

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 15 mars 2007*

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	I - 2377
Talan vid förstainstansrätten och den överklagade domen	I - 2380
Parternas yrkanden	I - 2387
Bedömning av överklagandet	I - 2388
Den första grunden: Felaktig rättstillämpning vid förstainstansrättens bedömning av de aktuella bonussystemens uteslutningseffekt	I - 2390
Den första grundens första del: Kriteriet för att bedöma de aktuella bonussystemens eventuella uteslutningseffekt	I - 2390
— Parternas argument	I - 2390
— Domstolens bedömning	I - 2395
Den första grundens andra del: Förstainstansrättens bedömning av relevansen av huruvida de aktuella bonussystemen objektivt sett var ekonomiskt motiverade	I - 2403
— Parternas argument	I - 2403
— Domstolens bedömning	I - 2404
Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte undersökte de troliga effekterna av de provisioner som British Airways beviljade eller beaktade bevisen för att provisionerna inte hade någon faktisk inverkan på de konkurrerande flygbolagen	I - 2407
Parternas argument	I - 2407
Domstolens bedömning	I - 2408
Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte undersökte huruvida British Airways beteende hade medfört en "nackdel för konsumenterna" i den mening som avses i artikel 82 andra stycket b EG	I - 2410
Parternas argument	I - 2410
Domstolens bedömning	I - 2411

* Rättegångsspråk: engelska.

Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten ansåg att det nya resultatbonussystemet hade samma inverkan som marknadsföringsavtalen, trots skillnaden i längd vad beträffar den period som beaktades, och genom att den inte analyserade eller kvantifierade de aktuella bonussystemens inverkan på British Airways konkurrenter	I - 2412
Den fjärde grundens första del: Skillnaderna mellan marknadsföringsavtalen och det nya resultatbonussystemet	I - 2412
— Parternas argument	I - 2412
— Domstolens bedömning	I - 2413
Den fjärde grundens andra del: Beviskraven avseende de aktuella bonussystemens uteslutningseffekt	I - 2414
— Parternas argument	I - 2414
— Domstolens bedömning	I - 2416
Den femte grunden: Förstainstansrättens felaktiga tillämpning av artikel 82 andra stycket c EG vad beträffar bedömningen av huruvida de aktuella bonussystemen var diskriminerande för resebyråerna i Förenade kungariket	I - 2417
Parternas argument	I - 2417
Domstolens bedömning	I - 2419
— Den femte grundens första del: Huruvida resebyråernas transaktioner var likvärdiga	I - 2420
— Den femte grundens andra del: Kraven vad gäller konstaterandet att det föreligger en konkurrensnackdel	I - 2421
Rättegångskostnader	I - 2424

I mål C-95/04 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 25 februari 2004,

British Airways plc, Waterside (Förenade kungariket) företrätt av R. Subiotto, solicitor, R. O'Donoghue, barrister, och W. Wood, QC,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av P. Oliver, A. Nijenhuis och M. Wilderspin, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

Virgin Atlantic Airways Ltd, Crawley (Förenade kungariket), företrätt av J. Scott, solicitor, C. West, barrister, och N. Green, QC,

intervenient i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas (referent) samt domarna A. Borg Barthet och J. Malenovský,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 15 december 2005,

och efter att den 23 februari 2006 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ British Airways plc (nedan kallat British Airways) har yrkat att domstolen skall upphäva den dom som meddelades av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt den 17 december 2003 i mål T-219/99, British Airways mot kommissionen

(REG 2003, s. II-5917) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade förstainstansrätten bolagets talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2000/74/EG av den 14 juli 1999 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways) (EGT L 30, 2000, s. 1) (nedan kallat det omtvistade beslutet), varigenom British Airways påfördes böter på 6,8 miljoner euro för missbruk av dominerande ställning på marknaden för resebyråtjänster för flygresor i Förenade kungariket.

Bakgrund till tvisten

- 2 Bakgrunden till tvisten i förevarande mål, såsom den framgår av de handlingar som ingavs till förstainstansrätten och angavs i punkterna 4–19 i den överklagade domen, kan sammanfattas enligt följande.
- 3 British Airways, som är det största flygbolaget i Förenade kungariket, slöt avtal med de resebyråer som är etablerade i denna medlemsstat och som är anslutna till International Air Transport Association (IATA). Avtalen gav resebyråerna rätt till en grundprovision på deras försäljning av flygbiljetter till British Airways flygningar (nedan kallade British Airways-biljetter) och innehöll även tre särskilda ekonomiska incitamentsystem, nämligen marknadsföringsavtal, globala avtal och därefter ett resultatbonussystem, vilket var tillämpligt från den 1 januari 1998.
- 4 Marknadsföringsavtalen gav vissa resebyråer, nämligen de som varje år sålde British Airways-biljetter för över 500 000 GBP, ytterligare ersättning utöver grund-

provisionen, bland annat en resultatbonus som var progressiv och beräknades utifrån förändringen av en resebyrås intäkter från försäljningen av British Airways-biljetter, och det krävdes att denna försäljning ökade varje år.

- 5 Den 9 juli 1993 ingav Virgin Atlantic Airways Ltd (nedan kallat Virgin) ett klagomål till Europeiska gemenskapernas kommission, som avsåg bland annat dessa marknadsföringsavtal.
- 6 Kommissionen beslutade att inleda ett förfarande rörande dessa avtal och upprättade den 20 december 1996 ett meddelande om invändningar riktat till British Airways. British Airways yttrade sig muntligen under det förhör som hölls den 12 november 1997.
- 7 Den andra typen av incitamentsavtal, nämligen de "globala avtalen", ingicks med tre resebyråer och gav resebyråerna rätt till en tilläggsprovision som beräknades på hur mycket British Airways andel av resebyråernas världsomspännande försäljning hade ökat.
- 8 Den 17 november 1997 tillställde British Airways alla resebyråer i Förenade kungariket ett brev, vari bolaget beskrev villkoren för den tredje typen av incitamentsavtal, nämligen det nya resultatbonussystemet.

- 9 Enligt detta system minskades grundprovisionen till 7 procent för samtliga British Airways-biljetter (de tidigare provisionssatserna uppgick till 9 procent för försäljningen av utrikesbiljetter och till 7,5 procent för försäljningen av biljetter för inrikesresor i Förenade kungariket), men varje resebyrå kunde erhålla en tilläggsprovision på högst 3 procent för utrikesbiljetter och högst 1 procent för biljetter för inrikesresor. Hur stor den rörliga tilläggsdelen blev berodde på förändringen av resebyråernas försäljning av British Airways-biljetter. Resultatnivån mättes genom att en resebyrås sammanlagda intäkter från försäljningen av British Airways-biljetter som utfärdats en viss kalendermånad jämfördes med motsvarande intäkter samma månad föregående år. Den rörliga tilläggsdelen skulle erläggas så snart förhållandet mellan intäkterna under den aktuella perioden och intäkterna under referensperioden var 95 procent, och maximinivån uppnåddes när förhållandet motsvarade 125 procent.
- 10 Den 9 januari 1998 ingav Virgin ett kompletterande klagomål som avsåg det nya resultatbonussystemet. Den 12 mars 1998 upprättade kommissionen ett kompletterande meddelande om invändningar rörande detta system.
- 11 Den 14 juli 1999 fattade kommissionen det omtvistade beslutet. I skäl 96 i motiveringen till beslutet angav kommissionen att British Airways, genom att tillämpa marknadsföringsavtalen och det nya resultatbonussystemet (nedan gemensamt kallade de aktuella bonussystemen) på resebyråerna i Förenade kungariket, missbrukat den dominerande ställning som bolaget har i denna medlemsstat på marknaden för resebyråtjänster för flygresor. Detta missbruk hade till syfte och resultat att utestänga British Airways konkurrenter från marknaderna för lufttransport i Förenade kungariket, genom att belöna resebyråernas lojalitet och göra diskriminerande åtskillnad mellan resebyråer.

Talan vid förstainstansrätten och den överklagade domen

- ¹² British Airways väckte, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 1 oktober 1999, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
- ¹³ Genom den överklagade domen ogillade förstainstansrätten talan.
- ¹⁴ Till stöd för sin talan hade British Airways åberopat åtta grunder, nämligen att kommissionen saknade behörighet, att icke-diskrimineringsprincipen hade åsidosatts, att definitionen av den relevanta branschmarknaden och den relevanta geografiska marknaden var felaktig, att det saknades ett samband mellan de branschmarknader som påstods ha påverkats, att det omtvistade beslutet fattades på en felaktig rättslig grund, att det inte förelåg någon dominerande ställning, att det inte hade skett något missbruk av dominerande ställning och, slutligen, att bötesbeloppet var orimligt högt.
- ¹⁵ Förevarande överklagande avser endast den sjunde grunden. Genom denna grund, vilken avsåg att det inte hade skett något missbruk av dominerande ställning, bestred British Airways kommissionens påstående att de aktuella bonussystemen medfört en diskriminering mellan resebyråerna i Förenade kungariket eller medfört en uteslutningseffekt för konkurrerande flygbolag.

- 16 För det första, vad beträffar frågan huruvida dessa system var diskriminerande, erinrade förstainstansrätten, i punkt 233 i den överklagade domen, om att missbruk av en dominerande ställning kan bestå i att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrenssnackdel, såsom föreskrivs i artikel 82 andra stycket c EG.
- 17 I den följande punkten i domen konstaterade förstainstansrätten att den ökade provisionssatsen från British Airways tillämpades inte bara på de British Airways-biljetter som sålts efter det att försäljningsmålet nåtts utan på alla British Airways-biljetter som en resebyrå sålt under den aktuella perioden. Därefter fann förstainstansrätten, i punkt 236 i den överklagade domen, att de aktuella bonussystemen snedvred den ersättningsnivå som resebyråerna erhöll i form av provisioner från British Airways, genom att olika ersättningsnivåer tillämpades på tjänster som var identiska och som tillhandahållits under samma period.
- 18 I punkt 238 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att de diskriminerande villkoren för ersättning påverkade förmågan för resebyråerna i Förenade kungariket att konkurrera inbördes när det gäller att tillhandahålla resenärerna resebyråtjänster för flygresor och skapa efterfrågan på sådana tjänster från de konkurrerande flygbolagens sida.
- 19 I punkt 240 i den överklagade domen drog förstainstansrätten slutsatsen att det var motiverat att kommissionen slog fast att de aktuella bonussystemen innebar ett missbruk av British Airways dominerande ställning på marknaden för resebyråtjänster för flygresor i Förenade kungariket, eftersom de medförde diskriminering bland de resebyråer som är etablerade i denna medlemsstat och följaktligen

medförde en konkurrensnackdel i den mening som avses i artikel 82 andra stycket c EG för vissa av resebyråerna.

20 För det andra, vad beträffar frågan huruvida de flygbolag som konkurrerar med British Airways utestängdes till följd av att de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet, erinrade förstainstansrätten, i punkterna 245 och 246 i den överklagade domen, om att enligt domstolens rättspraxis anses visserligen mängdrabattsystem som endast är knutna till volymen av inköp från en dominerande tillverkare i allmänhet inte, i strid med artikel 82 EG, hindra tillverkarens kunder från att göra sina inköp hos konkurrenterna, men om en sådan tillverkare tillämpar ett rabattsystem som hänger samman med att ett inköpsmål uppnås strider det mot denna artikel (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 71; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351).

21 I punkt 270 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att det, för att fastställa huruvida British Airways har missbrukat sin dominerande ställning genom att tillämpa de aktuella bonussystemen på resebyråerna i Förenade kungariket, är nödvändigt att bedöma kriterierna och reglerna för beviljandet av denna bonus och undersöka huruvida syftet med bonusen, genom att ge en förmån som inte baseras på någon ekonomisk motprestation som motiverar den, är att frånta eller inskränka resebyråernas möjlighet att sälja sina tjänster till valfria flygbolag och således hindra de flygbolag som konkurrerar med British Airways från att få tillträde till marknaden för resebyråtjänster för flygresor i Förenade kungariket.

22 I punkt 271 i den överklagade domen ansåg förstainstansrätten att det i detta fall skulle bedömas huruvida de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet hos

resebyråerna i Förenade kungariket och huruvida dessa system var baserade på en ekonomiskt motiverad motprestation.

23 För det första, vad beträffar frågan huruvida de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet, konstaterade förstainstansrätten, i punkterna 272 och 273 i nämnda dom, att så var fallet av två skäl. De höjda provisionssatserna kunde, med hänsyn till sin progressiva karaktär med en mycket påtaglig margineffekt, öka exponentiellt från en period till en annan. Vidare ansåg förstainstansrätten att ju högre intäkterna från försäljningen av British Airways-biljetter var under referensperioden, desto större blev nackdelen för resebyråerna genom en oproportionerlig sänkning av resultatboken vid en nedgång, om än obetydlig, i försäljningen under den period som beaktades jämfört med referensperioden.

24 Beträffande British Airways invändning att de aktuella bonussystemen inte förhindrade att konkurrenterna slöt liknande avtal med resebyråerna i Förenade kungariket, påpekade förstainstansrätten, i punkt 277 i den överklagade domen, att antalet British Airways-biljetter som sålts av dessa resebyråer på samtliga flyglinjer till och från flygplatser belägna i denna medlemsstat alltid har varit flera gånger större än såväl biljettförsäljningen för var och en av British Airways fem största konkurrenter som dessa konkurrenters totala sammanlagda försäljning. I punkt 278 i domen drog förstainstansrätten slutsatsen att det hade styrkts att de konkurrerande företagen inte hade möjlighet att erhålla intäkter i Förenade kungariket som kunde utgöra en tillräckligt stor ekonomisk grundval för att de på ett effektivt sätt skulle kunna införa ett bonussystem som var jämförbart med de aktuella bonussystemen och som kunde motverka den uteslutningseffekt som de sistnämnda bonussystemen medförde.

- 25 För det andra, vad beträffar frågan huruvida de aktuella bonussystemen byggde på en ekonomiskt motiverad motprestation, påpekade förstainstansrätten, i punkt 279 i den överklagade domen, att en dominerande ställning inte innebär att ett företag i denna ställning fräntas möjligheten att inom rimliga gränser vidta sådana åtgärder som det anser lämpliga för att skydda sina ekonomiska intressen när dessa hotas. I punkt 280 i domen preciserade dock förstainstansrätten att skyddet för konkurrensställningen för ett sådant företag måste vara grundat på ekonomiska effektivitetskriterier för att vara tillåtet.
- 26 I punkt 281 i den överklagade domen slog förstainstansrätten fast att British Airways inte hade lyckats visa att den lojalitet som de aktuella bonussystemen skapade grundade sig på en ekonomiskt motiverad motprestation. I punkterna 282 och 283 i domen ansåg förstainstansrätten att den ytterligare ersättningen till resebyråerna objektivt sett helt saknade samband med den motprestation som British Airways erhöll till följd av försäljningen av ytterligare flygbiljetter, eftersom när resebyråerna i Förenade kungariket uppnådde försäljningsökningens målen för British Airways-biljetter medförde det att en högre provisionssats tillämpades inte bara på de British Airways-biljetter som sålts efter det att försäljningsmålen hade nåtts, utan på alla British Airways-biljetter som hade sålts under den aktuella perioden.
- 27 För övrigt angav förstainstansrätten, i punkt 285 i domen, att alla flygbolag visserligen har intresse av att sälja ytterligare biljetter till sina flygningar hellre än att låta dessa platser stå tomma. Den fördel som en högre beläggning på flygplanen medförde skulle dock i detta fall anses vara mycket begränsad på grund av den merkostnad som ökningen av ersättningen till resebyråer medförde för British Airways till följd av den retroaktiva tillämpningen av den höjda provisionen.
- 28 Följaktligen drog förstainstansrätten, i punkterna 286–288 i den överklagade domen, slutsatsen att de aktuella bonussystemen saknade en ekonomiskt motiverad

motprestation och därför huvudsakligen skall anses ha haft till syfte att utgöra ersättning för den ökade försäljningen av British Airways-biljetter från en period till en annan och följaktligen öka de brittiska resebyråernas lojalitet gentemot British Airways. Följaktligen medförde systemen att de flygbolag som konkurrerade med British Airways hindrades från att få tillträde till eller expandera på den brittiska marknaden för resebyråtjänster för flygresor, och de lade på så sätt hinder i vägen för att den existerande konkurrensen upprätthölls eller utvecklades på nämnda marknad.

29 Förstainstansrätten påpekade för övrigt, i punkt 290 i domen, att British Airways medgav under förhandlingen att det inte fanns något exakt samband mellan eventuella stordriftsfördelar som uppstår till följd av de ytterligare British Airways-biljetter som säljs efter det att försäljningsmålen har uppnåtts och den höjda provision som utbetalas som motprestation till resebyråerna i Förenade kungariket.

30 Slutligen godtog inte förstainstansrätten, i punkt 293 i domen, British Airways argument att kommissionen inte hade visat att de aktuella bonussystemen medförde en uteslutningseffekt. Förstainstansrätten påpekade att vid fastställandet av en överträdelse av artikel 82 EG behöver det inte styrkas att missbruket i fråga har haft någon konkret inverkan på de berörda marknaderna, utan det räcker att styrka att det missbruk som ett företag med en dominerande ställning har gjort sig skyldigt till syftar till att begränsa konkurrensen.

31 I den följande punkten i den överklagade domen ansåg förstainstansrätten inte bara att de aktuella bonussystemen kunde ha en begränsande inverkan på marknaderna

för resebyråtjänster för flygresor och för lufttransport i Förenade kungariket, utan även att kommissionen konkret hade styrkt att de omtvistade affärsmetoderna hade en begränsande inverkan på dessa marknader.

32 I det avseendet angav förstainstansrätten för det första att, eftersom 85 procent av de biljetter som såldes i Förenade kungariket vid tidpunkten för de påtalade händelserna såldes genom resebyråer, British Airways beteende på marknaden för resebyråtjänster för flygresor i denna medlemsstat "utan tvekan [måste] ha medfört en uteslutningseffekt på de brittiska lufttransportmarknaderna till nackdel för de konkurrerande flygbolagen" (punkt 295 i den överklagade domen). För det andra ansåg förstainstansrätten att "[n]är ett företag med dominerande ställning faktiskt vidtar åtgärder som får den effekten att konkurrenterna utesluts är den omständigheten att det förväntade resultatet inte uppnås inte tillräcklig för att det inte skall anses vara fråga om missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG" (punkt 297 i domen).

33 Slutligen fann förstainstansrätten, i punkt 298 i den överklagade domen, att ökningen av marknadsandelarna för vissa av British Airways konkurrenter — en ökning som i absoluta tal var låg med hänsyn till de små marknadsandelar som konkurrenterna ursprungligen hade — inte innebar att British Airways affärsmetoder inte hade någon effekt, eftersom "[d]et kan antas att konkurrenternas marknadsandelar utan dessa affärsmetoder skulle ha kunnat öka ännu mer".

34 Förstainstansrätten fann således, i punkt 300 i den överklagade domen, att talan inte kunde bifallas på den sjunde grunden.

Parternas yrkanden

35 British Airways har yrkat att domstolen skall

- upphäva hela eller delar av den överklagade domen,
- upphäva eller sätta ned det bötesbelopp som fastställdes i det omtvistade beslutet med ett belopp som domstolen anser lämpligt inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning,
- vidta varje annan åtgärd som domstolen finner lämplig, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

36 Kommissionen har yrkat att domstolen skall

- ogilla överklagandet i sin helhet, och

- förplikta British Airways att ersätta kommissionens rättegångskostnader i detta förfarande.

37 Virgin har yrkat att domstolen skall

- avvisa överklagandet eller i vart fall ogilla överklagandet som uppenbart ogrundat genom motiverat beslut i enlighet med artikel 119 i domstolens rättegångsregler,
- i andra hand, ogilla överklagandet och fastställa den överklagade domen i sin helhet, och
- under alla omständigheter förplikta British Airways att ersätta de rättegångskostnader som är hänförliga till överklagandet, däribland Virgins rättegångskostnad.

Bedömning av överklagandet

38 Till stöd för sitt överklagande har British Airways åberopat följande fem grunder:

- Det har skett en felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten tillämpade ett felaktigt kriterium vid bedömningen av de aktuella bonussyste-

mens uteslutningseffekt och drog slutsatsen att dessa system objektivt sett inte var ekonomiskt motiverade.

- Det har skett en felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte beaktade den bevisning som styrkte att de provisioner som British Airways gav inte hade någon faktisk inverkan på bolagets konkurrenter.

- Det har skett en felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte undersökte huruvida det förelåg en "nackdel för konsumenterna" i den mening som avses i artikel 82 andra stycket b EG.

- Det har skett en felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten felaktigt ansåg att det nya resultatbonussystemet hade samma inverkan som marknadsföringsavtalen, trots skillnaden i längd vad beträffar respektive period som beaktades, och genom att den inte analyserade eller kvantifierade systemets inverkan på British Airways konkurrenter.

- Artikel 82 andra stycket c EG tillämpades felaktigt vad beträffar bedömningen av huruvida de aktuella bonussystemen var diskriminerande för resebyråerna i Förenade kungariket.

Den första grunden: Felaktig rättstillämpning vid förstainstansrättens bedömning av de aktuella bonussystemens uteslutningseffekt

- 39 Inom ramen för denna grund har British Airways kritiserat konstaterandena i punkterna 270–298 i den överklagade domen att den bonus som British Airways gav dels skapade en lojalitet och således medförde en uteslutningseffekt, dels inte var ekonomiskt motiverad.

Den första grundens första del: Kriteriet för att bedöma de aktuella bonussystemens eventuella uteslutningseffekt

— Parternas argument

- 40 British Airways har gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning genom att bedöma de aktuella bonussystemen enligt ett felaktigt kriterium, nämligen kriteriet att systemen skapade en lojalitet.

- 41 British Airways anser att det enligt artikel 82 EG endast är förbjudet för ett företag med dominerande ställning att använda andra metoder än sådana som räknas till

normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, det vill säga att använda andra metoder än konkurrens genom prestationer, till vilken tillåten priskonkurrens hör. Till denna tillåtna konkurrens hör att ett företag måste ha möjlighet att ge sina handelspartner större rabatter än vad konkurrenterna ger.

- 42 Vid bedömningen av huruvida de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet gjorde emellertid inte förstainstansrätten någon åtskillnad mellan kundernas lojalitet till följd av den mer generösa provisionen eller de lägre priserna och kundernas lojalitet till följd av konkurrensbegränsande eller uteslutande åtgärder, som utestänger konkurrenterna genom att skapa svårigheter eller konstlade hinder för dessa.
- 43 British Airways anser att tvetydigheten i uttrycket "skapade en lojalitet", som förstainstansrätten använde, medför att det var praktiskt taget oundvikligt att de aktuella bonussystemen ansågs utgöra missbruk, eftersom de medförde att en lojalitet skapades i och med att provisionerna var generösa och attraktiva för resebyråerna.
- 44 Det tillvägagångssätt som förstainstansrätten således valde är oförenligt med domstolens rättspraxis. British Airways anser nämligen att det framgår av dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), och domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen att det förhållandet att ett företag med dominerande ställning ger högre provisioner endast kan utgöra missbruk om det uppställs krav på att avtalsparten är skyldig, *de jure* eller *de facto*, att uteslutande eller huvudsakligen träffa överenskommelser med detta företag eller om det begränsar avtalspartens förmåga att fritt välja vilket företag den vill träffa överenskommelser med. I dessa domar har det däremot inte ansetts strida mot konkurrensrätten att ge högre provisioner på all försäljning om en tröskel

överskridits, eftersom det — även om en högre provision utgör ett starkt incitament för avtalsparten att sälja fler av det dominerande företags produkter — inte innebär att avtalsparten godtar något som är konkurrensbegränsande och inte hindrar att de konkurrerande företagen ger varje form av provision som de anser lämplig.

45 British Airways anser att denna åtskillnad är väsentlig. Såvida det inte uppställs krav på att den andra parten uteslutande (eller huvudsakligen) träffar överenskommelser med det dominerande företaget eller såvida inte konkurrenternas marknader åtminstone begränsas på ett annat sätt, utgör en generös provision endast en form av priskonkurrens.

46 Enligt British Airways borde förstainstansrätten ha tillämpat artikel 82 andra stycket b EG för att göra åtskillnad mellan tillåten priskonkurrens och ett otillåtet konkurrensbegränsande eller uteslutande beteende. Enligt nämnda artikel kan missbruk av en dominerande ställning särskilt bestå i att begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna. Förstainstansrätten borde således ha kontrollerat huruvida British Airways verkligen hade begränsat de konkurrerande flygbolagens marknader och, i så fall, om detta hade medfört en nackdel för konsumenterna.

47 Enligt British Airways förutsätter dock en sådan begränsning av konkurrenternas marknader från det dominerande företags sida mer än att det bara ges en generös bonus. Det är endast tänkbart i två situationer, och ingen av dessa är för handen i förevarande fall, nämligen

— när bonus beviljas på villkor att den som erhåller den uteslutande eller huvudsakligen träffar överenskommelser med företaget i dominerande ställning, eller

- när den som beviljas bonusen inte fritt kan välja mellan företaget med dominerande ställning och dess konkurrenter. Så är fallet när den som beviljas bonusen inte kan räkna med vinst annat än genom en överordnad affärsmässig bindning till företaget med dominerande ställning eller när företaget med dominerande ställning utövar en illojal priskonkurrens (så kallad underpris-sättning) och dess konkurrenter inte kan stå emot denna press.

48 Förutom i dessa situationer innebär artikel 82 andra stycket b EG inte något förbud mot att ett företag med en dominerande ställning antar en viss affärspolicy i fråga om priser, tjänster eller provisioner enbart på grund av att företagets konkurrenter anser det svårt eller omöjligt att anpassa sig till dessa.

49 British Airways har slutligen hävdat att rättspraxis enligt domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen inte är tillämplig i förevarande fall på grund av att det föreligger vissa skillnader. Bolaget har i det avseendet gjort gällande att resebyråerna, till skillnad från bolaget Michelins distributörer, i förväg och skriftligen underrättades av British Airways både om tröskelvärdena och höjningen av provisionernas procentsats, att de inte fråntogs förmånen om de inte erhöll höjda provisioner från British Airways, eftersom alla resebyråer under alla omständigheter erhöll en grundprovision, och att British Airways inte utövade någon press på dem för att de skulle uppnå de mål som krävdes för att de skulle erhålla höjda provisioner. Om dessa mål inte uppnåddes blev enligt British Airways följden endast att resebyråerna gick miste om möjligheten att erhålla en högre provisionssats. Detta utgör dock inte något missbruk.

50 Kommissionen och Virgin anser däremot att de kriterier som förstainstansrätten tillämpade för att bedöma de aktuella bonussystemens uteslutningseffekt är korrekta och överensstämmer med domstolens rättspraxis, särskilt med domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche mot kommissionen och Michelin mot kommissionen.

- 51 Enligt kommissionen är i synnerhet domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen relevant i förevarande mål. Den domen rörde rabatter som dels var knutna till villkoret att vissa mål vad gäller volym uppnåddes, vilka beräknades i förhållande till en tidigare försäljningsperiod, dels var tillämpliga på all försäljning som skett under den aktuella perioden och inte bara på marginalförsäljningen.
- 52 Så är även fallet med de aktuella bonussystemen, eftersom den bonus som de resebyråer som uppnådde volymmålen gavs beräknades på deras totala försäljning och inte på de biljetter som sålts efter det att målen hade nåtts. Förstainstansrätten ansåg med rätta att denna egenhet hade "en mycket påtaglig marginaleffekt", eftersom så snart en resebyrå var nära att nå målen var den inte längre benägen att erbjuda biljetter från andra flygbolag än British Airways, för att inte gå miste om den höjda provisionen inte bara på marginalförsäljningen, utan på all försäljning av British Airways-biljetter under den aktuella perioden. För en sådan resebyrå hade försäljningen av några biljetter, eller till och med bara en ytterligare biljett, en multiplikatoreffekt på den ersättning som föranleddes av den samlade försäljningen av British Airways-biljetter under den aktuella perioden.
- 53 Kommissionen har ifrågasatt British Airways argument att de slutsatser som kan dras av domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen inte kan tillämpas på förevarande mål på grund av att det föreligger några oväsentliga skillnader.
- 54 Kommissionen har först påpekat att den centrala delen i de båda målen är gemensam. De incitamentsystem som British Airways infört har nämligen samma kännetecken som de rabatter som var aktuella i domen i målet Michelin mot kommissionen, nämligen att de belönade lojalitet snarare än volym. Sådana system får oundvikligen till följd att resebyrån inte fritt kan välja det flygbolag som det vill

träffa överenskommelser med, vilket är den affärsmetod som domstolen just beivrade i den domen.

55 Vidare har kommissionen bestritt British Airways argument att det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen skiljer sig från förevarande mål, genom att återförsäljarna var beroende av Michelin för att få en vinst, medan så inte är fallet med de resebyråer som träffat överenskommelser med British Airways i Förenade kungariket. Kommissionen har nämligen gjort gällande att de incitamentsystem som British Airways utarbetade gjorde det möjligt att utöva betydande press på resebyråerna, även om dessa inte riskerade att göra förluster om de inte uppnådde försäljningsmålen. I själva verket vill British Airways begränsa räckvidden av domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen till att gälla ett mycket begränsat antal fall, trots att den domen inte innehåller någon omständighet som stöder en sådan bedömning.

56 Enligt kommissionen och Virgin utgör inte förstainstansrättens bedömning någon felaktig rättstillämpning. Det var således med rätta som förstainstansrätten slog fast att de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet hos resebyråerna i Förenade kungariket på grund av de kännetecken som undersöktes i punkterna 272–292 i den överklagade domen, att systemen inte grundade sig på en ekonomiskt motiverad motprestation och att de begränsade resebyråernas frihet att träffa överenskommelser med andra flygbolag, vilket följaktligen medförde en uteslutningseffekt och kunde begränsa konkurrensen.

— Domstolens bedömning

57 Vad först beträffar anmärkningen om att förstainstansrätten felaktigt inte grundade sig på kriterierna i artikel 82 andra stycket b EG vid bedömningen av huruvida de

aktuella bonussystemen utgjorde missbruk, skall det påpekas att listan över missbruk i artikel 82 andra stycket EG inte är uttömmande, och de missbruk som anges däri utgör endast exempel på missbruk av dominerande ställning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, punkt 37). Enligt fast rättspraxis är nämligen uppräkningsen av missbruk i denna bestämmelse inte en uttömmande uppräkningsen av de sätt att missbruka en dominerande ställning som är förbjudna enligt EG-fördraget (dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, punkt 26, svensk specialutgåva, volym 2, s. 89, och av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, punkt 112).

- 58 Härav följer att rabatter och bonusar som företag med dominerande ställning beviljar kan strida mot artikel 82 EG även om de inte motsvarar något av de exempel som anges i artikel 82 andra stycket EG. För att konstatera att lojalitetsrabatter hade en uteslutningseffekt stödde sig således domstolen, i domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche mot kommissionen och Michelin mot kommissionen, på artikel 86 i EEG-fördraget (sedermera artikel 86 i EG-fördraget, nu artikel 82 EG) i dess helhet, och inte enbart på artikel 86 andra stycket b i EEG-fördraget. I dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663), punkt 523, rörande lojalitetsrabatter, hänvisade domstolen för övrigt uttryckligen till artikel 86 andra stycket c i EEG-fördraget, enligt vilken missbruk av dominerande ställning särskilt kan bestå i att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel.

- 59 Det saknas således fog för anmärkningen att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte grunda sig på kriterierna i artikel 82 andra stycket b EG.

- 60 Vidare framgår det inte att förstainstansrättens bedömning av de aktuella bonussystemens uteslutningseffekt är en följd av en felaktig tillämpning av domstolens rättspraxis.
- 61 I domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche mot kommissionen och Michelin mot kommissionen konstaterade domstolen att vissa rabatter som gavs av två företag med dominerande ställning utgjorde missbruk.
- 62 Den första av dessa två domar rörde rabatter som beviljades företag som ägnade sig åt tillverkning eller försäljning av vitaminer. För att rabatterna skulle beviljas uppställdes för det mesta uttryckligen som villkor att avtalsparten under en viss period skulle göra sina inköp hos bolaget Hoffmann-La Roche för att täcka hela eller en väsentlig del av sitt samlade behov av vissa vitaminer. Domstolen ansåg att ett sådant rabattsystem utgjorde missbruk av en dominerande ställning och påpekade att trohetsrabatter för att ge köparen incitament att endast köpa från företaget med dominerande ställning är oförenliga med målet att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte skall snedvridas (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 90).
- 63 I det andra målet var, till skillnad från i målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, bolaget Michelins avtalsparter inte skyldiga att göra alla eller delar av sina inköp hos det företaget. De rörliga årsrabatter som företaget gav var dock knutna till mål, i den meningen att företagets avtalsparter, för att få rabatten, var tvungna att uppnå individuellt utformade försäljningsmål. I det målet fann domstolen ett flertal faktorer som ledde den till slutsatsen att det aktuella rabattssystemet utgjorde missbruk av en dominerande ställning. I synnerhet byggde

systemet på att en relativt lång period beaktades, nämligen ett år. Vidare hade avtalsparterna ingen insyn i hur systemet fungerade, och skillnaderna mellan bolaget Michelins marknadsandel och dess största konkurrenters marknadsandelar var stora (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkterna 81–83).

64 I motsats till vad British Airways har hävdad kan man inte av dessa två domar dra slutsatsen att bonusar och rabatter som beviljas av företag med en dominerande ställning endast utgör missbruk under de omständigheter som anges i dessa domar. Som generaladvokaten har angett i punkt 41 i sitt förslag till avgörande skall de aktuella bonussystemen bedömas med hänsyn till de omständigheter som domstolen hittills har utgått ifrån, vilka även kan överföras till ett fall som det förevarande.

65 Domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen är i det avseendet särskilt relevant i förevarande mål, eftersom den rör ett rabattsystem som var beroende av att individuella försäljningsmål uppnåddes, vilket varken utgjorde mängdrabatter som enbart är knutna till inköpsvolymen eller lojalitetsrabatter i den mening som avses i domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, eftersom återförsäljarna enligt det system som infördes av bolaget Michelin inte var förpliktade att uteslutande eller till en bestämd del täcka sina behov hos företaget med dominerande ställning.

66 Vad gäller tillämpningen av artikel 82 EG på ett rabattsystem som är beroende av försäljningsmål, framgår det av punkt 70 i domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen att denna artikel, genom att förbjuda missbruk av en

dominerande ställning på marknaden, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, omfattar sådant beteende som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av närvaron av ett företag med dominerande ställning och som hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas, genom användning av andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner.

67 För att bedöma huruvida företaget med en dominerande ställning har missbrukat denna ställning genom att tillämpa ett sådant rabattsystem som det som beskrivits i punkt 65 i förevarande dom, ansåg domstolen att det är nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter, särskilt kriterierna och reglerna för beviljandet av rabatten, samt att undersöka om syftet med rabatten, genom att ge en förmån som inte baserar sig på någon ekonomisk motprestation som motiverar den, är att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartner tillämpa olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrider konkurrensen (domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 73).

68 Härav följer att det vid bedömningen av huruvida ett företag med en dominerande ställning eventuellt gjort sig skyldigt till missbruk genom ett system med rabatter eller bonusar som varken utgör mängdrabatter eller mängdbonusar, eller lojalitetsrabatter eller lojalitetsbonusar i den mening som avses i domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, skall det först undersökas huruvida dessa rabatter eller bonusar kan medföra en uteslutningseffekt, det vill säga om de dels kan försvåra eller rent av omöjliggöra för konkurrenterna till det dominerande företaget att få tillträde till marknaden, dels försvåra eller rent av omöjliggöra för dess avtalsparter att välja mellan flera inköpskällor eller handelspartner.

- 69 Därefter skall det undersökas huruvida de beviljade rabatterna och bonusarna objektivt sett är ekonomiskt motiverade. Enligt förstainstansrättens analys i punkterna 279–291 i den överklagade domen är det nämligen tillåtet för ett företag att visa att dess bonussystem som medför en uteslutningseffekt är ekonomiskt motiverat.
- 70 Vad beträffar den första aspekten ges i domstolens rättspraxis ledning beträffande de fall då rabatt- eller bonussystem som ett företag med dominerande ställning beviljar inte bara utgör ett särskilt fördelaktigt erbjudande på marknaden, utan leder till en uteslutningseffekt.
- 71 Först och främst kan en uteslutningseffekt uppstå till följd av målrabatter eller målbonusar, det vill säga rabatter eller bonusar som är knutna till att individuellt fastställda försäljningsmål uppnås (domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkterna 70–86).
- 72 Det framgår av förstainstansrättens konstateranden i punkterna 10 och 15–17 i den överklagade domen att de aktuella bonussystemen var utformade med hänsyn till individuella försäljningsmål, eftersom bonussatsen var avhängig av hur varje resebyrås omsättning från försäljningen av British Airways-biljetter förändrades under en viss period.
- 73 Det framgår även av domstolens rättspraxis att avtalsparternas bindning till företaget med dominerande ställning och pressen på dessa kan vara särskilt stark när en rabatt eller bonus inte bara hänför sig till ökningen av omsättningen från

avtalsparternas inköp eller försäljning av företagets produkter under den period som beaktas, utan även omfattar all omsättning hänförlig till dessa inköp eller försäljningar. På så sätt kan förhållandevis oansenliga variationer — oavsett om det är fråga om en ökning eller minskning — i omsättningen från det dominerande företagets produkter få oproportionerliga effekter för avtalsparterna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 81).

74 Förstainstansrätten konstaterade att de aktuella bonussystemen gav upphov till en dylik situation. Varje gång försäljningsökningsmålen uppnåddes ökade provisionen på alla British Airways-biljetter som resebyrån sålt, och inte bara på de biljetter som sålts efter det att målen hade nåtts (punkt 23 i den överklagade domen). Det kunde således vara av avgörande betydelse för en resebyrås samlade provisionsintäkter huruvida den sålt några ytterligare British Airways-biljetter efter att ha uppnått en viss omsättning (skälen 29 och 30 i det omtvistade beslutet, vilka återges i punkt 23 i den överklagade domen). Förstainstansrätten beskrev detta särdrag och dess följder i punkterna 272 och 273 i den överklagade domen och påpekade att de höjda provisionssatsernas progressiva karaktär hade en "mycket påtaglig margineffekt" samt underströk de genomgripande effekter som en obetydlig minskning av försäljningen av British Airways-biljetter kunde få på resultatbonussatserna.

75 Slutligen har domstolen ansett att den press som ett företag med dominerande ställning som beviljar rabatter med sådana särdrag utövar på återförsäljarna ytterligare förstärks när företagets marknadsandelar är mycket större än konkurrenternas (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 82). Domstolen har slagit fast att under dessa förhållanden är det särskilt svårt för det dominerande företagets konkurrenter att bjuda över sådana rabatter eller bonusar som grundar sig på den totala försäljningsvolymen. Företaget med dominerande ställning är på grund av sin betydligt större marknadsandel som regel en oundviklig handelspartner på marknaden. De rabatter eller bonusar som ett sådant företag beviljar på grundval

av den totala omsättningen överträffar oftast, i absoluta tal, vida även de mest generösa erbjudandena från företagets konkurrenter. För att locka till sig det dominerande företagets avtalsparter eller för att få tillräckligt många beställningar från dessa måste konkurrenterna erbjuda dem betydligt högre rabatter eller bonusar.

76 I detta fall konstaterade förstainstansrätten i punkt 277 i den överklagade domen att British Airways marknadsandel var avsevärt större än marknadsandelarna för de fem största konkurrenterna i Förenade kungariket. Därav drog förstainstansrätten, i punkt 278 i nämnda dom, slutsatsen att de konkurrerande flygbolagen inte kunde ge resebyråerna samma förmåner som British Airways, därför att de inte hade möjlighet att erhålla intäkter i Förenade kungariket som skulle kunna utgöra en tillräckligt stor ekonomisk grundval för att kunna införa ett liknande bonussystem som British Airways system.

77 Följaktligen undersökte förstainstansrätten med rätta i punkterna 270–278 i den överklagade domen huruvida de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet som eventuellt kunde medföra en uteslutningseffekt.

78 Såvitt avser bedömningen av förhållandena på marknaden och konkurrenssituationen skall det erinras om att det inte ankommer på domstolen, i ett mål om överklagande, att ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen. Enligt artikel 225 EG och artikel 58 första stycket i domstolens stadga skall nämligen ett överklagande vara begränsat till rättsfrågor. Bedömningen av de faktiska omständigheterna utgör inte — utom i det fall då de faktiska omständigheterna eller bevisningen eventuellt har missuppfattats, vilket inte har gjorts gällande i förevarande mål — en rättsfråga som i sig är underställd domstolens prövning (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 15 september 2005 i mål C-37/03 P, BioID mot harmoniseringsbyrån, REG 2005, s. I-7975, punkterna 43 och 53, och av den 21 september 2006 i mål C-113/04 P, Technische Unie mot

kommissionen, REG 2006, s. I-8831, punkt 83, samt beslut av den 28 september 2006 i mål C-552/03 P, Unilever Bestfoods mot kommissionen, REG 2006, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 57). British Airways anmärkning att bolagets konkurrenter hade ekonomiska möjligheter att ge resebyråerna konkurrenskraftiga moterbjudanden kan således inte prövas i sak.

- 79 Detsamma gäller British Airways påstående att förstainstansrätten överskattade de aktuella bonussystemens ”mycket påtagliga marginaleffekt”. British Airways sätter nämligen därigenom i fråga förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen, vilket utgör en anmärkning som inte kan prövas i sak i ett mål om överklagande.
- 80 Det framgår av det ovan anförda att i den del överklagandet kan prövas på den första grundens första del skall det lämnas utan bifall.

Den första grundens andra del: Förstainstansrättens bedömning av relevansen av huruvida de aktuella bonussystemen objektivt sett var ekonomiskt motiverade

— Parternas argument

- 81 British Airways anser att förstainstansrätten i punkt 279 och följande punkter i den överklagade domen felaktigt konstaterade att British Airways provisioner inte grundade sig på en ekonomiskt motiverad motprestation. Enligt British Airways är det ekonomiskt motiverat att ett flygbolag belönar de resebyråer som ger flygbolaget

möjlighet att öka sin försäljning och som hjälper det att täcka sina höga fasta kostnader tack vare tillskottet av ytterligare passagerare.

82 Kommissionen och Virgin har bestritt denna ståndpunkt. Kommissionen har framhållit British Airways kortfattade argumentation i det avseendet. Det räcker inte att uppge att flygbranschen kännetecknas av höga fasta kostnader för att motivera de initiativ som ett flygbolag tar i syfte att täcka en del av dessa kostnader. Under alla omständigheter har även de konkurrerande bolagen höga fasta kostnader. Utestängande åtgärder av ett företag i dominerande ställning, såsom British Airways, minskar de konkurrerande bolagens intäkter och gör det ännu svårare för dem att täcka dessa kostnader.

83 Virgin har gjort gällande att ett mängdrabattsystem som enbart är knutet till volymen på de inköp som gjorts hos ett företag med dominerande ställning i princip är ekonomiskt motiverat, eftersom mängdrabatterna anses återspegla effektivitetsvinster och stordriftsfördelar som företaget uppnått. Vid förstainstansrätten medgav dock British Airways självt att det inte fanns något samband mellan, å ena sidan, de eventuella stordriftsfördelar som uppkommit genom de British Airways-biljetter som såldes efter det att försäljningsmålen hade nåtts och, å andra sidan, de höjda provisionssatser som resebyråerna i Förenade kungariket gavs som motprestation för att målen hade överskridits.

— Domstolens bedömning

84 De rabatter eller bonusar som ett företag med en dominerande ställning beviljar sina avtalsparter utgör inte nödvändigtvis missbruk som är förbjudet enligt artikel 82 EG. Enligt fast rättspraxis skall endast sådana rabatter eller bonusar som inte grundar sig på någon ekonomisk motprestation som motiverar dem anses utgöra missbruk (se,

för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 90, och Michelin mot kommissionen, punkt 73).

- 85 Som det har konstaterats ovan i punkt 69 i förevarande dom var det med rätta som förstainstansrätten, efter att ha bedömt att de aktuella bonussystemen medförde en uteslutningseffekt, undersökte huruvida systemen objektivt sett var ekonomiskt motiverade.
- 86 Bedömningen av huruvida ett rabatt- eller bonussystem som införts av ett företag med dominerande ställning är ekonomiskt motiverat skall ske på grundval av samtliga omständigheter i det enskilda fallet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 73). Det skall fastställas huruvida den uteslutningseffekt som ett sådant system ger upphov till, vilken är ofördelaktig för konkurrensen, kan uppvägas av eller rent av övervinnas genom fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten. Om systemets uteslutningseffekt saknar samband med fördelarna för marknaden och konsumenterna eller om den går utöver vad som krävs för att uppnå dessa fördelar, skall systemet anses utgöra missbruk.
- 87 I förevarande fall utgick förstainstansrätten med rätta från de kriterier som slagits fast i domstolens rättspraxis och undersökte huruvida de aktuella bonussystemen var ekonomiskt motiverade. I punkterna 284 och 285 i den överklagade domen tog förstainstansrätten ställning till de argument som British Airways framförde, vilka särskilt avsåg de höga fasta kostnaderna inom lufttransport och betydelsen av flygplanens beläggning. På grundval av sin bedömning av omständigheterna i detta

fall drog förstainstansrätten slutsatsen att de aktuella systemen objektivt sett inte var ekonomiskt motiverade.

88 Domstolen konstaterar i det sammanhanget att British Airways argument rörande de höga fasta kostnaderna inom lufttransport och betydelsen av flygplanens beläggning inte kan prövas i sak av de skäl som angetts i punkt 78 i förevarande dom. Genom dessa argument ifrågasätter nämligen British Airways i själva verket den bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen som förstainstansrätten gjorde. Det ankommer dock inte på domstolen, i ett mål om överklagande, att ersätta förstainstansrättens bedömning av förhållandena på marknaden och konkurrenssituationen med sin egen.

89 Följaktligen kan överklagandet inte prövas på den första grundens andra del.

90 Förstainstansrätten gjorde sig följaktligen inte skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den konstaterade att de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet, att de således medförde en uteslutningseffekt och att de inte var motiverade ur ekonomisk synvinkel.

91 Följaktligen kan överklagandet inte bifallas på någon del av den första grunden.

Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte undersökte de troliga effekterna av de provisioner som British Airways beviljade eller beaktade bevisen för att provisionerna inte hade någon faktisk inverkan på de konkurrerande flygbolagen

Parternas argument

- 92 Som andra grund har British Airways i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten inte undersökte de troliga effekterna av de aktuella bonussystemen, det vill säga huruvida det förelåg en uteslutningseffekt eller ej, trots att det enligt artikel 82 EG krävs att de verkliga eller troliga effekterna av de påtalade affärsmetoderna undersöks i varje enskilt fall, i stället för att man enbart utgår från deras form eller presumtioner om att det föreligger en sådan effekt.
- 93 British Airways har klargjort att det inte alls hävdar att det i varje mål måste bevisas att det föreligger verkliga konkurrensbegränsande effekter, men bolaget har gjort gällande att det i detta fall förelåg klara bevis för att de aktuella bonussystemen inte hade någon faktisk inverkan. Dessa bevis visade att de konkurrerande flygbolagens marknadsandelar i Förenade kungariket hade ökat under den påstådda överträdelseperioden och att British Airways-biljetternas andel av resebyråernas försäljning hade minskat. Enligt British Airways borde förstainstansrätten ha beaktat dessa uppenbara bevis för att det inte förelåg någon uteslutningseffekt. Eftersom förstainstansrätten i andra mål har beaktat bevis för en ökning av det dominerande företags marknadsandelar och för att konkurrenternas marknadsandelar minskat för att styrka förekomsten av missbruk, borde förstainstansrätten i detta fall omvänt ha godkänt relevansen av bevis för motsatsen för att vederlägga anklagelserna om missbruk.

- 94 Förstainstansrätten godtog dock inte dessa bevis i den överklagade domen, utan hävdade i punkt 295 att eftersom resebyråerna i Förenade kungariket vid tidpunkten för de påtalade händelserna skötte 85 procent av försäljningen av samtliga flygbiljetter i denna medlemsstat måste British Airways beteende "utan tvekan ha medfört" en uteslutningseffekt till nackdel för de konkurrerande flygbolagen. I punkt 298 i samma dom anförde förstainstansrätten att British Airways konkurrenter skulle ha uppnått ett bättre resultat utan detta beteende. Förstainstansrätten tillade felaktigt i punkt 297 i den överklagade domen att när ett företag med dominerande ställning vidtar åtgärder som syftar till att utestänga konkurrenterna är den omständigheten att resultatet inte uppnås inte tillräcklig för att det inte skall anses vara fråga om missbruk.
- 95 Virgin anser att överklagandet inte kan prövas på denna grund, och kommissionen anser att överklagandet inte kan bifallas på denna grund. Kommissionen har särskilt gjort gällande att förstainstansrätten ingående undersökte de troliga effekterna av de aktuella bonussystemen i punkt 271 och följande punkter i den överklagade domen, innan den gjorde en uppskattning av effekterna i punkterna 294 och 295 i samma dom. Den har tillagt att det, för att visa att ett förfarande utgör missbruk, enligt fast rättspraxis räcker att visa att det riskerar att begränsa konkurrensen, utan att det är nödvändigt att bevisa att det faktiskt har medfört en sådan effekt. Kommissionen har framhållit att domstolen, i punkt 73 i domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, slog fast att det skulle undersökas om "syftet" med rabatten var att den skulle ha vissa begränsande effekter.

Domstolens bedömning

- 96 Beträffande British Airways argument att förstainstansrätten inte undersökte de troliga effekterna av de aktuella bonussystemen räcker det att konstatera att förstainstansrätten, i punkterna 272 och 273 i den överklagade domen, klargjorde systemens funktion.

- 97 Efter att ha framhållit den "mycket påtagliga marginaleffekten", vilken hängde samman med de höjda provisionssatsernas progressiva karaktär, beskrev förstainstansrätten den exponentiella effekten på dessa satser av ökningen av antalet British Airways-biljetter som såldes under efterföljande perioder, och omvänt den oproportionerliga sänkningen av dessa satser, även för det fall det skett en obetydlig nedgång i försäljningen av British Airways-biljetter jämfört med föregående period.
- 98 På grundval av detta kunde förstainstansrätten, utan att göra en felaktig rättstillämpning, dra slutsatsen att de aktuella bonussystemen hade skapat en lojalitet. Härav följer att det saknas fog för den anmärkning varigenom British Airways gör gällande att förstainstansrätten inte undersökte systemens troliga effekter.
- 99 Vidare skall det påpekas att British Airways i punkt 99 i sitt överklagande har medgett att förstainstansrätten i den överklagade domen med rätta ansåg att resebyråerna hade lockats att öka sin försäljning av bolagets biljetter. British Airways har även i punkt 113 i sitt överklagande hävdad att om förstainstansrätten hade undersökt de aktuella bonussystemens verkliga eller troliga inverkan på konkurrensen mellan resebyråer, skulle den ha funnit att denna inverkan var försumbar.
- 100 Härav följer att British Airways inte på allvar har bestritt att systemen hade till syfte att skapa en lojalitet hos resebyråerna, och att följaktligen påverka de konkurrerande flygbolagens situation.
- 101 Vad beträffar British Airways påståenden rörande den bevisning som visar att de aktuella bonussystemen inte medförde någon uteslutningseffekt och som

förstainstansrätten inte beaktade i tillräcklig utsträckning, räcker det att konstatera att denna del av den andra grunden inte kan prövas inom ramen för ett överklagande av de skäl som redan angetts i punkt 78 i förevarande dom.

- 102 I den del överklagandet kan prövas på den andra grunden skall det således lämnas utan bifall.

Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten inte undersökte huruvida British Airways beteende hade medfört en "nackdel för konsumenterna" i den mening som avses i artikel 82 andra stycket b EG

Parternas argument

- 103 Som tredje grund har British Airways anfört att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte undersöka huruvida de aktuella bonussystemen hade medfört en nackdel för konsumenterna, vilket krävs enligt artikel 82 andra stycket b EG, enligt domstolens tolkning av nämnda artikel i domen i de ovannämnda förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen. Förstainstansrätten gjorde inte någon analys av detta krav, utan begränsade sig till att i punkt 295 i den överklagade domen undersöka vilken inverkan British Airways beteende hade på bolagets konkurrenser på marknaderna för lufttransport i Förenade kungariket.
- 104 Med hänvisning till domen i det ovannämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen anser kommissionen och Virgin att över-

klagandet inte kan bifallas på denna grund, eftersom artikel 82 EG inte endast avser missbruk som kan leda till direkt skada för konsumenterna, utan också missbruk som skadar dessa genom att det påverkar strukturen för effektiv konkurrens.

Domstolens bedömning

¹⁰⁵ Som angetts i punkterna 57 och 58 i förevarande dom kan rabatter eller bonusar som beviljas av ett företag med dominerande ställning strida mot artikel 82 EG även om de inte motsvarar något av de exempel som anges i artikel 82 andra stycket EG.

¹⁰⁶ Såsom domstolen redan har slagit fast i punkt 26 i domen i det ovannämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen avser artikel 82 EG inte endast missbruk som kan leda till direkt skada för konsumenterna, utan också sådant missbruk som skadar dessa genom att det påverkar den struktur för effektiv konkurrens som avses i artikel 3.1 g EG.

¹⁰⁷ Förstainstansrätten kunde således, utan att göra en felaktig rättstillämpning, underlåta att undersöka huruvida British Airways beteende hade orsakat konsumenterna en nackdel i den mening som avses i artikel 82 andra stycket b EG, och i stället i punkterna 294 och 295 i den överklagade domen undersöka huruvida de aktuella bonussystemen hade haft en begränsande inverkan på konkurrensen och anse att kommissionen i det omtvistade beslutet hade visat att det förelåg en sådan inverkan.

- 108 Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet inte bifallas på den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning genom att förstainstansrätten ansåg att det nya resultatbonussystemet hade samma inverkan som marknadsföringsavtalen, trots skillnaden i längd vad beträffar den period som beaktades, och genom att den inte analyserade eller kvantifierade de aktuella bonussystemens inverkan på British Airways konkurrenter

- 109 British Airways fjärde grund består av två delar. Den första delgrunden avser skillnaderna mellan marknadsföringsavtalen och det nya resultatbonussystemet, och den andra delgrunden avser beviskraven för att de aktuella bonussystemen har en uteslutningseffekt.

Den fjärde grundens första del: Skillnaderna mellan marknadsföringsavtalen och det nya resultatbonussystemet

— Parternas argument

- 110 Som den fjärde grundens första del har British Airways kritiserat att förstainstansrätten ansåg att marknadsföringsavtalen och det nya resultatbonussystemet hade samma begränsande inverkan på konkurrensen, trots att det förelåg betydande skillnader mellan dessa. I synnerhet uppgick den period som beaktades för

beviljandet av bonus inom ramen för marknadsföringsavtalen till ett år, medan den uppgick till en månad i fråga om det nya resultatbonussystemet. Att en så kort period som en månad beaktades kan dock inte medföra en påtaglig uteslutningseffekt.

- 111 Virgin anser att överklagandet inte kan prövas på någon del av den fjärde grunden, eftersom den avser bedömningar av de faktiska omständigheterna, och att överklagandet under alla omständigheter inte kan bifallas på denna grund.
- 112 Kommissionen har hävdat att det saknas stöd för argumentet att det nya resultatbonussystemet inte kan ha haft någon uteslutningseffekt.

— Domstolens bedömning

- 113 I den överklagade domen slog förstainstansrätten uttryckligen fast att såväl marknadsföringsavtalen som det nya resultatbonussystemet skapade en lojalitet (punkterna 271–273 i den överklagade domen), även om den påpekade skillnaderna mellan systemet och avtalen såvitt avser längden på de perioder som beaktades (punkterna 11 och 15 i den överklagade domen). Det framgår av den överklagade domen att förstainstansrätten, oberoende av skillnaden i längd mellan de perioder som beaktades, fäste avgörande betydelse vid det förhållandet att såväl avtalen som systemet kunde medföra exponentiella ökningar av provisionssatserna från en period till en annan, på grund av deras ”mycket påtagliga marginaleffekt” (punkt 272 i den överklagade domen), och att British Airways konkurrenser, med hänsyn till

deras avsevärt mindre marknadsandelar, inte hade möjlighet att uppväga avtalens och systemets oinskränkta inverkan genom moterbjudanden (punkt 278 i den överklagade domen).

- 114 Denna bedömning av omständigheterna i detta fall omfattas under alla omständigheter av bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen, vilken uteslutande åligger förstainstansrätten. Av de skäl som redan angetts i punkt 78 i förevarande dom ankommer det inte på domstolen, i ett mål om överklagande, att ersätta förstainstansrättens bedömning av förhållandena på marknaden och konkurrenssituationen med sin egen. Detta gäller särskilt bedömningen av längden på de perioder som beaktades och den eventuella inverkan av denna omständighet på de aktuella bonussystemens uteslutningseffekt.

- 115 Följaktligen kan överklagandet inte prövas på den fjärde grundens första del.

Den fjärde grundens andra del: Beviskraven avseende de aktuella bonussystemens uteslutningseffekt

— Parternas argument

- 116 Som den fjärde grundens andra del har British Airways gjort gällande att förstainstansrätten felaktigt underlät att pröva samtliga omständigheter i det enskilda fallet för att avgöra huruvida de flygbolag som var konkurrenter till British Airways påverkades negativt av de aktuella bonussystemen. Förstainstansrätten

gjorde inte något försök att fastställa huruvida, och i vilken utsträckning, dessa bolag var förhindrade att ge moterbjudanden, utan den utgick enbart från allmänna antaganden. Förstainstansrätten begränsade sig således till allmänna påståenden, såsom den "mycket påtagliga marginaleffekten" och möjligheten att provisions-satserna kunde "öka exponentiellt" från en period till en annan.

- 117 Enligt British Airways är ett sådant ytligt tillvägagångssätt inte förenligt med det som domstolen använde i domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche mot kommissionen och Michelin mot kommissionen. I dessa domar fann inte domstolen att det förelåg missbruk av en dominerande ställning enbart på grund av att en kraftig rabatt gavs enligt dessa system om en tröskel uppnåddes. Tvärtom undersökte domstolen en rad särskilda omständigheter som sammantaget tydde på att incitamentsystemen medförde en konkret uteslutning.
- 118 Enligt British Airways borde förstainstansrätten ha tillämpat ett sådant tillvägagångssätt och undersökt den absoluta och relativa storleken på den förmån som erhöles när tröskeln nåddes, antalet trösklar, frågan huruvida tröskeln eller trösklarna ligger nära köparens totala behov, frågan huruvida marknaden kan komma att utvecklas eller ej, hur länge den aktuella perioden varade och hur stor procentandel av den totala marknaden som omfattades av prissänkningen (i detta fall resebyråtjänsterna). I den överklagade domen beaktades dock inte någon av dessa omständigheter. Förstainstansrätten snarare antog att möjligheten att erhålla en högre genomsnittlig provision i utbyte mot en ökad försäljning av British Airways-biljetter oundvikligen medförde en otillåten uteslutningseffekt för de konkurrerande flygbolagen.
- 119 Kommissionen anser att argumentet, som avser att begränsningen av marknaderna för British Airways konkurrenter inte kvantifierades, inte kan prövas i sak enligt artiklarna 42.2 och 118 i domstolens rättegångsregler. En sådan kvantifiering gjordes nämligen av kommissionen i skäl 30 i motiveringen till det omtvistade beslutet, och British Airways ifrågasatte inte i första instans denna del av kommissionens argumentation.

— Domstolens bedömning

- 120 Som den fjärde grundens andra del har British Airways anförat att förstainstansrätten använde ett ytligt tillvägagångssätt vid sin analys av de aktuella bonussystemens inverkan, och särskilt att den i sina överväganden underlät att kvantifiera systemens uteslutningseffekt och gjorde allmänna påståenden, såsom provisionssatsernas ”mycket påtagliga marginaleffekt” från en period till en annan.
- 121 Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande kan det inte anses att denna delgrund skall avvisas enligt artiklarna 42.2 och 118 i domstolens rättegångsregler, på grund av att British Airways underlät att i första instans bestrida denna del av det omtvistade beslutet, det vill säga beräkningarna i skäl 30 i motiveringen till det omtvistade beslutet, vilka var avsedda att illustrera den mycket påtagliga effekt som försäljningen av några ytterligare British Airways-biljetter hade på en resebyrås provisioner.
- 122 British Airways anmärkning avser nämligen inte i sig de beräkningar som kommissionen angav som exempel, utan förstainstansrättens bedömning av de aktuella bonussystemen. Överklagandet kan således prövas på den fjärde grundens andra del.
- 123 Överklagandet kan dock inte bifallas på denna delgrund, eftersom den bedömning som gjordes av förstainstansrätten och som har ifrågasatts av British Airways skall betraktas mot bakgrund av beräkningarna i det omtvistade beslutet. I punkt 23 i den överklagade domen har förstainstansrätten nämligen uttryckligen citerat skäl 30 i motiveringen till beslutet. Härav följer att förstainstansrättens överväganden, som British Airways kritiserade, innehåller en tillräcklig kvantifiering. Den anmärkning som avser att det saknades en motivering för förstainstansrättens bedömning att British Airways konkurrenter inte hade möjlighet att ge moterbjudanden som skulle kunna uppväga de aktuella bonussystemen stöds således inte av de faktiska omständigheterna.

124 Följaktligen kan överklagandet inte bifallas på den fjärde grundens andra del.

125 I den del överklagandet kan provas på den fjärde grunden skall det således lämnas utan bifall.

Den femte grunden: Förstainstansrättens felaktiga tillämpning av artikel 82 andra stycket c EG vad beträffar bedömningen av huruvida de aktuella bonussystemen var diskriminerande för resebyråerna i Förenade kungariket

126 Domstolen påpekar inledningsvis att överklagandet skall provas på den femte grunden, oberoende av domstolens konstateranden beträffande British Airways fyra första grunder, vilka avser huruvida de aktuella bonussystemen utgjorde missbruk till följd av uteslutningseffekten för de företag som konkurrerar med British Airways på grund av att dessa system objektivt sett inte var ekonomiskt motiverade. British Airways har nämligen fortfarande ett intresse av att bestrida att dessa system är förbjudna enligt artikel 82 andra stycket c EG, eftersom det påförda bötesbeloppet kan sättas ned om det konstateras att det inte föreligger något missbruk i den mening som avses i nämnda bestämmelse.

Parternas argument

127 Som femte grund, vilken avser punkterna 233–240 i den överklagade domen vari förstainstansrätten fastställde kommissionens konstateranden rörande de aktuella

bonussystemens diskriminerande effekt, har British Airways i huvudsak kritiserat förstainstansrätten för att den på grundval av en felaktig tillämpning av artikel 82 andra stycket c EG drog slutsatsen att dessa system medförde diskriminering mellan resebyråerna i Förenade kungariket.

- 128 Enligt British Airways utgick förstainstansrätten endast från antagandet, vilket anges i punkt 238 i den överklagade domen, att enbart den omständigheten att två resebyråer erhöill olika provisionssatser trots att de från försäljningen av British Airways-biljetter fick intäkter på exakt samma belopp "naturligtvis" hade märkbar inverkan på deras förmåga att konkurrera inbördes.
- 129 Enligt British Airways räcker dock inte bara en skillnad i behandling, såsom att två resebyråer erhåller olika provisionssatser, för att artikel 82 andra stycket c EG skall vara tillämplig. Enligt bestämmelsen är skillnader i behandling endast förbjudna om de transaktioner som jämförs är likvärdiga, om de villkor som tillämpas på dessa är olika och om den resebyrå som får en lägre provision får en konkurrensnackdel jämfört med de resebyråer som får en högre provision.
- 130 British Airways har gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning med avseende på artikel 82 andra stycket c EG, genom att anse att transaktioner som rör en resebyrå som ökar sin försäljning och transaktioner som rör en resebyrå som inte ökar sin försäljning utgör "likvärdiga transaktioner" i den mening som avses i nämnda artikel. Situationen för de resebyråer vars försäljning av British Airways-biljetter ökade under en viss period är nämligen inte jämförbar med situationen för andra resebyråer som inte har haft en sådan ökning. En resebyrå som ökar sin omsättning från försäljningen av ett visst flygbolags biljetter är till särskild nytta för detta flygbolag, eftersom resebyrån gör det möjligt för bolaget att täcka sina höga fasta kostnader tack vare tillskottet av ytterligare passagerare, vilket motiverar att resebyrån belönas.

- 131 Vidare anser British Airways att det även var fel av förstainstansrätten att inte undersöka huruvida resebyråerna fick en konkurrensnackdel, vilket krävs enligt artikel 82 andra stycket c EG.
- 132 Kommissionen och Virgin är däremot eniga om att enligt de aktuella bonussystemen behandlades jämförbara förhållanden på olika sätt utan något sakligt skäl. Kommissionen har särskilt gjort gällande att de transaktioner som utförs av resebyråer som säljer British Airways-biljetter är likvärdiga, eftersom höjningarna av provisionssatserna inte hänger samman med några produktivitetsvinster som British Airways gjort, genom att ingen ytterligare tjänst har tillhandahållits bolaget av de resebyråer som ökat sin försäljning jämfört med referensperioden. Kommissionen har tillagt att det inte föreskrivs i några bestämmelser att det skall göras en fördjupad analys av de berörda resebyråernas konkurrensnackdel. Virgin anser att denna nackdel hur som helst är uppenbar.

Domstolens bedömning

- 133 Artikel 82 andra stycket c EG utgör ett förbud för ett företag med dominerande ställning att diskriminera genom att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel (dom av den 29 mars 2001 i mål C-163/99, Portugal mot kommissionen, REG 2001, s. I-2613, punkt 46).
- 134 I förevarande fall är det utrett att British Airways tillämpade olika provisionssatser på resebyråer verksamma i Förenade kungariket beroende på om dessa hade uppnått sina försäljningsmål jämfört med referensperioden eller ej.

135 Det kvarstår att pröva dels huruvida det var korrekt av förstainstansrätten att utgå från att resebyråernas transaktioner var likvärdiga för att därav dra slutsatsen att de aktuella bonussystemen var diskriminerande, på grund av att de kunde medföra att olika provisionssatser tillämpades på resebyråer som sålt samma antal British Airways-biljetter, dels huruvida förstainstansrätten, utan att göra en felaktig rättstillämpning, kunde avstå från att göra utförliga konstateranden rörande förekomsten av en konkurrenssnackdel.

— Den femte grundens första del: Huruvida resebyråernas transaktioner var likvärdiga

136 Som den femte grundens första del har British Airways kritiserat förstainstansrättens analys av huruvida de transaktioner som utfördes av de resebyråer som hade uppnått sina försäljningsmål i fråga om försäljningen av British Airways-biljetter och de transaktioner som utfördes av de resebyråer som inte hade uppnått dessa mål var jämförbara. Som första anmärkning har British Airways klandrat förstainstansrätten för att den inte beaktade den större ekonomiska nytta som ett flygbolag — från sin synpunkt sett — har av de transaktioner som utförs av sådana resebyråer som uppnått sina försäljningsmål eller ökat sin omsättning.

137 I sistnämnda avseende, vilket avser förstainstansrättens bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, varav det kunde utläsas huruvida resebyråernas transaktioner var jämförbara eller tvärtom olika för ett flygbolag som British Airways, räcker det att erinra om att bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen uteslutande åligger förstainstansrätten. Det ankommer således inte på domstolen, i ett mål om överklagande, att ersätta förstainstansrättens bedömning av förhållandena på marknaden och konkurrenssituationen med sin egen. Anmärkningen kan följaktligen inte prövas i sak.

138 Vad beträffar den andra anmärkningen, vilken avser att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning med avseende på artikel 82 andra stycket c EG genom att

den ansåg att transaktioner som rörde en resebyrå som hade ökat sin försäljning av British Airways-biljetter och transaktioner som rörde en resebyrå som inte hade ökat denna försäljning utgjorde "likvärdiga transaktioner" i den mening som avses i nämnda bestämmelse, påpekar domstolen att förstainstansrätten, i punkt 234 i den överklagade domen, erinrade om att varje gång resebyråerna i Förenade kungariket uppnådde försäljningsökningarna för British Airways-biljetter ökade provisions-satsen från British Airways inte bara på marginalförsäljningen, utan på all försäljning av British Airways-biljetter under den aktuella perioden.

139 Därav drog förstainstansrätten den logiska slutsatsen att de aktuella bonussystemen medförde att olika ersättningsnivåer tillämpades på försäljningen av ett identiskt antal British Airways-biljetter av resebyråerna i Förenade kungariket beroende på om resebyråerna hade uppnått sina försäljningsökningarna jämfört med referens-perioden eller ej.

140 Det framgår således inte att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning när den ansåg att de transaktioner som utförts av resebyråer, vars försäljning av British Airways-biljetter i absoluta tal uppgick till samma nivå under en viss period, var likvärdiga. Det saknas således fog för den andra anmärkningen.

141 I den del överklagandet kan prövas på den femte grundens första del skall det således lämnas utan bifall.

— Den femte grundens andra del: Kraven vad gäller konstaterandet att det föreligger en konkurrensnackdel

142 Som den femte grundens andra del har British Airways hävdatt att enbart förstainstansrättens konstaterande i punkt 238 i den överklagade domen, där det

anges att resebyråerna, såvitt avser deras kapacitet att konkurrera inbördes, "naturligtvis [påverkades] av de diskriminerande villkoren för ersättning som följde av ... resultatbonussystem[en]" i fråga, vid en korrekt tillämpning av artikel 82 andra stycket c EG inte räcker, eftersom det krävdes konkreta bevis för en konkurrensnackdel.

143 Det särskilda förbudet mot diskriminering i artikel 82 andra stycket c EG utgör en del av den ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids, i enlighet med artikel 3.1 g EG. Det dominerande företags affärsbeteende får inte snedvrída konkurrensen på en marknad i föregående eller i efterföljande led, det vill säga konkurrensen mellan företags leverantörer eller kunder. Företags avtalsparter får inte gynnas eller missgynnas på det område där de konkurrerar inbördes.

144 För att villkoren för att tillämpa artikel 82 andra stycket c EG skall vara uppfyllda är det följaktligen nödvändigt att fastställa att det dominerande företags beteende på en marknad inte bara är diskriminerande, utan att det även syftar till att snedvrída detta konkurrensförhållande, det vill säga att hämma konkurrensställningen för en del av företags handelspartner i förhållande till andra (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen *Suiker Unie m.fl. mot kommissionen*, punkterna 523 och 524).

145 I det avseendet finns det inte någonting som hindrar att diskriminering av handelspartner som konkurrerar med varandra kan anses utgöra missbruk så snart det dominerande företags beteende, med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet, syftar till en konkurrensnedvridning mellan dessa handelspartner. I

en sådan situation kan det inte krävas att det dessutom bevisas att varje enskild handelspartners konkurrensställning faktiskt har försämrats på ett kvantifierbart sätt.

- ¹⁴⁶ I punkterna 237 och 238 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att konkurrensen är hård mellan resebyråerna i Förenade kungariket, och att deras kapacitet att konkurrera med varandra är beroende av två omständigheter, nämligen för det första "deras förmåga att till en rimlig kostnad tillhandahålla platser på flygningar som är anpassade till resenärernas önskemål" och för det andra deras individuella ekonomiska resurser.
- ¹⁴⁷ I den del av den överklagade domen som avser bedömningen av huruvida de aktuella bonussystemen skapade en lojalitet konstaterade förstainstansrätten vidare att systemen kunde leda till exponentiella och betydande förändringar av resebyråernas intäkter.
- ¹⁴⁸ Med beaktande av denna faktiska situation kunde förstainstansrätten, vid sin bedömning av de aktuella bonussystemen med avseende på artikel 82 andra stycket c EG, direkt och utan någon utförlig ytterligare utredning dra slutsatsen att resebyråernas möjligheter att konkurrera med varandra hade påverkats av British Airways diskriminerande ersättningsvillkor.
- ¹⁴⁹ Det kan således inte anses att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte kontrollera, eller genom att endast summariskt kontrollera, om och i vilken utsträckning dessa villkor hade påverkat konkurrenssituationen för British Airways handelspartner. Följaktligen var det korrekt av förstainstansrätten att anse att de aktuella bonussystemen medförde en diskriminerande effekt i den mening

som avses i artikel 82 andra stycket c EG. Överklagandet kan således inte bifallas på den femte grundens andra del.

150 Överklagandet kan således inte bifallas på någon del av den femte grunden.

151 Eftersom ingen av de grunder som British Airways har åberopat till stöd för sitt överklagande kan godtas, skall överklagandet ogillas.

Rättegångskostnader

152 Enligt artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna skall domstolen, när överklagandet ogillas, besluta om rättegångskostnaderna. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i samma rättegångsregler skall tillämpas i mål om överklagande, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen och Virgin har yrkat att British Airways skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom British Airways har tappat målet, skall kommissionens och Virgins yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) British Airways plc skall ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter