrentes. Para atrair os co-contratantes da empresa em posição dominante, ou para deles receber um volume suficiente de encomendas, estes concorrentes teriam de lhes oferecer descontos ou prémios nitidamente mais elevados.

76 No caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância constatou, no n.º 277 do acórdão recorrido, que a quota de mercado da BA era sensivelmente mais elevada que a dos seus cinco principais concorrentes no Reino Unido. Concluiu, no n.º 278 do referido acórdão, que as companhias aéreas concorrentes não podiam conceder às agências de viagens as mesmas vantagens que a BA, pois não estavam em condições de realizar, no Reino Unido, receitas susceptíveis de constituir uma base financeira suficientemente ampla para lhes permitir instituir um regime de prémios semelhante ao da BA.

77 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância examinou, correctamente, nos n.os 270 a 278 do acórdão recorrido, se os regimes de prémios em causa tinham um efeito de fidelização susceptível de produzir um eventual efeito eliminatório.

78 Quanto à apreciação dos dados de mercado e da situação concorrencial, importa lembrar que não compete ao Tribunal de Justiça, em sede de recurso, substituir pela sua própria apreciação a que foi efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância. Com efeito, nos termos dos artigos 225.º CE e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, o recurso deve ser limitado às questões de direito. A apreciação dos factos não constitui uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça, salvo no caso de uma eventual desvirtuação dos elementos de facto ou de prova, que não foi invocada no caso vertente (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 15 de Setembro de 2005, BioID/IHMI, C-37/03 P, Colect., p. I-7975, n.os 43 e 53; de 21 de Setembro de 2006, Technische Unie/

Comissão, C-113/04 P, Colect., p. I-8831, n.º 83; e despacho de 28 de Setembro de 2006, Unilever Bestfoods/Comissão, C-552/03 P, não publicado na Colectânea, n.º 57). Portanto, não é procedente a objecção da BA, segundo a qual os seus concorrentes estavam em condições financeiras de apresentar contra-ofertas competitivas às agências de viagens.

79 O mesmo vale para o argumento da BA segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância atribuiu demasiada importância aos «efeitos colaterais [...] muito sensíveis» dos regimes de prémios em causa. Na verdade, a BA questiona, assim, a apreciação dos factos e das provas pelo Tribunal de Primeira Instância, o que é um argumento inadmissível em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância.

80 Decorre das considerações precedentes que a primeira parte do primeiro fundamento é parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

Quanto à segunda parte do primeiro fundamento, relativa à apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância da pertinência da justificação económica objectiva dos regimes de prémios em causa

— Argumentos das partes

81 A BA considera que o Tribunal de Primeira Instância constatou erradamente, nos n.os 279 e seguintes do acórdão recorrido, que as comissões da BA não assentavam numa contrapartida economicamente justificada. Para a BA, é economicamente justificado que uma companhia aérea recompense as agências de viagens que lhe

permitem aumentar as suas vendas e a ajudam a cobrir os seus elevados custos fixos ao garantir mais passageiros.

82 A Comissão e a Virgin contestam esta posição. A Comissão salienta o laconismo da argumentação da BA a este respeito. Entende que não basta declarar que o sector aéreo se caracteriza por custos fixos elevados para justificar as iniciativas tomadas por uma companhia aérea para cobrir uma parte destes custos. Em qualquer caso, as companhias concorrentes devem igualmente suportar custos fixos elevados. Ora, as práticas de exclusão da concorrência adoptadas por uma empresa em posição dominante, como a BA, reduzem as receitas destas companhias e tornam ainda mais difícil, para elas, a cobertura desses custos.

83 A Virgin sustenta que um regime de descontos quantitativos ligado exclusivamente ao volume das compras efectuadas numa empresa em posição dominante está, em princípio, economicamente justificado, quando os descontos de quantidade reflectem uma maior eficiência e as economias de escala realizadas por esta empresa. Todavia, sustenta que, no Tribunal de Primeira Instância, a própria BA admitiu que não existe qualquer relação entre, por um lado, as eventuais economias de escala realizadas graças aos bilhetes BA vendidos após a realização dos objectivos de venda e, por outro, as majorações das percentagens das comissões concedidas às agências de viagens estabelecidas no Reino Unido em contrapartida da ultrapassagem destes objectivos.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

84 Os descontos ou prémios concedidos por uma empresa em posição dominante aos seus co-contratantes não são necessariamente abusivos e, por isso, proibidos por força do artigo 82.° CE. Segundo jurisprudência assente, só devem ser considerados abusivos os descontos ou prémios que não se baseiam em qualquer prestação

económica que os justifique (v., neste sentido, acórdãos Hoffmann-La Roche/ /Comissão, n.º 90, e Michelin/Comissão, n.º 73, já referidos).

85 Como foi constatado no n.º 69 do presente acórdão, o Tribunal de Primeira Instância teve razão quando, após ter considerado que os regimes de prémios em causa produziam um efeito eliminatório, averiguou se estes regimes tinham uma justificação económica objectiva.

86 A apreciação da justificação económica de um regime de descontos ou de prémios criado por uma empresa em posição dominante efectua-se com base em todas as circunstâncias do caso concreto (v., neste sentido, acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.º 73). É necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta deste regime, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência susceptíveis de beneficiar também o consumidor. Se o efeito eliminatório deste regime não apresenta qualquer relação com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter tais vantagens, tal regime deve ser considerado abusivo.

87 No caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância, baseando-se com razão nos critérios assim enunciados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, indagou se existia uma justificação económica para os regimes de prémios em causa. Nos n.ºs 284 e 285 do acórdão recorrido, pronunciou-se quanto aos argumentos apresentados pela BA, que se referiam, em particular, ao elevado nível dos custos fixos no sector dos transportes aéreos e à importância das taxas de ocupação dos aparelhos. Com base na sua apreciação das circunstâncias do caso em apreço, o

Tribunal de Primeira Instância chegou à conclusão de que os referidos regimes não assentavam em qualquer justificação económica objectiva.

88 Neste contexto, verifica-se que os argumentos da BA relativos ao elevado nível dos custos fixos no sector dos transportes aéreos e à importância das taxas de ocupação dos aparelhos são inadmissíveis pelas razões referidas no n.º 78 do presente acórdão, na medida em que, com estes argumentos, a BA contesta, na realidade, a apreciação dos factos e dos meios de prova realizada pelo Tribunal de Primeira Instância. Ora, não compete ao Tribunal de Justiça, em sede de recurso, substituir pela sua própria apreciação dos dados de mercado e da situação concorrencial a apreciação que foi efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância.

89 Portanto, a segunda parte do primeiro fundamento deve ser julgada inadmissível.

90 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao constatar que os regimes de prémios em causa tinham um efeito de fidelização que produziam, portanto, um efeito eliminatório e que não estavam justificados do ponto de vista económico.

91 Por consequência, o primeiro fundamento deve ser rejeitado na sua totalidade.

Quanto ao segundo fundamento, baseado em erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância por não ter examinado os efeitos prováveis das comissões concedidas pela BA nem ter tido em conta provas de que as referidas comissões não tinham qualquer efeito material sobre as companhias aéreas concorrentes

Argumentos das partes

92 Com o seu segundo fundamento, a BA critica o Tribunal de Primeira Instância, no essencial, por não ter examinado os efeitos prováveis dos regimes de prémios em causa, isto é, a existência ou ausência de um efeito de exclusão, dado que o artigo 82.º CE exige que, em cada caso, sejam examinados os efeitos reais ou prováveis das práticas controvertidas, em vez de atender simplesmente à sua forma ou a presunções de que tal efeito é produzido.

93 A este respeito, embora precisando que não sustenta, de modo algum, que seja necessário demonstrar a existência de efeitos anticoncorrenciais reais em cada caso, a BA alega que, no presente processo, existiam provas que indicavam claramente que os regimes de prémios em causa não tinham qualquer efeito material. Estas provas demonstravam que, no Reino Unido, as quotas de mercado das companhias aéreas concorrentes aumentaram durante o período da alegada infracção e que a proporção de bilhetes BA nas vendas das agências de viagens diminuiu. Segundo a BA, o Tribunal de Primeira Instância devia ter tido em conta estas provas evidentes da falta de efeito de exclusão. Efectivamente, tendo tomado em consideração, no âmbito de outros processos, provas do aumento de quotas de mercado da empresa em posição dominante e da redução das quotas de mercado dos seus concorrentes para corroborar a existência de um abuso, devia, inversamente, ter admitido, no caso vertente, a pertinência das provas em sentido contrário para afastar as alegações de abuso.

94 Ora, no n.º 295 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou estas provas ao afirmar que, atendendo a que as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido garantiam, à época dos factos em causa, o escoamento de 85% de todos os bilhetes de avião vendidos no território deste Estado-Membro, o comportamento da BA «não pôde deixar de produzir» um efeito de exclusão em detrimento das companhias aéreas concorrentes e, no n.º 298 do mesmo acórdão, que as concorrentes da BA poderiam ter obtido melhor resultado na ausência desse comportamento. Entende que o Tribunal de Primeira Instância não teve razão ao acrescentar, no n.º 297 do acórdão recorrido, que, quando uma empresa em posição dominante adopta uma prática que visa o afastamento dos seus concorrentes, a circunstância de o resultado não ser alcançado não basta para afastar a constatação da existência de um abuso.

95 Este fundamento é considerado inadmissível pela Virgin e improcedente pela Comissão. Esta alega, designadamente, que o Tribunal de Primeira Instância examinou detalhadamente os efeitos prováveis dos regimes de prémios em causa nos n.os 271 e seguintes do acórdão recorrido, antes de proceder a uma avaliação destes efeitos nos n.os 294 e 295 do referido acórdão. Acrescenta que, segundo jurisprudência assente, para demonstrar que uma prática constitui um abuso, basta demonstrar que ela ameaça restringir a concorrência, sem ser necessário provar que produziu realmente este efeito. A Comissão sublinha que, no n.º 73 do acórdão Michelin/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça declarou também que era necessário examinar se o desconto em causa «tendia» a produzir certos efeitos restritivos.

Apreciação do Tribunal de Justiça

96 Quanto ao argumento da BA, segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância não examinou os efeitos prováveis dos regimes de prémios em causa, basta constatar que, nos n.os 272 e 273 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância explicou o mecanismo destes regimes.

97 Após ter destacado os «efeitos colaterais muito sensíveis», relacionados com a natureza progressiva das percentagens de comissão majoradas, descreveu o efeito exponencial do aumento do número de bilhetes BA vendidos ao longo de períodos sucessivos sobre essas percentagens e, inversamente, a redução desproporcionada das referidas percentagens, mesmo na hipótese de um ligeiro decréscimo nas vendas de bilhetes BA relativamente ao período anterior.

98 Com base nesta análise, o Tribunal de Primeira Instância pôde concluir, sem cometer um erro de direito, que os regimes de prémios em causa tinham um efeito de fidelização. Daqui resulta que não tem fundamento o motivo pelo qual a BA critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter verificado os efeitos prováveis dos referidos regimes.

99 Por outro lado, importa salientar que, no n.º 99 do seu recurso, a BA admite que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância entendeu com razão que as agências de viagens eram incentivadas a aumentar as vendas de bilhetes emitidos por ela. Além disso, no n.º 113 do seu recurso, afirma que, se o Tribunal de Primeira Instância tivesse examinado o impacto real ou provável dos regimes de prémios em causa sobre a concorrência entre agências de viagens, teria concluído que este impacto era negligenciável.

100 Daqui decorre que a BA não contesta seriamente que estes regimes tendiam a fidelizar as agências de viagens e, portanto, a afectar a situação das companhias aéreas concorrentes.

101 Quanto às alegações da BA relativas aos elementos de prova que, em sua opinião, demonstravam a falta de efeito eliminatório resultante dos regimes de prémios em

causa, e que o Tribunal de Primeira Instância não teve suficientemente em conta, basta constatar que esta parte do segundo fundamento é inadmissível em sede de recurso, pelas razões já referidas no n.º 78 do presente acórdão.

102 Portanto, o segundo fundamento deve ser julgado parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento, baseado em erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância por não ter examinado se o comportamento da BA tinha causado «prejuízo [aos] consumidores», na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE

Argumentos das partes

103 Com o seu terceiro fundamento, a BA alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito por não ter examinado se os regimes de prémios controvertidos causaram prejuízo aos consumidores, como é exigido no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE, na interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Suiker Unie e o./Comissão, já referido. Entende que, sem analisar esta condição, o Tribunal de Primeira Instância se limitou, no n.º 295 do acórdão recorrido, a examinar o impacto do comportamento da BA sobre os seus concorrentes nos mercados do transporte aéreo do Reino Unido.

104 Remetendo para o acórdão Europemballage e Continental Can/Comissão, já referido, a Comissão e a Virgin entendem que este fundamento é improcedente,

pois o artigo 82.º CE não se refere apenas às práticas susceptíveis de causar prejuízo imediato aos consumidores mas também àquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efectiva.

Apreciação do Tribunal de Justiça

105 Antes de mais, importa lembrar que, como foi referido nos n.os 57 e 58 do presente acórdão, os descontos ou prémios concedidos por uma empresa em posição dominante podem ser contrários ao artigo 82.º CE mesmo que não correspondam a qualquer dos exemplos mencionados no segundo parágrafo deste artigo.

106 Por outro lado, como o Tribunal de Justiça declarou no n.º 26 do acórdão Europemballage e Continental Can/Comissão, já referido, o artigo 82.º CE não visa apenas as práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores mas também aquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efectiva, como se refere no artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE.

107 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância pôde, sem cometer qualquer erro de direito, abster-se de examinar se o comportamento da BA tinha causado um prejuízo aos consumidores na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE, mas verificar, nos n.os 294 e 295 do acórdão recorrido, se os regimes de prémios em causa tinham um efeito restritivo sobre a concorrência e considerar que a existência de um tal efeito tinha sido demonstrada pela Comissão na decisão controvertida.

108 À luz destas considerações, há que julgar improcedente o terceiro fundamento.

Quanto ao quarto fundamento, baseado em erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância ao considerar que o novo regime de prémios de resultados tinha o mesmo efeito que os acordos comerciais, apesar da duração diferente do período tomado em consideração, e na falta de análise e de quantificação dos efeitos dos regimes de prémios em causa sobre os concorrentes da BA

109 O quarto fundamento invocado pela BA compreende duas partes, a primeira relativa às diferenças entre os acordos comerciais e o novo regime de prémios de resultados, a segunda relativa aos requisitos de prova do efeito eliminatório dos regimes de prémios em causa.

Quanto à primeira parte do quarto fundamento, relativa às diferenças entre os acordos comerciais e o novo regime de prémios de resultados

— Argumentos das partes

110 Com a primeira parte do quarto fundamento, a BA critica o Tribunal de Primeira Instância por ter considerado que os acordos comerciais e o novo regime de prémios de resultados tinham o mesmo efeito restritivo da concorrência, embora existissem importantes diferenças entre eles. Em particular, no âmbito dos acordos comerciais,

o período tomado em consideração para conceder o prémio era de um ano, ao passo que, no caso do novo regime de prémios de resultados, era de um mês. Ora, a tomada em consideração de um período tão curto como um mês não podia produzir em efeito eliminatório sensível.

111 A Virgin considera que, no seu conjunto, o quarto fundamento é inadmissível, no que se refere às apreciações de facto, e, em qualquer caso, improcedente.

112 A Comissão sustenta que o argumento segundo o qual o novo regime de prémios de resultados não podia ter um efeito eliminatório é improcedente.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

113 Importa constatar que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância admitiu explicitamente a existência de um efeito de fidelização decorrente quer dos acordos comerciais quer do novo regime de prémios de resultados (n.os 271 a 273 deste acórdão), embora destacando as diferenças entre este regime e os acordos no que toca à duração dos períodos tomados em conta (n.os 11 e 15 do referido acórdão). Resulta do acórdão recorrido que, independentemente da diferença de duração dos períodos tomados em conta, o Tribunal de Primeira Instância atribuiu importância decisiva ao facto de, por um lado, quer os referidos acordos quer o referido regime poderem dar lugar a aumentos exponenciais das percentagens de comissão de um período para outro, devido à sua «natureza progressiva cujos efeitos colaterais são muito sensíveis» (n.º 272 do acórdão recorrido) e, por outro, de os

concorrentes da BA não estarem em condições, devido às suas quotas de mercado substancialmente inferiores, de compensar o efeito absoluto destes acordos e deste regime através de contra-ofertas (n.º 278 do acórdão recorrido).

114 Em qualquer caso, esta apreciação das circunstâncias do caso concreto tem que ver com a apreciação dos factos e das provas que compete exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância. Pelos motivos já referidos no n.º 78 do presente acórdão, não cabe ao Tribunal de Justiça substituir, em sede de recurso, pela sua própria apreciação dos dados de mercado e da situação concorrencial, a apreciação que foi efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, em particular no respeitante à duração dos períodos tomados em conta e ao eventual impacto deste elemento sobre o efeito eliminatório dos regimes de prémios em causa.

115 Por conseguinte, a primeira parte do quarto fundamento é inadmissível.

Quanto à segunda parte do quarto fundamento, relativa aos requisitos da prova do efeito eliminatório dos regimes de prémios em causa

— Argumentos das partes

116 Com a segunda parte do quarto fundamento, a BA sustenta que o Tribunal de Primeira Instância errou ao não examinar o conjunto das circunstâncias do caso em apreço para determinar se as companhias aéreas concorrentes da BA eram afectadas negativamente pelos regimes de prémios em causa. Alega que o Tribunal de

Primeira Instância não procurou, de modo algum, determinar se e em que medida estas companhias estavam impedidas de apresentar contra-ofertas, baseando-se apenas em hipóteses gerais. Assim, limitou-se a fazer afirmações gerais relativas, por exemplo, a «efeitos colaterais [...] muito sensíveis» e à possibilidade de um «aumento exponencial» das percentagens de comissão de um período para outro.

117 Segundo a BA, esta abordagem superficial contrasta com a que foi efectuada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos, já referidos, Hoffmann-La Roche/Comissão e Michelin/Comissão. Nestes acórdãos, o Tribunal de Justiça não concluiu que existia um abuso de posição dominante unicamente por, nos regimes considerados, o facto de ser atingido um limiar implicar um desconto importante. Pelo contrário, examinou uma série de elementos específicos que, no seu conjunto, indicavam que os sistemas de incentivos provocavam uma eliminação concreta.

118 Segundo a BA, o Tribunal de Primeira Instância devia ter seguido este caminho e examinado os montantes absoluto e relativo do benefício obtido ao atingir o limiar, o número de limiares, a questão de saber se o ou os limiares estavam próximos das necessidades totais do comprador, a questão de saber se o mercado é susceptível de se desenvolver ou não, a duração do período considerado e a percentagem do mercado total sujeito à redução de preços (no caso vertente, os serviços de agências de viagens). Ora, no acórdão recorrido, nenhum destes elementos foi tomado em conta. O BA entende que o Tribunal de Primeira Instância supôs que a possibilidade de obter uma percentagem de comissão média mais elevada em contrapartida do aumento das vendas de bilhetes BA implicava inevitavelmente um efeito eliminatório irregular das companhias aéreas concorrentes.

119 Para a Comissão, o argumento relativo à falta de quantificação da limitação do mercado dos concorrentes da BA é inadmissível atendendo aos artigos 42.º, n.º 2, e 118.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, dado que tal quantificação foi efectuada pela Comissão no n.º 30 dos fundamentos da decisão controvertida e a BA não contestou em primeira instância esta parte da argumentação da Comissão.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

120 Com a segunda parte do quarto fundamento, a BA critica o Tribunal de Primeira Instância por ter efectuado uma análise superficial dos efeitos dos regimes de prémios em causa, em particular, pela falta de quantificação das suas considerações relativas ao efeito eliminatório destes regimes e pelo recurso a afirmações gerais relativas, por exemplo, a «efeitos colaterais [...] muito sensíveis» das percentagens de comissão de um período para outro.

121 Contrariamente ao entendimento da Comissão, este argumento não é inadmissível por força do artigo 42.°, n.° 2, conjugado com o artigo 118.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, por a BA não ter contestado, em primeira instância, a parte pertinente da decisão controvertida, designadamente os cálculos constantes do n.° 30 dos fundamentos desta decisão, que se destinavam a ilustrar os efeitos muito sensíveis sobre as comissões recebidas por uma agência de viagens pela venda de alguns bilhetes BA suplementares.

122 Na verdade, a crítica da BA não se dirige contra os cálculos fornecidos, a título de exemplo, pela Comissão como tais, mas contra as asserções do Tribunal de Primeira Instância quanto aos regimes de prémios em causa. Assim, a segunda parte do quarto fundamento é admissível.

123 Porém, é improcedente, pois as afirmações do Tribunal de Primeira Instância criticadas pela BA devem ser consideradas no contexto dos cálculos constantes da decisão controvertida. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância cita expressamente, no n.° 23 do acórdão recorrido, o n.° 30 dos fundamentos dessa decisão. Daqui resulta que as afirmações do Tribunal de Primeira Instância criticadas pela BA estão suficientemente quantificadas. Portanto, é improcedente a crítica de falta de justificação da apreciação do Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual os concorrentes da BA não estavam em condições de apresentar contra-ofertas susceptíveis de compensar os regimes de prémios em causa.

124 A segunda parte do quarto fundamento é, por isso, julgada improcedente.

125 Logo, o quarto fundamento deve ser julgado parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

Quanto ao quinto fundamento, baseado na aplicação incorrecta, pelo Tribunal de Primeira Instância, do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, quanto ao efeito discriminatório dos regimes de prémios em causa para as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido

126 Antes de mais, importa assinalar que, independentemente das constatações do Tribunal de Justiça relativas aos quatro primeiros fundamentos invocados pela BA, que se referem ao carácter abusivo dos regimes de prémios em causa resultante do efeito eliminatório das empresas concorrentes da BA na ausência de justificação económica objectiva, há que examinar o quinto fundamento na medida em que a BA tem interesse em contestar que os referidos regimes estejam proibidos pelo artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, sendo possível reduzir o montante da multa aplicada caso se constate a ausência de carácter abusivo nos termos da referida disposição.

Argumentos das partes

127 Com o seu quinto fundamento, que se refere aos n.os 233 a 240 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal de Primeira Instância confirma as constatações da

Comissão relativas ao efeito discriminatório dos regimes de prémios em causa, a BA critica o Tribunal de Primeira Instância, no essencial, por ter concluído que estes regimes produziam efeitos discriminatórios entre as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido, alegando uma aplicação incorrecta do artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE.

128 Segundo a BA, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se unicamente na suposição, formulada no n.° 238 do acórdão recorrido, de que o simples facto de duas agências de viagens beneficiarem de percentagens de comissão diferentes ao obterem um montante idêntico de receitas com a venda de bilhetes BA tinha «naturalmente» um impacto importante sobre a sua capacidade concorrencial.

129 Ora, segundo a BA, para que o artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE seja aplicável, não basta uma simples diferença de tratamento, como o facto de duas agências de viagens beneficiarem de percentagens de comissão diferentes. Esta disposição só proíbe diferenças de tratamento se as prestações comparadas são equivalentes, se as condições que lhes são aplicadas são diferentes e se a agência que obtém uma comissão inferior sofre uma desvantagem concorrencial relativamente às agências que recebem uma comissão mais elevada.

130 A BA sustenta, por um lado, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito quanto ao artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE, ao considerar que as transacções efectuadas por uma agência de viagens que aumentou as suas vendas e as transacções efectuadas por uma agência que não as aumentou são «prestações equivalentes» na acepção deste artigo. Com efeito, a situação das agências de viagens cujas vendas de bilhetes BA aumentam num determinado período não é comparável à de outras agências que não registam um tal aumento. A agência de viagens que aumenta as suas vendas de bilhetes emitidos por uma determinada companhia aérea é especialmente útil para esta companhia, pois permite-lhe cobrir os seus elevados custos fixos ao garantir passageiros suplementares, justificando que seja recompensada.

131 Por outro lado, entende também que o Tribunal de Primeira Instância errou ao não examinar se as agências de viagens foram colocadas em desvantagem na concorrência, como é exigido no artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE.

132 Em contrapartida, a Comissão e a Virgin concordam que os regimes de prémios em causa tratavam de maneira diferente situações comparáveis, sem justificação objectiva. A Comissão sustenta, designadamente, que as prestações das agências de viagens que vendem bilhetes BA são equivalentes, na medida em que os aumentos das percentagens de comissão não estão relacionados com incrementos da produtividade da BA, de modo que as agências de viagens que aumentam as suas vendas em comparação com o período de referência não prestam qualquer serviço suplementar à BA. A Comissão acrescenta que não era juridicamente necessária uma análise detalhada da desvantagem concorrencial das agências de viagens afectadas. A Virgin entende que, de qualquer modo, esta desvantagem é evidente.

Apreciação do Tribunal de Justiça

133 O artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE proíbe toda e qualquer discriminação, por parte de uma empresa em posição dominante, que consista em aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência (acórdão de 29 de Março de 2001, Portugal/Comissão, C-163/99, Colect., p. I-2613, n.° 46).

134 No caso vertente, constata que a BA aplicou percentagens de comissão diferentes a agências de viagens que operavam no Reino Unido consoante tivessem cumprido ou não os seus objectivos de vendas em comparação com o período de referência.

135 Resta examinar, por um lado, se o Tribunal de Primeira Instância se baseou, com razão, na equivalência das prestações das agências de viagens para concluir que os regimes de prémios em causa eram discriminatórios, dado que podiam levar à aplicação de percentagens de comissão diferentes a agências de viagens que venderam o mesmo número de bilhetes BA, e, por outro, se podia prescindir, sem cometer um erro de direito, de comprovar detalhadamente a existência de uma desvantagem concorrencial.

— Quanto à primeira parte do quinto fundamento, relativa à equivalência das prestações das agências de viagens

136 Com a primeira parte do quinto fundamento, a BA critica a análise do Tribunal de Primeira Instância relativa à comparabilidade das prestações efectuadas pelas agências de viagens que alcançaram os seus objectivos de vendas de bilhetes BA e as efectuadas pelas agências de viagens que não alcançaram estes objectivos. A BA critica o Tribunal de Primeira Instância, em primeiro lugar, por não ter tido em conta a maior utilidade económica, do ponto de vista da companhia aérea, das prestações das agências de viagens que alcançaram os seus objectivos de vendas ou aumentaram o seu volume de negócios.

137 Quanto a este último ponto, relativo à apreciação, pelo Tribunal de Primeira Instância, das circunstâncias do caso vertente das quais pode ser deduzido o carácter comparável ou, inversamente, distinto das prestações das agências de viagens para uma companhia aérea como a BA, basta recordar que a apreciação dos elementos de facto e de prova compete exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância. Portanto, em sede de recurso, não cabe ao Tribunal de Justiça substituir pela sua própria apreciação dos dados de mercado e da situação concorrencial a apreciação que foi efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância. Este argumento é, por isso, inadmissível.

138 Quanto ao segundo argumento, baseado em erro de direito alegadamente cometido pelo Tribunal de Primeira Instância quanto ao artigo 82.º, segundo parágrafo,

alínea c), CE, ao considerar que as transacções efectuadas por uma agência de viagens que aumentou as suas vendas de bilhetes BA e as transacções efectuadas por uma agência que não as aumentou são «prestações equivalentes» no sentido da referida disposição, é de notar que, no n.º 234 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância recordou que a realização dos objectivos de progressão das vendas de bilhetes BA pelas agências de viagens estabelecidas no Reino Unido implicava um aumento da percentagem das comissões que a BA lhes pagava não apenas sobre as vendas marginais, mas sobre todas as vendas de bilhetes BA realizadas durante o período considerado.

139 O Tribunal de Primeira Instância deduziu logicamente que os regimes de prémios em causa tendiam a retribuir a níveis diferentes a venda do mesmo número de bilhetes BA pelas agências de viagens estabelecidas no Reino Unido, conforme essas agências tivessem ou não atingido os seus objectivos de progressão das vendas, em comparação com o período de referência.

140 Não parece, portanto, que o Tribunal de Primeira Instância tenha cometido um erro de direito ao considerar equivalentes as prestações de agências de viagens cujas vendas de bilhetes BA se mantiveram, em termos absolutos, ao mesmo nível durante um período determinado. Este segundo argumento é, portanto, improcedente.

141 Por conseguinte, a primeira parte do quinto fundamento deve ser julgada parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

— Quanto à segunda parte do quinto fundamento, relativa às exigências de constatação de uma desvantagem concorrencial

142 Com a segunda parte do quinto fundamento, a BA sustenta que, para aplicar correctamente o artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, a simples constatação

do Tribunal de Primeira Instância, no n.º 238 do acórdão recorrido, segundo a qual a aptidão das agências de viagens para fazerem concorrência entre si era «naturalmente afectada pelas condições discriminatórias de remuneração inerentes aos regimes de prémios» em causa não é suficiente, sendo necessária a prova concreta de uma desvantagem concorrencial.

143 A proibição específica de discriminação regulada no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE faz parte do regime pelo qual se garante que, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, a concorrência não é falseada no mercado interno. O comportamento comercial da empresa em posição dominante não deve falsear a concorrência num mercado situado a montante ou a jusante, ou seja, a concorrência entre fornecedores ou entre clientes desta empresa. Ao competir entre si, os parceiros da referida empresa não devem ser favorecidos nem prejudicados.

144 Por conseguinte, para que estejam reunidas as condições de aplicação do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, é necessário concluir que o comportamento da empresa em posição dominante num mercado é não só discriminatório mas ainda susceptível de falsear esta relação de concorrência, ou seja, de afectar a posição concorrencial de parte dos parceiros comerciais da empresa em posição dominante relativamente aos outros (v., neste sentido, acórdão Suiker Unie e o./Comissão, já referido, n.os 523 e 524).

145 A este respeito, nada impede que a discriminação de parceiros comerciais que se encontram numa relação de concorrência possa ser considerada abusiva a partir do momento em que o comportamento da empresa em posição dominante tenda, tomando em conta todas as circunstâncias do caso concreto, a causar uma distorção

da concorrência entre esses parceiros comerciais. Nesta hipótese, não é preciso exigir ainda a prova de uma deterioração efectiva quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais individualmente considerados.

146 Nos n.os 237 e 238 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância constata que as agências de viagens estabelecidas no Reino Unido estão em grande concorrência entre si e que a respectiva capacidade para o fazerem depende de dois elementos: em primeiro lugar, «da sua aptidão para fornecerem, nos voos, lugares adaptados aos ensejos dos viajantes e isto a um custo razoável» e, em segundo lugar, dos seus recursos financeiros individuais.

147 Além disso, na parte do acórdão recorrido relativa ao exame do efeito de fidelização dos regimes de prémios em causa, o Tribunal de Primeira Instância constatou que estes podem dar lugar a modificações exponenciais e consideráveis dos lucros das agências de viagens.

148 Tendo em conta estes factos, o Tribunal de Primeira Instância podia, ao examinar os regimes de prémios em causa à luz do artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea c), CE, chegar directamente, sem etapa intermédia detalhada, à conclusão de que as possibilidades de concorrência destas agências eram afectadas pelas condições discriminatórias de remuneração aplicadas pela BA.

149 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância não pode ser censurado de ter cometido um erro de direito ao não controlar, ou ao controlar de forma sumária, se e em que medida as referidas condições afectaram a situação concorrencial dos parceiros comerciais da BA. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância teve razão ao declarar que os regimes de prémios em causa geravam um efeito

discriminatório na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE. A segunda parte do quinto fundamento é, por isso, improcedente.

150 Portanto, o quinto fundamento deve ser julgado improcedente na íntegra.

151 Não sendo possível acolher nenhum dos fundamentos invocados pela BA em apoio do seu recurso, deve ser-lhe negado provimento.

Quanto às despesas

152 De acordo com o artigo 122.º, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça, quando nega provimento ao recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, decide igualmente sobre as despesas. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do referido regulamento, aplicável ao recurso de decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão e a Virgin pedido a condenação da BA e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A British Airways plc é condenada nas despesas.

Assinaturas