ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

17 december 2003 *

In zaak T-219/99,

British Airways plc, gevestigd te Waterside (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door W. Allan en O. Black, solicitors, en W. Wood en H. Davies, barristers, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Erhart als gemachtigde, bijgestaan door A. Barav, barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

ondersteund door

Virgin Atlantic Airways Ltd, gevestigd te Crawley (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door P. Binetter, solicitor, N. Green en C. West, barristers,

interveniënte,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG 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),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, M. Jaeger en H. Legal, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 februari 2003,

het navolgende

Arrest

De voorgeschiedenis van het geschil

1 Volgens punt 2 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: „bestreden beschikking") is British Airways plc (hierna: „BA") de grootste luchtvaartmaatschappij in het Verenigd Koninkrijk. Zij exploiteert een stervormig netwerk van luchtverbindingen met als middelpunt de luchthavens van de regio Londen. Tijdens de relevante periode telde haar netwerk van geregelde verbindingen 15 bestemmingen binnen het Verenigd Koninkrijk en 155 internationale bestemmingen in 72 landen. In 1997 was BA op de wereldranglijst de eerste luchtvaartmaatschappij naar aantal internationale geregeldepassagierskilometers en de negende naar aantal internationale en binnenlandse geregeldepassagierskilometers samen.

2 In het boekjaar dat eindigde op 31 maart 1998, bedroeg de geconsolideerde omzet van BA 8,642 miljard GBP. BA boekte daarover een nettowinst van 460 miljoen GBP. Tijdens datzelfde boekjaar waren gemiddeld 60 675 werknemers bij BA tewerkgesteld.

3 Virgin Atlantic Airways Ltd (hierna: „Virgin") is een naar Engels recht opgerichte particuliere onderneming die op een aantal internationale routes geregelde luchtvervoerdiensten voor passagiers exploiteert. In 1997 nam Virgin naar aantal

internationale geregeldepassagierskilometers de eenentwintigste plaats in de wereld in en de eenendertigste naar aantal internationale en binnenlandse geregeldepassagierskilometers samen. In het boekjaar dat eindigde op 30 april 1998 bedroeg haar omzet ongeveer 942 miljoen GBP. Eind 1997 waren ongeveer 4 522 werknemers bij Virgin tewerkgesteld.

4 BA heeft met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten die door de International Air Transport Association (IATA) geaccrediteerd zijn, overeenkomsten gesloten, volgens welke de reisagenten recht hebben op een standaardbasisprovisie op de verkoop van BA-biljetten die via hen tot stand is gekomen. Van 1976 tot 1997 bedroeg deze provisie 9 % voor de verkoop van internationale biljetten en 7,5 % voor de verkoop van biljetten voor binnenlandse vluchten.

5 Naast deze basisprovisieregeling heeft BA met de IATA-reisagenten overeenkomsten gesloten die voorzien in drie verschillende financiële stimuleringsregelingen: „marketingovereenkomsten", „mondiale overeenkomsten" en, ten slotte, een „prestatiepremieregeling".

Marketingovereenkomsten en mondiale overeenkomsten

6 De eerste stimuleringsregeling die BA heeft ingevoerd, bestond uit „marketingovereenkomsten" waardoor sommige in het Verenigd Koninkrijk gevestigde IATA-reisagenten bovenop hun basisprovisie de volgende vergoedingen konden krijgen:

— een prestatiepremie, plus een aantal speciale bonussen op basis van het volume van de met BA gevlogen sectoren;

— bonussen uit een fonds die de reisagenten voor de opleiding van hun personeel moesten gebruiken;

— bonussen uit een zakenontwikkelingsfonds dat BA had opgericht om haar verkoopopbrengsten te doen toenemen, die elke agent aan de bevordering van de verkoop van BA-producten moest besteden.

7 De marketingovereenkomsten legden de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten ook de verplichting op, BA een status te verlenen die niet minder gunstig was dan die welke zij aan om het even welke luchtvaartmaatschappij verleenden, meer bepaald wat de uitstalling van haar tarieven, producten, brochures en dienstregelingen betrof.

8 Deze marketingovereenkomsten, die voor één jaar werden gesloten, waren in de regel voorbehouden aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde IATA-reisagenten van wie de jaarlijkse verkoop van BA-biljetten (hierna: „vlieginkomsten") meer dan 500 000 GBP bedroeg. De reisagenten met vlieginkomsten van meer dan 500 000 GBP doch minder dan 10 miljoen GBP per jaar, konden een standaardmarketingovereenkomst sluiten. De reisagenten die meer dan 10 miljoen GBP aan vlieginkomsten behaalden, sloten met BA een individueel onderhandelde marketingovereenkomst.

9 De prestatiepremie werd berekend volgens een glijdende schaal die gebaseerd is op de stijging van de BA-vlieginkomsten van de reisagent. Naast de algemene prestatiepremie geven bepaalde luchtverbindingen recht op een speciale prestatiebonus.

10 De betaling van de prestatiepremie of van de speciale bonus was afhankelijk van de stijging van de verkoop van BA-biljetten die de reisagenten jaar na jaar realiseerden. Hoewel in de regel geen van beide premies werd betaald voor de sectoren waarop met binnenlandse BA-vluchten in het Verenigd Koninkrijk werd gevlogen, telden deze sectoren mee om te bepalen of het verkoopstreefdoel werd bereikt, aangezien het verkoopstreefdoel werd berekend op basis van het totaal aan vlieginkomsten, inclusief lange- en korteafstandsvluchten en binnenlandse vluchten.

11 Naast de marketingovereenkomsten heeft BA met drie IATA-reisagenten een tweede soort van stimuleringsovereenkomsten (hierna: „mondiale overeenkomsten") gesloten. Voor het winterseizoen 1992/1993 had BA met drie reisagenten mondiale stimuleringsprogramma's afgesproken, op grond waarvan deze reisagenten bijkomende provisies ontvingen die werden berekend op basis van de groei van het aandeel van BA in hun wereldwijde verkoop.

12 Op 9 juli 1993 heeft Virgin bij de Commissie een klacht betreffende met name de marketingovereenkomsten ingediend.

13 De Commissie heeft een procedure ingeleid met betrekking tot de door BA met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten gesloten marketingovereenkomsten en heeft op 20 december 1996 een mededeling met punten van bezwaar tegen de regelingen van BA vastgesteld. Tijdens een hoorzitting op 12 november 1997 heeft BA mondelinge opmerkingen kunnen maken.

De nieuwe prestatiepremieregeling

14 Op 17 november 1997 heeft BA aan alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een brief gezonden, waarin zij de nadere regels betreffende een derde

soort van stimuleringsovereenkomsten, te weten een nieuwe prestatiepremieregeling die per 1 januari 1998 in werking zou treden (hierna: „nieuwe prestatiepremieregeling"), heeft uiteengezet.

15 Naast de vaste provisie op alle in het Verenigd Koninkrijk verkochte biljetten, waarvan het nieuwe tarief 7 % bedroeg, kon iedere agent een extra provisie krijgen die voor de internationale biljetten tot 3 % en voor de binnenlandse biljetten tot 1 % kon oplopen. De grootte van het extra, variabele element voor de binnenlandse en internationale biljetten was afhankelijk van het verkoopcijfer dat de reisagenten voor BA-biljetten realiseerden. De prestatie van de reisagenten werd berekend door een vergelijking van de totale vlieginkomsten uit de verkoop van de BA-biljetten die de agent tijdens een welbepaalde kalendermaand had afgegeven, met de vlieginkomsten die hij tijdens dezelfde maand van het vorige jaar had behaald.

16 In de nieuwe prestatiepremieregeling werd voor elk procentpunt waarmee de prestatie het referentiepunt van 95 % overschrijdt, aan de reisagent een variabel element van 0,1 % toegekend als extra provisie op de verkoop van internationale biljetten, bovenop de basisprovisie van 7 %. Voor de verkoop van binnenlandse biljetten bedroeg het variabele element 0,1 % per stijging met 3 % van de verkoop boven de drempel van 95 %. Het variabele element dat de reisagenten in de nieuwe prestatiepremieregeling konden krijgen, bedroeg maximaal 3 % voor de internationale biljetten en maximaal 1 % voor de binnenlandse biljetten, in beide gevallen wanneer het prestatieniveau 125 % of meer bedroeg.

17 Indien bijvoorbeeld de prestatie van een reisagent voor een welbepaalde kalendermaand 112 % bedroeg, was het variabele element voor biljetten voor internationale vluchten gelijk aan 1,7 % [(112 - 95) × 0,1 %] van de internationale premie-inkomsten voor die maand. Anderzijds kwam voor dergelijke prestaties het variabele element van de biljetten voor binnenlandse vluchten neer op 0,5 % [(112 - 95) ÷ 3 × 0,1 %] van de binnenlandse premie-inkomsten voor die kalendermaand. De variabele elementen werden in de prestatiepremieregeling maandelijks uitbetaald.

18 Het was aanvankelijk de bedoeling dat de nieuwe prestatiepremieregeling tot en met 31 maart 1999 zou gelden. Voor december 1997 heeft BA een overgangsregeling ingevoerd, waarbij de nieuwe prestatiepremieregeling werd toegepast bovenop de voordien bestaande standaardprovisies van 9 respectievelijk 7,5 % op de biljetten voor internationale en binnenlandse vluchten. Op 8 februari 1999 heeft BA aangekondigd dat deze regeling niet zou worden verlengd voor het boekjaar 1999/2000.

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

De beschikking van de Commissie

20 Op 14 juli 1999 heeft de Commissie op grond van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), de bestreden beschikking gegeven, waarin elke route waarop BA vliegt van en naar luchthavens in het Verenigd Koninkrijk, als een potentiële afzonderlijke markt voor luchtvervoer wordt aangemerkt (punt 80 van de beschikking) en de Britse markt als de relevante geografische markt voor luchtvervoer wordt beschouwd (punt 83 van de beschikking).

21 Volgens punt 31 van de bestreden beschikking verstrekken reisagenten aan luchtvaartmaatschappijen diensten die erin bestaan bekendheid te geven aan de door de luchtvaartmaatschappijen aangeboden luchtvervoerdiensten, reizigers te helpen bij de keuze van een geschikte vervoerdienst en administratieve taken te verrichten zoals het afgeven van biljetten, het innen van betalingen van de reizigers en het doorstorten ervan aan de luchtvaartmaatschappij. In ruil voor deze diensten betalen de luchtvaartmaatschappijen aan de reisagenten provisies die op de verkoop van de biljetten via deze reisagenten zijn gebaseerd.

22 De Commissie is verder van oordeel dat BA op de Britse markt van diensten van reisagentschappen voor vliegreizen een dominante afnemer is, in het bijzonder wegens het aandeel van verkochte BA-biljetten in de totale verkoop van vliegbiljetten in het Verenigd Koninkrijk via de betalingsregeling van de IATA voor reisagentschappen (punten 90 en 91 van de beschikking).

23 In de punten 29 en 30 van de bestreden beschikking beschrijft de Commissie de kenmerken van de marketingovereenkomsten en van de nieuwe prestatiepremieregeling als volgt:

„(29) De bovenbeschreven provisieregelingen voor reisagenten hebben één opvallend gemeenschappelijk kenmerk. In elk van de gevallen leidt het behalen van de doelstellingen inzake verkooptoename tot meer provisie over alle door de reisagent verkochte biljetten en niet enkel over die welke worden verkocht nadat de doelstelling is bereikt. In de [marketingovereenkomsten] stijgt de uitkering in contanten die per biljet aan de reisagenten wordt betaald, met alle verkochte biljetten. Volgens de [prestatiepremieregeling] stijgt het percentage betaalde provisie voor alle biljettenverkoop door de reisagent. Dit betekent dat een reisagent die dicht bij één van de drempels voor een provisieverhoging komt, door een betrekkelijk gering aantal extra BA-biljetten te verkopen zijn provisieinkomsten in aanzienlijke mate kan beïnvloeden. Daarentegen zal een concurrent van BA die een reisagent ertoe wil aanzetten om een deel van de verkoop van BA-biljetten in biljetten van de concurrerende luchtvaartmaatschappij te veranderen, op alle door de concurrent verkochte biljetten een veel hoger provisiepercentage dan BA moeten betalen om dit effect te neutraliseren.

(30) Dit effect van de BA-provisieregelingen kan met een voorbeeld worden geïllustreerd. Stel dat een reisagent in het referentiejaar per maand 100 000 GBP aan vliegbiljetten voor internationaal verkeer verkoopt.

Indien de reisagent per maand voor 100 000 GBP BA-vliegbiljetten voor internationaal verkeer verkoopt, zal deze de basisprovisie van 7 % verdienen en een ‚prestatiepremie' van 0,5 % [(100 % - 95 %) × 0,1 %], ofwel 7 500 GBP [100 000 × (7 % + 0,5 %)] provisie-inkomsten voor verkoop van vliegbiljetten voor internationaal verkeer. Indien de reisagent 1 % van de biljetten voor internationaal verkeer naar een concurrent van BA zou overhevelen, zou de prestatie tot 0,4 % [(99 % - 95 %) × 0,1 %] dalen en zou dit lagere percentage voor alle door de reisagent verkochte BA-biljetten gelden. De inkomsten van de reisagent uit provisies over de verkoop van BA-biljetten voor internationaal verkeer zouden tot 7 326 GBP [99 000 × (7 % + 0,4 %)] dalen. Een vermindering van 1 000 GBP in de verkoop van BA-biljetten voor internationaal verkeer leidt tot een daling met 174 GBP aan provisie-inkomsten. Het ‚marginale' provisiepercentage bedraagt dus 17,4 %. In de praktijk betekent dit dat een concurrent van BA, die vluchten zou kunnen aanbieden ter vervanging van door het reisbureau verkochte BA-biljetten ter waarde van 1 000 GBP, een provisie van 17,4 % op die biljetten zou moeten bieden om de reisagent voor het verlies van BA-provisie-inkomsten te compenseren. Ofschoon BA ook deze hoge marginale provisie moet bieden om haar verkoop van biljetten te doen stijgen, bevindt zij zich in een bevoordeelde positie ten opzichte van de nieuwe marktdeelnemer die voor het totaal van zijn verkoop deze hoge provisie moet bieden. [...]

Dit effect neemt nog toe indien het betrokken aantal biljetten een kleiner percentage vormt van de referentieverkoop van de reisagent van BA-biljetten. Het effect neemt eveneens toe indien de betrokken reisagent niet alleen extra provisies uit hoofde van de [prestatiepremieregeling] verdient, maar ook bonussen uit hoofde van een [marketingovereenkomst] kan verdienen."

24 In de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat BA door de invoering van de marketingovereenkomsten en van de nieuwe prestatiepremieregeling voor de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten voor vliegreizen misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de Britse markt van agentuurdiensten voor vliegreizen (punt 96 van de beschikking).

25 Door haar prestatiepremieregelingen op de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten toe te passen maakt BA misbruik van haar machtspositie, omdat als gevolg van die toepassing, enerzijds, deze agenten ertoe worden aangezet hun verkoopcijfer voor BA-biljetten op peil te houden of te vergroten, in plaats van hun diensten aan concurrenten van BA te verkopen, aangezien deze financiële stimulansen niet afhankelijk zijn van het verkoopvolume in absolute cijfers dat deze agenten voor BA-biljetten hebben behaald (punt 102 van de beschikking) en, anderzijds, op de betrokken reisagenten ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties worden toegepast (punt 109 van de beschikking).

26 Ten slotte meent de Commissie dat de onrechtmatige gedraging van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen tot gevolg heeft dat de mededinging tussen BA en de overige luchtvaartmaatschappijen op de Britse markten voor luchtvervoerdiensten wordt vervalst (punten 103 en 111 van de beschikking).

27 In het dispositief van de bestreden beschikking wordt derhalve bepaald:

„Artikel 1

[BA] pleegde inbreuken op artikel 82 [EG] door ten aanzien van reisagenten waarbij zij in het Verenigd Koninkrijk diensten van reisagentschappen op het gebied van vliegreizen inkoopt, provisieregelingen en andere stimulansen toe te passen die, door de beloning van de getrouwheid van de reisagenten en door de discriminatie tussen reisagenten, tot doel en tot gevolg hebben dat concurrenten van [BA] van de markten van het Verenigd Koninkrijk voor luchtvervoer werden uitgesloten.

Artikel 2

Gelet op de in artikel 1 genoemde inbreuken wordt hierbij aan [BA] een boete van 6,8 miljoen EUR opgelegd.

[...]"

Het procesverloop

28 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 oktober 1999, heeft BA beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, die haar op 27 juli 1999 was betekend.

29 Bij akte, neergelegd op 10 april 2000, heeft Virgin verzocht in de onderhavige procedure te mogen interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

30 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 april 2000, heeft ook Air France verzocht in de onderhavige procedure te mogen interveniëren ter ondersteuning van BA's vordering tot nietigverklaring, op grond dat de beslechting van dit geschil gevolgen zal hebben voor het standpunt dat de Commissie zal innemen in een procedure met betrekking tot de commerciële stimuleringsregelingen die Air France op de reisagenten toepast.

31 Bij beschikking van 9 februari 2001 werden het verzoek om toelating tot interventie van Virgin en het verzoek van BA om vertrouwelijke behandeling van bepaalde documenten jegens Virgin toegewezen.

32 Het verzoek om toelating tot interventie van Air France werd daarentegen afgewezen wegens het ontbreken van belang bij de beslechting van dit geschil aangezien de eventuele gevolgen van het te wijzen arrest voor een beslissing die de Commissie jegens Air France zou kunnen nemen, buiten het voorwerp van deze procedure valt.

33 Bij besluit van het Gerecht is de rechter-rapporteur aan de Eerste kamer toegevoegd en is de zaak bijgevolg aan deze kamer toegewezen.

34 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Eerste kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht BA en de Commissie verzocht, bepaalde vragen te beantwoorden. BA en de Commissie hebben binnen de gestelde termijn op deze vragen geantwoord.

35 Partijen zijn ter terechtzitting van 26 februari 2003 gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

36 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking in al haar onderdelen nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

37 De Commissie, ondersteund door Virgin, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

38 Tot staving van haar beroep voert BA acht middelen aan: onbevoegdheid van de Commissie, schending van het non-discriminatiebeginsel, verkeerde afbakening van de relevante geografische en productmarkt, ontbreken van een voldoende nauwe samenhang tussen de productmarkten die ongunstig zouden zijn beïnvloed, verkeerde rechtsgrondslag van de bestreden beschikking, ontbreken van een machtspositie, ontbreken van misbruik van machtspositie en, ten slotte, buitensporige geldboete.

Het eerste middel: onbevoegdheid van de Commissie

Argumenten van partijen

39 BA betoogt dat de Commissie haar bevoegdheid heeft overschreden door op 14 juli 1999 de bestreden beschikking te geven, aangezien de leden van de

Commissie, die allen sinds 16 maart 1999 demissionair waren om een motie van afkeuring van het Parlement te voorkomen, alleen nog de lopende zaken mochten behartigen in de zin van artikel 201 EG, dat van overeenkomstige toepassing was, tot aan de benoeming van de leden van de nieuwe Commissie op 15 september 1999.

40 De redenen voor de in artikel 201 EG voorziene beperking van de activiteiten van de Commissie — de voornaamste reden is de toekenning aan het Parlement van de constitutionele bevoegdheid om het politieke mandaat van de Commissie in te trekken — zouden niet alleen gelden wanneer de leden van de Commissie moeten aftreden ten gevolge van een motie van afkeuring van het Parlement, maar evenzeer wanneer de Commissie als college vrijwillig ontslag neemt, zoals in casu.

41 Anders dan in het geval bedoeld in artikel 215, vierde alinea, EG — dat handelt over ambten die openvallen binnen een Commissie die het mandaat waarvoor zij werd benoemd, blijft uitoefenen — waarin de leden van de Commissie in functie blijven totdat in hun vervanging is voorzien, behelst het begrip „lopende zaken" die de leden van de Commissie krachtens artikel 201, tweede alinea, EG blijven behartigen, alleen de dagelijkse werkzaamheden van de Commissie. Nieuwe politieke initiatieven, zoals de bestreden beschikking, waaraan de Commissie duidelijk de waarde van een precedent heeft willen geven voor de luchtvaartmaatschappijen die op de markt eenzelfde positie innemen als BA, vallen daar niet onder.

42 Zelfs al zou artikel 215 EG van toepassing zijn, dan nog zou de Commissie de bestreden beschikking niet hebben kunnen geven. Artikel 215, eerste alinea, EG bepaalt dat de ambtsvervulling van een lid van de Commissie eindigt door zijn ontslag. Onder het begrip „ambtsvervulling" valt het geven van een beschikking inzake een procedure op grond van artikel 82 EG, zoals blijkt uit de bewoordingen van artikel 213, lid 2, EG, volgens hetwelk de leden van de Commissie hun ambt volkomen onafhankelijk uitoefenen.

43 De Commissie stelt dat, bij gebreke van een motie van afkeuring van het Parlement, artikel 201 EG niet van toepassing is, en zelfs niet van overeenkomstige toepassing is op het vrijwillig — zelfs gelijktijdig — ontslag van alle leden van de Commissie, aangezien een dergelijke hypothese onder artikel 215 EG valt.

44 Aangezien dit laatste artikel niet voorziet in enige beperking van hun bevoegdheden, zijn de leden van de Commissie rechtens gemachtigd, en gehouden, de hun bij het Verdrag toegekende bevoegdheden uit te oefenen tot aan de benoeming van hun opvolgers.

45 In ieder geval vormt de bestreden beschikking geen nieuw politiek initiatief en behoort het tot lopende zaken van de Commissie.

Beoordeling door het Gerecht

46 Artikel 201 EG luidt:

„Wanneer aan het Europese Parlement een motie van afkeuring betreffende het beleid van de Commissie wordt voorgelegd, kan het Europees Parlement zich over deze motie niet eerder uitspreken dan ten minste drie dagen nadat de motie is ingediend en slechts bij openbare stemming.

Indien de motie van afkeuring is aangenomen met een meerderheid van twee derde der uitgebrachte stemmen en tevens bij meerderheid van de leden van het Europees Parlement, moeten de leden van de Commissie gezamenlijk aftreden. Zij

blijven de lopende zaken behartigen tot in hun vervanging is voorzien overeenkomstig artikel 214. In dat geval verstrijkt de ambtsperiode van de te hunner vervanging benoemde leden van de Commissie op de datum waarop de ambtstermijn van de gezamenlijk tot aftreden gedwongen leden zou zijn verstreken."

47 Verder bepaalt artikel 215 EG:

„Behalve door regelmatige vervanging of door overlijden eindigt de ambtsvervulling van een lid van de Commissie door vrijwillig ontslag of ontslag ambtshalve.

De betrokkene wordt voor de verdere duur van zijn ambtstermijn vervangen door een nieuw lid dat in onderlinge overeenstemming door de regeringen van de lidstaten wordt benoemd. De Raad kan met eenparigheid van stemmen vaststellen dat er geen reden voor vervanging is.

In geval van ontslag of overlijden wordt de voorzitter voor de verdere duur van zijn ambtstermijn vervangen. De procedure van artikel 214, lid 2, is van toepassing voor de vervanging van de voorzitter.

Behoudens in geval van ontslag ambtshalve overeenkomstig artikel 216, blijven de leden van de Commissie in functie totdat in hun vervanging is voorzien."

48 Bij brief van 16 maart 1999 heeft de voorzitter van de Commissie, J. Santer, de voorzitter van de conferentie van vertegenwoordigers van de regeringen der lidstaten op de hoogte gebracht van het besluit van de leden van de Commissie om gezamenlijk ontslag te nemen en hun mandaat ter beschikking van de regeringen van de lidstaten te stellen. In deze brief verklaarden de voorzitter en de leden van de Commissie dat zij krachtens artikel 215, vierde alinea, EG in functie zouden blijven totdat in hun vervanging is voorzien overeenkomstig de procedures van de Verdragen.

49 Bij verklaring van 22 maart 1999 heeft de Raad te kennen gegeven dat zo snel mogelijk een nieuwe Commissie moest worden benoemd, doch de wens geuit dat de leden van de Commissie tot dan hun ambt blijven vervullen overeenkomstig de Verdragen.

50 Volgens artikel 201 EG kunnen de leden van de Commissie slechts als „gezamenlijk tot aftreden gedwongen" in de zin van de tweede alinea, laatste zin, van dat artikel worden beschouwd wanneer het Parlement overeenkomstig dat artikel een motie van afkeuring heeft aangenomen.

51 Is er geen dergelijke motie, zoals in casu, dan vormen de individuele — zelfs gelijktijdige — ontslagen van alle leden van de Commissie een situatie waarop artikel 201 EG niet van toepassing is.

52 De omstandigheid dat de leden van de Commissie door hun gezamenlijk ontslag hun politieke verantwoordelijkheid hebben erkend, is dienaangaande irrelevant. In het kader van het stelsel van bevoegdheden van de Gemeenschap mag de keuze van de rechtsgrondslag van een handeling niet alleen afhangen van de opvatting van een instelling, maar moet zij berusten op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn (zie in die zin arrest Hof van 26 maart 1987, Commissie/Raad, 45/86, Jurispr. blz. 1493, punt 11).

53 De ambtsvervulling van de betrokken leden van de Commissie eindigt dus met hun vrijwillig individueel ontslag in de zin van artikel 215, eerste alinea, EG zonder dat de gelijktijdigheid van deze individuele ontslagen iets afdoet aan het vrijwillige karakter ervan.

54 Bovendien berust besluit 1999/627/EG, EGKS, Euratom van de vertegenwoordigers van de regeringen der lidstaten van de Europese Gemeenschappen van 15 september 1999 houdende benoeming van de voorzitter en de leden van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (PB L 248, blz. 30), blijkens het visum ervan, met name op artikel 215 EG.

55 Met de verduidelijking, in artikel 215, eerste alinea, EG dat de ambtsvervulling van een lid van de Commissie eindigt met zijn ontslag, hebben de opstellers van het Verdrag gewoon de rechtsgronden voor de beëindiging van de ambtsvervulling van de leden van de Commissie tijdens hun ambtstermijn willen vastleggen, zonder evenwel de ontslagnemende leden te willen verbieden hun normale bevoegdheden uit te oefenen totdat hun vrijwillig ontslag effect sorteert op de datum van hun daadwerkelijke vervanging.

56 Bijgevolg zijn de betrokkenen overeenkomstig artikel 215, vierde alinea, EG „in functie [gebleven] totdat in hun vervanging [was] voorzien" op 15 september 1999. Tot op die datum hebben zij hun volledige bevoegdheid behouden.

57 Derhalve heeft de Commissie haar bevoegdheid niet overschreden door op 14 juli 1999 de bestreden beschikking te geven.

58 Mitsdien moet het eerste middel worden afgewezen.

Het tweede middel: schending van het non-discriminatiebeginsel

Argumenten van partijen

59 BA verwijt de Commissie dat zij het non-discriminatiebeginsel heeft geschonden en haar in een zeer ongunstige mededingingspositie heeft geplaatst door haar in de bestreden beschikking te verbieden, haar prestatiepremieregelingen toe te passen op de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten, zonder een soortgelijke beschikking te geven jegens andere luchtvaartmaatschappijen die een minstens even sterke positie innemen als die welke de Commissie aan BA toeschrijft, en die dezelfde financiële stimuleringsregelingen toepassen.

60 Dat Virgin eerder een klacht had ingediend, rechtvaardigt geenszins de beslissing om alleen jegens BA een inbreukprocedure in te leiden. De discretionaire bevoegdheid van de Commissie om haar middelen aan te wenden voor de bij haar aanhangige zaken mag niet tot discriminatie leiden, in het bijzonder wanneer deze zelf leidt tot vervalsing van de mededinging ten nadele van de vervolgde onderneming.

61 De Commissie meent dat de vaststelling van de bestreden beschikking zes jaar na de klacht van Virgin geenszins discriminerend is. Haars inziens beschikt zij over een beoordelingsvrijheid om verschillende prioriteiten toe te kennen aan de bij haar aanhangig gemaakte zaken naar gelang van het communautair belang ervan (arrest Gerecht van 18 september 1992, Automec/Commissie, T-24/90, Jurispr. blz. II-2223, punt 77).

62 Volgens het persbericht betreffende de „beginselen inzake de provisies van reisagenten", dat op de dag van de vaststelling van de bestreden beschikking werd gepubliceerd, is de bestreden beschikking een eerste stap bij de behandeling van

de provisies die luchtvaartmaatschappijen aan de reisagenten betalen. De in dat bericht geformuleerde beginselen geven bovendien duidelijke aanwijzingen voor alle andere luchtvaartmaatschappijen die in een soortgelijke situatie als BA verkeren, en de Commissie moet alle maatregelen nemen die nodig zijn om toe te zien op de naleving van deze beginselen door de andere luchtvaartmaatschappijen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

63 De bestreden beschikking heeft voor BA geen negatieve gevolgen op andere geografische markten dan de Britse markt. Wanneer BA op deze andere markten geen machtspositie bezit, kan zij financiële stimuleringsregelingen toepassen om die van een concurrent te neutraliseren.

64 Bovendien is het aanbod van andere luchtvaartmaatschappijen die op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk diverse premieregelingen op de reisagenten voor vliegreizen toepassen, niet relevant voor de bestreden beschikking. Deze beschikking betreft BA als onderneming met een machtspositie op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, wegens de bijzondere verantwoordelijkheid die op BA als onderneming met een machtspositie rust.

Beoordeling door het Gerecht

65 De Commissie kan alleen discriminatie worden verweten wanneer zij vergelijkbare situaties op verschillende wijze heeft behandeld en daardoor bepaalde ondernemingen in verhouding tot andere heeft benadeeld zonder dat dit onderscheid in behandeling door het bestaan van objectieve verschillen van een zeker gewicht wordt gerechtvaardigd (arrest Gerecht van 7 juli 1999, Wirtschaftsvereinigung Stahl/Commissie, T-106/96, Jurispr. blz. II-2155, punt 103).

66 De omstandigheid dat de Commissie geen inbreuk heeft vastgesteld ten laste van een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie bevindt als de verzoeker, kan hoe dan ook geen reden zijn om de aan deze laatste verweten inbreuk niet in aanmerking te nemen wanneer zij naar behoren is vastgesteld (arrest Hof van 31 maart 1993, Ahlström e.a./Commissie, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85—C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 146).

67 Verder steunt het middel op de loutere en geenszins bewezen stelling dat de financiële stimuleringsregelingen die de concurrenten van BA op de reisagenten toepassen, in strijd zijn met de artikelen 81 EG en 82 EG.

68 Los van het feit dat de bestreden beschikking is gegeven op de klacht die Virgin al in 1993 tegen BA had ingediend, mag de Commissie bovendien, om doeltreffend te waken over de toepassing van de communautaire mededingingsregels, zoals in casu verschillende maten van prioriteit toekennen aan de bij haar ingediende klachten (arrest Hof van 4 maart 1999, Ufex e.a./Commissie, C-119/97 P, Jurispr. blz. I-1341, punt 88) naar gelang van het communautaire belang ervan, gelet op de omstandigheden van het specifieke geval en in het bijzonder op de feitelijke en juridische elementen die zijn aangevoerd (arrest Automec/Commissie, reeds aangehaald in punt 61 hierboven, punt 86).

69 De Commissie dient in elk individueel geval de ernst van de gestelde inbreuken op de mededinging te beoordelen (arrest Gerecht van 13 december 1999, SGA/Commissie, T-189/95, T-39/96 en T-123/96, Jurispr. blz. II-3587, punt 53) en, zoals in casu, rekening te houden met de tijd die is verstreken sedert de indiening van de klacht. De Commissie is immers gehouden haar onderzoeksprocedures binnen een redelijke termijn te beëindigen (zie in die zin arrest Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie, T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punten 55 en 56).

70 Wanneer zij, zoals in casu, wordt geconfronteerd met een situatie waarin op grond van vele gegevens de verdenking kan rijzen dat verschillende grote ondernemingen die tot dezelfde economische sector behoren, in strijd met het mededingingsrecht handelen, mag de Commissie haar optreden namelijk op een van de betrokken ondernemingen concentreren en daarbij de marktdeelnemers die schade zouden ondervinden van het eventuele onrechtmatige gedrag van de overige ondernemingen die in overtreding zijn, erop wijzen dat zij zich tot de nationale instanties dienen te wenden (zie in die zin arrest SGA/Commissie, reeds aangehaald in punt 69 hierboven, punt 59).

71 Ten slotte heeft de Commissie ter terechtzitting verklaard, zonder door BA te zijn weersproken, dat zij naar aanleiding van de klachten die in juni en september 1998 door BA werden ingediend, tegen acht luchtvaartmaatschappijen een onderzoeksprocedure heeft ingeleid en dat zij BA bij brief van 6 februari 2003 heeft laten weten dat zij van plan was deze procedures te beëindigen.

72 Derhalve staat het aan BA, indien zij denkt daartoe goede gronden te hebben, haar opmerkingen dienaangaande aan de Commissie voor te leggen en op te komen tegen een eventuele beschikking van de Commissie om geen gevolg te geven aan haar klachten.

73 Mitsdien moet het tweede middel worden afgewezen.

Het derde middel: verkeerde afbakening van de relevante geografische en productmarkt

74 Zoals uit de bestreden beschikking blijkt (zie punt 22 van dit arrest), heeft de Commissie geoordeeld dat de relevante markt voor de vaststelling van de machtspositie van BA de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen was.

Argumenten van partijen

75 BA betwist deze analyse van de Commissie en betoogt dat de markt van de diensten die de reisagenten aan de luchtvaartmaatschappijen verstrekken — zo die al bestaat — in de omstandigheden van het onderhavige geval niet de relevante productmarkt kan vormen.

76 De Commissie heeft de mededingingsbeperkingen die zij in de omstreden prestatiepremieregelingen heeft ontdekt, toegeschreven aan de positie van BA als afnemer van de diensten die door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten worden verstrekt. Daarbij is de Commissie niet alleen afgeweken van haar gebruikelijke methode van afbakening van de relevante markt, waardoor zij is vooruitgelopen op de vaststelling van het bestaan van een machtspositie en uiteindelijk ook van misbruik daarvan, maar ook van haar bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5).

77 De reisagenten vormen voor de luchtvaartmaatschappijen een distributiekanaal om hun vliegtuigzitjes te verkopen en treden daarbij op als detailverkopers. Op de markten van merkproducten wordt de aard van de mededinging evenwel beoordeeld door de markten van de betrokken producten en niet de markten van de detailverkoopdiensten die worden verstrekt door de verkooppunten die de producenten gebruiken om hun producten af te zetten, als relevante markten te nemen.

78 De positie van BA ten opzichte van de reisagenten vormt geen juiste benadering om haar machtspositie op de markt te beoordelen. Om de betrokken productmarkt af te bakenen voor de beoordeling van de gevolgen die de aan de reisagenten toegekende financiële voordelen voor de mededinging hebben, moet worden bepaald of het voor een alleenleverancier van luchtvervoerdiensten op een bepaalde route nut heeft zijn prijzen te verhogen.

79 Zoals de Commissie in de punten 80 en 81 van de bestreden beschikking toegeeft, hangt het antwoord op deze vraag af van de mate waarin de reizigers die op een welbepaalde route willen vliegen, andere routes als echte alternatieven beschouwen. De Commissie volgt deze benadering bij haar onderzoek van het luchtvervoer van personen van en naar het Verenigd Koninkrijk, maar houdt ten onrechte staande dat er een afzonderlijke markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen bestaat.

80 BA betoogt dat volgens de zienswijze van de Commissie de markt van distributiediensten voor vliegbiljetten die de reisagenten verstrekken, zelfs al zou zij onbeduidend worden, toch de relevante markt zou blijven. Volgens BA verzet het bestaan van andere distributievormen zich evenwel tegen de conclusie dat een luchtvaartmaatschappij, zelfs al zou zij het overgrote deel van de distributie van vliegbiljetten via agentschappen in handen hebben, een machtspositie bezit op deze markt.

81 Bovendien zou, indien er vier reeksen van bestemmingen (de Verenigde Staten, Europa, Afrika en het Verre Oosten) en voor elke bestemming één alleenleverancier van luchtvervoerdiensten zou bestaan, iedere luchtvaartmaatschappij in staat zijn op haar eigen routes een aanzienlijke macht uit te oefenen zonder enige druk van andere luchtvaartmaatschappijen te ondervinden. Volgens de analyse van de Commissie zou dan evenwel geen enkele van die luchtvaartmaatschappijen noodzakelijkerwijs een machtspositie voor de afname van diensten van reisagentschappen bezitten, aangezien elke maatschappij slechts 25 % van de afname van die diensten zou vertegenwoordigen.

82 Ten slotte zou een luchtvaartmaatschappij die op de markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen geen machtspositie bezit, doch als enige een welbepaalde route of een klein aantal routes exploiteert, op deze routes volkomen onafhankelijk van haar concurrenten en agenten kunnen handelen. Toch zou deze situatie volgens de zienswijze van de Commissie niet onder artikel 82 EG vallen.

83 BA voegt daaraan toe dat, zelfs al zouden de diensten van reisagenten voor vliegreizen de relevante productmarkt vormen, de relevante geografische markt ruimer is dan het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk. Een groot aantal belangrijke reisagenten zijn in verschillende landen werkzaam. Bovendien onderhandelen de reisagenten meer en meer op internationaal niveau met de luchtvaartmaatschappijen, zoals blijkt uit de mondiale overeenkomsten die BA met bepaalde agentschappen heeft gesloten.

84 De Commissie herinnert eraan dat, volgens punt 31 van de bestreden beschikking, reisagenten handelen voor rekening van de luchtvaartmaatschappijen als zelfstandige tussenpersonen die een autonome dienstverleningsactiviteit uitoefenen (arrest Hof van 1 oktober 1987, VVR, 311/85, Jurispr. blz. 3801, punt 20).

85 De diensten van reisagenten voor vliegreizen, waarvoor de luchtvaartmaatschappijen een vergoeding in de vorm van een provisie op basis van het aantal afgegeven biljetten betalen, bestaan erin reclame te maken voor de betrokken luchtvaartmaatschappijen, reizigers te helpen bij de keuze van geschikte maatschappijen en vluchten, biljetten af te geven, betalingen van reizigers te ontvangen en het geld aan de luchtvaartmaatschappijen door te storten.

86 Niets belet vast te stellen dat een afnemer met een machtspositie, die niet aan het communautair mededingingsrecht ontsnapt, misbruik maakt van die machtspositie.

87 De Commissie herinnert eraan dat zij de diensten van reisagenten voor vliegreizen [beschikking 91/480/EEG van de Commissie van 30 juli 1991 inzake een procedure op grond van artikel [81] van het Verdrag (zaak IV/32.659 — IATA Passenger Agency Programme) (PB L 258, blz. 18)), evenals andere markten die met vliegreizen verband houden, zoals de computersystemen voor reservering van vliegtuigplaatsen [beschikking 88/589/EEG van de Commissie van 4 november 1988 inzake een procedure op grond van artikel [82] van het Verdrag (IV/32.318, London European — Sabena) (PB L 317, blz. 47)), als een afzonderlijke markt heeft beschouwd.

88 Ten slotte zou de beperking van de relevante geografische markt tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk gerechtvaardigd zijn door het feit dat de betrokken activiteiten diverse territoriale banden hebben met het Britse grondgebied. Zo reserveren klanten hun biljetten normaliter in hun verblijfsstaat en komen de relaties tussen de reisagenten en de luchtvaartmaatschappijen per land tot stand.

Beoordeling door het Gerecht

89 In de bestreden beschikking heeft de Commissie geoordeeld dat de productmarkt die in aanmerking moet worden genomen om de machtspositie van BA vast te stellen, de markt is van de diensten die de luchtvaartmaatschappijen van de reisagenten kopen met het oog op de verkoop en de distributie van hun vliegbiljetten (punt 72 van de beschikking). Volgens de Commissie heeft deze praktijk van de luchtvaartmaatschappijen tot gevolg dat een markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen ontstaat, die onderscheiden is van de markt voor luchtvervoer.

90 Verder heeft de Commissie geoordeeld dat de relevante geografische markt in casu het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk is, omdat de activiteiten van een reisagent op nationaal vlak worden uitgeoefend.

91 Volgens vaste rechtspraak (arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 37; arrest Gerecht van 30 maart 2000, Kish Glass/Commissie, T-65/96, Jurispr. blz. II-1885, punt 62, op hogere voorziening bevestigd bij beschikking Hof van 18 oktober 2001, Kish Glass/Commissie, C-241/00 P, Jurispr. blz. I-7759) moeten bij het onderzoek of een onderneming eventueel een machtspositie op een bepaalde productmarkt bezit, de concurrentiemogelijkheden worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle producten of diensten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten of diensten kunnen worden vervangen. Omdat bovendien de bepaling van de relevante markt ertoe dient om te beoordelen of de betrokken onderneming in staat is de instandhouding van een

daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zich jegens haar concurrenten en, in casu, jegens haar dienstverrichters, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen, mag men zich hierbij niet beperken tot een onderzoek van de objectieve kenmerken van de betrokken diensten, maar moet men eveneens de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt in aanmerking nemen.

92 Uit de stukken van BA valt af te leiden dat BA zelf het bestaan van een afzonderlijke markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen toegeeft, want in punt 11.34 van haar verzoekschrift verklaart zij dat de reisagenten zelf op een concurrerende markt werkzaam zijn en elkaar beconcurreren om hun klanten een optimale dienstverlening te bieden.

93 Ook al handelen reisagenten voor rekening van de luchtvaartmaatschappijen, die alle risico's en opbrengsten in verband met het leveren van luchtvervoerdiensten dragen en ontvangen en die rechtstreeks met de reizigers vervoerovereenkomsten sluiten, toch blijven zij zelfstandige tussenpersonen die een autonome dienstverleningsactiviteit uitoefenen (zie in die zin arrest VVR, reeds aangehaald in punt 84 hierboven, punt 20).

94 Zoals de Commissie in punt 31 van de bestreden beschikking opmerkt, bestaat deze specifieke activiteit van de reisagenten enerzijds in het verlenen van advies aan potentiële reizigers, in het reserveren en afgeven van vliegbiljetten, in het innen van de vervoerprijs en in het doorstorten ervan aan de luchtvaartmaatschappijen en anderzijds in het geven van bekendheid aan en in het maken van reclame voor deze luchtvaartmaatschappijen.

95 In dit verband stelt BA zelf dat de reisagenten voor de luchtvaartmaatschappijen een essentieel distributiekanaal zijn en, althans op korte termijn, zullen blijven, via hetwelk deze maatschappijen hun vliegtuigzitplaatsen efficiënt kunnen verkopen. Volgens BA bestaat er een onderlinge afhankelijkheid tussen de reisagenten en de luchtvaartmaatschappijen, die alléén niet in staat zijn hun luchtvervoerdiensten met winst te verkopen.

96 Zoals BA ook nog opmerkt, hebben de reisagenten een groter aanbod van luchtverbindingen en vertrek- en aankomsttijden dan om het even welke luchtvaartmaatschappij zou kunnen hebben. De reisagenten selecteren de informatie betreffende de verschillende vluchten voor de reizigers, die als gevolg van de real-timetariferingsstelsels van de luchtvaartmaatschappijen worden geconfronteerd met een wildgroei van verschillende tariefstructuren voor vliegreizen.

97 BA heeft trouwens erkend dat de rol die de reisagenten bij de distributie van vliegbiljetten vervullen, verklaart waarom de luchtvaartmaatschappijen hun voordelen wensen te verlenen om hen ertoe aan te zetten zitplaatsen op hun vluchten te verkopen. De onvervangbaarheid van de diensten die de reisagenten aan de luchtvaartmaatschappijen verlenen, blijkt aldus uit het geheel van toegekende bonussen.

98 Ten slotte heeft BA zelf benadrukt dat de belangrijke reisagenten individueel over distributieovereenkomsten voor vliegbiljetten onderhandelen en dus in staat zijn de luchtvaartmaatschappijen tegen elkaar uit te spelen.

99 Deze specifieke aard van de diensten die reisagenten verlenen aan de luchtvaartmaatschappijen, die niet ernstig kunnen overwegen deze diensten in de plaats van de agenten zelf te verstrekken, blijkt ook uit het feit dat, op het tijdstip van de gestelde inbreuk, in het Verenigd Koninkrijk 85 % van de vliegbiljetten via reisagenten werd verkocht.

100 Bijgevolg vormen de diensten van reisagenten voor vliegreizen een economische activiteit die de luchtvaartmaatschappijen op het tijdstip van de bestreden beschikking niet konden vervangen door een andere vorm van distributie van hun biljetten, en vormen deze diensten dus een dienstenmarkt die onderscheiden is van de markt voor luchtvervoerdiensten.

101 De omstandigheid dat de mededingingsbeperkingen die de Commissie in de prestatiepremieregelingen van BA ziet, voortvloeien uit de positie van BA als afnemer van diensten van reisagenten voor vliegreizen en niet uit haar positie als dienstverlener, is irrelevant voor de afbakening van de relevante markt. Artikel 82 EG geldt immers zowel voor ondernemingen met betrekking tot dewelke, zoals in casu, wordt vastgesteld dat zij een machtspositie hebben tegenover hun leveranciers, als voor ondernemingen die eenzelfde machtspositie innemen tegenover hun cliënten.

102 BA heeft trouwens ter terechtzitting zelf erkend dat zowel een verkoper als een koper een machtspositie in de zin van artikel 82 EG kan bezitten.

103 Bijgevolg kan BA niet op goede gronden stellen dat, voor de afbakening van de relevante productmarkt met het oog op de beoordeling van de gevolgen voor de mededinging van de financiële voordelen die zij aan de Britse reisagenten toekent, moet worden nagegaan of een alleenleverancier van luchtvervoerdiensten op een bepaalde luchtverbinding zijn prijzen met succes kan verhogen.

104 Een dergelijke parameter, die eventueel relevant is voor elke vliegroute afzonderlijk, maakt het niet mogelijk de economische macht te meten die BA — niet als leverancier van luchtvervoerdiensten, doch als afnemer van de diensten van de reisagenten — over het geheel van vliegroutes van en naar Britse luchthavens bezit in vergelijking met alle andere luchtvaartmaatschappijen in dezelfde hoedanigheid van afnemer van diensten van reisagenten voor vliegreizen beschouwd enerzijds en jegens de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten anderzijds.

105 De bezwaren die BA tegen de door de Commissie in aanmerking genomen relevante productmarkt heeft geformuleerd, en die zijn ontleend aan het gevaar van marginalisering van de distributie van vliegbiljetten via reisagenten, aan de exclusieve specialisatie van de luchtvaartmaatschappijen per geografische

bestemming en aan het onafhankelijke optreden van de een of de andere luchtvaartmaatschappij die op bepaalde vliegroutes een monopolie bezit, zijn derhalve niet ter zake dienend.

106 Deze argumenten berusten op hypotheses of situaties die niets van doen hebben met de mededingsvoorwaarden op de relevante markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen tussen zowel de agenten-dienstverleners als de luchtvaartmaatschappijen-dienstontvangers.

107 De Commissie heeft dus zonder enige beoordelingsfout de markt van diensten die de reisagenten aan de luchtvaartmaatschappijen verstrekken, als relevante markt aangemerkt om vast te stellen of BA als afnemer van deze diensten een machtspositie bezit.

108 Volgens vaste rechtspraak kan de geografische markt worden gedefinieerd als het grondgebied waarop voor alle marktdeelnemers juist met betrekking tot de relevante producten of diensten gelijke of voldoende homogene mededingingsvoorwaarden gelden, zonder dat het nodig is dat die voorwaarden volkomen homogeen zijn (arrest Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 91, op hogere voorziening bevestigd bij arrest Hof van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951).

109 Het valt echter nauwelijks te betwisten dat de overgrote meerderheid van de reizigers hun vliegbiljetten in hun verblijfsstaat reserveren. Hoewel BA heeft gesteld dat niet alle vliegbiljetten die reisagenten in het Verenigd Koninkrijk hebben verkocht, noodzakelijk aan inwoners van die staat zijn verkocht, heeft zij erkend dat de verrichtingen buiten het Verenigd Koninkrijk niet kwantificeerbaar waren.

110 Zoals de Commissie in punt 83 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt zonder op dit punt door BA te zijn weersproken, maken de IATA-regels in verband met de volgorde van het gebruik van de coupons van een vliegbiljet het bovendien onmogelijk dat buiten het Verenigd Koninkrijk verkochte biljetten worden gebruikt voor vluchten vanuit een Britse luchthaven.

111 Aangezien de distributie van vliegbiljetten op nationaal niveau verloopt, kopen de luchtvaartmaatschappijen de distributiediensten voor deze biljetten in de regel op nationaal niveau, zoals blijkt uit de overeenkomsten die BA daartoe met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten heeft gesloten.

112 Het lijdt evenmin enige twijfel dat de luchtvaartmaatschappijen hun commerciële diensten op nationaal vlak structureren, dat de reisagenten de vliegbiljetten verhandelen overeenkomstig de nationale facturerings- en betalingsregelingen van de IATA, en in casu, via de regeling voor het Verenigd Koninkrijk (Billing and Settlement Plan for the United Kingdom; hierna: „BSPUK").

113 Bovendien heeft BA de stelling van de Commissie dat BA haar prestatiepremie-regelingen eenvormig over het gehele grondgebied van het Verenigd Koninkrijk op de in deze lidstaat gevestigde reisagenten toepast, niet ter discussie gesteld.

114 BA heeft evenmin betwist dat de omstreden financiële stimulansen alleen gelden voor de verkoop van BA-biljetten in het Verenigd Koninkrijk, ook al worden deze stimulansen toegekend krachtens overeenkomsten met reisagenten die in meer dan één lidstaat werkzaam zijn.

115 Anders dan BA stelt, toont het feit dat zij met bepaalde reisagenten mondiale overeenkomsten sluit, niet aan dat reisagenten meer en meer op internationaal vlak met luchtvaartmaatschappijen samenwerken. Zoals blijkt uit punt 20 van de bestreden beschikking, die BA op dit punt niet betwist, werd met slechts drie reisagenten een mondiale overeenkomst gesloten, en alleen voor het winterseizoen 1992/1993. Bovendien kwamen deze overeenkomsten gewoon bovenop de plaatselijke overeenkomsten die in de betrokken landen waren gesloten.

116 Derhalve heeft de Commissie niet ten onrechte de markt van het Verenigd Koninkrijk als relevante geografische markt in aanmerking genomen om aan te tonen dat BA als afnemer een machtspositie bezit op de markt van de diensten van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten voor vliegreizen.

117 Mitsdien moet het middel inzake verkeerde afbakening van de relevante geografische markt en productmarkt worden afgewezen.

Het vierde middel: ontbreken van de noodzakelijke samenhang tussen de productmarkten die ongunstig zijn beïnvloed

118 In de bestreden beslissing heeft de Commissie vastgesteld dat de omstreden praktijken invloed hebben op verschillende markten. Zoals inzonderheid uit de punten 111 en 112 van de bestreden beschikking blijkt, heeft de Commissie geoordeeld dat de door BA toegepaste prestatiepremieregelingen op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen een discriminatie tussen de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten in het leven roepen en ertoe leiden, enerzijds, dat de hoeveelheid diensten die reisagenten voor vliegreizen aan andere maatschappijen verstrekken, vermindert en, anderzijds, dat de voorwaarden waaronder deze diensten worden verstrekt, verslechteren. Bovendien zou het onrechtmatige gedrag van BA op de markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen ernstige concurrentiebeperkende gevolgen hebben voor haar concurrenten op de Britse markt voor luchtvervoerdiensten (punten 103 en 113 van de beschikking).

Argumenten van partijen

119 BA betoogt dat geen voldoende nauwe samenhang — zoals door artikel 82 EG wordt geëist — bestaat tussen de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, waarop BA een machtspositie zou bezitten, en de Britse markt voor luchtvervoer, waarop BA geen machtspositie bezit.

120 De Commissie zou in haar analyse een „cirkelredenering" volgen, in die zin dat zij meent dat het succes van BA op de Britse markten voor luchtvervoer tot een machtspositie van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten leidt, en dat het misbruik van deze machtspositie schadelijke gevolgen heeft voor eerstgenoemde markten.

121 Bovendien zou het aandeel van BA op de Britse markten voor luchtvervoer te klein zijn om ongerustheid te doen ontstaan en zou BA als afnemer van diensten van reisagentschappen in het Verenigd Koninkrijk niet in staat zijn de levering van deze diensten te controleren.

122 Volgens de Commissie is de relevante markt de markt van de diensten van het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten voor vliegreizen en bezit BA op deze markt een machtspositie waarvan zij misbruik maakt, gezien de onrechtmatige discriminatie tussen deze marktdeelnemers en het uitsluitingseffect dat haar gedragingen op diezelfde markt hebben. Het uitsluitingseffect dat door dit misbruik ontstaat ten nadele van concurrerende luchtvaartmaatschappijen op de markten voor luchtvervoer van en naar het Verenigd Koninkrijk, zou ook in aanmerking zijn genomen.

123 Het Gerecht zou hebben beklemtoond dat artikel 82 EG geen enkele uitdrukkelijke aanwijzing bevat betreffende de eisen die gelden voor de lokalisatie van het misbruik op de product- of dienstenmarkt (arrest van 6 oktober 1994, Tetra

Pak/Commissie, aangehaald in punt 108 hierboven, punt 113) en het Hof zou hebben overwogen dat het oordeel van het Gerecht op dit punt niet kan worden betwist (arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, aangehaald in punt 108 hierboven, punt 24).

124 Ook al verschilt deze zaak van de zaak waarin het Gerecht het in punt 108 hierboven aangehaalde arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, heeft gewezen, voorzover het misbruik van machtspositie door BA zowel op de gedomineerde markt als op andere markten invloed heeft, het lijdt geen twijfel dat de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen nauw samenhangt met de markten voor luchtvervoer van, in en naar het Verenigd Koninkrijk.

125 Virgin, interveniënte, herinnert eraan dat BA betwist dat de markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen losstaat van de markt voor luchtvervoer. BA kan dus thans niet meer stellen dat beide markten totaal gescheiden zijn en geen enkel onderling verband hebben.

126 Virgin voegt daaraan toe dat het vermogen van reisagenten om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op de keuze van de luchtvaartmaatschappij door de reiziger, niet ernstig kan worden betwist. Bijgevolg zouden de premies die de luchtvaartmaatschappijen hun toekennen, een aanzienlijke invloed hebben op de reservering van vluchten voor reizigers die de keuze van luchtvaartmaatschappij aan hun reisagent overlaten.

Beoordeling door het Gerecht

127 Een misbruik van machtspositie op de gedomineerde productmarkt waarvan de invloed echter voelbaar is op een daarvan onderscheiden markt waarop de betrokken onderneming geen machtspositie bezit, kan binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG vallen voorzover deze onderscheiden markt in voldoende mate

samenhangt met de eerste markt (zie in die zin arresten Hof van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 22, en 3 oktober 1985, CBEM, 311/84, Jurispr. blz. 3261, punt 26).

128 In casu maken de omstreden prestatiepremieregelingen deel uit van een geheel van overeenkomsten die BA met in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten heeft gesloten voor het verlenen van diensten van reisagenten voor vliegreizen, zoals de afgifte van haar vliegbiljetten aan reizigers, en van de daarmee verbonden diensten van reclame en verkoopbevordering.

129 Zoals hierboven werd opgemerkt, handelen de reisagenten voor vliegreizen als detailverkopers en zullen zij deze rol, die voor de luchtvaartmaatschappijen van vitaal belang is, althans op korte termijn behouden.

130 De diensten die de luchtvaartmaatschappijen aldus via de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten aan de reizigers verkopen, zijn de diensten van luchtvervoer op de lijnvluchten die deze maatschappijen van en naar Britse luchthavens aanbieden.

131 Dienaangaande herinnert het Gerecht eraan dat op het tijdstip van de omstreden praktijken van BA in het Verenigd Koninkrijk 85 % van de vliegbiljetten via reisagenten voor vliegreizen werd verkocht.

132 Er bestaat dus een onloochenbare samenhang tussen, enerzijds, de diensten van reisagenten voor vliegreizen die de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten aan de luchtvaartmaatschappijen verstrekken, en, anderzijds, de diensten van luchtvervoer die deze maatschappijen aanbieden op de Britse markten voor luchtvervoer, die worden gevormd door het geheel van vliegroutes van en naar luchthavens in het Verenigd Koninkrijk.

133 Het betoog van BA berust trouwens op de premisse dat een dergelijke samenhang tussen de betrokken markten bestaat. In punt 10.28 van haar verzoekschrift betoogt BA immers dat de weigering van een agent om de verkoop van BA-vluchten te bevorderen, voor haar een netto commercieel verlies kan betekenen. Welnu, een dergelijke winstderving kan slechts tot uiting komen in een vermindering van het aantal afgegeven BA-biljetten.

134 Omgekeerd, in punt 4.39 van haar verzoekschrift merkt BA op dat de door de luchtvaartmaatschappijen aan de reisagenten toegekende voordelen, voorzover zij de vraag naar luchtvervoerdiensten kunnen doen stijgen, een aanzienlijke kostenbesparing meebrengen.

135 Derhalve heeft de Commissie terecht aangenomen dat tussen de Britse markt van diensten van reisagenten die de luchtvaartmaatschappijen bij de reisagenten afnemen, en de Britse markten voor luchtvervoer de door artikel 82 EG geëiste nauwe samenhang bestaat.

136 Mitsdien faalt het vierde middel.

Het vijfde middel: verkeerde rechtsgrondslag

137 Verordening nr. 17, waarop de bestreden beslissing is gebaseerd, is de eerste verordening over de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG en vormt het algemene rechtskader voor de toepassing van deze twee bepalingen.

138 Volgens artikel 1 van verordening nr. 141 van de Raad van 26 november 1962 houdende niet-toepassing op de vervoersector van verordening nr. 17 (PB 1962, 124, blz. 2751) wordt verordening nr. 17 „niet toegepast op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de vervoersector, welke het bepalen van vrachtprijzen en vervoervoorwaarden, het beperken of controleren van het aanbod van vervoergelegenheid of het verdelen van vervoermarkten ten doel of ten gevolge hebben, en evenmin op machtsposities op de vervoermarkt, in de zin van artikel [82 EG]".

139 Volgens de derde overweging van de considerans van verordening nr. 141 rechtvaardigen de bijzondere aspecten van het vervoer de niet-toepassing van verordening nr. 17 slechts ten aanzien van overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke rechtstreeks betrekking hebben op het verrichten van vervoerprestaties.

140 Ten slotte heeft de Raad op 14 december 1987 verordening (EEG) nr. 3975/87 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen in de sector luchtvervoer (PB L 374, blz. 1) aangenomen.

Argumenten van partijen

141 BA betoogt dat, zelfs al zou de betrokken productmarkt de markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen zijn, de aan BA verweten praktijken niet binnen de werkingssfeer vallen van verordening nr. 17, die de Commissie als rechtsgrond voor de bestreden beschikking heeft genomen, maar wel binnen de werkingssfeer van verordening nr. 3975/87.

142 In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 11 maart 1997, Commissie/UIC (C-264/95 P, Jurispr. blz. I-1287, punt 28), waarbij het arrest van het Gerecht van 6 juni 1995, Union internationale des chemins de fer/Commissie (T-14/93, Jurispr. blz. II-1503), werd bevestigd, heeft het Hof afwijzend beslist op de door

de Commissie verdedigde stelling dat verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 175, blz. 1) alleen van toepassing is op de overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die rechtstreeks verband houden met vervoerprestaties, omdat het relevante deel van artikel 1 van verordening nr. 1017/68 nauwkeurig en gedetailleerd is geformuleerd en het woord „rechtstreeks" daarin niet voorkomt.

143 Volgens BA tracht de Commissie de zaak die tot het in punt 142 hierboven aangehaalde arrest Commissie/UIC heeft geleid, te onderscheiden van het onderhavige geding en stelt zij daartoe dat de werkingssfeer van verordening nr. 1017/68 ruimer is omschreven dan die van verordening nr. 3975/87, aangezien in eerstgenoemde verordening wordt verwezen naar „overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, welke tot doel of ten gevolge hebben, het bepalen van vrachtprijzen en vervoervoorwaarden, het beperken of controleren van het vervoeraanbod, het verdelen van de vervoermarkten". Zoals het Hof in het in punt 142 hierboven aangehaalde arrest Commissie/UIC heeft vastgesteld, is dat evenwel precies de formulering van artikel 1 van verordening nr. 141, waardoor de gehele vervoersector buiten de werkingssfeer van verordening nr. 17 valt.

144 Bovendien volgt reeds uit de bewoordingen van verordening nr. 3975/87 dat deze verordening niet slechts de door de Commissie gesuggereerde, restrictieve werkingssfeer heeft. Ingevolge artikel 2 van de verordening is het verbod van artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing op de in de bijlage bij de verordening genoemde overeenkomsten. Welnu, deze bijlage, sub k, vermeldt de overeenkomsten inzake „het vereffenen en afhandelen van rekeningen tussen luchtvaartmaatschappijen door middel van een verrekeningsbureau, met inbegrip van de diensten die hierbij noodzakelijk of accessoir zijn". Indien de stelling van de Commissie juist was, zouden deze overeenkomsten in geen geval binnen de werkingssfeer van verordening nr. 3975/87 vallen.

145 Volgens de analyse van de Commissie sorteren de aan BA verweten praktijken hun gevolgen — of althans hun voornaamste gevolgen — in de luchtvervoersector (punten 118 en 120 van de bestreden beschikking). Bovendien zouden de omstreden prestatiepremies deel uitmaken van de rechtstreekse kosten van de

verkoop van een vliegbiljet en een weerslag hebben op de nettoprijs die de luchtvaartmaatschappij ontvangt voor de verstrekte luchtvervoerdienst, waardoor indirect ook de „vrachtprijzen" in de zin van verordening nr. 141 worden bepaald.

146 Doordat de Commissie haar beschikking op een verkeerde rechtsgrond heeft gebaseerd, zouden aan BA procedurele waarborgen zijn ontnomen, gelet op de verschillen die er dienaangaande bestaan tussen verordening nr. 17 en verordening nr. 3975/87.

147 Bovendien zou de Commissie onbevoegd zijn geweest om de bestreden beschikking vast te stellen voorzover deze betrekking heeft op vliegroutes tussen de Europese Unie en derde landen. Deze vliegroutes vallen niet binnen de werkingssfeer van verordening nr. 3975/87, die beperkt is tot het luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap.

148 Volgens de Commissie lijdt het geen twijfel dat de diensten van reisagenten voor vliegreizen, als activiteiten die samenhangen of indirect verbonden zijn met de eigenlijke markt voor luchtvervoer, niet overeenkomstig artikel 1 van verordening nr. 141 van de werkingssfeer van verordening nr. 17 zijn uitgesloten, maar integendeel wel onder de regeling van verordening nr. 17 vallen.

149 Verordening nr. 3975/87, in de derde overweging van de considerans waarvan de aandacht wordt gevestigd op de specifieke kenmerken van de luchtvervoersector, zou alleen van toepassing zijn op de overeenkomsten die rechtstreeks verband houden met de luchtvervoerdiensten.

150 De bestreden beslissing betreft echter alleen de diensten die BA van de reisagenten afneemt. Zowel het verweten misbruik als de eerste gevolgen ervan zijn op de

markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen opgetreden (punten 85 en 112 van de bestreden beschikking). De concurrentiebeperkende regelingen die BA met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten heeft getroffen, houden geen verband met „luchtvervoerdiensten" en hangen niet rechtstreeks samen met het verrichten van dergelijke diensten.

151 Verordening nr. 1017/68 zou, ongeacht de werkingssfeer ervan, in casu niet relevant zijn en de twee in punt 142 hierboven aangehaalde arresten Union internationale des chemins de fer zouden deze verordening en niet verordening nr. 3975/87 betreffen.

152 Terwijl de werkingssfeer van verordening nr. 1017/68 in artikel 1 ervan ruim wordt gedefinieerd, heeft verordening nr. 3975/87, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 2410/92 van de Raad van 23 juli 1992 (PB L 240, blz. 18), volgens artikel 1, lid 2, ervan uitsluitend betrekking op „het internationale luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap".

153 Bovendien gaat het in deze zaak niet over het vervoersaanbod en evenmin over het bepalen van de vrachtprijzen, die in artikel 1 van verordening nr. 1017/68 uitdrukkelijk worden genoemd.

154 Indien, zoals BA bedekt aangeeft, de diensten van reisagenten voor vliegreizen niet binnen de werkingssfeer van verordening nr. 3975/87 vallen en tegelijk bij verordening nr. 141 van de werkingssfeer van verordening nr. 17 zijn uitgesloten, vallen deze diensten onder geen enkele gemeenschapsregeling, wat onmogelijk is.

Beoordeling door het Gerecht

155 De door BA toegepaste prestatiepremieregelingen maken deel uit van de overeenkomsten die BA met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten heeft gesloten met het oog op het verstrekken aan BA van diensten van reisagenten, in het bijzonder de distributie van BA-vliegbiljetten, dus met uitzondering van de eigenlijke luchtvervoerdiensten die BA aan de reizigers verstrekt.

156 Deze eigenlijke luchtvervoerdiensten zijn immers het voorwerp van individuele overeenkomsten die BA met de reizigers sluit, en zijn dus niet het voorwerp van de bestreden beschikking.

157 De prestatiepremieregelingen, waarvan de toepassing op de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten door de Commissie wordt bekritiseerd, kunnen dus niet worden geacht, rechtstreeks betrekking te hebben op de eigenlijke luchtvervoerdiensten die tussen de reiziger en de luchtvaartmaatschappij zijn overeengekomen.

158 Zoals in de derde overweging van de considerans van verordening nr. 141 wordt gezegd, rechtvaardigen de bijzondere aspecten van het vervoer de niet-toepassing van verordening nr. 17 evenwel slechts ten aanzien van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen „welke rechtstreeks betrekking hebben op het verrichten van vervoerprestaties" (arrest Hof van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie, C-82/01 P, Jurispr. blz. I-9297, punt 18).

159 Zo wordt in artikel 1 van verordening nr. 141 slechts bepaald dat verordening nr. 17 niet wordt toegepast op overeenkomsten „welke het bepalen van vrachtprijzen en vervoervoorwaarden, het beperken of controleren van het aanbod van vervoergelegenheid of het verdelen van vervoermarkten ten doel of ten gevolge hebben" (arrest Aéroports de Paris/Commissie, aangehaald in punt 158 hierboven, punt 18), en „evenmin op machtsposities op de vervoermarkt, in de zin van artikel [82 EG]".

160 Tevergeefs beroept BA zich, ter staving van haar stelling dat verordening nr. 3975/87 in casu van toepassing is, onder verwijzing naar het in punt 142 hierboven aangehaalde arrest Commissie/UIC, op het feit dat artikel 1 van verordening nr. 1017/68 in dezelfde bewoordingen is geformuleerd als artikel 1 van verordening nr. 141, dat de werkingssfeer van verordening nr. 17 beperkt in vergelijking met de op de gehele vervoersector van toepassing zijnde verordeningen.

161 In de eerste plaats volgt uit de tweede overweging van de considerans van verordening nr. 3975/87 dat verordening nr. 1017/68 slechts op het binnenlands vervoer (per spoor, over de weg en over de binnenwateren) van toepassing is. BA kan dus niet met een beroep op verordening nr. 1017/68, die een andere materiële werkingssfeer heeft, met succes aanvoeren dat verordening nr. 3975/87 in casu de relevante verordening is.

162 Uit de tweede overweging van de considerans van verordening nr. 3975/87 blijkt immers dat de Commissie, vóór de inwerkingtreding van deze verordening, niet over de middelen beschikte om rechtstreeks een onderzoek in te stellen naar gevallen van vermoedelijke inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG in de luchtvervoersector.

163 In de tweede plaats hebben de opstellers van verordening nr. 3975/87, die volgens de vijfde overweging van de considerans van deze verordening rekening hebben gehouden met bepaalde bijzondere aspecten van het vervoer in het algemeen, verder geoordeeld dat het luchtvervoer kenmerken vertoont die eigen zijn aan deze sector, zoals blijkt uit de derde overweging van de considerans van deze verordening.

164 In de derde plaats kan uit de structuur van de verordeningen die op het luchtvervoer van toepassing zijn, worden afgeleid dat de gemeenschapswetgever de bedoeling had, de werkingssfeer van verordening nr. 3975/87 te beperken tot de activiteiten die rechtstreeks betrekking hebben op de luchtvervoerdiensten, gelet op de specifieke aard van deze sector, een bedoeling die niet aanwezig is in verordening nr. 1017/68.

165 Zo blijkt uit de titel van verordening nr. 3975/87 dat deze verordening strekt „tot vaststelling van de wijze van toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen in de sector luchtvervoer", in tegenstelling tot verordening nr. 1017/68 „houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren". Dit verschil in formulering bevestigt dat een activiteit slechts binnen de werkingssfeer van verordening nr. 3975/87 valt, wanneer zij rechtstreeks verband houdt met het verrichten van luchtvervoerdiensten (zie in die zin arrest Aéroports de Paris/Commissie, aangehaald in punt 158 hierboven, punt 22).

166 In de eerste overweging van de considerans van verordening (EEG) nr. 3976/87 van de Raad van 14 december 1987 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector van het luchtvervoer (PB L 374, blz. 9), die op dezelfde dag als verordening nr. 3975/87 werd vastgesteld, wordt overigens eraan herinnerd dat in verordening nr. 17 de procedures zijn neergelegd voor de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen „andere dan die welke rechtstreeks verband houden met het verschaffen van luchtvervoerdiensten" (arrest Aéroports de Paris/Commissie, aangehaald in punt 158 hierboven, punt 24).

167 Bovendien bepaalt artikel 1, lid 2, van verordening nr. 3975/87, zoals gewijzigd bij verordening nr. 2410/92, dat „[d]eze verordening [...] uitsluitend betrekking [heeft] op het internationale luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap".

168 Ook artikel 4 bis van verordening nr. 3975/87, dat is ingevoegd bij verordening (EEG) nr. 1284/91 van de Raad van 14 mei 1991 houdende wijziging van verordening nr. 3975/87 (PB L 122, blz. 2), heeft slechts betrekking op de praktijken die tot doel of tot gevolg hebben dat „het bestaan van een luchtdienst rechtstreeks in gevaar wordt gebracht", hetgeen een rechtstreeks verband met het verrichten van luchtvervoerdiensten onderstelt (arrest Aéroports de Paris/Commissie, aangehaald in punt 158 hierboven, punt 23).

169 Het tekstargument dat BA heeft ontleend aan de uitzondering waarin artikel 2 van verordening nr. 3975/87 juncto het bepaalde sub k van de bijlage bij deze verordening voorziet voor overeenkomsten betreffende het vereffenen en afhandelen van rekeningen tussen luchtvaartmaatschappijen en hun erkende agenten, is dus niet van doorslaggevend belang.

170 Deze — louter technische — overeenkomsten moeten immers in het hierboven beschreven rechtskader worden beschouwd als overeenkomsten die los kunnen staan van overeenkomsten als die welke tussen BA en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten zijn gesloten met het oog op het verrichten van de eigenlijke diensten van reisagenten.

171 Ten slotte kan BA niet op goede gronden stellen dat de praktijken die haar worden verweten, hun voornaamste uitwerking hebben op de markt van luchtvervoer. Welke verordening van toepassing is, hangt immers af van de kwalificatie van de betrokken praktijken en niet van de voorafgaande omschrijving van de markt waarop die praktijken gevolgen teweegbrengen (zie in die zin arrest Commissie/UIC, aangehaald in punt 142 hierboven, punt 42).

172 In ieder geval volgt uit de punten 85 en 112 van de bestreden beschikking dat de Commissie zowel het misbruik van machtspositie door BA als bepaalde gevolgen ervan heeft gelokaliseerd op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, wat volstaat om de toepassing van verordening nr. 17 op het onderhavige geval te rechtvaardigen.

173 Derhalve heeft de Commissie niet blijk gegeven van een verkeerde rechtsopvatting door de bestreden beschikking op verordening nr. 17 te baseren.

174 Mitsdien moet het middel ongegrond worden verklaard.

Het zesde middel: ontbreken van een machtspositie

Argumenten van partijen

175 BA verwijt de Commissie in de eerste plaats dat zij haar heeft aangemerkt als een onderneming met een machtspositie op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, zonder naar behoren rekening te houden met de hevige concurrentie die zij het hoofd moet bieden op de Britse luchtvervoermarkten.

176 Ongeacht het totale aantal routes waarop zij vliegt, zou BA noch ten aanzien van haar concurrenten op elke route, noch ten aanzien van de reizigers die voor een bepaalde route hun luchtvaartmaatschappij kunnen kiezen, in aanzienlijke mate onafhankelijk handelen.

177 In de tweede plaats verwijt BA de Commissie dat zij niet heeft uitgelegd hoe haar gestelde machtspositie op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen „[voortvloeit]" uit het feit dat BA op deze Britse markten voor luchtvervoer „bijzonder succesvol" is.

178 In de derde plaats merkt BA op dat het marktaandeel dat zij volgens de Commissie als afnemer bezit op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, niet aantoont dat zij op deze markt een machtspositie inneemt. De Commissie zou zich ertoe hebben beperkt, de verkoopcijfers voor BA-biljetten op alle routes van en naar luchthavens in het Verenigd Koninkrijk samen te tellen, hoewel elke route een afzonderlijk markt vormt.

179 De Commissie zou het marktaandeel van BA bovendien niet juist hebben berekend. In de door de Commissie in aanmerking genomen percentages zit ook de verkoop buiten het Verenigd Koninkrijk en op die manier is het marktaandeel van BA overschat. De Commissie is bij haar berekening uitgegaan van de verkoop van vliegbiljetten via het BSPUK, waarbij slechts een deel van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten is aangesloten. Zonder de verrichtingen via de andere agenten te onderzoeken, heeft de Commissie gewoon aangenomen dat de verrichtingen via het BSPUK goed zijn voor 80 tot 85 % van alle biljetten die via reisagenten worden verkocht. Ten slotte omvat de verkoop die aan BA wordt toegeschreven en via het BSPUK verloopt, ook de verrichtingen van andere luchtvaartmaatschappijen die BA als agent inschakelen en geen partij zijn bij de overeenkomsten tussen BA en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten.

180 BA stelt dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de verkoop via andere kanalen dan de reisagenten, zoals de rechtstreekse verkoop per telefoon of via internet. Zoals de Commissie in punt 72 van de bestreden beschikking uitdrukkelijk heeft erkend, tasten deze vormen van rechtstreekse verkoop de macht van de luchtvaartmaatschappijen op de markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen aan.

181 De Commissie wijst op de bijzonder sterke positie van BA ten aanzien van de belangrijkste reisagenten, maar gaat voorbij aan de scherpe daling van het percentage BA-biljetten dat zij in totaal verkopen, en aan het relatief geringe aandeel dat de aan BA verstrekte diensten innemen in de activiteiten van sommige van die belangrijke reisagenten.

182 Past men het in de rechtspraak (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461) ontwikkelde criterium van de stabiliteit van de marktaandelen of van de concurrentiegevoeligheid toe, dan kan uit het aandeel van BA op de Britse „markt" van diensten van reisagenten voor vliegreizen niet worden geconcludeerd dat BA nog steeds een overwegende machtspositie op deze markt inneemt.

183 Een juiste analyse van de gegevens over het marktaandeel van BA zou de vaststelling van een machtspositie veeleer ontkrachten. Het marktaandeel van BA is immers van 47,7 % in het begin van de jaren negentig gedaald tot 39,7 %. Het marktaandeel van andere luchtvaartmaatschappijen, in het bijzonder van Virgin en van British Midland, is daarentegen snel gestegen.

184 Anders dan de Commissie in punt 92 van de bestreden beschikking stelt, maakt de hoogte van het percentage van via een reisagentschap verkochte vliegbiljetten van de betrokken luchtvaartmaatschappij geen „verplichte partner" voor dat agentschap. In de praktijk moet elk agentschap de vliegbiljetten van een ruim aantal verschillende luchtvaartmaatschappijen aanbieden. In feite beschikken de agentschappen over een grote onderhandelingsmacht en ligt de keuze van reisagent uiteindelijk bij de klant.

185 Anders dan de distributeurs die werkzaam zijn op de markten waarvan sprake is in de zaken die hebben geleid tot het arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 182 hierboven, en tot het arrest Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91, houden de reisagenten normaliter geen voorraden aan en is het voor hen ook niet echt nodig BA-biljetten te verkopen. Aangezien op de routes waarop BA vliegt, ook door andere luchtvaartmaatschappijen wordt gevlogen, kunnen de agentschappen aan de keuze van de reizigers voldoen zolang zij in staat zijn BA-biljetten te verkopen.

186 Ten slotte zou BA, indien zij daadwerkelijk een machtspositie bezat, er geen enkel belang bij hebben grote bedragen aan de verbetering van haar diensten te besteden om efficiënter met de andere maatschappijen te concurreren.

187 De Commissie betoogt dat zij bij de vaststelling van de machtspositie van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen rekening heeft gehouden met de percentages BA-biljetten die door IATA-reisagenten worden verkocht en met een aantal daarmee samenhangende factoren, zoals de omvang van BA alsook de grootte van haar aanbod van luchtvervoerdiensten en van haar netwerk.

188 BA was duidelijk in staat, zich onafhankelijk van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten te gedragen en met name eenzijdig de basisprovisie van 7,5 % voor binnenlandse vluchten en van 9 % voor internationale vluchten te vervangen door een basisprovisie van 7 %.

Beoordeling door het Gerecht

189 De in artikel 82 EG bedoelde machtspositie betreft een situatie waarin een onderneming een economische macht bezit die haar in de gelegenheid stelt, de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen, doordat haar de mogelijkheid wordt geboden zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, haar afnemers en ten slotte, de consument (arrest Gerecht van 12 december 2000, Aéroports de Paris/ Commissie, T-128/98, Jurispr. blz. II-3929, punt 147).

190 Zoals bij het onderzoek van het derde middel is gebleken, heeft de Commissie geconcludeerd dat BA een machtspositie bezit op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen — waaronder de distributie van vliegbiljetten — die de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten aan de luchtvaartmaatschappijen verstrekken.

191 Zoals in punt 101 werd opgemerkt, is de omstandigheid dat BA in haar hoedanigheid van afnemer van diensten en niet in haar hoedanigheid van dienstverlener als een onderneming met een machtspositie moet worden beschouwd, irrelevant.

192 Het aantal zitplaatsen dat wordt aangeboden op vluchten van BA op alle routes van en naar Britse luchthavens, dat overeenkomst met het aantal BA-biljetten dat via in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten kan worden verkocht, vormt bijgevolg het adequate criterium om de economische macht te meten die BA kan uitoefenen jegens deze agenten en de andere luchtvaartmaatschappijen die de betrokken distributiediensten afnemen.

193 BA heeft er zelf op gewezen dat de exploitatie van haar stervormig netwerk op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk haar in staat stelt veel meer vluchten van en naar haar hubs aan te bieden en bijgevolg een veel groter aantal passagiers te vervoeren dan de andere luchtvaartmaatschappijen, die rechtstreekse routes vliegen.

194 Om het marktaandeel van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen te berekenen heeft de Commissie dus terecht alle BA-biljetten die via in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten zijn verkocht voor routes van en naar de luchthavens in het Verenigd Koninkrijk, samengeteld.

195 In die omstandigheden kan BA niet met succes het totale aantal door haar geëxploiteerde routes buiten beschouwing laten bij het poneren van haar stelling dat zij niet in aanzienlijke mate onafhankelijk kan handelen ten aanzien van haar concurrenten op elk van die routes, ten aanzien van de reisagenten en ten aanzien van de reizigers, die hun luchtvaartmaatschappij kunnen kiezen.

196 BA kan evenmin op goede gronden de Commissie verwijten dat deze niet heeft verklaard hoe de machtspositie van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen voortvloeit uit haar succes in de luchtvervoersector.

197 Om vast te stellen of BA een machtspositie op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen bezit, moet haar economische macht immers niet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de concurrentie tussen de luchtvaartmaatschappijen die luchtvervoerdiensten aanbieden op elke route van en naar Britse luchthavens waarop BA en haar concurrenten vliegen.

198 Zoals bij het onderzoek van het derde middel is gebleken, zijn deze verschillende Britse markten van luchtvervoerdiensten onderscheiden van de diensten van reisagenten voor vliegreizen, waaronder in het bijzonder de distributie van vliegbiljetten.

199 Wat de gestelde vergissingen bij de beoordeling van de feiten betreft, kan BA de Commissie niet verwijten dat zij geen rekening heeft gehouden met de verkoop van vliegbiljetten per telefoon of via internet, gelet op het specifieke karakter, wat de verkoopmodaliteiten betreft, van de diensten die door de reisagenten worden verstrekt.

200 Wegens dat specifieke karakter heeft BA bovendien gesteld dat de reisagenten als tussenpersonen van vitaal belang zijn voor de luchtvaartmaatschappijen. Dat specifieke karakter blijkt trouwens uit het feit dat 85 % van alle in het Verenigd Koninkrijk verkochte vliegbiljetten via in die lidstaat gevestigde reisagenten wordt verkocht.

201 Bovendien kan BA de Commissie niet met succes verwijten dat zij bij de bepaling van haar aandeel op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen rekening heeft gehouden met de verkoop van BA-biljetten buiten het Verenigd Koninkrijk.

202 In haar antwoord op een vraag van het Gerecht heeft BA immers toegegeven dat de verrichtingen buiten het Verenigd Koninkrijk niet kwantificeerbaar waren. De Commissie was dus niet in staat een onderscheid te maken naargelang de vliegbiljetten al dan niet in het Verenigd Koninkrijk waren verkocht. Zoals bij het onderzoek van het derde middel is gebleken, kopen de reizigers hun vliegbiljetten normaliter in hun verblijfsstaat. Bijgevolg heeft verzoekster niet aangetoond dat de Commissie het marktaandeel van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen verkeerd heeft beoordeeld door uit te gaan van een hoeveelheid vliegbiljetten die een vertekend beeld van haar marktaandeel kan geven.

203 Het argument dat BA ontleent aan de niet-representativiteit van het BSPUK, kan niet worden aanvaard. Ook al zijn slechts 4 634 van de 7 000 in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten bij het BSPUK aangesloten, vaststaat dat de belangrijkste van voornoemde reisagenten lid zijn van deze nationale betalingsregeling.

204 Gelet op het feit dat het overgrote deel van de vliegbiljetten die via in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten worden verkocht, via het BSPUK wordt verhandeld, heeft de Commissie terecht geoordeeld dat het aandeel van de zes belangrijkste luchtvaartmaatschappijen in de totale verkoop van vliegbiljetten niet erg kon verschillen van het aandeel dat via het BSPUK werd geboekt.

205 Zoals blijkt uit punt 34 van de bestreden beschikking, heeft BA tijdens de administratieve procedure overigens zelf opgemerkt dat zij tussen januari en november 1998 85 % van haar in het Verenigd Koninkrijk afgegeven vliegbiljetten via IATA-reisagenten en via het BSPUK had verkocht. Uit punt 33 van de bestreden beschikking, dat verzoekster niet betwist, blijkt evenwel dat 4 108 van de 4 634 bij het BSPUK aangesloten agenten, ongeveer 89 %, door de IATA zijn geaccrediteerd.

206 Betwist wordt evenmin dat de verkoop van BA-biljetten via in het Verenigd Koninkrijk gevestigde IATA-agenten 66 % vertegenwoordigde van de verkopen van de tien belangrijkste luchtvaartmaatschappijen die tijdens hetzelfde boekjaar door het BSPUK zijn afgewikkeld.

207 Aldus kan de omstandigheid dat 2 366 reisagenten niet bij het BSPUK zijn aangesloten, het aandeel van BA in de verkoop van vliegbiljetten die via reisagenten in het Verenigd Koninkrijk wordt verricht, niet aanzienlijk verminderen.

208 Hetzelfde geldt voor de verkoop van biljetten door andere luchtvaartmaatschappijen die BA als agent gebruiken en niet voor de gelaakte prestatiepremieregelingen in aanmerking komen. Zoals de Commissie heeft benadrukt — zonder door BA te zijn weersproken — heeft BA alleen verklaard dat dit verkoopcijfer maximaal 5 % kan bedragen.

209 Verder dient te worden onderzocht of de redenering die de Commissie heeft gevolgd om de machtspositie van BA vast te stellen op basis van de feitelijke gegevens waarmee zij aldus wettig rekening heeft gehouden, geen beoordelingsfouten bevat.

210 In dat verband zijn het feit dat de betrokken onderneming grote marktaandelen bezit en de verhouding tussen de marktaandelen van de betrokken onderneming en die van haar eerstvolgende concurrenten, zeer significante factoren (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 182 hierboven, punten 39 en 48), vooral wanneer de eerstvolgende concurrenten slechts een marginaal marktaandeel bezitten (zie in die zin arrest Hof van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 111).

211 Zoals blijkt uit de onderstaande tabel, die is overgenomen uit punt 41 van de bestreden beschikking en waarvan BA de feitelijke onjuistheid niet heeft kunnen aantonen (zie punten 199-208 hierboven), is het marktaandeel van BA in de totale via het BSPUK afgewikkelde verkoop van vliegbiljetten niet alleen zeer groot, maar ook onveranderlijk een veelvoud van het marktaandeel van elk van haar vijf grootste concurrenten op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen.

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
British Airways	46,3	45,6	43,5	42,7	40,3	42,0	39,7
American Airlines	-	5,4	7,3	7,7	7,6	3,6	3,8
Virgin	2,8	3,0	3,7	4,0	4,0	5,8	5,5
British Midland	3,6	3,4	3,2	3,0	2,7	-	-
Qantas	3,0	2,7	3,0	2,6	6,4	3,0	3,3
KLM	2,5	-	-	-	-	3,8	5,3

212 De economische macht die BA aan haar marktaandeel ontleent, wordt nog versterkt door haar plaats op de wereldranglijst naar aantal internationale geregeldepassagierskilometers, door de omvang van haar aanbod vervoerdiensten alsook door haar stervormig netwerk.

213 Zoals BA zelf verklaart, maakt haar netwerk het haar mogelijk in vergelijking met haar vijf concurrenten een grotere keuze van routes en frequentere vluchten aan te bieden.

214 Verder blijkt uit punt 38 van de bestreden beschikking, dat BA niet ter discussie stelt, dat zij in 1995 92 van de 151 internationale routes met als vertrekpunt Heathrow en 43 van de 92 routes vanaf Gatwick exploiteerde; dit is een veelvoud van het aantal routes waarop elk van haar drie of vier eerstvolgende concurrenten vanaf deze twee luchthavens vliegt.

215 Het geheel van routes waarop BA van en naar luchthavens in het Verenigd Koninkrijk vliegt, heeft tot cumulatief gevolg dat de reizigers voor het overgrote deel BA-vliegbiljetten via in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten kopen en dat, daarmee samenhangend, minstens evenveel transacties tussen BA en deze agenten tot stand komen in het kader van de dienstverlening door de reisagenten voor vliegreizen, inzonderheid de distributie van BA-vliegbiljetten.

216 Dat heeft onvermijdelijk tot gevolg dat deze agenten in aanzienlijke mate afhankelijk zijn van hetgeen zij van BA ontvangen als tegenprestatie voor hun diensten als reisagenten voor vliegreizen.

217 BA betwist dus ten onrechte dat zij voor de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een verplichte partner vormt en zij stelt eveneens ten onrechte dat het voor hen niet echt nodig is BA-biljetten te verkopen. Het betoog van BA kan de vaststelling, in punt 93 van de bestreden beschikking, dat BA ten opzichte van haar belangrijkste rivalen en met betrekking tot de belangrijkste reisagenten een bijzonder machtige positie heeft, niet ontkrachten.

218 Zo blijkt uit de feiten van het geding dat BA bij een rondschrijven van 17 november 1997 haar provisietarieven per 1 januari 1998 eenzijdig heeft kunnen verlagen en haar nieuwe prestatiepremieregeling tot alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten heeft kunnen uitbreiden.

219 In die omstandigheden kunnen noch de — overigens niet bewezen — geringe omvang van het aandeel van de verkoop van BA-biljetten in de activiteiten van sommige belangrijke reisagentschappen, noch de gestelde schommelingen in het aandeel van BA in de totale verkoop van vliegbiljetten door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagentschappen de vaststelling van de Commissie dat BA een machtspositie bezit op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, op losse schroeven zetten.

220 De grote afhankelijkheid van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten ten aanzien van BA en de daarmee samenhangende autonomie van BA ten aanzien van de andere luchtvaartmaatschappijen die diensten van reisagenten voor vliegreizen afnemen, kunnen evenmin ter discussie worden gesteld door de omstandigheid dat deze agenten normaliter geen voorraad vliegbiljetten aanhouden.

221 Een dergelijke, zuiver logistieke, omstandigheid kan immers geen invloed hebben op de machtspositie die BA dankt aan haar predominantie op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen.

222 Het argument dat BA er als onderneming met een machtspositie geen enkel belang bij heeft, aanzienlijke bedragen aan de verbetering van haar diensten te besteden om efficiënter met de andere maatschappijen te concurreren, is niet ter zake dienend, aangezien dat argument op de Britse luchtvervoermarkten slaat, en niet op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, die in aanmerking is genomen om de machtspositie van BA vast te stellen.

223 Ten slotte is, om dezelfde reden, noch de daling van het verkooppercentage van BA-vliegbiljetten, noch de stijging van het marktaandeel van sommige con-

currerende luchtvaartmaatschappijen voldoende groot om het bestaan van de machtspositie van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen ter discussie te stellen.

224 In casu kan het slinkende marktaandeel van BA op zich geen bewijs vormen van het ontbreken van een machtspositie. BA neemt immers nog steeds een zeer predominante positie in op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen. Zoals blijkt uit de in punt 211 hierboven weergegeven tabel, is er tijdens de gehele duur van de door de Commissie in aanmerking genomen inbreuk een aanzienlijk verschil blijven bestaan tussen het marktaandeel van BA, enerzijds, en zowel het marktaandeel van haar eerstvolgende concurrent als de marktaandelen van haar vijf belangrijkste concurrenten op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen samen, anderzijds.

225 Derhalve heeft de Commissie terecht geoordeeld dat BA een machtspositie bezit op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen.

226 Mitsdien moet het zesde middel worden afgewezen.

Het zevende middel: ontbreken van misbruik van machtspositie

227 BA betwist de stelling van de Commissie dat haar prestatiepremieregelingen een discriminatie tussen de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten in het leven hebben geroepen of een uitsluitingseffect hebben gehad ten aanzien van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen

De discriminerende aard van de prestatiepremieregelingen van BA ten aanzien van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten

— Argumenten van partijen

228 BA verwijt de Commissie dat zij niet heeft aangetoond dat tussen de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten een discriminatie bestaat die voortvloeit uit de toepassing van ongelijke criteria of die niet door legitieme commerciële overwegingen is gerechtvaardigd.

229 De omstandigheid dat twee reisagenten die een verschillend aantal BA-biljetten hebben verkocht, dezelfde voordelen kunnen ontvangen en dat twee reisagenten die hetzelfde aantal BA-biljetten hebben verkocht, verschillende voordelen kunnen verkrijgen, zou geenszins het bewijs van een discriminatie in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG vormen.

230 Integendeel, het is mogelijk dat twee reisagenten van een verschillende economische omvang dezelfde hoeveelheid inspanningen en middelen aan de verkoop van BA-biljetten besteden. De berekening van de prestatiepremies op basis van de verkoop van de reisagent tijdens de vorige referentieperiode, zou als voordeel hebben dat rekening wordt gehouden met de economische omvang van de betrokken reisagent.

231 Volgens de Commissie roepen de prestatiepremieregelingen van BA een onrechtmatige discriminatie tussen de reisagenten in het leven voorzover zij gebaseerd zijn op de mate waarin de reisagenten de verkoop van BA-biljetten tijdens de afgelopen referentieperiode, evenaren of overschrijden, en niet op een verschillend verkoopvolume voor BA-biljetten of op het niveau van de dienstverlening aan BA worden gebaseerd.

232 Als gevolg van deze praktijk lijden sommige in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten in vergelijking met anderen een nadeel bij de hevige concurrentiestrijd die zij leveren. Door het ongelijke niveau van de aan de reisagenten betaalde provisies tasten de door BA toegepaste financiële stimuleringsregelingen het onderlinge concurrentievermogen van de reisagenten aan.

— Beoordeling door het Gerecht

233 Artikel 82, tweede alinea, sub c, EG bepaalt dat het 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.

234 Vaststaat dat, zoals de Commissie in punt 29 van de bestreden beschikking opmerkt, wanneer de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten hun doelstelling inzake toename van de verkoop van BA-biljetten verwezenlijken, BA hun een provisie tegen een hoger tarief betaalt, niet alleen op de BA-biljetten die na de verwezenlijking van het verkoopdoel zijn verkocht, maar op alle BA-biljetten die de agenten tijdens de betrokken referentieperiode hebben verkocht.

235 Daardoor kunnen de betrokken prestatiepremieregelingen ertoe leiden dat een verschillend provisietarief wordt toegepast op dezelfde omzet uit de verkoop van BA-biljetten die twee reisagentschappen hebben behaald, wanneer zij tijdens de vorige referentieperiode een verschillend verkoopcijfer, en bijgevolg een verschillend verkooptoenamepercentage hadden.

236 Door identieke diensten tijdens eenzelfde referentieperiode tegen een verschillend tarief te vergoeden trekken deze prestatiepremieregelingen in de vorm van door BA betaalde provisies het niveau van de vergoeding die de betrokkenen ontvangen, scheef.

237 Zoals BA zelf heeft opgemerkt, leveren de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten echter een hevige concurrentiestrijd en hangt hun vermogen om elkaar te beconcurreren, af van hun vermogen op de vliegroutes zitplaatsen volgens de wensen van de reizigers tegen een redelijke prijs aan te bieden.

238 Dat vermogen van de reisagenten om elkaar te beconcurreren bij de levering van diensten van reisagenten voor vliegreizen aan de reizigers en om de vraag van de luchtvaartmaatschappijen voor dergelijke diensten te stimuleren, dat afhankelijk is van de financiële middelen van elke reisagent, wordt uiteraard aangetast door de discriminerende vergoedingsvoorwaarden, die inherent zijn aan de prestatiepremieregelingen van BA.

239 De argumenten van BA inzake het belang van de omvang van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagentschappen, zijn niet ter zake dienend. De gelaakte prestatiepremieregelingen berusten zelf op een parameter die geen verband houdt met de omvang van de ondernemingen, aangezien zij gebaseerd zijn op de mate waarin de reisagenten de toename van de verkoop van BA-biljetten opdrijven ten opzichte van het aantal BA-biljetten dat tijdens de vorige referentieperiode werd verkocht.

240 In die omstandigheden kon de Commissie op goede gronden aannemen dat de prestatiepremieregelingen van BA een misbruik van de machtspositie van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen vormden, voorzover zij een discriminatie tussen de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten creëerden en bijgevolg sommigen van hen nadeel bij de mededinging berokkenden in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG.

Het uitsluitingseffect ten aanzien van de met BA concurrerende luchtvaartmaatschappijen voortvloeiend uit de omstandigheid dat de prestatiepremieregelingen van BA naar hun aard „op klantenbinding zijn gericht"

241 Vooraf herinnert het Gerecht eraan dat volgens vaste rechtspraak het begrip misbruik van een machtspositie een objectief begrip is, dat betrekking heeft op de gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten (arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 182 hierboven, punt 91, en Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 70; arrest Hof van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 69; arrest Gerecht van 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punt 111).

242 Hoewel de vaststelling van het bestaan van een machtspositie op zichzelf dus geen verwijt jegens de betrokken onderneming inhoudt, is het wel zo dat, los van de oorzaken van die machtspositie, op de onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arresten Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 57, en Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 112).

243 Ook verliest een onderneming met een machtspositie op die enkele grond zeker niet het recht haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, en dient die onderneming in de mate van het redelijke over de mogelijkheid te beschikken te handelen zoals zij ter verdediging van haar belangen wenselijk acht, doch dergelijke gedragingen zijn niet toelaatbaar wanneer zij juist dienen ter versterking van die machtspositie en tot misbruik ervan leiden (arrest United Brands/Commissie, aangehaald in punt 210 hierboven, punt 189; arresten Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 69; 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, T-24/93—T-26/93 en T-28/93, Jurispr. blz. II-1201, punt 107, en Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 112).

244 Wat inzonderheid de toekenning van kortingen door een onderneming met een machtspositie betreft, volgt uit vaste rechtspraak dat een getrouwheidskorting in ruil voor een verbintenis van de afnemer om zich goeddeels of uitsluitend bij de dominante onderneming te bevoorraden, in strijd is met artikel 82 EG. Een dergelijke korting is er immers op gericht, via de toekenning van financiële voordelen te verhinderen dat de afnemers zich bij de concurrerende fabrikanten bevoorraden (arresten Hof 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 518; Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 182 hierboven, punten 89 en 90; Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 71, en BPB Industries en British Gypsum/Commissie, aangehaald in punt 244 hierboven, punt 120).

245 Meer in het algemeen wordt een kortingsysteem dat de klanten ervan afhoudt zich bij concurrenten op de markt te bevoorraden, in strijd met artikel 82 EG geacht wanneer het wordt toegepast door een onderneming met een machtspositie. Om deze reden heeft het Hof geoordeeld dat een korting in ruil voor de verwezenlijking van een aankoopdoelstelling eveneens in strijd is met artikel 82 EG (arrest Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 86).

246 Kwantumkortingen die uitsluitend aan de omvang van de bij een dominante fabrikant gedane aankopen zijn gerelateerd, worden in het algemeen niet geacht, in strijd met artikel 82 EG de klanten ervan af te houden zich bij de concurrenten te bevoorraden (arrest Hof Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 71, en arrest van 29 maart 2001, Portugal/Commissie, C-163/99, Jurispr. blz. I-2613, punt 50). Wanneer de toename van de geleverde hoeveelheid de kosten van de leverancier doet dalen, mag deze immers zijn klanten via een gunstiger tarief van deze verlaging laten profiteren (conclusie van advocaat-generaal Mischo bij arrest Portugal/Commissie, reeds aangehaald, Jurispr. blz. I-2618, punt 106). De kwantumkortingen worden dus geacht de efficiëntiewinst van de onderneming met een machtspositie en haar winst uit schaalvergroting te weerspiegelen.

247 Bijgevolg is een kortingsysteem waarbij het kortingstarief stijgt naar gelang van de aangekochte hoeveelheid, niet in strijd met artikel 82 EG, tenzij uit de criteria en de modaliteiten voor het verlenen van deze korting blijkt dat het systeem niet berust op een uit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie, doch, net als een getrouwheidskorting en een streefcijferkorting, ertoe strekt, klanten ervan af te houden zich bij concurrerende fabrikanten te bevoorraden (arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 182 hierboven, punt 90; Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 73, en Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 114).

248 Algemeen valt uit deze rechtspraak af te leiden dat elk door een onderneming met een machtspositie toegepast kortingsysteem dat op „klantenbinding" is gericht, in strijd met artikel 82 EG tracht de klanten ervan af te houden zich bij de concurrenten te bevoorraden, ongeacht of het kortingsysteem discriminerend is. Hetzelfde geldt voor een „op klantenbinding gerichte" prestatiepremieregeling die een afnemer met een machtspositie op zijn dienstverrichters toepast (zie punt 101 hierboven).

249 In de zaak die tot het in punt 91 hierboven aangehaalde arrest Michelin/Commissie heeft geleid, heeft het Hof het bezwaar van de Commissie dat het door Michelin toegepaste kortingstelsel discriminerend was, weliswaar verworpen, doch geoordeeld dat een dergelijk stelsel in strijd met artikel 82 EG was voorzover het de wederverkopers tot op zekere hoogte afhankelijk maakte van Michelin.

— Argumenten van partijen

250 BA betoogt dat de Commissie, anders dan in het in punt 182 hierboven aangehaalde arrest Hoffmann-La Roche/Commissie wordt geëist, slechts vermoedt dat de praktijken van BA een uitsluitingseffect hebben. De bestreden beschikking zou geen analyse van de luchtvervoermarkten en geen empirisch bewijs van het door de prestatiepremieregelingen van BA aan de concurrenten, de afnemers en de consumenten berokkende nadeel bevatten.

251 De Commissie lijkt zonder enig bewijs te hebben aangenomen dat de reisagenten een aanzienlijk deel van de verkoop van vliegbiljetten ten nadele van de consumenten kunnen controleren, hoewel zij de keuze van een luchtvaartmaatschappij door de reizigers slechts in geringe mate kunnen beïnvloeden.

252 De prestatiepremieregelingen van BA hebben de concurrenten van deze laatste er niet van afgehouden, soortgelijke overeenkomsten te sluiten met de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten. Aangezien BA minder dan 50 % van de totale verkoop van vliegbiljetten op de door de Commissie afgebakende markt voor haar rekening neemt, is er geen enkele reden om te menen dat de andere luchtvaartmaatschappijen, in hun geheel genomen, oordeelden dat het niet rendabel was voordelen aan te bieden die gelijkwaardig zijn aan die van BA. De grote reisagentschappen, die iets minder dan 50 % van de totale verkoop van BA-biljetten voor hun rekening nemen, hebben individueel over overeenkomsten onderhandeld en hebben de luchtvaartmaatschappijen dus tegen elkaar kunnen uitspelen.

253 In ieder geval heeft de structuur van de prestatiepremies van BA de agentschappen niet ertoe aangezet, BA gunstiger te behandelen dan andere luchtvaartmaatschappijen. De aan de reisagenten toegekende voordelen zijn afhankelijk van tal van factoren, zoals het niveau van de streefcijfers en de mate waarin de betrokkenen die cijfers hebben gehaald of hebben overschreden.

254 BA heeft de voordelen toegekend naar gelang van het aantal verkochte biljetten en niet op basis van het procentuele aandeel van BA in de verrichtingen van die reisagent. Zelfs wanneer een reisagent meer BA-biljetten verkoopt, kan het aandeel van BA in zijn activiteiten dalen en het aandeel van de andere luchtvaartmaatschappijen in zijn activiteiten dienovereenkomstig stijgen.

255 De op klantenbinding gerichte overeenkomsten laten de mededinging vrij spel en vervalsen die geenszins. De omvang van de stijging van het marktaandeel van andere luchtvaartmaatschappijen geeft aan dat de op klantenbinding gerichte overeenkomsten niet het door de Commissie gestelde uitsluitingseffect hebben gehad.

256 De aan de reisagenten toegekende voordelen hebben aanzienlijke kostenbesparingen meegebracht voor de consumenten omdat BA daardoor meer ruimte kreeg om haar prijzen te verlagen en/of op bepaalde routes meer vluchten kon aanbieden.

257 BA betwist de kritiek van de Commissie op de structuur van haar op klantenbinding gerichte overeenkomsten. In de eerste plaats zou de discontinuïteit in de toename van de aan de reisagenten toegekende tariefvoordelen slechts relevant zijn geweest indien zij een uitsluitingseffect had gehad, quod non. In ieder geval kan niet worden verondersteld dat deze discontinuïteit in het voordeel van BA speelde. Op het niveau van de gehele luchtvervoersector kon in de praktijk onmogelijk worden voorspeld of de toegekende voordelen systematisch BA dan wel andere luchtvaartmaatschappijen ten goede zouden komen.

258 In de tweede plaats zou de door de Commissie in de punten 48 en 109 van de bestreden beschikking gelaakte berekening van de verkoopstreefcijfers op basis van de verkopen van het afgelopen jaar, voor de partijen redelijk en tegelijk vanuit het oogpunt van de gevolgen gunstig zijn. In ieder geval kan het stimulerend effect van de betrokken overeenkomsten pas na verloop van tijd worden gemeten.

259 Volgens BA zijn deze eerste twee bezwaren van de Commissie niet relevant met betrekking tot de prestatiepremieregeling die zij tussen december 1997 en maart 1999 heeft toegepast. Deze regeling voorzag in een continue toename en in een maandelijkse — in plaats van jaarlijkse — berekening van de aan de reisagenten toegekende voordelen.

260 In de derde plaats betwist BA de gegrondheid van het bezwaar dat de Commissie in de punten 48 en 102 van de bestreden beschikking ontleent aan het ontbreken van enig verband tussen de aan de reisagenten toegekende voordelen en de gerealiseerde kostenbesparingen. Een redelijk economisch beleid moedigt een onderneming aan een kortingsysteem toe te passen, ongeacht of daarmee kosten

worden bespaard. De op klantenbinding gerichte overeenkomsten zijn een praktisch instrument om aan het rendement gerelateerde voordelen toe te kennen zonder dat een moeilijke, zo niet onmogelijke, berekening moet worden gemaakt van het exacte, en zeer variabele, verband tussen de verkoopprijs en de kostprijs van een vliegbiljet. Wegens de hoge vaste kosten in de luchtvervoersector daalt de gemiddelde kostprijs per eenheid bij een optimaler gebruik van de capaciteit; dit optimaler gebruik leverde BA bijgevolg een kostenbesparing op, die zij met de reisagenten en de klanten mocht delen.

261 In de vierde plaats merkt BA op dat de Commissie het klanten bindend effect van de omstreden prestatiepremieregelingen toeschrijft aan het feit dat BA een ruimer aanbod routes exploiteert dan andere luchtvaartmaatschappijen (punt 91 van de bestreden beschikking), doch daarbij voorbijgaat aan het feit dat de totale korting die BA aanbiedt, gelijk is aan de betaling van gedifferentieerde kortingstarieven op verschillende routes. Ook al zijn de gemiddelde verkoopkosten van kleinere luchtvaartmaatschappijen hoger, zij zijn daarom nog niet van de verschillende betrokken markten uitgesloten en worden evenmin belet daadwerkelijk concurrentie te voeren.

262 Volgens de Commissie en Virgin komt in de arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 182 hierboven, en Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, als beginsel naar voren dat een leverancier met een machtspositie kortingen kan verlenen die verband houden met efficiëntiewinst, maar geen kortingen of stimulansen die erop gericht zijn de klanten aan hen te binden (overweging 101 van de bestreden beschikking).

263 Een korting verleend door een onderneming met een machtspositie, op basis van de gestegen aankopen in een bepaalde periode, welke korting niet als een normale kwantumkorting kan worden beschouwd, is een misbruik van machtspositie voorzover een dergelijke handelwijze er enkel toe kan strekken de afnemers aan wie de korting wordt verleend, aan zich te binden, en de concurrenten in een ongunstige mededingingspositie te brengen (arrest Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 213).

264 Artikel 82 EG eist niet dat wordt aangetoond dat de gelaakte gedraging enig werkelijk of rechtstreeks effect heeft op de consumenten. Het mededingingsrecht strekt ertoe de structuur van de markt te beschermen tegen kunstmatige verstoringen en aldus de belangen van de consumenten op middellange en lange termijn zo goed mogelijk te vrijwaren.

265 Wanneer, zoals in casu, alle eigenschappen aanwezig zijn die het Hof in het in punt 91 aangehaalde arrest Michelin/Commissie als doorslaggevend heeft beschouwd om te oordelen dat een kortingsregeling misbruik van machtspositie oplevert, behoeft niet eveneens te worden aangetoond dat de kenmerken en de effecten van een regeling zoals die welke het Hof in het in punt 182 aangehaalde arrest Hoffmann-La Roche/Commissie heeft veroordeeld, aanwezig zijn.

266 Wegens de structuur van de door BA toegepaste premieregelingen stijgt de marginale provisie die de reisagent ontvangt voor elk bijkomend segment dat hij voor rekening van BA verkoopt, exponentieel wanneer hij de drempel voor de aanvullende provisie bereikt. Voor de concurrerende kleinere luchtvaartmaatschappijen was het niet mogelijk dergelijke provisies aan te bieden. Bovendien zou BA, gelet op de grootte van de marginale provisie in de betrokken regeling, een groot aantal vliegbiljetten met verlies hebben verkocht.

267 Het misbruik schuilt in het feit dat de aanvullende provisies niet gekoppeld zijn aan kostenbesparingen of een efficiëntiewinst van BA in haar transacties met reisagenten, maar afhankelijk zijn van de mate waarin de reisagenten het tijdens het vorige boekjaar behaalde niveau van de verkoop van BA-biljetten evenaren of overschrijden, ongeacht hun omvang, efficiëntie of het niveau van dienstverlening aan BA.

268 Aangezien de reisagenten voor de luchtvaartmaatschappijen veruit het belangrijkste distributiekanaal voor de verkoop van luchtvervoerdiensten in het Verenigd Koninkrijk blijven, heeft de onrechtmatige gedraging van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen ook een ernstig uitsluitingseffect met betrekking tot concurrerende luchtvaartmaatschappijen op de Britse markten voor luchtvervoer.

269 De omstandigheid dat de concurrenten van BA door de vrijmaking van deze markten marktaandelen van BA hebben kunnen afnemen, toont niet aan dat de financiële stimuleringsregelingen van BA geen concurrentievervalsend effect hebben.

— Beoordeling door het Gerecht

270 Om vast te stellen of BA misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt door op de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten haar prestatiepremieregelingen toe te passen, moeten de toekenningscriteria en -modaliteiten ervan in aanmerking worden genomen en moet worden onderzocht of deze premies niet via een voordeel dat niet berust op een economische prestatie die dat voordeel rechtvaardigt, tot doel hebben de agentschappen geen — of minder — mogelijkheden te laten om hun diensten aan de luchtvaartmaatschappijen van hun keuze te verkopen en aldus voor de concurrenten van BA de toegang tot de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen te belemmeren (zie in die zin arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 182 hierboven, punt 90; Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 89, en Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punten 114 en 197).

271 In casu moet worden bepaald of de marketingovereenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling een klantenbindingseffect hadden met betrekking tot de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten en, in voorkomend geval, of deze regelingen op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten (zie in die zin arresten Michelin/Commissie, aangehaald in punt 91 hierboven, punt 73; Portugal/Commissie, aangehaald in punt 246 hierboven, punt 52, en Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 114).

272 Wat — in de eerste plaats — het klantenbindingseffect van de betrokken regelingen betreft, staat vast dat de provisies, wegens de progressiviteit van het tarief, bij het bereiken van de drempel exponentieel konden stijgen van de ene referentieperiode tot de andere naarmate van de toename van het aantal BA-biljetten dat de reisagenten tijdens de opeenvolgende referentieperioden hadden verkocht.

273 Omgekeerd, hoe hoger de inkomsten uit de verkoop van BA-biljetten zijn geweest, hoe zwaarder het nadeel dat de betrokkenen het daaropvolgende jaar lijden in de vorm van een onevenredige daling van de prestatiepremietarieven, zelfs wanneer de verkoop van BA-biljetten slechts lichtjes achteruit is gegaan in vergelijking met de vorige referentieperiode. BA kan dus niet betwisten dat de betrokken regelingen klantenbinding in de hand werken.

274 Vervolgens kan BA het klanten bindend effect van haar prestatiepremieregelingen ten aanzien van de reisagenten niet met succes betwisten door erop te wijzen dat deze reisagenten de door de reizigers gemaakte keuze van luchtvaartmaatschappij slechts in geringe mate kunnen beïnvloeden. BA heeft immers zelf gesteld dat deze reisagenten de informatie voor de reizigers die met een wildgroei van verschillende luchtvervoertariefstructuren worden geconfronteerd, op een voor hen voordelige wijze selecteren.

275 Al zijn de aan de reisagenten toegekende voordelen afhankelijk van het niveau van de streefdrempels en van de mate waarin deze drempels worden geëvenaard of overschreden, zoals BA betoogt, toch moet het klanten bindend effect van de prestatiepremies ten aanzien van de reisagenten als vaststaand worden beschouwd.

276 Bovendien kan het argument van BA dat haar „klantenbindingsovereenkomsten" haar concurrenten niet hebben verhinderd gelijksoortige overeenkomsten te sluiten met in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten, niet worden aanvaard. Van de vijf grootste concurrenten van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen kan niet worden aangenomen dat zij in staat zijn dezelfde voordelen aan de reisagenten toe te kennen.

277 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het aantal BA-biljetten dat de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten hebben verkocht voor alle luchtverbindingen van en naar Britse luchthavens, tijdens de gehele periode waarin de betwiste prestatiepremieregelingen werden toegepast, onveranderlijk een veelvoud was niet alleen van het aantal biljetten dat elk van deze vijf grote concurrenten heeft verkocht, maar ook van het totale aantal biljetten dat deze concurrenten samen hebben verkocht.

278 In die omstandigheden is rechtens genoegzaam 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 soortgelijke premieregeling als die van BA in te voeren teneinde het tegen hen gerichte uitsluitingseffect daarvan op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen te neutraliseren.

279 Wat — in de tweede plaats — de vraag betreft of de door BA toegepaste prestatiepremieregelingen op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten, zij 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 (arrest Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 112).

280 De bescherming van de mededingingspositie van een onderneming met een machtspositie, zoals BA, kan echter slechts rechtmatig zijn wanneer zij gebaseerd is op criteria van economische doeltreffendheid (arrest Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 189).

281 In casu heeft BA evenwel niet aangetoond dat de uit haar prestatiepremieregelingen voortvloeiende klantenbinding op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berust.

282 Het bereiken van de doelstellingen inzake toename van de verkoop van BA-biljetten door de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten leidde immers tot de toekenning van een provisie tegen een hoger tarief, niet alleen op de BA-biljetten die na de verwezenlijking van die verkoopdoelstellingen werden verkocht, maar op alle BA-biljetten die in de loop van de betrokken referentieperiode werden verhandeld.

283 Er bestaat dus geen objectief verband tussen de extra vergoeding van de reisagenten en de tegenprestatie die voor BA uit de verkoop van meer BA-biljetten voortvloeit.

284 Aldus kunnen de prestatiepremieregelingen van BA niet worden beschouwd als de tegenprestatie voor efficiëntiewinst of kostenbesparingen als gevolg van de verkoop van BA-biljetten na de verwezenlijking van genoemde doelstellingen. Integendeel, deze toepassing met terugwerkende kracht van hogere provisieta-

rieven op alle BA-biljetten die een reisagent tijdens de betrokken referentieperiode heeft verkocht, moet zelfs worden geacht van dien aard te zijn dat zij kan leiden tot de verkoop van een aantal BA-biljetten tegen een prijs die niet evenredig is met de productiviteitstoename die BA door de verkoop van deze biljetten heeft gerealiseerd.

285 Al heeft elke luchtvaartmaatschappij er belang bij zo veel mogelijk zitplaatsen op haar vluchten te verkopen, zoals BA stelt, toch is het voordeel van een hogere bezettingsgraad van de vliegtuigen in een geval als het onderhavige wellicht gering, gelet op de extra kosten die het met terugwerkende kracht toekennen van een hogere provisie aan de reisagenten voor BA meebrengt.

286 Voorzover de omstreden prestatiepremieregelingen niet op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berusten, moeten zij worden geacht hoofdzakelijk te zijn gericht op beloning van de toename van de verkoop van BA-biljetten van het ene tot het andere referentiejaar en bijgevolg op versterking van de binding van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten aan BA.

287 De reisagenten worden derhalve ervan afgehouden, hun diensten van reisagent aan te bieden aan concurrenten van BA, voor wie de toegang tot of de groei op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen aldus onvermijdelijk wordt belemmerd.

288 Het enige belang dat BA bij de toepassing van haar premieregelingen kan hebben, bestaat erin de concurrerende luchtvaartmaatschappijen uit te schakelen en aldus de instandhouding van de bestaande mededinging of de ontwikkeling van deze mededinging op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen te verhinderen.

289 BA kan met name niet op goede gronden stellen dat vanaf een bepaalde bezettingsgraad van een vliegtuig de verkoop van extra biljetten noodzakelijkerwijs winst oplevert. Zoals werd uiteengezet, brengt de verkoop van biljetten door een agent na de verwezenlijking van zijn doelstelling inzake de verkooptoename immers extra kosten mee als gevolg van de toepassing met terugwerkende kracht van de hogere provisie op alle BA-biljetten die tijdens de betrokken referentieperiode werden verkocht, en kunnen deze extra kosten deze winst zelfs overschrijden.

290 BA heeft ter terechtzitting overigens zelf erkend dat er geen precies verband bestaat 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 worden betaald, anderzijds.

291 Anders dan BA stelt, vormden prestatiepremieregelingen dus geen uitdrukkingsvorm van het normale mededingingsspel en konden zij niet leiden tot een kostenverlaging. Uit argumenten die BA dienaangaande aanvoert, blijkt niet dat haar prestatiepremieregelingen op een objectieve economische rechtvaardigingsgrond berustten.

292 De Commissie heeft dus terecht geoordeeld dat BA van haar machtspositie op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen misbruik heeft gemaakt door via de toepassing van prestatiepremieregelingen die op geen enkele economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berustten, de vrijheid van deze reisagenten om hun diensten aan de luchtvaartmaatschappijen van hun keuze aan te bieden, en bijgevolg de toegang van deze luchtvaartmaatschappijen tot de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen, te beperken.

293 Ten slotte kan BA de Commissie niet verwijten dat deze niet heeft aangetoond dat haar praktijken een uitsluitingseffect hebben. Om een inbreuk op artikel 82 EG vast te stellen behoeft immers niet te worden aangetoond dat het betrokken misbruik concrete gevolgen voor de betrokken markten heeft gehad. Het bewijs

dat de onrechtmatige gedraging van de onderneming met een machtspositie erop gericht is de mededinging te beperken of, met andere woorden, dat de gedraging een dergelijk effect heeft of kan hebben, volstaat.

294 Verder blijkt niet alleen dat de litigieuze praktijken wel degelijk een concurrentiebeperkend effect konden hebben op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen en op de Britse markten voor luchtvervoer, maar ook dat de Commissie een dergelijk effect concreet heeft aangetoond.

295 Aangezien de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten ten tijde van de gelaakte feiten goed waren voor 85 % van de verkoop van alle in het Verenigd Koninkrijk verkochte vliegbiljetten, moet de onrechtmatige gedraging van BA op de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen tot gevolg hebben gehad dat ten aanzien van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen een uitsluitingseffect ontstond op de Britse markten voor luchtvervoer, gelet op de samenhang tussen de betrokken markten zoals die werd vastgesteld in het kader van het onderzoek van het vierde middel.

296 Wegens dit effect van de prestatiepremieregelingen die BA op de Britse markten voor luchtvervoer toepast, kan het argument van BA dat de bestreden beschikking werd gegeven zonder enige analyse van de luchtvervoermarkten en zonder enig empirisch bewijs van het nadeel dat deze financiële stimuleringsregelingen aan de concurrerende luchtvaartmaatschappijen en aan de reizigers berokkenen, niet worden aanvaard.

297 Wanneer een onderneming met een machtspositie daadwerkelijk een praktijk toepast die tot gevolg kan hebben dat haar concurrenten van de markt worden uitgesloten, is de omstandigheid dat het verhoopte resultaat niet wordt bereikt, bovendien niet voldoende om de kwalificatie misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG terzijde te stellen.

298 Overigens betekent de groei van de marktaandelen van bepaalde concurrenten van BA, die, gelet op de kleine marktaandelen die deze luchtvaartmaatschappijen aanvankelijk hadden, gering is in absolute cijfers, niet dat de praktijken van BA geen effect sorteerden. Aangenomen kan immers worden dat zonder die praktijken de marktaandelen van deze concurrenten aanzienlijk hadden kunnen stijgen (zie in die zin arrest Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, aangehaald in punt 243 hierboven, punt 149).

299 Derhalve heeft de Commissie zonder enige beoordelingsfout vastgesteld dat BA inbreuk heeft gemaakt op artikel 82 EG door op de reisagenten voor vliegreizen in het Verenigd Koninkrijk prestatiepremieregelingen toe te passen, die sommige begunstigden discrimineren ten opzichte van andere en tegelijk tot doel en gevolg hebben dat de trouw van deze agenten aan BA zonder economisch gerechtvaardigde tegenprestatie wordt beloond, waardoor de concurrerende luchtvaartmaatschappijen zowel van de Britse markt van diensten van reisagenten voor vliegreizen en — als een onvermijdbaar gevolg daarvan — van de Britse markten voor luchtvervoer worden uitgesloten.

300 Mitsdien moet het zevende middel worden afgewezen.

Achtste middel: buitensporige geldboete

Argumenten van partijen

301 BA meent dat de geldboete van 6 800 000 euro die haar is opgelegd, buitensporig is, gelet op de mededeling van de Commissie — Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „Richtsnoeren").

302 Om te beginnen is het basisbedrag van de geldboete — 4 000 000 euro — dat de zwaarte, de duur en de weerslag van de gepleegde inbreuk weergeeft, te hoog volgens punt 1 A van de Richtsnoeren. Volgens deze tekst moet bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen. Het is evenwel niet aangetoond dat de premieregelingen van BA de consumenten schade hebben berokkend.

303 Vervolgens wordt, overeenkomstig punt 1 B, derde streepje, van de Richtsnoeren, voor inbreuken van lange duur het bedrag van de geldboete verhoogd met 10 % van het bedrag van de geldboete dat op basis van de zwaarte van de inbreuk werd bepaald. De verhoging van het bedrag van de geldboete met 70 %, of 10 % per jaar sinds 1992, is onevenredig. De duur van de gedraging van BA weerspiegelt de traagheid waarmee de Commissie haar onderzoek heeft gevoerd. Gedurende de gehele procedure heeft BA te goeder trouw aangenomen dat haar financiële stimuleringsregelingen met het gemeenschapsrecht verenigbaar waren.

304 Ten slotte vormt het feit dat er bij BA een redelijke twijfel over bestond of haar premieregelingen een inbreuk vormden, en dat zij gedurende de gehele procedure ten volle met de Commissie heeft samengewerkt, een verzachtende omstandigheid die overeenkomstig punt 3 van de Richtsnoeren tot een vermindering van de geldboete moet leiden.

305 De Commissie betoogt dat het in casu vastgestelde misbruik van machtspositie een zware inbreuk op het communautaire mededingingsrecht vormt. De exclusieve kortingsregelingen werden al in het verleden veroordeeld. Er werd gewezen op het belang van de reiskosten voor de Britse economie en opgemerkt werd dat BA ondanks de vrijmaking van de luchtvervoersector haar gemiddeld marktaandeel op de Britse markten voor luchtvervoer had behouden.

306 Artikel 82 EG betreft niet alleen de praktijken die de consumenten rechtstreeks kunnen schaden, maar ook de praktijken die hun nadeel berokkenen doordat afbreuk wordt gedaan aan een structuur van daadwerkelijke mededinging.

307 Bovendien wordt in de Richtsnoeren als een van de „zware inbreuken" aangemerkt het misbruik van machtspositie dat onder meer bestaat in discriminatie, uitsluitingsgedrag en getrouwheidskortingen die een onderneming met een machtspositie toekent om haar concurrenten uit de markt te prijzen.

308 De omstreden onrechtmatige praktijken zijn in 1992 begonnen ten aanzien van bepaalde reisagenten. Van januari 1998 tot maart 1999 werd met de prestatiepremieregeling de onrechtmatige praktijk toegepast op alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten en is het effect ervan op de agenten die een marketingovereenkomst hadden gesloten, toegenomen. De duur van deze praktijken rechtvaardigt een verhoging met 70 % van het bedrag van de naar gelang van de zwaarte van de inbreuk opgelegde geldboete.

309 De duur van de administratieve procedure, waarvan de redelijkheid moet worden beoordeeld op basis van de specifieke omstandigheden van elke zaak (arrest Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 278), is niet buitensporig en vormt geen verklaring voor de duur van de vastgestelde inbreuken.

310 Het feit dat de inbreuken reeds bij de eerste stappen van de Commissie werden stopgezet, vormt volgens de Richtsnoeren een verzachtende omstandigheid. Na ontvangst van de eerste mededeling van punten van bezwaar op 20 december 1996, heeft BA de prestatiepremieregelingen die zij tot dan had toegepast op de reisagenten die een bepaalde hoeveelheid BA-biljetten per jaar verkochten, evenwel uitgebreid tot alle in het Verenigd Koninkrijk gevestigde reisagenten.

Beoordeling door het Gerecht

311 Aangezien artikel 82 EG alleen de objectieve aantasting van de structuur zelf van de mededinging beteugelt (arrest Hof van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 26), kan het argument van BA inzake het ontbreken van het bewijs dat haar premieregelingen de consumenten nadeel hebben berokkend, niet worden aanvaard.

312 BA kan evenmin ter betwisting van de verhoging van het basisbedrag van de opgelegde geldboete met succes verwijzen naar de traagheid waarmee de Commissie haar onderzoek heeft gevoerd, aangezien de duur van dat onderzoek ongetwijfeld werd verlengd door het feit dat BA haar inbreuk heeft voortgezet en deze nog heeft veralgemeend.

313 Vanaf de maand volgend op de op 12 november 1997 na de eerste mededeling van punten van bezwaar gehouden hoorzitting, heeft BA de concurrentievervalsende gevolgen van haar oorspronkelijke prestatiepremieregeling immers versterkt door haar nieuwe stimuleringsregeling uit te breiden tot alle Britse reisagentschappen voor vliegreizen.

314 Aangezien BA de bezwaren van de Commissie tegen haar eerste prestatiepremieregeling naast zich heeft neergelegd, kan uiteraard niet worden aangenomen dat zij gedurende de gehele administratieve procedure te goeder trouw heeft verondersteld dat haar stimuleringsregelingen verenigbaar waren met het communautaire mededingingsrecht.

315 Aangezien BA gedurende de administratieve procedure haar concurrentiebeperkende praktijken nog heeft versterkt, kan zij evenmin op goede gronden aanvoeren dat zij tijdens deze procedure ten volle heeft samengewerkt met de Commissie. De Commissie heeft BA dus terecht het voordeel van verzachtende omstandigheden geweigerd.

316 Het bedrag van de geldboete die de Commissie heeft opgelegd, moet dus worden bevestigd, aangezien de hoogte ervan in overeenstemming is met de Richtsnoeren en tegelijk een passende sanctie vormt, gelet op de omstandigheden van de zaak.

317 Derhalve moeten de argumenten van BA inzake de excessiviteit van de haar opgelegde geldboete worden afgewezen.

318 Gelet op een en ander moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

319 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd.

320 Aangezien BA volledig in het ongelijk is gesteld, dient zij te worden verwezen in haar eigen kosten alsmede, overeenkomstig de vordering van de Commissie en van Virgin, in de kosten van de Commissie en van interveniënte.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verstaat dat verzoekster haar eigen kosten zal dragen, alsmede die van de Commissie en van interveniënte.

Vesterdorf Jaeger Legal

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 december 2003.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf