

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

15 päivänä maaliskuuta 2007 *

Sisällys

Asian tausta	I - 2377
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa nostettu kanne ja valituksenalainen tuomio ..	I - 2380
Asianosaisten ja muiden osapuolten vaatimukset	I - 2387
Valitus	I - 2388
Ensimmäinen valitusperuste, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen arvioidessaan kyseisten palkkiojärjestelmien poissulkevaa vaikutusta	I - 2390
Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee perustetta, jonka nojalla voidaan arvioida kyseisten palkkiojärjestelmien mahdollista poissulkevaa vaikutusta	I - 2390
– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat	I - 2390
– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta	I - 2395
Ensimmäisen valitusperusteen toinen osa, joka koskee ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemää arviointia kyseisten palkkiojärjestelmien objektiivisen taloudellisen perusteen merkityksellisyydestä	I - 2403
– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat	I - 2403
– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta	I - 2404
Toinen valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tutkinut BA:n myöntämien provisioiden todennäköisiä vaikutuksia eikä ottanut huomioon näyttöä, jonka mukaan mainituilla provisioilla ei ollut mitään konkreettista vaikutusta kilpaileviin lentoyhtiöihin	I - 2407
Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat	I - 2407
Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta	I - 2408
Kolmas valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tutkinut, oliko BA:n käyttäytyminen aiheuttanut EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitettulla tavalla ”kuluttaji[lle] vahin[koa]”	I - 2410
Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat	I - 2410
Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta	I - 2411

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

Neljäs valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt katsoessaan, että uudella tulospalkkiojärjestelmällä oli sama vaikutus kuin markkinointisopimuksilla, huolimatta siitä erosta, joka liittyy huomioon otetun ajanjakson pituuteen, ja siitä, ettei kyseisten palkkiojärjestelmien vaikutuksia BA:n kilpailijoihin ole arvioitu ja yksilöity määrällisesti I - 2412

Neljännän valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee markkinointisopimusten ja uuden tulospalkkiojärjestelmän välisiä eroja I - 2412

– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat I - 2412

– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta I - 2413

Neljännän valitusperusteen toinen osa, joka koskee vaatimuksia kyseisten palkkiojärjestelmien syrjäyttävän vaikutuksen toteennäyttämisen osalta I - 2414

– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat I - 2414

– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta I - 2416

Viides valitusperuste, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut väärin EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohtaa siltä osin kuin kyseisillä palkkiojärjestelmillä syrjitään Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneita matkatoimistoja I - 2417

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat I - 2417

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta I - 2419

– Viidennen valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee matkatoimistojen suoritusten samankaltaisuutta I - 2420

– Viidennen valitusperusteen toinen osa, jossa on kyse epäedullisen kilpailuaseman toteamista koskevista vaatimuksista I - 2421

Oikeudenkäyntikulut I - 2424

Asiassa C-95/04 P,

jossa on kyse yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 56 artiklaan perustuvasta valituksesta, joka on pantu vireille 25.2.2004,

British Airways plc, kotipaikka Waterside (Yhdistynyt kuningaskunta), edustajinaan solicitor R. Subiotto, barrister R. O'Donoghue ja W. Wood, QC,

valittajana,

ja jossa valittajan vastapuolena ja muuna osapuolena ovat

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään P. Oliver, A. Nijenhuis ja M. Wilderspin, prosessiosoite Luxemburgissa,

vastaajana ensimmäisessä oikeusasteessa,

ja **Virgin Atlantic Airways Ltd**, kotipaikka Crawley (Yhdistynyt kuningaskunta), edustajinaan solicitor J. Scott, barrister C. West ja N. Green, QC,

väliintulijana ensimmäisessä oikeusasteessa,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja A. Rosas (esittelevä tuomari) sekä tuomarit A. Borg Barthet ja J. Malenovský,

julkisasiamies: J. Kokott,
kirjaaja: apulaiskirjaaja H. von Holstein,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 15.12.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

kuultuaan julkisasiamiehen 23.2.2006 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

- ¹ British Airways plc (jäljempänä BA) vaatii valituksessaan, että yhteisöjen tuomioistuin kumoaa Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-219/99, British Airways vastaan komissio, 17.12.2003 antaman tuomion

(Kok. 2003, s. II-5917; jäljempänä valituksenalainen tuomio), jolla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien hylkäsi sen nostaman kanteen, jossa vaadittiin kumoamaan EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan mukaisesta menettelystä (IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways) 14.7.1999 tehty komission päätös 2000/74/EY (EYVL 2000, L 30, s. 1; jäljempänä riidanalainen päätös), jolla BA:lle määrättiin 6,8 miljoonan euron suuruinen sakko määräävän markkina-aseman väärinkäyttämisestä lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

Asian tausta

- 2 Käsiteltävänä olevan asian taustalla olevat tosiseikat, sellaisina kuin ne seuraavat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimitetusta asiakirja-aineistosta ja sellaisina kuin ne on esitetty valituksenalaisen tuomion 4–19 kohdassa, voidaan esittää lyhyesti seuraavalla tavalla.
- 3 BA, joka on Yhdistyneen kuningaskunnan suurin lentoyhtiö, teki kyseisen jäsenvaltion alueelle sijoittautuneiden ja International Air Transport Associationin (IATA) hyväksymien matkatoimistojen kanssa sopimuksia, joilla annettiin oikeus perusprovisioon kyseisten toimistojen käsittelemien, BA:n järjestämille lennoille myytyjen matkalippujen (jäljempänä BA-liput) perusteella ja jotka käsittivät myös seuraavat kolme erillistä taloudellisia kannustimia sisältävää järjestelmää: ”markkinointisopimukset”, ”kansainväliset sopimukset” ja sittemmin ”tulospalkkiojärjestelmä”, jota sovellettiin 1.1.1998 alkaen.
- 4 Markkinointisopimusten perusteella tietyillä matkatoimistoilla eli toimistoilla, joiden vuotuiset BA-lipuista saamat myyntitulot olivat yli 500 000 Englannin

puntaa, oli mahdollisuus saada perusprovision lisäksi lisäpalkkioita, joita olivat muun muassa tulospalkkio, joka laskettiin käyttäen progressiivista asteikkoa, joka vahvistettiin matkatoimiston BA-lippujen myynnistä saamien tulojen kehittymisen perusteella, ja jonka suuruus riippui kyseisen myynnin kasvusta vuodesta toiseen.

- 5 Virgin Atlantic Airways Ltd (jäljempänä Virgin) teki 9.7.1993 Euroopan yhteisöjen komissiolle kantelun, joka koski muun muassa näitä markkinointisopimuksia.
- 6 Komissio päätti aloittaa mainittujen sopimusten osalta menettelyn, ja se osoitti 20.12.1996 BA:lle väitetiedoksiannon. BA:n suulliset huomautukset kuultiin 12.11.1997 pidetyssä kuulemistilaisuudessa.
- 7 Toista tyyppiä olevat kannustinsopimukset eli ”kansainväliset sopimukset” tehtiin kolmen matkatoimiston kanssa, joille annettiin oikeus lisäprovisioihin, joiden laskuperusteena oli BA:n osuuden kasvu niiden maailmanlaajuisesta myynnistä.
- 8 BA lähetti 17.11.1997 kaikille Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneille matkatoimistoille kirjeen, jossa se esitti kolmatta kannustinsopimustyyppiä eli uutta tulospalkkiojärjestelmää koskevat yksityiskohtaiset säännöt.

- 9 Kyseisen järjestelmän perusteella kaikkien BA-lippujen osalta maksettavan perusprovision määrä alennettiin 7 prosenttiin (kun provision määrä oli aikaisemmin ollut 9 prosenttia kansainvälisten lippujen myynnistä ja 7,5 prosenttia Yhdistyneen kuningaskunnan sisäisten lentojen lippujen myynnistä), mutta jokaisella matkatoimistolla oli mahdollisuus ansaita enimmillään 3 prosentin suuruinen lisäprovisio kansainvälisistä lipuista ja enimmillään 1 prosentin suuruinen lisäprovisio sisäisten lentojen lipuista. Muuttuvan lisäosan suuruus riippui matkatoimistojen BA-lippujen myynnistä saaman tuloksen kehittymisestä. Kyseiset tulokset mitattiin vertaamalla toimiston tietyn kalenterikuukauden aikana liikkeelle laskemista BA-lipuista saamia kokonaismyyntituloja edellisen vuoden vastaavan kuukauden aikana saatuihin samankaltaisiin tuloihin. Muuttuva lisäosa oli maksettava, kun tarkasteltavana olevan ajanjakson tulojen ja viiteajanjakson tulojen välinen suhde oli 95 prosenttia, ja sen suurin mahdollinen määrä saavutettiin, kun kyseinen suhde oli 125 prosenttia.
- 10 Virgin teki 9.1.1998 lisäkantelun kyseisestä uudesta tulospalkkiojärjestelmästä. Komissio antoi 12.3.1998 täydentävän väitetiedoksiannon tästä järjestelmästä.
- 11 Komissio teki 14.7.1999 riidanalaisen päätöksen, jonka 96 perustelukappaleessa todetaan, että BA on käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaa, joka sillä on Yhdistyneessä kuningaskunnassa lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoilla, kun se on soveltanut kyseiseen jäsenvaltioon sijoittautuneisiin matkatoimistoihin markkinointisopimuksia ja uutta tulospalkkiojärjestelmää (jäljempänä yhdessä kyseiset palkkiojärjestelmät) (96 perustelukappale). Kyseisen väärinkäytön tavoitteena ja seurauksena on matkatoimistojen uskollisuuden palkitsemisen ja matkatoimistojen välisen syrjinnän vuoksi BA:n kilpailijoiden syrjäyttäminen lentoliikenteen markkinoilta Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa nostettu kanne ja valituksenalainen tuomio

- 12 BA nosti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 1.10.1999 toimitetulla kannekirjelmällä kanteen, jossa vaadittiin riidanalaisen päätöksen kumoamista.
- 13 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi valituksenalaisella tuomiolla BA:n riidanalaisesta päätöksestä nostaman kanteen.
- 14 BA esitti kanteensa tueksi kahdeksan kanneperustetta, jotka koskivat komission toimivallan puuttumista, syrjintäkiellon periaatteen loukkaamista, huomioon otettujen merkityksellisten sektorikohtaisten ja maantieteellisten markkinoiden virheellistä määrittämistä, niiden sektorikohtaisten markkinoiden välisen yhteyden puuttumista, joihin menettelytapojen katsotaan vaikuttaneen, riidanalaisen päätöksen tekemistä virheellisen oikeudellisen perustan nojalla, määräävän markkina-aseman puuttumista, määräävän markkina-aseman väärinkäytön puuttumista ja sakon määrän liiallisuutta.
- 15 Käsiteltävänä olevassa valituksessa on kyse pelkästään seitsemänneistä oikeudellisesta perusteesta. Tällä perusteella, joka koskee määräävän markkina-aseman väärinkäytön puuttumista, BA on riitauttanut komission väitteen, jonka mukaan kyseiset palkkiojärjestelmät ovat johtaneet syrjintään Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneiden matkatoimistojen välillä tai niillä on ollut poissulkeva vaikutus kilpaileviin lentoyhtiöihin nähden.

- 16 Siltä osin kuin ensinnäkin on kyse näiden järjestelmien syrjivyydestä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomautti valituksenalaisen tuomion 233 kohdassa, että kuten EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa määrätään, määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä voi olla erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla.
- 17 Kyseisen tuomion seuraavassa kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi, että BA maksoi korotettua provisiota kaikista matkatoimiston tarkasteltavana olevan ajanjakson aikana myymistä BA-lipuista eikä pelkästään myyntitavoitteen saavuttamisen jälkeen myydyistä BA-lipuista. Tämän jälkeen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätteli mainitun tuomion 236 kohdassa, että koska kyseisillä palkkiojärjestelmillä palkitaan saman ajanjakson aikana suoritettuja samanlaisia palveluja erisuuruisesti, niillä vääristetään niiden palkkioiden tasoa, joita matkatoimistot saavat BA:n suorittamina provisioina.
- 18 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 238 kohdassa, että nämä syrjivät palkkioehdot heikensivät Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneiden matkatoimistojen kykyä kilpailla lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen tarjoamisessa matkustajille ja herättää kilpailevien lentoyhtiöiden kysyntä tällaisille palveluille.
- 19 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätteli mainitun tuomion 240 kohdassa, että komissiolla oli oikeus katsoa, että kyseiset palkkiojärjestelmät merkitsivät sitä, että BA oli käyttänyt väärin sillä lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa olevaa määräävää markkina-asmaansa, koska niillä on syrjiviä vaikutuksia kyseiseen jäsenvaltioon sijoittautuneiden matkatoimistojen keskuudessa ja niillä näin ollen asetetaan tietyt niistä EY

82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettuun epäedulliseen kilpailuasemaan.

- 20 Siltä osin kuin toiseksi on kyse BA:n kanssa kilpailevien lentoyhtiöiden poissulke-
misesta, joka aiheutuu kyseisiin palkkiojärjestelmiin perustuvasta uskollisuuteen
sitouttavasta vaikutuksesta, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomautti
valituksenalaisen tuomion 245 ja 246 kohdassa, että yhteisöjen tuomioistuimen
vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan vaikka paljousalennusjärjestelmien, jotka
liittyvät yksinomaan määräävässä markkina-asetmassa olevalta tuottajalta suoritettu-
jen ostojen määrään, katsotaan yleensä olevan sellaisia, että niiden vaikutuksesta
kyseisen tuottajan asiakkaita ei estetä EY 82 artiklan vastaisesti hankkimasta
tavaroita kilpailijoilta, tällaisen tuottajan soveltamalla ostotavoitteen saavuttamiseen
liittyvällä alennusjärjestelmällä rikotaan kyseistä artiklaa (ks. vastaavasti asia 322/81,
Michelin v. komissio, tuomio 9.11.1983, Kok. 1983, s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339,
71 kohta).
- 21 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 270 koh-
dassa, että jotta voidaan ratkaista, onko BA käyttänyt määräävää markkina-
asemaansa väärin soveltaessaan kyseisiä palkkiojärjestelmiä Yhdistyneeseen kunin-
gaskuntaan sijoittautuneisiin matkatoimistoihin, on arvioitava niiden perusteita ja
myöntämistä koskevia yksityiskohtaisia sääntöjä ja tutkittava, pyritäänkö näillä
palkkioilla epäämään toimistoilta mahdollisuus myydä palvelujaan haluamilleen
lentoyhtiöille tai rajoittamaan sitä ja estämään tällä tavoin BA:n kanssa kilpailevien
lentoyhtiöiden pääsy lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoille
Yhdistyneessä kuningaskunnassa tarjoamalla etu, joka ei perustu mihinkään edun
oikeuttavaan taloudelliseen suoritukseen.
- 22 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 271 koh-
dassa, että esillä olevassa asiassa oli määritettävä, oliko kyseisillä palkkiojärjestelmillä

uskollisuuteen sitouttava vaikutus Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneisiin matkatoimistoihin nähden, ja tarpeen tullen, perustuivatko kyseiset järjestelmät taloudellisesti perusteltuun vastasuoritukseen.

- 23 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi ensinnäkin mainitun tuomion 272 ja 273 kohdassa kyseisten järjestelmien uskollisuuteen sitouttavan vaikutuksen osalta, että tällainen vaikutus oli olemassa kahdesta seuraavasta syystä. Yhtäältä, kun otetaan huomioon se, että korotetut provisiot ovat progressiivisia ja niillä on huomattava vaikutus raja-alueilla, ne olivat omiaan kasvamaan eksponentiaalisesti ajanjaksosta toiseen. Toisaalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi, että mitä suuremmat BA-lippujen myyntitulot olivat olleet viiteajanjakson aikana, sitä ankarampi seuraamus matkatoimistoille aiheutui siitä, että tulospalkkioita vähennettiin suhteettomasti siinä tapauksessa, että mainittu myynti oli supistunut, vaikkakin vain hieman, tarkasteltavana olevan ajanjakson aikana tähän viiteajanjaksoon verrattuna.
- 24 Lisäksi siltä osin kuin on kyse siitä BA:n vastaväitteestä, jonka mukaan kyseiset palkkiojärjestelmät eivät estäneet sen kilpailijoita tekemästä samankaltaisia sopimuksia Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneiden matkatoimistojen kanssa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomautti valituksenalaisen tuomion 277 kohdassa, että niiden BA-lippujen määrä, joita mainitut matkatoimistot ovat myyneet kaikille lennoille, jotka suuntautuvat kyseisessä jäsenvaltiossa sijaitseville lentokentille ja lähtevät niiltä, on poikkeuksetta ollut moninkertainen sekä kunkin BA:n viiden tärkeimmän kilpailijan lipunmyyntiin että niiden myyntien yhteenlaskettuun määrään nähden. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätteli tämän perusteella kyseisen tuomion 278 kohdassa, että oli osoitettu oikeudellisesti riittävällä tavalla, että kilpailevat yritykset eivät kyenneet Yhdistyneessä kuningaskunnassa saamaan sellaisia tuloja, että niillä olisi riittävän laajat taloudelliset voimavarat, jotta ne voisivat tehokkaasti ottaa käyttöön kyseisiin palkkiojärjestelmiin verrattavissa olevan palkkiojärjestelmän vastapainoksi kyseisten palkkiojärjestelmien aiheuttamalle poissulkevalle vaikutukselle.

- 25 Toiseksi sen kysymyksen osalta, perustuivatko kyseiset palkkiojärjestelmät johonkin taloudellisesti perusteltuun vastasuoritukseen, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien huomautti valituksenalaisen tuomion 279 kohdassa, että määräävän markkina-aseman olemassaolo ei vie tällaisessa asemassa olevalta yritykseltä oikeutta ryhtyä kohtuullisiin, asianmukaisina pitämiinsä toimiin suojellakseen omia kaupallisia intressejään silloin, kun niitä uhataan. Se tarkoitti kuitenkin kyseisen tuomion 280 kohdassa, että jotta tapa, jolla tällainen yritys suojelee kilpailuasemansa, olisi hyväksyttävä, sen on perustuttava taloudellisiin tehokkuusnäkökohtiin.
- 26 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 281 kohdassa, että BA ei ollut näyttänyt toteen, että kyseisten palkkiojärjestelmien uskollisuuteen sitova vaikutus perustui taloudellisesti perusteltuun vastasuoritukseen. Se totesi tältä osin kyseisen tuomion 282 ja 283 kohdassa, että mikäli Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneet matkatoimistot saavuttivat BA-lippujen myynnin kasvutavoitteet, suurempaa provisiota ei sovellettu ainoastaan niihin BA-lippuihin, jotka myytiin näiden tavoitteiden saavuttamisen jälkeen, vaan kaikkiin tarkasteltavana olevan ajanjakson aikana käsiteltyihin BA-lippuihin, joten näiden matkatoimistojen lisäpalkkiolla ei selvästikään ollut mitään objektiivista yhteyttä vastasuoritukseen, jonka BA saa lisälentolippujen myynnistä.
- 27 Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi mainitun tuomion 285 kohdassa, että vaikka jokaisella lentoyhtiöllä onkin intressi myydä lisälippuja lennoilleen pikemminkin kuin jättää paikkoja tyhjiksi, paremmasta koneiden täyttöasteesta koituvan edun on oltava esillä olevassa asiassa huomattavan pieni, kun otetaan huomioon lisäkulut, joita BA:lle aiheutuu siitä, että matkatoimiston palkkio kasvaa korotetun provision taannehtivan soveltamisen vuoksi.
- 28 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätteli näin ollen valituksenalaisen tuomion 286–288 kohdassa, että koska kyseisille palkkiojärjestelmille ei ollut mitään

taloudellisesti perusteltua vastasuoritusta, niillä on katsottava lähinnä pyrittävän palkitsemaan BA-lippujen myynnin kasvua kaudesta toiseen ja näin ollen vahvistamaan Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneiden matkatoimistojen uskollisuutta BA:ta kohtaan. Näillä järjestelmillä vaikeutetaan tämän johdosta BA:n kanssa kilpailevien lentoyhtiöiden pääsyä Yhdistyneen kuningaskunnan lento-matkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoille tai etenemistä niillä ja estetään näin ollen olemassa olevan kilpailuasteen säilyminen tai tämän kilpailun kehittyminen mainituilla markkinoilla.

29 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin korosti lisäksi kyseisen tuomion 290 kohdassa BA:n myöntäneen istunnossa, että yhtäältä myyntitavoitteen saavuttamisen jälkeen myydyistä ylimääräisistä BA-lipuista mahdollisesti saatujen suurtuotannon etujen ja toisaalta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneille matkatoimistoille vastikkeeksi suoritettujen korotettujen provisioiden välillä ei ollut täsmällistä yhteyttä.

30 Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi mainitun tuomion 293 kohdassa BA:n väitteen, jonka mukaan komissio ei ollut näyttänyt toteen, että kyseisillä palkkiojärjestelmillä on poissulkeva vaikutus. Tässä tarkoituksessa se yhtäältä totesi, että EY 82 artiklan rikkomisen toteennäyttämiseksi ei edellytetä sen osoittamista, että kyseisellä väärinkäytöllä on ollut konkreettinen vaikutus asianomaisiin markkinoihin, vaan riittää, kun osoitetaan, että sillä, että määräävässä asemassa oleva yritys on käyttänyt asemaansa väärin, on pyritty rajoittamaan kilpailua.

31 Valituksenalaisen tuomion seuraavassa kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toisaalta katsoi, että kyseisillä palkkiojärjestelmillä saattoi olla rajoittava

vaikutus lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoihin ja lentoliikenteen markkinoihin Yhdistyneessä kuningaskunnassa, ja tämän lisäksi myös, että komissio oli käytännössä näyttänyt toteen riidanalaisten menettelytapojen rajoittavan vaikutuksen mainittuihin markkinoihin.

32 Tältä osin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi ensinnäkin, että koska matkatoimistot vastasivat riidanalaisten tosiseikkojen tapahtuma-aikana 85 prosentista kaikkien Yhdistyneessä kuningaskunnassa myytyjen lippujen myynnistä, BA:n menettelystä lentomatkoihin liittyvien matkatoimistopalvelujen markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa ”on väistämättä aiheutunut kilpailevien lentoyhtiöiden vahingoksi poissulkevia vaikutuksia Yhdistyneen kuningaskunnan lentoliikenteen markkinoihin” (valituksenalaisen tuomion 295 kohta). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi toiseksi, että ”silloin kun määräävässä asemassa oleva yritys panee käytännössä täytäntöön menettelytavan, jolla on sen kilpailijat poissulkevia vaikutuksia, se, että toivottua tulosta ei ole saavutettu, ei ole riittävä peruste katsoa, että kyseessä ei ole EY 82 artiklassa tarkoitettu määräävän aseman väärinkäyttö” (kyseisen tuomion 297 kohta).

33 Lopuksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 298 kohdassa, että se, että tiettyjen BA:n kilpailijoiden markkinaosuudet ovat kasvaneet – absoluuttisina määrinä hyvin vähän, kun otetaan huomioon niiden aiempien markkinaosuuksien vaatimattomuus – ei merkitse sitä, että BA:n menettelytavoilla ei olisi ollut mitään vaikutuksia, koska mikäli näitä menettelytapoja ei olisi toteutettu, ”voidaan ajatella, että – – sen kilpailijoiden markkinaosuudet olisivat voineet kasvaa enemmän”.

34 Tämän perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätteli näin ollen valituksenalaisen tuomion 300 kohdassa, että seitsemäs kanneperuste oli hylättävä.

Asianosaisten ja muiden osapuolten vaatimukset

35 BA vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

- kumoaa valituksenalaisen tuomion kokonaan tai osittain
- kumoaa riidanalaisesta päätöksestä seuraavan sakon tai alentaa sen määrää harkintavaltansa mukaisesti tarkoituksenmukaisena pitämiltään osin
- toteuttaa kaikki muut tarkoituksenmukaisina pitämänsä toimenpiteet ja
- velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

36 Komissio vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

- hylkää valituksen kokonaan ja

- velvoittaa BA:n korvaamaan komissiolle tästä menettelystä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

37 Virgin vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin

- jättää valituksen tutkimatta tai toteaa sen joka tapauksessa selvästi perusteettomaksi ja hylkää sen yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 119 artiklan mukaisesti perustellulla määräyksellä
- toissijaisesti hylkää valituksen ja pysyttää valituksenalaisen tuomion kaikilta osin voimassa ja
- joka tapauksessa velvoittaa BA:n korvaamaan muutoksenhausta aiheutuneet oikeudenkäyntikulut, Virginin kulut mukaan lukien.

Valitus

38 BA esittää valituksensa tueksi viisi valitusperustetta, joissa on kyse seuraavista seikoista:

- oikeudellinen virhe siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut virheellistä perustetta arvioidessaan kyseisten palkkiojärjestelmien

poissulkevaa vaikutusta ja päätellessään, että kyseisille järjestelmille ei ollut olemassa objektiivista taloudellista perustetta

- oikeudellinen virhe siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole ottanut huomioon näyttöä, joka osoittaa, että BA:n myöntämällä provisioilla ei ollut mitään konkreettista vaikutusta sen kilpailijoihin

- oikeudellinen virhe siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tutkinut, oliko EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitettu ”kuluttajien vahinko” olemassa

- oikeudellinen virhe siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti katsonut, että uudella tulospalkkiojärjestelmällä oli sama vaikutus kuin markkinointisopimuksilla kulloinkin tarkasteltavana olevan ajanjakson pituudesta huolimatta, eikä se ole arvioinut ja yksilöinyt määrällisesti mainitun järjestelmän vaikutuksia BA:n kilpailijoihin

- EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan virheellinen soveltaminen siltä osin kuin on kyse kyseisillä palkkiojärjestelmillä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneisiin matkatoimistoihin olevan syrjivän vaikutuksen arvioinnista.

Ensimmäinen valitusperuste, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen arvioidessaan kyseisten palkkiojärjestelmien poissulkevaa vaikutusta

- 39 BA arvostelee tämän valitusperusteen yhteydessä valituksenalaisen tuomion 270–298 kohdassa olevia toteamuksia, joiden mukaan BA:n myöntämät palkkiot yhtäältä ovat ”uskollisuuteen sitouttavia” ja niillä on näin ollen poissulkeva vaikutus ja toisaalta ne eivät ole taloudellisesti perusteltuja.

Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee perustetta, jonka nojalla voidaan arvioida kyseisten palkkiojärjestelmien mahdollista poissulkevaa vaikutusta

– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 40 BA väittää ensinnäkin, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen arvioidessaan kyseisiä palkkiojärjestelmiä virheellisen perusteen eli mainittujen järjestelmien uskollisuuteen sitouttavaa vaikutusta koskevan perusteen nojalla.

- 41 BA:n mukaan EY 82 artiklassa määrävässä markkina-asemassa olevaa yritystä kielletään ainoastaan käyttämästä muita keinoja kuin niitä, joita taloudellisten

toimijoiden suorituksiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään, eli turvautumasta muihin menetelmiin kuin laatukilpailuun, jota sallittu hintakilpailu muistuttaa. Tämän sallitun kilpailun piiriin kuuluu sen mukaan, että yrityksellä on oltava vapaus myöntää kauppakumppaneilleen suurempia alennuksia kuin sen kilpailijat myöntävät.

- 42 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei kuitenkaan ole kyseisten palkkiojärjestelmien uskollisuuteen sitouttavaa vaikutusta tutkiessaan erottanut toisistaan sellaista asiakasuskollisuutta, joka perustuu runsaskätisimpään palkkioon tai alhaisimpiin hintoihin, ja sellaista asiakasuskollisuutta, joka johtuu kilpailua rajoittavista tai poissulkevista menettelytavoista, jotka syrjäyttävät kilpailijat luomalla näille keinotekoisia vaikeuksia tai esteitä.
- 43 BA:n mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käyttämän uskollisuuteen sitouttamisen käsitteen epäselvyys merkitsee sitä, että kyseiset palkkiojärjestelmät oli käytännössä välttämätöntä katsoa väärinkäytöksi, koska niillä oli uskollisuuteen sitouttava vaikutus siinä mielessä, että provisiot olivat matkatoimistojen kannalta runsaskätisiä ja houkuttelevia.
- 44 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen näin omaksuma lähestymistapa on BA:n mielestä ristiriidassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. BA näet katsoo, että asiassa 85/76, Hoffmann-La Roche vastaan komissio, 13.2.1979 annetusta tuomiosta (Kok. 1979 s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341) ja edellä mainitussa asiassa Michelin vastaan komissio annetusta tuomiosta ilmenee, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys myöntää suurempia provisioita, voi olla väärinkäyttöä vain, jos provision myöntäminen edellyttää sitä, että sopimuskumppanilla on oikeudellisesti tai tosiasiallisesti velvollisuus toimia yksinomaan tai pääasiallisesti kyseisen yrityksen kanssa tai jos sillä rajoitetaan sopimuskumppanin mahdollisuutta valita vapaasti yritys, jonka kanssa se haluaa toimia. Näissä asioissa ei sitä vastoin arvostella merkittävämpien provisioiden myöntämistä koko myynnistä

ylärajan ylittyessä, sillä vaikka suurempi provisio houkuttelee voimakkaasti sopimuskumppania myymään enemmän määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tuotteita, se ei merkitse sitä, että kyseinen sopimuskumppani hyväksyisi joitain kilpailun rajoituksia, eikä se estä kilpailevia yrityksiä myöntämästä mitä tahansa soveliaaksi katsomiaan provisioita.

- 45 BA:n mielestä tämän eron tekeminen on perustavanlaatuista. Jollei runsaskätisen provision myöntäminen edellytä sitä, että toinen osapuoli toimii yksinomaan (tai pääasiallisesti) määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa, tai jollei sillä rajoiteta kilpailijoiden markkinoita muilla tavoin, tällainen provisio on pelkästään yksi hintakilpailun muoto.
- 46 BA:n mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi sallitun hintakilpailun ja lainvastaisen kilpailua rajoittavan tai poissulkevan käyttäytymisen erottamiseksi toisistaan pitänyt soveltaa EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohtaa, jonka mukaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä voi olla erityisesti tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi. Sen olisi siis pitänyt tarkastaa, oliko BA todellisuudessa rajoittanut kilpailevien lentoyhtiöiden markkinoita ja oliko tästä aiheutunut vahinkoa kuluttajille.
- 47 BA:n mukaan se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys rajoittaa tällä tavalla kilpailijoiden markkinoita, edellyttää kuitenkin enemmän kuin pelkkää runsaskätisten palkkioiden myöntämistä. Se on mahdollista ainoastaan kahdessa tilanteessa, joista kumpikaan ei liity nyt esillä olevaan asiaan, eli
- silloin kun palkkioiden myöntäminen edellyttää sitä, että niiden saaja toimii yksinomaan tai pääasiallisesti määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa, tai

- silloin kun palkkioiden saaja ei voi vapaasti valita määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ja tämän kilpailijoiden välillä. Tästä on kyse silloin, kun kyseinen palkkioiden saaja voi odottaa tekevänsä voittoa ainoastaan siinä tapauksessa, että se on liikeyhteyksissä ensisijaisesti vain määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kanssa, tai kun kyseinen yritys harjoittaa vilpillistä hintakilpailua ("saalistushinnoittelu") eivätkä sen kilpailijat kykene vastaamaan tähän paineeseen.

48 Näitä tilanteita lukuun ottamatta EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdassa ei kielletä määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä omaksumasta tiettyä hintoja, palveluja tai palkkioita koskevaa liikepolitiikkaa pelkästään sillä perusteella, että sen kilpailijoiden mielestä niihin mukautuminen on vaikeaa tai mahdotonta.

49 BA toteaa lopuksi, että tiettyjen eroavaisuuksien vuoksi edellä mainittuun asiaan Michelin vastaan komissio perustuvaa oikeuskäytäntöä ei voida soveltaa esillä olevaan asiaan. Se väittää tältä osin, että Michelinin jälleenmyyjistä poiketen BA on ilmoittanut matkatoimistoille etukäteen kirjallisesti yhtäaikaa provisioiden myöntämisen vähimmäismääristä ja provisioiden prosenttimäärän korottamisesta, että matkatoimistoilta ei otettu pois etuutta, jos ne eivät saaneet BA:lta korotettuja provisiota, koska kaikki toimistot saivat joka tapauksessa perusprovision, ja että BA ei painostanut matkatoimistoja, jotta nämä saavuttavat ne tavoitteet, joista korotettujen provisioiden myöntäminen riippui. BA:n mukaan ainoa seuraus, joka matkatoimistoille aiheutui näiden tavoitteiden saavuttamatta jäämisestä, oli se, että niillä ei ollut enää mahdollisuutta saada suurempaa provisiota. Tämä ei kuitenkaan merkitse väärinkäyttöä.

50 Komissio ja Virgin katsovat sitä vastoin, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim on soveltanut asianmukaisia ja oikeuskäytännön, etenkin edellä mainittujen asioiden Hoffmann-La Roche vastaan komissio ja Michelin vastaan komissio, mukaisia perusteita arvioidessaan kyseisten palkkiojärjestelmien poissulkevaa vaikutusta.

- 51 Komission mukaan erityisesti edellä mainitussa asiassa Michelin vastaan komissio annettulla tuomiolla on merkitystä käsiteltävänä olevan asian kannalta. Tässä asiassa oli kyse alennuksista, jotka yhtäältä liittyivät siihen edellytykseen, että tietyt aikaisempaan myyntiajanjaksoon nähden lasketut määrälliset tavoitteet saavutetaan, ja jotka toisaalta myönnettiin koko myynnistä asianomaisen ajanjakson kuluessa eikä pelkästään marginaalisesta myynnistä.
- 52 Tämä on tilanne myös kyseisten palkkiojärjestelmien osalta, koska määrälliset tavoitteet saavuttaneille matkatoimistoille myönnetty palkkiot laskettiin niiden kokonaisymyynnin perusteella eikä näiden tavoitteiden saavuttamisen jälkeen myytyjen lippujen perusteella. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on perustellusti katsonut, että tällä ominaispiirteellä on ”huomattava vaikutus [raja-alueilla]”, koska kun matkatoimisto on saavuttamaisillaan mainitut tavoitteet, se ei ole enää halukas ehdottamaan muiden lentoyhtiöiden kuin BA:n lippuja, sillä se ei muussa tapauksessa voi saada korotettua palkkiota marginaalisen myynnin osalta eikä tämän lisäksi myöskään kaikkien asianomaisen ajanjakson aikana myytyjen BA-lippujen osalta. Tällaisen toimiston osalta siis joidenkin lippujen tai jopa yhden ainoan lisälipun myymisellä on moninkertaistava vaikutus kaikista asianomaisen ajanjakson aikana myydyistä BA-lipuista saatuihin tuloihin.
- 53 Komissio kiistää BA:n väitteen, jonka mukaan edellä mainitussa asiassa Michelin vastaan komissio annettua ohjetta ei ole mahdollista soveltaa käsiteltävänä olevaan asiaan joidenkin epäolennaisten eroavaisuuksien vuoksi.
- 54 Aluksi se huomauttaa, että keskeinen tekijä näissä kahdessa asiassa on sama. BA:n käyttöön ottamalla kannustinjärjestelmillä on näet sama ominaisuus kuin mainitussa asiassa Michelin vastaan komissio kyseessä olevilla alennuksilla eli niillä palkitaan pikemminkin uskollisuutta kuin määrää. Tällaisten järjestelmien väistämättömänä seurauksena on se, että matkatoimisto ei voi valita vapaasti sitä lentoyhtiötä, jonka

kanssa se haluaa toimia, ja yhteisöjen tuomioistuin on kyseisessä asiassa arvostellut juuri tätä menettelytapaa.

55 Tämän jälkeen komissio kiistää BA:n väitteen, jonka mukaan edellä mainittu asia Michelin vastaan komissio eroaa käsiteltävänä olevasta asiasta siltä osin kuin jälleenmyyjät olivat riippuvaisia Michelinistä saadakseen tuottoa, mistä taas ei ole kyse BA:n kanssa Yhdistyneessä kuningaskunnassa toimivien matkatoimistojen osalta. Komissio näet väittää, että BA:n laatimien kannustinjärjestelmien johdosta matkatoimistoja voitiin painostaa huomattavasti, vaikka niillä ei ollutkaan vaarana kärsiä tappioita siinä tapauksessa, että ne eivät saavuttaneet myyntitavoitetta. BA haluaa todellisuudessa rajoittaa edellä mainitussa asiassa Michelin vastaan komissio annetun tuomion ulottuvuutta erittäin vähäiseen määrään tapauksia, vaikka kyseisessä tuomiossa ei ole mitään seikkaa tällaisen arvioinnin tueksi.

56 Komission ja Virginin mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen suorittamaan tutkintaan ei liity mitään oikeudellista virhettä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on siten perustellusti katsonut, että kyseiset palkkiojärjestelmät sitoutuivat Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneet matkatoimistot uskollisuuteen valituksenalaisen tuomion 272–292 kohdassa tutkittujen ominaispiirteiden vuoksi, ne eivät perustuneet taloudellisesti perusteltuun vastasuoritukseen, ne rajoittivat toimistojen vapautta toimia muiden lentoyhtiöiden kanssa, niillä oli tämän johdosta poissulkeva vaikutus ja ne olivat omiaan rajoittamaan kilpailua.

– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

57 Siltä osin kuin aluksi on kyse väitteestä, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti jättänyt nojautumatta EY 82 artiklan toisen kohdan b

alakohdan perusteisiin arvioidakseen sitä, merkitsivätkö kyseiset palkkiojärjestelmät väärinkäyttöä, on korostettava, että EY 82 artiklan toisessa kohdassa oleva määräävän aseman väärinkäyttöä koskeva luettelo ei ole tyhjentävä, joten siinä mainitut menettelytavat ovat ainoastaan esimerkkejä määräävän aseman väärinkäytöstä (ks. vastaavasti asia C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, tuomio 14.11.1996, Kok. 1996, s. I-5951, 37 kohta). Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan näet kyseisessä määräyksessä olevassa määräävän aseman väärinkäyttöä koskevassa luettelossa ei luetella tyhjentävästi EY:n perustamissopimuksella kiellettyjä määräävän aseman väärinkäyttömuotoja (asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973, Kok. 1973, s. 215, Kok. Ep. II, s. 89, 26 kohta ja yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000, Kok. 2000, s. I-1365, 112 kohta).

58 Tästä seuraa, että määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten myöntämät alennukset ja palkkiot voivat olla ristiriidassa EY 82 artiklan kanssa myös silloin, kun ne eivät vastaa mitään kyseisen artiklan toisessa kohdassa mainittua esimerkkiä. Uskollisuusalennusten syrjäyttävän vaikutuksen olemassaolon toteamiseksi yhteisöjen tuomioistuin nojautui siten edellä mainituissa asioissa Hoffmann-La Roche vastaan komissio ja Michelin vastaan komissio ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklaan (josta on tullut EY:n perustamissopimuksen 86 artikla, josta puolestaan on tullut EY 82 artikla) kokonaisuudessaan, eikä yksinomaan sen toisen kohdan b alakohtaan. Yhteisöjen tuomioistuin viittasi lisäksi yhdistetyissä asioissa 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. vastaan komissio, 16.12.1975 antamassaan tuomiossa (Kok. 1975, s. 1663, 523 kohta), jossa oli kyse uskollisuusalennuksista, nimenomaisesti ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan toisen kohdan c alakohtaan, jonka mukaan määräävän aseman väärinkäyttöä voi olla erityisesti erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla.

59 Väite, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen siltä osin kuin se ei ole nojautunut EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdan arviointiperusteisiin, ei näin ollen ole perusteltu.

- 60 Lisäksi ei ole ilmeistä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämä arviointi kyseisten palkkiojärjestelmien syrjäyttävästä vaikutuksesta johtuisi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön virheellisestä soveltamisesta.
- 61 Edellä mainituissa asioissa Hoffmann-La Roche vastaan komissio ja Michelin vastaan komissio yhteisöjen tuomioistuin totesi, että kahden määräävässä asemassa olevan yrityksen myöntämät tietyt alennukset merkitsivät väärinkäyttöä.
- 62 Näistä kahdesta asiasta ensimmäinen koski vitamiineja valmistaville ja myyville yrityksille myönnettyjä alennuksia, joiden saaminen oli suurimman osan aikaa sidottu nimenomaisesti siihen edellytykseen, että sopimuskumppani hankkii tietyn ajanjakson aikana tiettyjen vitamiinien koko tarpeensa tai suurimman osan siitä Hoffmann-La Rochelta. Yhteisöjen tuomioistuin piti tällaista alennusjärjestelmää määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä ja totesi, että uskollisuusalennusten, joiden tarkoitus on kannustaa ostajaa tekemään hankintansa yksinomaan määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä, myöntäminen on yhteensopimatonta sen tavoitteen kanssa, että kilpailun yhteismarkkinoilla olisi oltava vääristymätöntä (em. asia Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomion 90 kohta).
- 63 Tämän ensimmäisen tuomion taustalla olevasta asiasta poiketen jälkimmäisen tuomion perusteena olevassa asiassa Michelinin sopimuskumppanit eivät olleet velvollisia tekemään kaikkia hankintoja tai osaa hankinnoista kyseiseltä yritykseltä. Mainitun yrityksen myöntämät vaihtelevat vuotuiset alennukset oli kuitenkin sidottu tavoitteisiin siinä mielessä, että sopimuskumppaneiden oli niiden saamiseksi saavutettava yksilölliset myyntitulokset. Kyseisessä asiassa yhteisöjen tuomioistuin toi esiin joukon tekijöitä, joiden perusteella se katsoi, että asianomainen

alennusjärjestelmä merkitsi määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Näitä tekijöitä olivat erityisesti se, että kyseinen järjestelmä perustui suhteellisen pitkän eli yhden vuoden pituisen ajanjakson huomioon ottamiseen, se, että sen toimintatapa ei ollut sopimuskumppaneille avoin, ja se, että Michelinin ja sen tärkeimpien kilpailijoiden markkinaosuuksien erot olivat suuret (ks. vastaavasti em. asia Michelin v. komissio, tuomion 81–83 kohta).

64 Toisin kuin BA väittää, näiden kahden asian perusteella ei voida päätellä, että määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten myöntämät palkkiot ja alennukset merkitsevät väärinkäyttöä vain niissä esitetyissä olosuhteissa. Kuten julkisasiamies on ratkaisuehdotuksensa 41 kohdassa todennut, kyseisiä palkkiojärjestelmiä on tutkittava niiden seikkojen perusteella, joihin yhteisöjen tuomioistuin on tähän asti nojautunut ja jotka ovat sovellettavissa myös nyt käsiteltävänä olevan kaltaisessa asiassa.

65 Tältä osin edellä mainittu asia Michelin vastaan komissio on erityisen merkityksellinen nyt käsiteltävänä olevan asian yhteydessä, koska siinä on kyse sellaisia alennuksia koskevasta järjestelmästä, joiden saaminen riippuu yksilöllisten myyntitavoitteiden saavuttamisesta ja jotka eivät ole yksinomaan ostojen määrään liittyviä paljousalennuksia eivätkä edellä mainitussa asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio tarkoitettuja uskollisuusalennuksia, koska Michelinin käyttöön ottama järjestelmä ei edellyttänyt jälleenmyyjien sitoutuvan kattamaan tarpeitaan yksinomaan tai tietyiltä osin määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä.

66 Siltä osin kuin on kyse EY 82 artiklan soveltamisesta myyntitavoitteisiin perustuvaan alennusjärjestelmään, edellä mainitussa asiassa Michelin vastaan komissio annetun tuomion 70 kohdasta ilmenee, että kun kyseisessä artiklassa kielletään määräävän

markkina-aseman väärinkäyttö, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, tässä artiklassa tarkoitetaan käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri tällaisessa asemassa olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen tai tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tämä yritys käyttää muita keinoja kuin niitä, joita taloudellisten toimijoiden suorituksiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään.

67 Kun määritetään sitä, onko määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttänyt väärin kyseistä asemaa soveltaessaan tämän tuomion 65 kohdassa esitetyn kaltaista alennusjärjestelmää, yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että on arvioitava olosuhteita, erityisesti alennuksen myöntämisperusteita ja -tapaa, kokonaisuudessaan ja tutkittava, pyritäänkö tällä alennuksella mihinkään sen hyväksyttäväksi tekevään taloudelliseen suoritukseen perustumattomana etuna poistamaan ostajalta mahdollisuus valita hankintalähteensä tai rajoittamaan tätä mahdollisuutta, estämään kilpailijoilta markkinoille pääsy, asettamaan kauppakumppaneille erilaisia ehtoja samankaltaisille suorituksille taikka vahvistamaan määräävää markkina-asemaa vääristyneellä kilpailulla (em. asia Michelin v. komissio, tuomion 73 kohta).

68 Tästä seuraa, että jotta voidaan katsoa, että sellaisia alennuksia tai palkkioita koskeva järjestelmä, jotka eivät ole paljousalennuksia tai -palkkioita eivätkä edellä mainituissa asiassa Hoffmann-La Roche vastaan komissio tarkoitettuja uskollisuusalennuksia tai -palkkioita, merkitsee mahdollisesti sitä, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys käyttää kyseistä asemaansa väärin, on aluksi tarkastettava, voiko kyseisillä alennuksilla tai palkkioilla olla syrjäyttävä vaikutus eli voidaanko niillä yhtäältä vaikeuttaa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kilpailijoiden pääsyä markkinoille tai tehdä se jopa mahdottomaksi ja toisaalta vaikeuttaa sen sopimuskumppaneiden vapautta valita useista hankintalähteistä tai kauppakumppaneista tai tehdä se jopa mahdottomaksi.

- 69 Tämän jälkeen on selvitettävä, onko myönnettyille alennuksille ja palkkioille olemassa objektiivista taloudellista perustetta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 279–291 kohdassa esittämää arviointia seuraten näet yritys voi vapaasti osoittaa, että sen palkkiojärjestelmä, jolla on syrjäyttävä vaikutus, on taloudellisesti perusteltu.
- 70 Siltä osin kuin on kyse ensimmäisestä näkökohdasta, oikeuskäytännöstä löytyy viitteitä sellaisten tapausten osalta, joissa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen myöntämiä alennuksia ja palkkioita koskevat järjestelmät eivät kuvasta pelkästään erityisen edullista markkinoiden tarjontaa, vaan saavat aikaan syrjäyttävän vaikutuksen.
- 71 Aluksi on todettava, että syrjäyttävä vaikutus voi seurata tavoitealennuksista tai -palkkioista eli alennuksista tai palkkioista, joiden myöntäminen on sidottu yksilöllisesti määriteltyjen myyntitavoitteiden saavuttamiseen (em. asia Michelin v. komissio, tuomion 70–86 kohta).
- 72 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 10 ja 15–17 kohdassa esittämistä toteamuksista ilmenee, että kyseiset palkkiojärjestelmät oli laadittu yksilöllisten myyntitavoitteiden perusteella, koska palkkion määrä riippui siitä, miten kunkin matkatoimiston tietyn ajanjakson aikana BA-lippujen myynnistä saama liikevaihto kehittyi.
- 73 Oikeuskäytännöstä seuraa myös, että sopimuskumppanien sitoutuminen määräävässä markkina-asemassa olevaan yritykseen ja niihin kohdistettu painostus voivat olla erityisen suuria silloin, kun alennus tai palkkio ei liity ainoastaan sen

liikevaihdon kasvuun, jonka nämä sopimuskumppanit ovat saaneet kyseisen yrityksen tuotteiden ostoista tai myynneistä tarkasteltavana olevan ajanjakson aikana, vaan ulottuu sen lisäksi myös näistä ostoista tai myynneistä saadun liikevaihdon kokonaismäärään. Tällä tavoin verrattain pienet muutokset – sekä ylös- että alaspäin – määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tuotteista saadussa liikevaihdossa vaikuttavat suhteettoman paljon sopimuskumppaneihin (ks. vastaavasti em. asia Michelin v. komissio, tuomion 81 kohta).

74 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien totesi, että kyseessä olevat palkkiojärjestelmät aiheuttivat samankaltaisen tilanteen. Myynnin kasvutavoitteiden saavuttamisen seurauksena korotettu provisio maksettiin kaikista asianomaisen matkatoimiston myymistä BA-lipuista eikä vain mainittujen tavoitteiden saavuttamisen jälkeen myydyistä BA-lipuista (valituksenalaisen tuomion 23 kohta). Matkatoimistojen provisiotulojen kokonaismäärän kannalta saattoi siis olla ratkaisevan tärkeää, myikö se tietyn liikevaihdon saavutettuaan vielä joitakin BA-lippuja lisää vai ei (komission päätöksen 29 ja 30 perustelukappale, toistettu valituksenalaisen tuomion 23 kohdassa). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien, joka kuvaa tätä ominaispiirrettä ja sen seurauksia valituksenalaisen tuomion 272 ja 273 kohdassa, huomauttaa, että korotettujen provisioiden progressiivisuudella on ”huomattava vaikutus [raja-alueilla]”, ja se korostaa niitä jyrkkiä vaikutuksia, joita BA-lippujen myynnin vähäiselläkin supistumisella saattoi olla tulospalkkioiden määrään.

75 Lopuksi yhteisöjen tuomioistuimien on katsonut, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen, joka myöntää alennuksia, joilla on nämä ominaisuudet, jälleenmyyjien kohdistama painostus vahvistuu entisestään silloin, kun kyseisellä yrityksellä on paljon suuremmat markkina-osuudet kuin sen kilpailijoilla (ks. vastaavasti em. asia Michelin v. komissio, tuomion 82 kohta). Se on todennut, että tässä tilanteessa mainitun yrityksen kilpailijoiden on erityisen vaikeaa ylittää tarjouksessaan myynnin kokonaismäärään perustuvia alennuksia tai palkkioita. Koska määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen markkinaosuus on selvästi suurempi, se on yleensä välttämätön kauppakumppani markkinoilla. Tällaisen yrityksen myöntämät kokonaisliikevaihtoon perustuvat alennukset tai palkkiot ovat yleensä absoluuttisina määrinä laajalti suurempia kuin sen kilpailijoiden ante-

liaimmatkaan tarjoukset voivat olla. Jotta mainitut kilpailijat kykenisivät houkuttelemaan määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen sopimuskumppaneita tai saamaan niiltä riittävän tilausvolyymien, niiden pitäisi tarjota näille huomattavasti suurempia alennuksia tai palkkioita.

76 Esillä olevassa tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 277 kohdassa, että BA:n markkinaosuus oli huomattavasti suurempi kuin sen viiden tärkeimmän kilpailijan Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Se päätteli tämän perusteella mainitun tuomion 278 kohdassa, että kilpailevat lentoyhtiöt eivät voineet myöntää matkatoimistoille samoja etuja kuin BA, sillä ne eivät kyenneet saamaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa sellaisia tuloja, että niillä olisi riittävän laajat taloudelliset voimavarat, jotta ne voisivat ottaa käyttöön BA:n järjestelmän kaltaisen palkkiojärjestelmän.

77 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki näin ollen valituksenalaisen tuomion 270–278 kohdassa perustellusti sitä, oliko kyseisillä palkkiojärjestelmillä uskollisuuteen sitouttava vaikutus, joka saattoi saada aikaan mahdollisen syrjäyttävän vaikutuksen.

78 Markkinatietojen ja kilpailutilanteen arvioimisen osalta on huomautettava, että yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole muutoksenhaun yhteydessä korvata omalla arvioinnillaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointia. EY 225 artiklan ja yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 58 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan muutosta voidaan näet hakea vain oikeuskysymysten osalta. Lukuun ottamatta tilannetta, jossa tosiseikasto tai näyttö on mahdollisesti otettu vääristyneellä tavalla huomioon – mihin esillä olevassa asiassa ei ole vedottu – tosiseikaston arviointi ei ole sellainen oikeuskysymys, että se sinänsä kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimen harjoittaman valvonnan piiriin (ks. vastaavasti asia C-37/03 P, BioID v. SMHV, tuomio 15.9.2005, Kok. 2005, s. I-7975, 34 ja 53 kohta;

asia C-113/04 P, Technische Unie v. komissio, tuomio 21.9.2006, Kok. 2006, s. I-8831, 83 kohta ja asia C-552/03 P, Unilever Bestfoods v. komissio, määräys 28.9.2006, 57 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa). BA:n väitettä, jonka mukaan sen kilpailijoiden oli taloudellisesti mahdollista esittää matkatoimistoille kilpailukykyisiä vastatarjouksia, ei näin ollen voida ottaa tutkittavaksi.

- 79 Sama koskee BA:n väitettä, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim on yliarvioinut kyseisten palkkiojärjestelmien ”huomattavan vaikutuksen [raja-alueilla]”. BA näet kyseenalaistaa tällä sen, miten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim on arvioinut tosiseikastoa ja näyttöä, mikä merkitsee muutoksenhaun yhteydessä väitettä, jonka tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat.
- 80 Kaikista edellä esitetyistä seikoista ilmenee, että ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa on osittain jätettävä tutkimatta ja se on osittain perusteeton.

Ensimmäisen valitusperusteen toinen osa, joka koskee ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemää arviointia kyseisten palkkiojärjestelmien objektiivisen taloudellisen perusteen merkityksellisyydestä

– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 81 BA pitää virheellisenä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 279 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa tekemää toteamusta siitä, että BA:n provisiot eivät perustuneet taloudellisesti perusteltuun vastasuoritukseen. BA:n mielestä on taloudellisesti perusteltua, että lentoyhtiö palkitsee matkatoimis-

tot, joiden avulla se voi kasvattaa myyntiään ja jotka auttavat sitä kattamaan sen korkeat kiinteät kulut lisämatkustajien tuomisen ansiosta.

82 Komissio ja Virgin riitauttavat tämän näkemyksen. Komissio korostaa BA:n väitteiden harvasanaisuutta tältä osin. Sen toteaminen, että lentoalalle ovat ominaisia korkeat kiinteät kulut, ei riitä sellaisten aloitteiden perustelemiseksi, joihin lentoyhtiö ryhtyy kattaakseen osan mainituista kuluista. Myös kilpailevien yhtiöiden on joka tapauksessa vastattava korkeista kiinteistä kuluista. BA:n kaltaisen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen poissulkevat menettelytavat alentavat kuitenkin näiden yhtiöiden tuloja ja vaikeuttavat niitä edelleen kattamaan kyseiset kulut.

83 Virgin väittää, että yksinomaan määräävässä markkina-asemassa olevalta yritykseltä tehtyjen ostojen määrään sidottu paljousalennusjärjestelmä on lähtökohtaisesti taloudellisesti perusteltu, koska paljousalennusten oletetaan kuvastavan kyseisen yrityksen saavuttamia tehokkuusetuja ja mittakaavaetuja. BA on kuitenkin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa itse myöntänyt, ettei yhtäältä myyntitavoitteiden saavuttamisen jälkeen myytyjen BA-lippujen ansiosta mahdollisesti saatujen mittakaavaetujen ja toisaalta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneille matkatoimistoille vastasuorituksena mainittujen tavoitteiden ylittämisestä myönnettyjen provisoiden korotusten välillä ole yhteyttä.

– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

84 Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen sopimuskumppaneilleen myöntämät alennukset tai palkkiot eivät välttämättä merkitse väärinkäyttöä, eivätkä ne näin ollen ole EY 82 artiklan nojalla kiellettyjä. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ainoastaan sellaisia alennuksia tai palkkioita on pidettävä väärinkäyttönä, jotka eivät

perustu mihinkään ne oikeuttavaan taloudelliseen vastasuoritukseen (ks. vastaavasti em. asia Hoffman-La Roche v. komissio, tuomion 90 kohta ja em. asia Michelin v. komissio, tuomion 73 kohta).

85 Kuten tämän tuomion 69 kohdassa on todettu, sen jälkeen kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli todennut, että kyseisillä järjestelmillä on syrjäyttävä vaikutus, se selvitti perustellusti, oliko kyseisille palkkiojärjestelmille olemassa objektiivista taloudellista perustetta.

86 Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttöön ottaman alennus- tai palkkiojärjestelmän taloudellista perustetta arvioitaessa on otettava huomioon kyseiseen erityistapaukseen liittyvät olosuhteet kokonaisuudessaan (ks. vastaavasti em. asia Michelin v. komissio, tuomion 73 kohta). On määritettävä, voidaanko tällaisesta järjestelmästä seuraava kilpailulle haitallinen syrjäyttävä vaikutus tasoittaa tai jopa poistaa tehokkuuseduilla, jotka koituvat myös kuluttajan eduksi. Mikäli kyseisen järjestelmän syrjäyttävällä vaikutuksella ei ole mitään yhteyttä markkinoille ja kuluttajille koituviin etuihin tai se ylittää sen, mitä näiden etujen saavuttamiseen tarvitaan, mainittua järjestelmää on pidettävä väärinkäyttönä.

87 Käsiteltävänä olevassa asiassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin selvitti perustellusti oikeuskäytännöstä näin ilmeneviin arviointiperusteisiin nojautuen, oliko kyseisille palkkiojärjestelmille olemassa taloudellinen peruste. Se otti valituksenalaisen tuomion 284 ja 285 kohdassa kantaa BA:n esittämiin väitteisiin, jotka koskivat erityisesti lentoliikenteen kiinteiden kulujen korkeutta ja koneiden täyttöasteen merkitystä. Tapauksen liittyviä olosuhteita koskevan arviointinsa perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tuli siihen lopputulokseen, että

mainitut järjestelmät eivät perustuneet mihinkään objektiiviseen taloudelliseen perusteeseen.

88 Tässä yhteydessä on todettava, että BA:n väitteet, jotka koskevat lentoliikenteen kiinteiden kulujen korkeutta ja koneiden täyttöasteen merkitystä, on jätettävä tutkimatta tämän tuomion 78 kohdassa esitetyistä syistä siltä osin kuin BA riitauttaa näillä väitteillä todellisuudessa sen, miten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim on arvioinut tosiseikastoa ja näyttöä. Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei kuitenkaan ole muutoksenhaun yhteydessä korvata omalla markkinatietoja ja kilpailutilannetta koskevalla arvioinnillaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointia.

89 Ensimmäisen valitusperusteen toinen osa on näin ollen jätettävä tutkimatta.

90 Tämän johdosta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim ei tehnyt oikeudellista virhettä, kun se totesi, että kyseisillä palkkiojärjestelmillä oli uskollisuuteen sitouttava vaikutus, että niillä oli näin ollen syrjäyttävä vaikutus ja että ne eivät olleet taloudellisesti perusteltuja.

91 Ensimmäinen valitusperuste on näin ollen hylättävä kokonaisuudessaan.

Toinen valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim ei ole tutkinut BA:n myöntämien provisioiden todennäköisiä vaikutuksia eikä ottanut huomioon näyttöä, jonka mukaan mainituilla provisioilla ei ollut mitään konkreettista vaikutusta kilpaileviin lentoyhtiöihin

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 92 BA arvostelee toisella valitusperusteellaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta lähinnä siitä, ettei se ole tutkinut kyseisten palkkiojärjestelmien todennäköisiä vaikutuksia eli sitä, onko niillä poissulkeva vaikutus vai ei, vaikka EY 82 artiklassa edellytetään, että kaikissa tapauksissa tutkitaan kilpailusääntöjen rikkomiseksi katsottujen menettelytapojen todelliset tai todennäköiset vaikutukset eikä vain nojautuda niiden muotoon tai tällaista vaikutusta koskeviin olettimiin.
- 93 BA tarkentaa tältä osin, ettei se väitä lainkaan, että todellisten kilpailun vastaisten vaikutusten olemassaolo olisi osoitettava kussakin asiassa, ja se huomauttaa, että nyt käsiteltävänä olevassa asiassa oli olemassa näyttöä, joka osoitti selvästi, että kyseisillä palkkiojärjestelmillä ei ollut mitään konkreettista vaikutusta. Kyseinen näyttö todisti, että kilpailevien lentoyhtiöiden markkinaosuudet Yhdistyneessä kuningaskunnassa ovat kasvaneet väitetyn kilpailusääntöjen rikkomisen ajanjakson aikana ja että BA-lippujen osuus matkatoimistojen myynnistä on laskenut. BA:n mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt ottaa huomioon tämä selvä näyttö siitä, ettei poissulkevaa vaikutusta ollut. Koska ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on väärinkäytön olemassaoloa tukeakseen ottanut muiden asioiden yhteydessä huomioon näytön, joka koskee määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen markkinaosuuksien kasvua ja sen kilpailijoiden markkinaosuuksien laskua, sen olisi kääntäen pitänyt esillä olevassa asiassa hyväksyä vastakkaiseen suuntaan osoittavan näytön merkityksellisyys väärinkäyttöä koskevien väitteiden hylkäämiseksi.

94 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi kuitenkin valituksenalaisessa tuomiossa tämän näytön toteamalla 295 kohdassa, että koska Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneet matkatoimistot vastasivat riidanalaisten tosiseikkojen tapahtuma-aikana 85 prosentista kaikkien kyseisessä jäsenvaltiossa myytyjen lentolippujen myynnistä, BA:n käyttäytymisestä ”on väistämättä aiheutunut” kilpailevien lentoyhtiöiden vahingoksi poissulkeva vaikutus, ja saman tuomion 298 kohdassa, että ilman kyseistä käyttäytymistä BA:n kilpailijat olisivat saavuttaneet paremman tuloksen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on BA:n mukaan virheellisesti todennut vielä valituksenalaisen tuomion 297 kohdassa, että silloin kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys panee täytäntöön menettelytavan, jolla on tarkoitus sulkea pois sen kilpailijat, se, että tulosta ei saavuteta, ei ole riittävä peruste katsoa, että kyseessä ei ole väärinkäyttö.

95 Virgin katsoo, että tämän valitusperusteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat, ja komission mielestä se on perusteeton. Komissio väittää etenkin, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tutkinut kyseisten palkkiojärjestelmien todennäköisiä vaikutuksia pitkään valituksenalaisen tuomion 271 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa ja arvioinut vasta tämän jälkeen mainittujen vaikutusten kehittymistä 294 ja 295 kohdassa. Se toteaa lisäksi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sen osoittamiseksi, että menettelytapa merkitsee väärinkäyttöä, riittää, kun osoitetaan, että se voi rajoittaa kilpailua, eikä ole tarpeen todistaa, että sillä on todellisuudessa ollut tällainen vaikutus. Komissio korostaa, että yhteisöjen tuomioistuin on edellä mainitussa asiassa Michelin vastaan komissio annetun tuomion 73 kohdassa siten todennut, että oli tarpeen tutkia, ”pyrittiinkö” kyseisillä alennuksilla tiettyihin rajoittaviin vaikutuksiin.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

96 Siltä osin kuin on kyse BA:n väitteestä, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tutkinut kyseisten palkkiojärjestelmien todennäköisiä vaikutuksia, riittää, kun todetaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 272 ja 273 kohdassa selvittänyt, miten kyseiset järjestelmät toimivat.

- 97 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien korosti ensin hyvin huomattavaa vaikutusta raja-alueilla, koska korotetut provisiot ovat progressiivisia, ja se kuvasi tämän jälkeen peräkkäisinä ajanjaksoina myytyjen BA-lippujen määrän kasvun eksponentiaalista vaikutusta kyseisiin provisioihin, ja kääntäen mainittujen provisioiden suhteetonta vähenemistä siinäkin tapauksessa, että BA-lippujen myynti oli vain hieman supistunut edelliseen ajanjaksoon verrattuna.
- 98 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin saattoi tämän pohjalta oikeudellista virhettä tekemättä päätellä, että kyseisillä palkkiojärjestelmillä oli uskollisuuteen sitouttava vaikutus. Tästä seuraa, että väite, jolla BA moittii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, ettei se ole tarkastanut mainittujen järjestelmien todennäköisiä vaikutuksia, ei ole perusteltu.
- 99 Lisäksi on korostettava, että BA myöntää valituksensa 99 kohdassa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituksenalaisessa tuomiossa perustellusti, että matkatoimistoja houkuteltiin lisäämään sen liikkeelle laskemien lippujen myyntiään. Se toteaa lisäksi valituksensa 113 kohdassa, että jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tutkinut kyseisten palkkiojärjestelmien todellista tai todennäköistä vaikutusta matkatoimistojen väliseen kilpailuun, se olisi päätellyt, että kyseinen vaikutus oli vähäpätöinen.
- 100 Tästä seuraa, ettei BA kiistä vakavasti sitä, etteikö kyseisillä järjestelmillä pyritty sitouttamaan matkatoimistot uskollisuuteen ja näin ollen vaikuttamaan kilpailevien lentoyhtiöiden tilanteeseen.
- 101 Siltä osin kuin on kyse BA:n väitteistä, jotka koskevat näyttöä, joka osoittaa, ettei kyseisistä palkkiojärjestelmistä aiheutunut syrjäyttävää vaikutusta, ja jota ensimmäi-

sen oikeusasteen tuomioistuin ei ole riittävästi ottanut huomioon, riittää, kun todetaan, että toisen valitusperusteen tätä osaa ei voida ottaa tutkittavaksi muutoksenhaun yhteydessä jo tämän tuomion 78 kohdassa esitetyistä syistä.

- 102 Toinen valitusperuste on siis osittain jätettävä tutkimatta ja osittain hylättävä perusteettomana.

Kolmas valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä siltä osin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei ole tutkinut, oliko BA:n käyttäytyminen aiheuttanut EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitettulla tavalla ”kuluttajille vahinkoa”

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 103 BA katsoo kolmannessa valitusperusteessaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, koska se ei ole tutkinut, ovatko kyseiset palkkiojärjestelmät aiheuttaneet kuluttajille vahinkoa, kuten edellytetään EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdassa, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin on sitä tulkinnut edellä mainitussa asiassa Suiker Unie ym. vastaan komissio. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on kyseistä edellytystä lainkaan arvioimatta tutkinut ainoastaan valituksenalaisen tuomion 295 kohdassa BA:n käyttäytymisen vaikutuksen sen kilpailijoihin lentoliikenteen markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa.
- 104 Komissio ja Virgin vetoavat edellä mainittuun asiaan Europemballage ja Continental Can vastaan komissio ja toteavat, ettei tämä valitusperuste ole perusteltu, koska EY

82 artikla koskee menettelytapoja, jotka ovat omiaan aiheuttamaan kuluttajille välitöntä vahinkoa, ja tämän lisäksi myös menettelytapoja, jotka aiheuttavat kuluttajille vahinkoa vaikuttamalla haitallisesti tehokkaan kilpailun rakenteeseen.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

105 Aluksi on huomautettava, että kuten tämän tuomion 57 ja 58 kohdassa on esitetty, määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten myöntämät alennukset ja palkkiot voivat olla ristiriidassa EY 82 artiklan kanssa myös silloin, kun ne eivät vastaa mitään kyseisen artiklan toisessa kohdassa mainittua esimerkkiä.

106 Lisäksi, kuten yhteisöjen tuomioistuin on jo edellä mainitussa asiassa Europemballage ja Continental Can vastaan komissio annetun tuomion 26 kohdassa todennut, EY 82 artikla koskee menettelytapoja, jotka ovat omiaan aiheuttamaan kuluttajille välitöntä vahinkoa, ja tämän lisäksi myös menettelytapoja, jotka aiheuttavat kuluttajille vahinkoa vaikuttamalla haitallisesti tehokkaan kilpailun rakenteeseen, sellaisena kuin se on mainittu EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohdassa.

107 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin saattoi näin ollen oikeudellista virhettä tekemättä jättää tutkimatta, oliko BA:n käyttäytyminen aiheuttanut vahinkoa kuluttajille EY 82 artiklan toisen kohdan b alakohdassa tarkoitettulla tavalla, mutta tarkastaa valituksenalaisen tuomion 294 ja 295 kohdassa, oliko kyseisillä palkkiojärjestelmillä ollut rajoittava vaikutus kilpailuun, ja katsoa, että komissio oli riidanalaisessa päätöksessä osoittanut tällaisen vaikutuksen olleen olemassa.

108 Näiden seikkojen perusteella kolmas valitusperuste on hylättävä perusteettomana.

Neljäs valitusperuste, joka koskee oikeudellista virhettä, jonka ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt katsoessaan, että uudella tulospalkkiojärjestelmällä oli sama vaikutus kuin markkinointisopimuksilla, huolimatta siitä erosta, joka liittyy huomioon otetun ajanjakson pituuteen, ja siitä, ettei kyseisten palkkiojärjestelmien vaikutuksia BA:n kilpailijoihin ole arvioitu ja yksilöity määrällisesti

109 BA:n esittämä neljäs valitusperuste koostuu kahdesta osasta, joista ensimmäinen koskee markkinointisopimusten ja uuden tulospalkkiojärjestelmän välisiä eroja ja jälkimmäinen vaatimuksia kyseisten palkkiojärjestelmien syrjäyttävän vaikutuksen toteennäyttämisen osalta.

Neljännän valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee markkinointisopimusten ja uuden tulospalkkiojärjestelmän välisiä eroja

– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

110 Neljännän valitusperusteen ensimmäisessä osassa BA moittii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on katsonut, että markkinointisopimuksilla ja uudella tulospalkkiojärjestelmällä oli samanlainen rajoittava vaikutus kilpailuun, vaikka niiden välillä oli huomattavia eroja. Erityisesti markkinointisopimusten

yhteydessä palkkion myöntämisen kannalta huomioon otettu ajanjakso oli yksi vuosi ja uuden tulospalkkiojärjestelmän kohdalla se oli puolestaan yksi kuukausi. Niinkin lyhyen kuin yhden kuukauden pituisen ajanjakson huomioon ottaminen ei kuitenkaan voi aiheuttaa huomattavaa syrjäyttävää vaikutusta.

- 111 Virgin katsoo, että neljäs valitusperuste on kokonaisuudessaan jätettävä tutkimatta siltä osin kuin se koskee tosiseikaston arviointeja ja se on joka tapauksessa perusteeton.
- 112 Komission mielestä väite, jonka mukaan uudella tulospalkkiojärjestelmällä ei voi olla syrjäyttävää vaikutusta, on perusteeton.

– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 113 On todettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituksenalaisessa tuomiossa nimenomaisesti, että uskollisuuteen sitouttava vaikutus oli olemassa sekä markkinointisopimusten että uuden tulospalkkiojärjestelmän osalta (valituksenalaisen tuomion 271–273 kohta), vaikka se korostikin tämän järjestelmän ja näiden sopimusten välisiä eroja huomioon otettujen ajanjaksojen pituuden osalta (valituksenalaisen tuomion 11 ja 15 kohta). Valituksenalaisesta tuomiosta seuraa, että riippumatta huomioon otettujen ajanjaksojen pituuden välisestä erosta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin antoi ratkaisevaa merkitystä yhtäältä sille, että sekä mainitut sopimukset että mainittu järjestelmä saattoivat johtaa palkkioiden kasvamiseen eksponentiaalisesti ajanjaksosta toiseen sen vuoksi, että niillä oli hyvin huomattava vaikutus raja-alueilla (valituksenalaisen tuomion 272 kohta), ja toisaalta,

että BA:n kilpailijat eivät merkittävästi pienempien markkinaosuuksiensa vuoksi voineet tasapainottaa näiden sopimusten ja tämän järjestelmän absoluuttista vaikutusta vastatarjouksilla (valituksenalaisen tuomion 278 kohta).

- 114 Tähän erityistapaukseen liittyvien olosuhteiden arviointi on joka tapauksessa tosiseikaston ja näytön arvioimista, joka kuuluu yksinomaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle. Jo tämän tuomion 78 kohdassa esitetyistä syistä yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole muutoksenhaun yhteydessä korvata ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen markkinatietoja ja kilpailutilannetta koskevaa arviointia omalla arvioinnillaan, ja näin on etenkin siltä osin kuin on kyse huomioon otettujen ajanjaksojen pituudesta ja siitä, mikä merkitys tällä seikalla on mahdollisesti kyseisten palkkiojärjestelmien syrjäyttävään vaikutukseen.

- 115 Neljännen valitusperusteen ensimmäinen osa on näin ollen jätettävä tutkimatta.

Neljännen valitusperusteen toinen osa, joka koskee vaatimuksia kyseisten palkkiojärjestelmien syrjäyttävän vaikutuksen toteennäyttämisen osalta

– Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

- 116 Neljännen valitusperusteen toisessa osassa BA väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei virheellisesti ole tutkinut kaikkia tähän erityistapaukseen liittyviä olosuhteita selvittäessään, vaikuttivatko kyseiset palkkiojärjestelmät kielteisesti BA:n kanssa kilpaileviin lentoyhtiöihin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomiois-

tuin ei siis ole millään tavalla pyrkinyt määrittämään, olivatko, ja missä määrin, kyseiset yhtiöt estyneitä tekemään vastatarjouksia, ja se on nojautunut pelkästään yleisiin oletamiin. Se on siten esittänyt vain sellaisia yleisiä väittämiä, kuten ”huomattava vaikutus [reuna-alueilla]” ja mahdollisuus, että provisiot ”kasvavat eksponentiaalisesti” ajanjaksosta toiseen.

117 BA:n mukaan tämä pintapuolinen lähestymistapa on ristiriidassa yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainituissa asioissa Hoffmann-La Roche vastaan komissio ja Michelin vastaan komissio omaksuman lähestymistavan kanssa. Yhteisöjen tuomioistuin ei ole näissä asioissa päätellyt kyseen olleen määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä pelkästään sillä perusteella, että asianomaisissa järjestelmissä tietyn vähimmäismäärän ylittäminen johti suureen alennukseen. Se on sitä vastoin tutkinut joukkoa nimenomaisia seikkoja, jotka yhdessä osoittivat, että kannustinjärjestelmät johtivat konkreettiseen syrjäyttämiseen.

118 BA:n mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi pitänyt noudattaa tällaista lähestymistapaa ja tutkia saadun edun absoluuttiset ja suhteelliset määrät vähimmäismäärän ylityksessä, vähimmäismäärien lukumäärä, kysymys siitä, ovatko vähimmäismäärä tai vähimmäismäärät lähellä ostajan kokonaistarpeita, kysymys siitä, voivatko markkinat kehittyä, asianomaisen ajanjakson pituus ja se prosenttiosuus kokonaismarkkinoista, johon hinnanalennusta sovelletaan (esillä olevassa asiassa matkatoimistopalvelut). Valituksenalaisessa tuomiossa yhtäkään näistä seikoista ei kuitenkaan ole otettu huomioon. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pikemminkin oletti, että mahdollisuus saada suurempi keskimääräinen provisos vastikkeena BA-lippujen myynnin lisäämisestä merkitsee välttämättä epäsäännön-mukaista syrjäyttävää vaikutusta kilpaileviin lentoyhtiöihin.

119 Komission mielestä väite, jonka mukaan sitä, miten paljon BA:n kilpailijoiden markkinoita on rajoitettu, ei ole tutkittu, on jätettävä tutkimatta yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 42 artiklan 2 kohdan ja 118 artiklan perusteella, sillä komissio on selvittänyt tämän rajoittamisen määrän riidanalaisen päätöksen 30 perustelukappaleessa, eikä BA ole riitauttanut komission perusteluiden tätä osaa ensimmäisessä oikeusasteessa.

– Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 120 Neljännen valitusperusteen toisessa osassa BA moittii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta siitä, että se on omaksunut pintapuolisen lähestymistavan arvioi-
dessaan kyseisten palkkiojärjestelmien vaikutuksia ja erityisesti, että se ei ole
yksilöinyt määrällisesti lausumiaan kyseisten järjestelmien syrjäyttävästä vaikutuk-
sesta ja se on turvautunut sellaisiin yleisiin väittämiin, kuten siihen, että provisioilla
on ”huomattava vaikutus [reuna-alueilla]” ajanjaksosta toiseen.
- 121 Toisin kuin komissio väittää, tätä osaa ei pidä työjärjestyksen 42 artiklan 2 kohdan ja
118 artiklan nojalla jättää tutkimatta sen vuoksi, että BA ei ole ensimmäisessä
oikeusasteessa kiistänyt riidanalaisen päätöksen siihen liittyvää osaa eli kyseisen
pätöksen 30 perustelukappaleessa esitettyjä laskelmia, joilla oli tarkoitus kuvata sitä
huomattavaa vaikutusta, joka muutamien ylimääräisten BA-lippujen myynnillä oli
matkatoimiston saamiin provisioihin.
- 122 BA:n väite ei näet koske komission esimerkinomaisesti esittämiä laskelmia
sellaisenaan vaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kyseisistä palkkiojär-
jestelmistä tekemiä arviointeja. Neljännen valitusperusteen toinen osa voidaan siis
ottaa tutkittavaksi.
- 123 Se ei kuitenkaan ole perusteltu, sillä BA:n riitauttamia ensimmäisen oikeusasteen
tuomioistuimen arviointeja on tarkasteltava riidanalaisessa päätöksessä olevien
laskelmien yhteydessä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin lainaa näet valituk-
senalaisen tuomion 23 kohdassa nimenomaisesti kyseisen päätöksen 30 perus-
telukappaletta. Tästä seuraa, että BA:n arvostelemaat ensimmäisen oikeusasteen
tuomioistuimen lausumat on esitetty riittävän määrällisesti. Väite, jonka mukaan sitä
ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointia ei ole perusteltu, jonka
mukaan BA:n kilpailijat eivät kyenneet tekemään vastatarjouksia, joilla kyseiset
palkkiojärjestelmät olisi voitu tasapainottaa, ei näin ollen pidä paikkaansa.

124 Tämän perusteella neljännen valitusperusteen toinen osa on hylättävä perusteettomana.

125 Neljäs valitusperuste on näin ollen osittain jätettävä tutkimatta ja osittain hylättävä perusteettomana.

Viides valitusperuste, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on soveltanut väärin EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohtaa siltä osin kuin kyse on kyseisten palkkiojärjestelmien Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneita matkatoimistoja syrjivästä vaikutuksesta

126 Alustavasti on korostettava, että riippumatta niistä toteamuksista, jotka yhteisöjen tuomioistuin on esittänyt BA:n neljän ensimmäisen valitusperusteen yhteydessä ja jotka koskevat sitä, että BA:n kanssa kilpaileviin yrityksiin kohdistuvan syrjäyttävän vaikutuksen seurauksena kyseiset palkkiojärjestelmät ovat väärinkäyttöä, jollei objektiivista taloudellista perustetta ole, viides valitusperuste on tutkittava siltä osin kuin BA:lla on edelleen intressi kiistää se, että mainitut järjestelmät ovat kiellettyjä EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan perusteella, koska määrätyn sakon määrää voidaan vähentää siinä tapauksessa, että todetaan, ettei kyse ole mainitussa määräyksessä tarkoitetusta väärinkäytöstä.

Asianosaisten ja muiden osapuolten lausumat

127 Viidennessä valitusperusteessaan, joka koskee valituksenalaisen tuomion 233–240 kohtaa, joissa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pysyttää komission

toteamukset, jotka koskevat kyseisten palkkiojärjestelmien syrjivää vaikutusta, BA moittii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta lähinnä siitä, että se on päättellyt kyseisillä järjestelmillä olevan syrjiviä vaikutuksia Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneiden matkatoimistojen keskuudessa soveltamalla virheellisesti EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohtaa.

128 BA:n mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nojautunut yksinomaan valituksenalaisen tuomion 238 kohdassa esitettyyn olettamukseen siitä, että pelkästään sillä, että kahdelle matkatoimistolle myönnettiin erisuuruisia provisioita, vaikka ne saivat BA-lippujen myynnistä saman verran tuloja, oli ”luonnollisesti” huomattava vaikutus niiden kykyyn kilpailla keskenään.

129 BA:n mukaan pelkkä erilainen kohtelu, kuten se, että kaksi matkatoimistoa saa erisuuruisia provisioita, ei kuitenkaan riitä EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamiseksi. Kyseisessä määräyksessä kielletään erilainen kohtelu ainoastaan, jos verratut suoritukset ovat samankaltaisia, jos niihin sovelletut ehdot ovat erilaisia ja jos pienemmän provision saava toimisto joutuu epäedulliseen kilpailuasemaan suuremman provision saaviin toimistoihin nähden.

130 BA väittää yhtäältä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohtaan nähden oikeudellisen virheen, kun se on katsonut, että liiketoimet, joissa on osallisena toimisto, joka lisää myyntiään, ja liiketoimet, joissa on osallisena toimisto, joka ei lisää myyntiä, ovat mainituissa artiklassa tarkoitettuja ”samankaltaisia suorituksia”. Niiden matkatoimistojen tilannetta, joiden myymien BA-lippujen määrä on kasvanut tietyn ajanjakson kuluessa, ei näet voida verrata sellaisten muiden toimistojen tilanteeseen, joiden myynti ei ole tällä tavalla kasvanut. Toimisto, joka kasvattaa tietyn lentoyhtiön liikkeelle laskemien lippujen myynnistä saamaansa liikevaihtoa, on kuitenkin erityisen hyödyllinen tälle yhtiölle, sillä sen avulla kyseinen yhtiö voi kattaa suuret kiinteät kulunsa lisämatkustajien tuomisen ansiosta, mikä oikeuttaa BA:n mukaan sen, että se saa tästä palkkion.

131 Toisaalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on myös virheellisesti jättänyt tutkimatta, ovatko matkatoimistot joutuneet epäedulliseen kilpailuasemaan, kuten EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa edellytetään.

132 Komissio ja Virgin ovat sitä vastoin samaa mieltä siitä, että kyseisillä palkkiojärjestelmillä on kohdeltu toisiinsa rinnastettavia seikkoja eri tavoin ilman objektiivista perustetta. Komissio väittää etenkin, että matkatoimistojen BA-lippujen myyntiin perustuvat suoritukset ovat samankaltaisia siltä osin kuin provisioiden korotukset eivät liity BA:n saamiin tuotantoetuihin siten, että toimistot, jotka kasvattavat myyntiään suhteessa viiteajanjaksoon, eivät myönnä BA:lle mitään lisäpalvelua. Komissio toteaa vielä, että asianomaisille matkatoimistoille aiheutuvan epäedullisen kilpailuaseman kattava tarkastelu ei ollut oikeudellisesti välttämätöntä. Virginin mielestä tällainen haitta on joka tapauksessa ilmeinen.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

133 EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa määräävässä markkina-asemassa olevaa yritystä kielletään syrjimästä soveltamalla erilaisia ehtoja eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla (asia C-163/99, Portugali v. komissio, tuomio 29.3.2001, Kok. 2001, s. I-2613, 46 kohta).

134 Käsiteltävänä olevassa tapauksessa on selvää, että BA soveltaa erilaisia provisioita Yhdistyneessä kuningaskunnassa toimiviin matkatoimistoihin sen perusteella, ovatko ne saavuttaneet myyntitavoitteensa viiteajanjaksoon verrattuna.

135 On vielä tutkittava yhtäältä, nojautuiko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin perustellusti matkatoimistojen suoritusten samankaltaisuuteen päätelläkseen, että kyseiset palkkiojärjestelmät, jotka saattavat johtaa erisuuruisten provisioiden maksamiseen toimistoille, jotka ovat myyneet saman määrän BA-lippuja, olivat syrjiviä, ja toisaalta, saattoiko se oikeudellista virhettä tekemättä luopua esittämästä yksityiskohtaisia toteamuksia epäedullisen kilpailuaseman olemassaolosta.

– Viidennen valitusperusteen ensimmäinen osa, joka koskee matkatoimistojen suoritusten samankaltaisuutta

136 BA arvostelee viidennen valitusperusteen ensimmäisessä osassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemää arviointia siitä, voidaanko BA-lippujen myyntitavoitteensa saavuttaneiden matkatoimistojen suorituksia verrata niiden matkatoimistojen suorituksiin, jotka eivät ole saavuttaneet näitä tavoitteita. BA moittii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta etenkin siitä, ettei se ole ottanut huomioon sitä, että sellaisten matkatoimistojen suorituksilla, jotka ovat saavuttaneet myyntitavoitteensa tai lisänneet liikevaihtoaan, on lentoyhtiön kannalta suurempi taloudellinen hyötyarvo.

137 Tämän viimeksi mainitun seikan osalta, joka koskee ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämää arviointia tähän erityistapaukseen liittyvistä olosuhteista, joista voitaisiin johtaa, että matkatoimistojen suoritukset lentoyhtiöille, kuten BA:lle, ovat toisiinsa rinnastettavia tai päinvastoin erilaisia, riittää, kun huomautetaan, että tosiseikaston ja näytön arvioiminen kuuluu yksinomaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle. Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole näin ollen muutoksenhaun yhteydessä korvata ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen markkina-tiedoista ja kilpailutilanteesta esittämää arviointia omalla arvioinnillaan. Tämä väite on näin ollen jätettävä tutkimatta.

138 Siltä osin kuin on kyse toisesta väitteestä, jonka mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tehnyt EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohtaan nähden

oikeudellisen virheen siltä osin kuin se on katsonut, että liiketoimet, joissa on osallisena matkatoimisto, joka lisää BA-lippujen myyntiään, ja liiketoimet, joissa on osallisena toimisto, joka ei lisää kyseistä myyntiä, ovat mainitussa artiklassa tarkoitettuja "samankaltaisia suorituksia", on korostettava, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien huomautti valituksenalaisen tuomion 234 kohdassa, että BA-lippujen myynnin kasvutavoitteiden saavuttamisen seurauksena BA maksoi korotetun provision Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneille matkatoimistoille kaikista niiden asianomaisen ajanjakson aikana myymistä BA-lipuista eikä vain marginaalisesta myynnistä.

139 Tämän perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätteli johdonmukaisesti, että kyseiset palkkiojärjestelmät johtivat siihen, että samasta määrästä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneiden matkatoimistojen myymiä BA-lippuja maksettiin erisuuruinen palkkio sen perusteella, olivatko kyseiset toimistot saavuttaneet myynnin kasvutavoitteensa viiteajanjaksoon verrattuna.

140 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei siis tehnyt oikeudellista virhettä, kun se piti samankaltaisina niiden matkatoimistojen suorituksia, jotka ovat tietyn ajanjakson aikana myyneet absoluuttisina lukuina yhtä suuren määrän BA-lippuja. Tämän toinen väite on näin ollen perusteeton.

141 Tämän perusteella viidennen valitusperusteen ensimmäinen osa on osittain jätettävä tutkimatta ja osittain hylättävä perusteettomana.

– Viidennen valitusperusteen toinen osa, joka koskee epäedullisen kilpailuaseman toteamista koskevia vaatimuksia

142 BA väittää viidennen valitusperusteen toisessa osassa, että EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan asianmukaisen soveltamisen kannalta ei ole riittävää, että

ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 238 kohdassa pelkästään, että matkatoimistojen kykyä ryhtyä kilpailemaan keskenään ”luonnollisesti heikensivät [kyseisiin] palkkiojärjestelm[ii]n kuuluvat syrjivät palkkioehdot”, koska epäedullisesta kilpailuasemasta edellytettiin konkreettista näyttöä.

143 EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettu syrjinnän erityiskielto on osa järjestelmää, jolla taataan EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohdan mukaan, ettei kilpailu sisämarkkinoilla vääristy. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen liiketaloudellisella käyttäytymisellä ei saa vääristää kilpailua tuotantoketjun aikaisemman tai myöhemmän vaiheen markkinoilla eli kyseisen yrityksen tavarantoimittajien tai muiden asiakkaiden välistä kilpailua. Mainitun yrityksen sopimuskumppaneita ei saa suosia tai asettaa epäedulliseen asemaan niiden välisessä kilpailussa.

144 Tämän johdosta EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan soveltamisedellytysten täyttymisen kannalta on tärkeää todeta, että määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäytyminen markkinoilla on syrjivää, ja tämän lisäksi myös, että sillä pyritään vääristämään tätä kilpailusuhdetta eli heikentämään osan kyseisen yrityksen kauppakumppaneista kilpailuasemaa toisiin nähden (ks. vastaavasti em. yhdistetyt asiat *Suiker Unie* ym. v. komissio, tuomion 523 ja 524 kohta).

145 Tältä osin mikään ei estä sitä, että kilpailusuhteessa olevien kauppakumppaneiden syrjintää voidaan pitää väärinkäyttönä heti siitä hetkestä alkaen, kun määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen käyttäytyminen on kyseessä olevaan tapaukseen liittyvissä olosuhteissa omiaan johtamaan kilpailun vääristymiseen kyseisten

kauppakumppaneiden välillä. Tällaisessa tilanteessa ei voida edellyttää lisäksi näyttöä yksittäisten kauppakumppaneiden kilpailuaseman tosiasiallisesta, määrällisesti esitettävissä olevasta heikentymisestä.

¹⁴⁶ Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien toteaa valituksenalaisen tuomion 237 ja 238 kohdassa, että Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautuneiden matkatoimistojen välinen kilpailu on kovaa ja niiden kyky ryhtyä kilpailemaan keskenään riippuu kahdesta seikasta eli ensinnäkin ”niiden kyvystä tarjota lennoille matkustajien toivomusten mukaisia paikkoja kohtuullisin kustannuksin” ja toiseksi niiden yksilöllisistä taloudellisista voimavaroista.

¹⁴⁷ Lisäksi siinä valituksenalaisen tuomion osassa, joka koskee kyseisten palkkiojärjestelmien uskollisuuteen sitouttavan vaikutuksen tutkimista, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien totesi, että kyseiset järjestelmät saattoivat muuttaa eksponentiaalisesti ja huomattavasti matkatoimistojen tuloja.

¹⁴⁸ Kun otetaan huomioon tämä tosiasiallinen tilanne, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien saattoi tutkiessaan kyseisiä palkkiojärjestelmiä EY 82 artiklan toisen kohdan c alakohdan perusteella tulla suoraan ilman yksityiskohtaisempia välivaiheita siihen lopputulokseen, että BA:n käyttöön ottamat syrjivät palkkioehdot olivat vaikuttaneet mainittujen toimistojen mahdollisuuksiin kilpailla keskenään.

¹⁴⁹ Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta ei näin ollen voida arvostella siitä, että se on tehnyt oikeudellisen virheen, koska se ei ole tarkastanut – tai se on tarkastanut ainoastaan suppeasti – olivatko, ja missä määrin, mainitut ehdot vaikuttaneet BA:n kauppakumppaneiden kilpailutilanteeseen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien saattoi näin ollen perustellusti katsoa, että kyseisillä palkkiojärjestelmillä oli EY

82 artiklan toisen kohdan c alakohdassa tarkoitettu syrjivä vaikutus. Viidennen valitusperusteen toinen osa on siis perusteeton.

150 Viides valitusperuste on näin ollen hylättävä kokonaisuudessaan.

151 Koska yhtäkään BA:n valituksensa tueksi esittämistä valitusperusteista ei voida hyväksyä, valitus on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

152 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 122 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan jos valitus on perusteeton, yhteisöjen tuomioistuin päättää oikeudenkäyntikuluista. Mainitun työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan, jota tämän työjärjestyksen 118 artiklan nojalla sovelletaan muutoksenhakumenettelyyn, asianosainen, joka häviää asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska komissio ja Virgin ovat vaatineet, että BA veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, ja koska tämä on hävinnyt asian, se on veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (kolmas jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Valitus hylätään.

2) British Airways plc veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Allekirjoitukset