

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)  
de 15 de marzo de 2007\*

Índice

Antecedentes del litigio .....	I - 2377
Recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida .....	I - 2380
Pretensiones de las partes .....	I - 2387
Recurso de casación .....	I - 2388
Sobre el primer motivo, basado en un error de Derecho en la apreciación por el Tribunal de Primera Instancia del efecto de exclusión atribuido por los programas de remuneración controvertidos .....	I - 2390
Sobre la primera parte del primer motivo, relativa al criterio para la apreciación del eventual efecto de exclusión de los programas de remuneración controvertidos .....	I - 2390
— Alegaciones de las partes .....	I - 2390
— Apreciación del Tribunal de Justicia .....	I - 2395
Sobre la segunda parte del primer motivo, relativa a la apreciación por el Tribunal de Primera Instancia de la relevancia de la justificación económica objetiva de los programas de remuneración controvertidos .....	I - 2403
— Alegaciones de las partes .....	I - 2403
— Apreciación del Tribunal de Justicia .....	I - 2404
Sobre el segundo motivo, basado en un error de Derecho al no haber examinado el Tribunal de Primera Instancia los efectos probables de las comisiones concedidas por BA ni haber tenido en cuenta pruebas según las cuales dichas comisiones no habían tenido ningún efecto material sobre las compañías aéreas competidoras .....	I - 2407
Alegaciones de las partes .....	I - 2407
Apreciación del Tribunal de Justicia .....	I - 2408
Sobre el tercer motivo, basado en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no examinó si existía un «perjuicio [para los] consumidores» conforme al artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b) .....	I - 2410
Alegaciones de las partes .....	I - 2410
Apreciación del Tribunal de Justicia .....	I - 2411

\* Lengua de procedimiento: inglés.

Sobre el cuarto motivo, basado en un error de Derecho imputado al Tribunal de Primera Instancia por haber considerado que el nuevo programa de remuneración del rendimiento tenía el mismo efecto que los acuerdos de mercadotecnia, a pesar de la diferencia derivada de la distinta duración del período tomado en consideración, respectivamente, y en la falta de análisis y cuantificación de los efectos de dicho sistema sobre las competidoras de BA .....	I - 2412
Sobre la primera parte del cuarto motivo, relativa a las diferencias entre los acuerdos de mercadotecnia y el nuevo programa de remuneración del rendimiento .....	I - 2412
— Alegaciones de las partes .....	I - 2412
— Apreciación del Tribunal de Justicia .....	I - 2413
Sobre la segunda parte del cuarto motivo, relativa a los requisitos de la prueba del efecto de exclusión de los programas de remuneración controvertidos ....	I - 2414
— Alegaciones de las partes .....	I - 2414
— Apreciación del Tribunal de Justicia .....	I - 2416
Sobre el quinto motivo, basado en la aplicación incorrecta, por parte del Tribunal de Primera Instancia, del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), en lo que respecta al efecto discriminatorio, para las agencias de viajes en el Reino Unido, de los programas de remuneración controvertidos .....	I - 2417
Alegaciones de las partes .....	I - 2417
Apreciación del Tribunal de Justicia .....	I - 2419
— Sobre la primera parte del quinto motivo, relativa a la equivalencia de las prestaciones de las agencias de viajes .....	I - 2420
— Sobre la segunda parte del quinto motivo, relativa a las exigencias para constatar una desventaja competitiva .....	I - 2421
Costas .....	I - 2424

En el asunto C-95/04 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto el 25 de febrero de 2004, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia, por

**British Airways plc**, con domicilio social en Waterside (Reino Unido), representada por los Sres. R. Subiotto, Solicitor, R. O'Donoghue, Barrister, y W. Wood, QC,

parte recurrente,

y en el que las otras partes en el procedimiento son:

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada por los Sres. P. Oliver, A. Nijenhuis y M. Wilderspin, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada en primera instancia,

**Virgin Atlantic Airways Ltd**, con domicilio social en Crawley (Reino Unido), representada por los Sres. J. Scott, Solicitor, C. West, Barrister, y N. Green, QC,

parte coadyuvante en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. A. Borg Barthet y J. Malenovský, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de diciembre de 2005;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 23 de febrero de 2006;

dicta la siguiente

**Sentencia**

- 1 Mediante su recurso de casación, British Airways plc (en lo sucesivo, «BA») solicita la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión (T-219/99, Rec.

p. II-5917; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), mediante la que éste desestimó su recurso por el que se solicitaba la anulación de la Decisión 2000/74/CE de la Comisión, de 14 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways) (DO 2000, L 30, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»), que impuso a BA una multa de 6,8 millones de euros por abuso de posición dominante en el mercado de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo del Reino Unido.

### **Antecedentes del litigio**

- 2 Los hechos que originaron el litigio, tal como se desprenden de los autos que se presentaron al Tribunal de Primera Instancia y se exponen en los apartados 4 a 19 de la sentencia recurrida, pueden resumirse del siguiente modo.
  
- 3 BA, que es la mayor compañía aérea del Reino Unido, concluyó con las agencias de viajes en este Estado miembro acreditadas por la International Air Transport Association (IATA) unos acuerdos que les daban derecho a una comisión básica por las ventas de billetes de transporte para los vuelos organizados por BA (en lo sucesivo, «billetes de BA») realizadas por dichas agencias, y que comprendían igualmente tres programas diferentes de incentivos financieros: «acuerdos de mercadotecnia», «acuerdos globales» y, posteriormente, un «programa de remuneración del rendimiento» aplicable desde el 1 de enero de 1998.
  
- 4 Los acuerdos de mercadotecnia permitían a determinadas agencias de viajes, a saber, aquéllas que superasen las 500.000 GBP en ventas anuales de billetes de BA, recibir

gratificaciones además de su comisión básica, especialmente una remuneración de rendimiento calculada en función de una escala móvil, basada en la evolución de los ingresos procedentes de las ventas de billetes de BA obtenidos por una agencia de viajes y supeditada al incremento de estas ventas de un año a otro.

- 5 El 9 de julio de 1993, Virgin Atlantic Airways Ltd (en lo sucesivo, «Virgin») interpuso ante la Comisión de las Comunidades Europeas una denuncia dirigida, en particular, contra los acuerdos de mercadotecnia.
  
- 6 La Comisión decidió entablar un procedimiento respecto a los acuerdos mencionados y adoptó un pliego de cargos en contra de BA el 20 de diciembre de 1996. Esta última formuló sus observaciones orales durante una audiencia celebrada el 12 de noviembre de 1997.
  
- 7 BA celebró el segundo tipo de acuerdos de incentivos, a saber, los «acuerdos globales», con tres agencias de viajes, por los que éstas tenían derecho a recibir comisiones adicionales calculadas en función del crecimiento de la cuota de BA en sus ventas a escala mundial.
  
- 8 El 17 de noviembre de 1997, BA escribió a todas las agencias de viajes en el Reino Unido para comunicarles las modalidades de un tercer tipo de acuerdos de incentivos, a saber, el nuevo programa de remuneración de rendimiento.

- 9 Con arreglo a este programa, la comisión básica se redujo al 7 % para todos los billetes de BA (mientras que las tasas de comisión anteriores se elevaban al 9 % para las ventas de billetes internacionales y al 7,5 % para las ventas de billetes para vuelos dentro del Reino Unido), pero cada agencia de viajes podía conseguir una comisión adicional de hasta un 3 % por los billetes internacionales y de hasta un 1 % por los nacionales. La magnitud del elemento variable adicional dependía de la evolución del rendimiento de las agencias de viajes en la venta de billetes de BA. Los resultados se medían comparando los ingresos totales en concepto de vuelo correspondientes a las ventas de billetes de BA emitidos por la agencia de viajes en un determinado mes con los ingresos obtenidos durante el mismo mes del año anterior. El elemento variable adicional se devengaba cuando la relación entre las ventas del período tomado en consideración y las del período de referencia era del 95 %, y alcanzaba su nivel máximo cuando esta relación era del 125 %.
- 10 El 9 de enero de 1998, Virgin interpuso una denuncia adicional, que tenía por objeto este nuevo programa de remuneración de rendimiento. El 12 de marzo de 1998, la Comisión aprobó un pliego de cargos adicional respecto de dicho programa.
- 11 El 14 de julio de 1999, la Comisión adoptó la Decisión controvertida, en la que considera, en el considerando 96 que, al aplicar los acuerdos de mercadotecnia y el nuevo programa de remuneración de rendimiento (en lo sucesivo, conjuntamente, los «programas de remuneración controvertidos») a las agencias de viajes del Reino Unido, BA abusó de la posición dominante que tiene, en este Estado miembro, en el mercado de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo. Para la Comisión, este comportamiento abusivo tiene por objeto y por efecto, al remunerar la fidelidad de las agencias de viajes y al discriminar entre ellas, excluir a las competidoras de BA de los mercados de transporte aéreo del Reino Unido.

## **Recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida**

- 12 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 1 de octubre de 1999, BA interpuso un recurso con objeto de obtener la anulación de la Decisión controvertida.
- 13 Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso de BA contra la Decisión controvertida.
- 14 En apoyo de su recurso, BA había formulado ocho motivos basados, respectivamente, en: la incompetencia de la Comisión, la violación del principio de no discriminación, la definición errónea del mercado sectorial y geográfico pertinente, la falta de un vínculo de conexión entre los mercados sectoriales supuestamente afectados, la adopción de la Decisión controvertida sobre una base jurídica errónea, la inexistencia de posición dominante, la inexistencia de abuso de posición dominante y, por último, el carácter excesivo de la cuantía de la multa.
- 15 El presente recurso de casación se refiere únicamente al séptimo motivo. Mediante éste, basado en la inexistencia de abuso de posición dominante, BA negó la afirmación de la Comisión de que sus programas de remuneración de rendimiento generaron una discriminación entre las agencias de viajes en el Reino Unido o produjeron un efecto excluyente con respecto a las compañías aéreas competidoras.



- 16 En primer lugar, con relación al carácter discriminatorio de los programas, el Tribunal de Primera Instancia recordó, en el apartado 233 de la sentencia recurrida, que la explotación abusiva de una posición dominante puede consistir en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, como establece el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c).
- 17 En el apartado siguiente de la mencionada sentencia, el Tribunal de Primera Instancia constató que el aumento del porcentaje de las comisiones abonadas por BA se aplicaba no sólo por los billetes de BA emitidos una vez alcanzado el objetivo de ventas, sino también por la totalidad de billetes de BA emitidos por una agencia de viajes durante el período tomado en consideración. Posteriormente, el Tribunal de Primera Instancia concluyó, en el apartado 236 de la mencionada sentencia, que, al retribuir a distintos niveles servicios idénticos prestados durante un mismo período, los programas de remuneración controvertidos falseaban el nivel de la retribución percibida por las agencias de viajes en forma de comisiones abonadas por BA.
- 18 En el apartado 238 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia estimó que estas condiciones discriminatorias de retribución afectaban a la aptitud de las agencias de viajes del Reino Unido para competir en la oferta a los viajeros de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo y para suscitar la demanda de tales servicios por las compañías aéreas competidoras.
- 19 En el apartado 240 de la mencionada sentencia, el Tribunal de Primera Instancia concluyó que la Comisión tenía derecho a considerar que los programas de remuneración controvertidos constituían, para BA, una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo del Reino Unido, en la medida en que

producían efectos discriminatorios entre las agencias de viajes en este Estado miembro y, por lo tanto, ocasionaban a algunas de ellas una desventaja competitiva en el sentido del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c).

- 20 En segundo lugar, en relación con el efecto de exclusión de las compañías aéreas competidoras de BA derivado del efecto de fidelización producto de los programas de remuneración controvertidos, el Tribunal de Primera Instancia recordó, en los apartados 245 y 246 de la sentencia recurrida, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien se considera, en general, que los programas de descuentos por volumen vinculados únicamente al volumen de compras efectuadas al productor dominante no tienen como efecto impedir, infringiendo el artículo 82 CE, que los clientes se abastezcan acudiendo a otros competidores, un programa de descuento vinculado a la consecución de un objetivo de compra aplicado por dicho productor viola el artículo 82 CE (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 71).
- 21 En el apartado 270 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que, para determinar si BA hizo una explotación abusiva de su posición dominante al aplicar a las agencias de viajes en el Reino Unido los programas de remuneración controvertidos, procede apreciar los criterios, así como las condiciones para su concesión y examinar si dichas remuneraciones pretendían, mediante la concesión de una ventaja no basada en una contraprestación económica que la justifique, privar a las agencias de la posibilidad de vender sus servicios a las compañías aéreas que elijan, o al menos limitar dicha posibilidad, y obstaculizar así el acceso de las compañías aéreas competidoras de BA al mercado de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo del Reino Unido.
- 22 El Tribunal consideró, en el apartado 271 de la sentencia recurrida, que era preciso determinar, en el presente caso, si los programas de remuneración controvertidos

tenían un efecto de fidelización de las agencias de viajes en el Reino Unido y, en su caso, determinar si dichos programas se basaban en una contraprestación económicamente justificada.

23 Por lo que respecta, en primer lugar, al efecto de fidelización de los programas de remuneración controvertidos, en los apartados 272 y 273 de la mencionada sentencia el Tribunal de Primera Instancia declaró su existencia basándose en dos motivos. Por un lado, teniendo en cuenta su carácter progresivo, que produce un importante efecto marginal, los porcentajes de comisión incrementados podían, a su juicio, aumentar de forma exponencial de un período a otro. Por otro lado, el Tribunal de Primera Instancia consideró que, cuanto más importantes habían sido los ingresos procedentes de las ventas de billetes de BA durante el período de referencia, más fuerte era la penalización sufrida por las agencias de viajes en forma de reducción desproporcionada de los porcentajes de las remuneraciones de rendimiento, en el supuesto de regresión, incluso ligera, de las mencionadas ventas en el período tomado en consideración en relación con dicho período de referencia.

24 Además, respecto a la objeción de BA según la cual los programas de remuneración controvertidos no impedían a sus competidoras concluir acuerdos similares con las agencias de viaje del Reino Unido, el Tribunal de Primera Instancia recordó, en el apartado 277 de la sentencia recurrida, que el número de billetes de BA vendidos por las mencionadas agencias dentro del conjunto formado por las líneas aéreas que tienen como punto de partida o de destino aeropuertos situados en este Estado miembro representó invariablemente un múltiplo tanto de las ventas de billetes realizadas por cada una de las cinco principales competidoras como del total acumulado de esas mismas ventas. El Tribunal de Primera Instancia llegó, en el apartado 278 de esta sentencia, a la conclusión de que se había demostrado de modo suficiente en Derecho que las empresas competidoras no podían conseguir, en el Reino Unido, ingresos que pudieran constituir una base financiera suficientemente grande como para permitirles establecer eficazmente un programa de remuneración similar a los programas de remuneración controvertidos capaz de contrarrestar el efecto excluyente generado por estos últimos.

- 25 Por lo que respecta, en segundo lugar, a si los programas de remuneración controvertidos se basaban en una contraprestación económicamente justificada, el Tribunal de Primera Instancia recordó, en el apartado 279 de la sentencia recurrida, que la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición de la facultad de realizar, en una medida razonable, los actos que considere adecuados para proteger sus propios intereses comerciales, cuando éstos se ven amenazados. No obstante, precisó, en el apartado 280 de dicha sentencia, que, para que sea legítima, la protección de la posición competitiva de dicha empresa deberá estar basada en criterios de eficacia económica.
- 26 En el apartado 281 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que BA no había demostrado que el efecto de fidelización de los programas de remuneración controvertidos se basara en una contraprestación económicamente justificada. En los apartados 282 y 283 de dicha sentencia, consideró a este respecto que, dado que la consecución de los objetivos de incremento de las ventas de billetes de BA por las agencias de viajes en el Reino Unido daba lugar a la aplicación de una comisión a un mayor porcentaje, no sólo sobre los billetes de BA despachados una vez alcanzados los objetivos de ventas, sino sobre todos los billetes de BA expedidos durante el período tomado en consideración, la retribución adicional de las mencionadas agencias carecía así de cualquier relación objetiva con la contraprestación que se deriva para BA de la venta de billetes de aviación adicionales.
- 27 Además, el Tribunal de Primera Instancia declaró, en el apartado 285 de dicha sentencia, que, aun cuando toda compañía aérea tiene interés en vender billetes adicionales para sus vuelos antes que dejar plazas vacías, el beneficio que representa un mayor porcentaje de ocupación de los aparatos había de ser, en el presente caso, considerablemente reducido, debido al sobrecoste generado para BA por el aumento de la retribución de la agencia de viajes procedente de la aplicación retroactiva de la comisión incrementada.
- 28 Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia decidió, en los apartados 286 a 288 de la sentencia recurrida, que ha de considerarse que los programas de remuneración

controvertidos, en la medida en que carecen de contraprestación económicamente justificada, se dirigían esencialmente a retribuir el incremento de las ventas de billetes de BA de un período a otro y, por tanto, a reforzar la fidelidad a BA de las agencias de viajes en el Reino Unido. Estos programas obstaculizaban, como consecuencia, la entrada o aumento de la cuota de las compañías aéreas competidoras de BA en el mercado británico de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo y obstaculizaban así el mantenimiento del grado de competencia existente o el desarrollo de dicha competencia en el mencionado mercado.

29 El Tribunal de Primera Instancia destacó además, en el apartado 290 de dicha sentencia, que BA admitió durante la vista que no existía relación precisa entre, por un lado, las eventuales economías de escala conseguidas gracias a los billetes adicionales de BA emitidos con posterioridad a la consecución de los objetivos de ventas y, por otro lado, los incrementos de las comisiones abonadas como contraprestación a las agencias de viajes en el Reino Unido.

30 Por último, en el apartado 293 de la mencionada sentencia, el Tribunal de Primera Instancia desestimó la alegación de BA según la cual la Comisión no había demostrado que los programas de remuneración controvertidos produjeran un efecto de exclusión. Para ello declaró, por un lado, que, al objeto de determinar si existe una violación del artículo 82 CE, no es necesario demostrar que el abuso considerado tiene un efecto concreto en los mercados afectados, ya que basta con la prueba de que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia.

31 En el apartado siguiente de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró, por otro lado, no sólo que los programas de remuneración controvertidos

podían tener un efecto restrictivo en los mercados británicos de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo y del transporte aéreo del Reino Unido, sino también que la Comisión había demostrado concretamente el efecto restrictivo de las prácticas controvertidas sobre los mencionados mercados.

- 32 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señaló, en primer lugar, que, dado que en la época de los hechos de que se trata, el 85 % de los billetes vendidos en el territorio del Reino Unido se emitían con la intermediación de las agencias de viajes, el comportamiento de BA en el mercado de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo de este Estado miembro «no pudo dejar de producir, en perjuicio de las compañías aéreas competidoras, un efecto excluyente de los mercados británicos del transporte aéreo» (apartado 295 de la sentencia recurrida). El Tribunal de Primera Instancia consideró, en segundo lugar, que «cuando una empresa en posición dominante aplica efectivamente una práctica que genera un efecto de exclusión de sus competidores, la circunstancia de que no se alcance el resultado previsto no puede bastar para descartar la calificación de abuso de posición dominante a efectos del artículo 82 CE» (apartado 297 de la sentencia mencionada).
- 33 Finalmente, en el apartado 298 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia estimó que el incremento de las cuotas de mercado de algunas de las competidoras de BA –que es reducido en valor absoluto, habida cuenta de la escasa importancia de sus cuotas de mercado originales– no significaba que las prácticas de BA no fueron eficaces porque, de no haber existido dichas prácticas, «cabe considerar que las cuotas de mercado de dichas competidoras hubieran podido aumentar de manera más significativa».
- 34 Por todo ello, el Tribunal de Primera Instancia declaró, en el apartado 300 de la sentencia recurrida, que debía desestimarse el séptimo motivo.

## **Pretensiones de las partes**

35 BA solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule, total o parcialmente, la sentencia recurrida.
  
- Anule o reduzca el importe de la multa impuesta en la Decisión controvertida en la cuantía que el Tribunal de Justicia considere adecuada según su criterio.
  
- Adopte cualquier otra medida que el Tribunal de Justicia considere oportuna.
  
- Condene en costas a la Comisión.

36 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación en su totalidad.

- Condene a BA al pago de las costas de la Comisión en el presente procedimiento.

37 Virgin solicita al Tribunal de Justicia que:

- Declare la inadmisibilidad del recurso de casación o, en todo caso, lo declare manifiestamente infundado, y lo desestime mediante auto motivado con arreglo al artículo 119 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.
- Con carácter subsidiario, desestime el recurso de casación y confirme la sentencia recurrida en su totalidad.
- En cualquier caso, condene a BA a soportar las costas del recurso de casación, incluyendo las costas en que haya incurrido Virgin.

### **Recurso de casación**

38 En apoyo de su recurso de casación, BA invoca cinco motivos, basados, respectivamente:

- en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia aplicó un criterio incorrecto para apreciar el efecto de exclusión de los



programas de remuneración controvertidos y concluir que estos programas no tenían una justificación económica objetiva;

- en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta pruebas que acreditaban que las comisiones concedidas por BA no tuvieron efecto material sobre sus competidoras;
  
- en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no examinó si existía un «perjuicio [para los] consumidores» conforme al artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b);
  
- en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que el nuevo programa de remuneración del rendimiento tenía el mismo efecto que los acuerdos de mercadotecnia, a pesar de la diferencia derivada de la distinta duración del período tomado en consideración en un caso y en otro, y no analizó ni cuantificó los efectos de dicho programa sobre las competidoras de BA;
  
- en la aplicación incorrecta del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), en lo que respecta a la apreciación del efecto discriminatorio de los programas de remuneración controvertidos para las agencias de viajes en el Reino Unido.

*Sobre el primer motivo, basado en un error de Derecho en la apreciación por el Tribunal de Primera Instancia del efecto de exclusión atribuido por los programas de remuneración controvertidos*

- 39 Mediante este motivo, BA critica las afirmaciones que figuran en los apartados 270 a 298 de la sentencia recurrida, a tenor de las cuales las remuneraciones concedidas por BA, por un lado, tienen un efecto de fidelización y, por lo tanto, producen un efecto de exclusión y, por otro lado, no están justificadas desde un punto de vista económico.

Sobre la primera parte del primer motivo, relativa al criterio para la apreciación del eventual efecto de exclusión de los programas de remuneración controvertidos

— Alegaciones de las partes

- 40 BA alega, en primer lugar, que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al examinar los programas de remuneración controvertidos con arreglo a un criterio erróneo, a saber, el referente al efecto de fidelización de los mencionados programas.
- 41 Según BA, el artículo 82 CE sólo prohíbe a una empresa en posición dominante el recurso a medios diferentes de los que rigen la competencia normal de productos o

servicios basada en las prestaciones de los operadores económicos, o el recurso a métodos distintos a la competencia por méritos, a la que se asimila la competencia legítima de precios. A juicio de la recurrente, en esta legítima competencia, reviste un carácter esencial el hecho de que una empresa debe tener la libertad de conceder a sus socios comerciales descuentos más elevados que los concedidos por sus competidores.

42 Pues bien, en su opinión, el Tribunal de Primera Instancia no distinguió, en su examen del efecto de fidelización de los programas de remuneración controvertidos, entre la obtención de la fidelidad de los clientes mediante la comisión más generosa o los precios más bajos y la fidelidad obtenida mediante prácticas contrarias a la competencia o exclusivas, que eliminan a los competidores creándoles dificultades u obstáculos artificiales.

43 Según BA, la ambigüedad del concepto de «fidelización» utilizado por el Tribunal de Primera Instancia implica que era prácticamente inevitable condenar los programas de remuneración controvertidos, ya que comportaban un efecto de fidelización al ser las comisiones generosas y atractivas para las agencias de viajes.

44 La postura así adoptada por el Tribunal de Primera Instancia es, en opinión de la recurrente, incompatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, BA sostiene que de las sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), y Michelin/Comisión, antes citada, se desprende que la concesión, por parte de una empresa que ocupa una posición dominante, de comisiones más elevadas sólo puede ser abusiva si está supeditada al requisito de que la otra parte contratante esté obligada, *de iure* o *de facto*, a contratar exclusiva o principalmente con esta empresa o si limita la capacidad de la otra parte contratante de elegir libremente la empresa con la que decide contratar. En cambio, estas sentencias no condenan la concesión de mayores comisiones sobre el conjunto de las ventas en caso de sobrepasar un determinado umbral, puesto que, incluso si una

comisión más elevada incita especialmente a la otra parte contratante a vender más productos de la empresa en posición dominante, ello no implica que la otra parte contratante acepte algún comportamiento contrario a la competencia y no impide a las empresas competidoras conceder todos los tipos de comisión que consideren oportunos.

45 BA considera que esta distinción es fundamental. Si no está supeditada al requisito de que la otra parte contratante contrate exclusiva (o principalmente) con la empresa en posición dominante o si no limita el mercado de las competidoras de cualquier otro modo, una comisión generosa es simplemente una forma de competencia mediante los precios.

46 Según BA, para distinguir entre la competencia legítima de precios y un comportamiento contrario a la competencia o un comportamiento excluyente ilegal, el Tribunal de Primera Instancia debía haber aplicado el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), con arreglo al cual las prácticas constitutivas de abuso de posición dominante pueden consistir sobre todo en limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. Debía entonces haber verificado si BA había efectivamente restringido las posibilidades de comercialización de las compañías aéreas competidoras y si a consecuencia de esto se produjo un perjuicio para los consumidores.

47 Pues bien, en opinión de BA, para que pueda estimarse que la empresa en posición dominante limita las posibilidades de comercialización de las competidoras se requiere algo más que la mera concesión de incentivos generosos. La limitación sólo es plausible en dos situaciones, ninguna de las cuales, a juicio de la recurrente, resulta pertinente en el presente asunto:

- cuando la concesión de incentivos se supedita al requisito de que su beneficiario negocie exclusiva o principalmente con la empresa en posición dominante, o

- cuando el beneficiario de los incentivos no puede decidir libremente entre la empresa en posición dominante y sus competidores. Esto se produce cuando el beneficiario sólo puede tener expectativas de beneficios mediante una vinculación comercial preponderante con la empresa en posición dominante o cuando tal empresa desarrolla una competencia de precios desleal («precios predatorios») y sus competidores no pueden soportar esta presión.

48 Más allá de estas situaciones, el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), no prohíbe en su opinión que una empresa en posición dominante adopte una determinada política comercial en materia de precios, de servicios o de comisiones sólo porque sus competidores estimen difícil o imposible adaptarse a ellos.

49 Finalmente, BA afirma que la jurisprudencia de la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, no es de aplicación al presente asunto, por la existencia de algunas diferencias. A este respecto, sostiene que, al contrario de los distribuidores de la sociedad Michelin, las agencias de viajes fueron informadas al mismo tiempo por BA, previamente y por escrito, de los umbrales y del incremento del porcentaje de las comisiones; que no se veían privadas de beneficios si no recibían las comisiones incrementadas de BA, en la medida en que todas las agencias obtenían una comisión de base en todo caso, y que BA no ejerció ninguna presión sobre ellas para que alcanzaran los objetivos necesarios para la concesión de comisiones incrementadas. Según BA, para las agencias de viajes, la única consecuencia derivada de la falta de realización de los objetivos era la pérdida de la oportunidad de obtener un mayor porcentaje de comisión. No obstante, a su juicio, esto no constituye un abuso.

50 En cambio, la Comisión y Virgin coinciden en sostener que los criterios aplicados por el Tribunal de Primera Instancia para apreciar el efecto de exclusión de los programas de remuneración controvertidos son correctos y conformes con la jurisprudencia, especialmente con las sentencias, antes citadas, Hoffmann-La Roche/Comisión y Michelin/Comisión.

- 51 Según la Comisión, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, es particularmente pertinente en el presente asunto. Esta sentencia se refería a descuentos que, por un lado, estaban vinculados al requisito de alcanzar determinados objetivos de volumen calculados respecto de un período de venta anterior, y que, por otro lado, se aplicaban a todas las ventas realizadas durante el período de referencia y no sólo a las ventas marginales.
- 52 Afirma que éste es también el caso de los programas de remuneración controvertidos, ya que las remuneraciones concedidas a las agencias de viaje que cumplían los objetivos se calculaban sobre la totalidad de sus ventas, y no sobre los billetes vendidos una vez cumplidos los objetivos. Según la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia calificó correctamente esta particularidad como de «importante efecto marginal», en la medida en que, una vez que una agencia de viajes se acercaba a cumplir los mencionados objetivos, no se sentía inclinada a ofrecer billetes de compañías distintas a BA, so pena de no poder beneficiarse de la comisión incrementada no sólo por las ventas marginales, sino también por todas las ventas de billetes de BA realizadas durante el período de referencia. Por tanto, para dicha agencia de viajes, la venta de algunos billetes, o incluso de un único billete suplementario, tenía un efecto multiplicador sobre la retribución generada por el conjunto de las ventas de billetes de BA realizadas durante el período de referencia.
- 53 La Comisión rebate la afirmación de BA según la cual, debido a la existencia de algunas diferencias que la Comisión no considera esenciales, no se puede aplicar el enfoque de la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, en el presente asunto.
- 54 En primer lugar, la Comisión señala que el elemento central es común a ambos asuntos. Precisa que los programas de incentivos llevados a cabo por BA presentan la misma característica que los descuentos controvertidos en la mencionada sentencia Michelin/Comisión, esto es, que recompensaban más la fidelidad que el volumen. Dichos sistemas tienen como consecuencia inevitable que la agencia de

viajes no puede elegir libremente la compañía aérea con la que desea trabajar, práctica que el Tribunal de Justicia condenó precisamente en esta sentencia.

55 Seguidamente, la Comisión rebate la alegación de BA según la cual el asunto que dio origen a la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, se distingue del presente asunto en que los revendedores dependían de Michelin para obtener beneficios, mientras que éste no es el caso de las agencias de viaje que trabajan con BA en el Reino Unido. En efecto, la Comisión alega que los programas de incentivos diseñados por BA permitían ejercer una presión considerable sobre las agencias de viajes incluso si no se arriesgaban a sufrir pérdidas si no cumplían el objetivo de ventas. En su opinión, BA intenta en realidad restringir el alcance de la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, a un número muy restringido de casos, mientras que esta sentencia no incluye ningún elemento que permita apoyar tal análisis.

56 Según la Comisión y Virgin, el análisis realizado por el Tribunal de Primera Instancia no adolece de ningún error de Derecho. Así, declaró acertadamente que los programas de remuneración controvertidos tenían un efecto de fidelización para las agencias de viajes en el Reino Unido, debido a las características examinadas en los apartados 272 a 292 de la sentencia recurrida; que no se basaban en una contraprestación económicamente justificada; que restringían la libertad de las agencias de trabajar con otras compañías aéreas; que producían como consecuencia un efecto de exclusión, y que podían restringir la competencia.

#### — Apreciación del Tribunal de Justicia

57 En primer lugar, con respecto al motivo basado en que el Tribunal de Primera Instancia erró al no haberse basado en los criterios del artículo 82 CE, párrafo

segundo, letra b), para apreciar el carácter abusivo de los programas de remuneración controvertidos, procede recordar que la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), no es limitativa, de modo que las prácticas que recoge constituyen únicamente ejemplos de abuso de posición dominante (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, apartado 37). En efecto, es jurisprudencia reiterada que la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Tratado CE (sentencias de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 26, y de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365, apartado 112).

58 De ello resulta que los descuentos e incentivos concedidos por empresas en posición dominante pueden igualmente ser contrarios al artículo 82 CE aunque no se correspondan con ninguno de los ejemplos mencionados en el párrafo segundo de este artículo. De este modo, para declarar la existencia del efecto de exclusión que producían los descuentos por fidelidad, el Tribunal de Justicia se basó, en las sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión y Michelin/Comisión, antes citadas, en el artículo 86 del Tratado CEE (posteriormente, artículo 86 del Tratado CE, actualmente artículo 82 CE) en su conjunto, y no exclusivamente sobre el párrafo segundo, letra b). Además, en la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartado 523, relativa a los descuentos por fidelidad, el Tribunal de Justicia se refirió expresamente al artículo 86, párrafo segundo, letra c), del Tratado CEE, con arreglo al cual las prácticas constitutivas de abuso de posición dominante pueden consistir especialmente en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

59 Por lo tanto, la alegación según la cual el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al no basarse en los criterios del artículo 82, párrafo segundo, letra b), carece de fundamento.



- 60 Por otra parte, no parece que la apreciación realizada por el Tribunal de Primera Instancia sobre el efecto de exclusión atribuido a los programas de remuneración controvertidos surja de una aplicación errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 61 En las sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión y Michelin/Comisión, antes citadas, el Tribunal de Justicia declaró el carácter abusivo de determinados descuentos concedidos por dos empresas en posición dominante.
- 62 La primera de estas dos sentencias se refería a descuentos concedidos a empresas dedicadas a la producción o la venta de vitaminas, y cuya concesión se vinculaba expresamente, en la mayor parte de los casos, a que la otra parte contratante cubriera durante un período determinado todas o, cuando menos, la parte esencial de sus necesidades globales de determinadas vitaminas con suministros de la sociedad Hoffmann-La Roche. El Tribunal de Justicia vio en tal sistema de descuentos un abuso de posición dominante y declaró que la concesión de descuentos por fidelidad para estimular al comprador a abastecerse exclusivamente en la empresa en posición dominante es incompatible con el objetivo de una competencia no falseada en el mercado común (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, apartado 90).
- 63 A diferencia del asunto que dio origen a esta primera sentencia, en el asunto que dio lugar a la segunda las otras partes contratantes de la sociedad Michelin no estaban obligadas a aprovisionarse en todo o en parte con suministros de esta empresa. Sin embargo, los descuentos anuales variables concedidos por dicha empresa estaban relacionados con ciertos objetivos, en el sentido de que, para poder disfrutar de ellos, las otras partes contratantes de Michelin debían alcanzar objetivos de venta

individualizados. En ese asunto, el Tribunal de Justicia identificó toda una serie de factores que le indujeron a considerar el sistema de descuentos de Michelin como un abuso de posición dominante. En particular, este sistema se basaba en la toma en consideración de un período relativamente dilatado, esto es, de un año, su funcionamiento no era transparente para las otras partes contratantes y las diferencias de cuotas de mercado entre la sociedad Michelin y sus principales competidoras eran importantes (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartados 81 a 83).

<sup>64</sup> Sin embargo, en contra de la tesis defendida por BA, no se puede deducir de estas dos sentencias que los incentivos y descuentos concedidos por empresas en posición dominante revistan un carácter abusivo únicamente en las circunstancias descritas en dichas sentencias. Como ha expuesto la Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, procede examinar los programas de remuneración controvertidos a la luz de los elementos sobre los que se ha basado hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que son extrapolables a un caso como el presente.

<sup>65</sup> A este respecto, la sentencia Michelin/Comisión, antes mencionada, resulta especialmente pertinente en el marco del presente asunto, puesto que se refiere a un sistema de descuentos que dependen de la realización de objetivos de ventas individuales, que no constituyen ni descuentos por volumen, vinculados exclusivamente al volumen de ventas, ni descuentos por fidelidad en el sentido de la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, porque el sistema practicado por la sociedad Michelin no suponía, por parte de los revendedores, ningún compromiso de exclusividad o de cobertura de una cuota determinada de sus necesidades con suministros de la empresa en posición dominante.

<sup>66</sup> Por lo que respecta a la aplicación del artículo 82 CE a un sistema de bonificaciones en función de objetivos de ventas, del apartado 70 de la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, se desprende que, al prohibir la explotación abusiva de una

posición dominante en el mercado en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, este artículo tiene por objeto los comportamientos que puedan influir en la estructura de un mercado donde la competencia está ya debilitada, en razón precisamente de la presencia de una empresa que ocupa dicha posición y tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo.

67 A fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición aplicando un sistema de descuentos como el descrito en el apartado 65 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia ha establecido que procede apreciar el conjunto de circunstancias, en particular los criterios y condiciones de concesión del descuento, y examinar si dicho descuento pretende, mediante la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 73).

68 De esto se desprende que, para determinar si, en el caso de una empresa en posición dominante, es abusiva la aplicación de un sistema de descuentos o de incentivos que no constituyen descuentos o incentivos por volumen o por fidelidad en el sentido de la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, es necesario, en primer lugar, verificar si estos descuentos o incentivos pueden producir un efecto de exclusión, es decir, si pueden, por un lado, dificultar o imposibilitar el acceso al mercado de los competidores de la empresa en posición dominante, y, por otro, dificultar o imposibilitar, para su otras partes contratantes, la elección entre varias fuentes de aprovisionamiento o socios comerciales.

- 69 Procede averiguar, seguidamente, si existe una justificación económica objetiva de los descuentos e incentivos otorgados. En efecto, de acuerdo con el análisis efectuado por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 279 a 291 de la sentencia recurrida, una empresa puede demostrar que su sistema de incentivos, que produce un efecto de exclusión, está económicamente justificado.
- 70 En lo que concierne al primer aspecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aporta indicaciones en el caso en el que los sistemas de descuentos o incentivos concedidos por una empresa en posición dominante no son simplemente la expresión de una oferta particularmente favorable en el mercado, sino que generan un efecto de exclusión.
- 71 En primer lugar, un efecto de exclusión puede provenir de descuentos o incentivos por objetivos, es decir, de aquéllos cuya concesión está supeditada al cumplimiento de objetivos de ventas definidos individualmente (sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartados 70 a 86).
- 72 De las afirmaciones realizadas por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 10 y 15 a 17 de la sentencia recurrida se desprende que los programas de remuneración controvertidos se habían elaborado en función de objetivos de venta individuales, porque el porcentaje de remuneración dependía de la evolución del volumen de negocios procedente de la venta de billetes de BA por cada agencia de viajes durante un período determinado.
- 73 Se desprende igualmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el compromiso de las otras partes contratantes con la empresa en posición dominante y la presión ejercida sobre ellos pueden ser particularmente intensos cuando un

descuento o un incentivo no se limita solamente al incremento del volumen de negocios relativo a las compras o ventas de productos de dicha empresa realizadas por las otras partes contratantes durante el período tomado en consideración, sino que se extiende igualmente al conjunto del volumen de negocios relativo a esas compras o ventas. De este modo, variaciones proporcionalmente modestas –sean al alza o a la baja– del volumen de negocios relativo a los productos de la empresa en posición dominante producen efectos desproporcionados sobre las otras partes contratantes (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 81).

74 El Tribunal de Primera Instancia declaró que los programas de remuneración controvertidos generan una situación similar. La consecución de los objetivos fijados de crecimiento de ventas llevaba a un incremento de la comisión abonada por la totalidad de billetes de BA vendidos por la agencia, y no únicamente por los vendidos una vez logrado el objetivo (apartado 23 de la sentencia recurrida). Por tanto, podía revestir una importancia decisiva para la totalidad de los ingresos por comisiones de una agencia de viajes haber vendido o no algunos billetes de BA suplementarios tras haber alcanzado un determinado volumen de negocios (puntos 29 y 30 de la exposición de motivos de la Decisión de la Comisión, reproducidos en el apartado 23 de la sentencia recurrida). El Tribunal de Primera Instancia, que describe esta característica y sus consecuencias en los apartados 272 y 273 de la sentencia recurrida, declara que el carácter progresivo de los porcentajes de comisión incrementados produce un «importante efecto marginal» y subraya los efectos radicales sobre los porcentajes de las remuneraciones de rendimiento que podía tener una ligera disminución de las ventas de billetes de BA.

75 Finalmente, el Tribunal de Justicia ha declarado que la presión ejercida sobre los revendedores por una empresa en posición dominante que concede descuentos que presenten dichas características se ve más reforzada cuando esta empresa tiene unas cuotas de mercado mayores que las de sus competidoras (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 82). Este Tribunal ha declarado que, en estas condiciones, resulta particularmente difícil a los competidores de la empresa en posición dominante mejorar estos descuentos o incentivos fijados en función del volumen total de ventas. Como consecuencia de su cuota de mercado notablemente superior, la empresa en posición dominante se constituye por regla general en un socio comercial inevitable en el mercado. La mayoría de las veces, los

incentivos o descuentos concedidos por dicha empresa en función del volumen de negocios total, triunfan ampliamente, en términos absolutos, incluso sobre las ofertas más generosas de sus competidores. Así pues, al objeto de atraer a las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante o de recibir de ellas cuando menos un volumen de pedidos suficiente, sus competidores deben ofrecerles unos descuentos o incentivos mucho más elevados.

76 En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia constató, en el apartado 277 de la sentencia recurrida, que la cuota de mercado de BA era notablemente más elevada que las de sus cinco principales competidoras en el Reino Unido. De ello dedujo, en el apartado 278 de dicha sentencia, que las compañías aéreas competidoras no estaban en condiciones de conceder a las agencias de viajes los mismos beneficios que BA, ya que eran incapaces de conseguir, en el Reino Unido, una cantidad de ingresos que pudiera constituir una base financiera suficientemente grande como para permitirles establecer eficazmente un programa de remuneración de rendimiento similar al de BA.

77 En consecuencia el Tribunal de Primera Instancia examinó con acierto, en los apartados 270 a 278 de la sentencia recurrida, si los programas de remuneración controvertidos tenían un efecto de fidelización capaz de producir, en su caso, un efecto de exclusión.

78 Procede recordar, en relación con la apreciación de las declaraciones sobre el estado del mercado y la situación de la competencia, que no incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de casación, sustituir la valoración del Tribunal de Primera Instancia por su propia apreciación. En efecto, con arreglo al artículo 225 CE y al artículo 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, el recurso de casación debe limitarse a las cuestiones de Derecho. La apreciación de los hechos no constituye, salvo en caso de una eventual

desnaturalización de los hechos o los medios de prueba, que no ha sido alegada en el presente asunto, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia (véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de 15 de septiembre de 2005, *BioID/OAMI*, C-37/03 P, Rec. p. I-7975, apartados 43 y 53, y de 21 de septiembre de 2006, *Technische Unie/Comisión*, C-113/04 P, Rec. p. I-8831, apartado 83, así como el auto de 28 septiembre de 2006, *Unilever Bestfoods/Comisión*, C-552/03 P, no publicado en la Recopilación, apartado 57). Por lo tanto, no puede admitirse la alegación de BA según la cual sus competidoras estaban en condiciones de realizar contraofertas competitivas a las agencias de viajes.

79 Lo mismo sucede con la alegación formulada por BA en el sentido de que el Tribunal de Primera Instancia sobreestimó el «importante efecto marginal» de los programas de remuneración controvertidos. En efecto, con esa alegación, BA cuestiona la apreciación de los hechos y de los medios de prueba realizada por el Tribunal de Primera Instancia, lo que constituye un motivo inadmisibles en el procedimiento de casación.

80 Del examen del conjunto de las consideraciones anteriores se desprende que la primera parte del primer motivo es parcialmente inadmisibles y está parcialmente infundada.

Sobre la segunda parte del primer motivo, relativa a la apreciación por el Tribunal de Primera Instancia de la relevancia de la justificación económica objetiva de los programas de remuneración controvertidos

— Alegaciones de las partes

81 BA considera que la apreciación del Tribunal de Primera Instancia contenida en los apartados 279 y siguientes de la sentencia recurrida, a tenor de la cual las comisiones de BA no se basaban en una contraprestación económica justificada, es errónea. Para BA, está económicamente justificado que una compañía aérea recompense a las

agencias de viajes que le permiten incrementar sus ventas y la ayudan a cubrir sus elevados costes fijos gracias a la aportación de pasajeros suplementarios.

82 La Comisión y Virgin discrepan de esta posición. La Comisión pone de manifiesto el carácter lacónico del razonamiento de BA a este respecto. No basta, en su opinión, con declarar que el sector aéreo se caracteriza por unos costes fijos elevados para justificar las iniciativas adoptadas por una compañía aérea para cubrir una parte de dichos costes. En cualquier caso, las compañías competidoras tienen también que soportar costes fijos elevados. Pues bien, las prácticas de exclusión de una empresa en posición dominante, como BA, reducen los ingresos de esas compañías y les dificultan aún más la cobertura de costes.

83 Virgin alega que un sistema de descuentos cuantitativos vinculado exclusivamente al volumen de las compras realizadas a una empresa en posición dominante está en principio económicamente justificado, ya que se supone que los descuentos por volumen reflejan la mayor eficiencia y las economías de escala conseguidas por dicha empresa. Precisa que, no obstante, la propia BA admitió ante el Tribunal de Primera Instancia que no existía relación entre, por una parte, las eventuales economías de escala conseguidas gracias a los billetes de BA emitidos con posterioridad a la realización de los objetivos de ventas y, por otra parte, los incrementos de los porcentajes de comisión abonados a las agencias de viaje en el Reino Unido como contraprestación por haber superado dichos objetivos.

#### — Apreciación del Tribunal de Justicia

84 Los descuentos o incentivos que concede una empresa en posición dominante a sus socios contractuales y que producen un efecto de exclusión no son forzosamente abusivos y, por tanto, prohibidos con arreglo al artículo 82 CE. Según reiterada jurisprudencia, sólo cabe considerar como abusivos los descuentos e incentivos que



no se basen en una prestación económica que los justifique (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hoffmann-La Roche/Comisión, apartado 90, y Michelin/Comisión, apartado 73).

85 Como ya se ha constatado en el apartado 69 de la presente sentencia, el Tribunal de Primera Instancia obró acertadamente, tras haber declarado que los programas de remuneración controvertidos generaban un efecto de exclusión, al investigar si dichos sistemas tenían una justificación económica objetiva.

86 La apreciación de la justificación económica de un sistema de descuentos o incentivos llevado a cabo por una empresa en posición dominante se efectúa basándose en el conjunto de las circunstancias del caso concreto (véase, en este sentido, la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 73). Es necesario determinar si el efecto de exclusión que resulta del mencionado sistema, desfavorable para la competencia, puede verse contrarrestado, o incluso superado, mediante mejoras de la eficacia que también puedan beneficiar al consumidor. Si el efecto de exclusión del mencionado sistema no guarda una relación con las ventajas para el mercado y los consumidores, o bien va más allá de lo necesario para la obtención de tales ventajas, dicho sistema ha de considerarse abusivo.

87 En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia, al basarse acertadamente sobre los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, investigó si existía una justificación económica de los programas de remuneración controvertidos. En los apartados 284 y 285 de la sentencia recurrida, se pronunció respecto de las alegaciones presentadas por BA, que se referían, en particular, a los elevados costes fijos en el transporte aéreo y a la importancia de los porcentajes de ocupación de los aparatos. Basándose en su apreciación de las circunstancias del

caso concreto, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que dichos programas no se basaban en ninguna justificación económica objetiva.

88 En este contexto, procede declarar que las alegaciones de BA relativas a los elevados costes fijos en el transporte aéreo y a la importancia de los porcentajes de ocupación de los aparatos son inadmisibles por las razones expresadas en el apartado 78 de la presente sentencia, en la medida en la que BA cuestiona en realidad la apreciación de los hechos y de los medios de prueba realizada por el Tribunal de Primera Instancia. Pues bien, no incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de casación, sustituir la valoración del Tribunal de Primera Instancia del estado del mercado y de la situación de la competencia por su propia apreciación.

89 Por ello, la segunda parte del primer motivo no puede admitirse.

90 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error de Derecho al constatar que los programas de remuneración controvertidos tenían un efecto de fidelización, que producían un efecto de exclusión y que no estaban justificados desde un punto de vista económico.

91 Por tanto, procede inadmitir el primer motivo en su totalidad.

*Sobre el segundo motivo, basado en un error de Derecho al no haber examinado el Tribunal de Primera Instancia los efectos probables de las comisiones concedidas por BA ni haber tenido en cuenta pruebas según las cuales dichas comisiones no habían tenido ningún efecto material sobre las compañías aéreas competidoras*

## Alegaciones de las partes

- 92 Mediante su segundo motivo, BA reprocha en esencia al Tribunal de Primera Instancia que no examinara los efectos probables de los programas de remuneración controvertidos, esto es, la existencia de un efecto de exclusión, dado que el artículo 82 CE exige, según la recurrente, que se examinen en cada caso los efectos reales o probables de las prácticas investigadas, en lugar de basarse simplemente en la forma que adoptan o en presunciones de que existe tal efecto.
- 93 A este respecto, aun precisando que ella no sostiene en absoluto que haya que demostrar la existencia, en la práctica, de efectos contrarios a la competencia en cada asunto, BA alega que en el presente asunto existían pruebas que indicaban claramente que los programas de remuneración controvertidos no tenían ningún efecto material. A su juicio, estas pruebas demostraban que, en el Reino Unido, las cuotas de mercado de las compañías aéreas competidoras se incrementaron en el período de la supuesta infracción, mientras que la cuota de mercado de BA se redujo, y que se había reducido la proporción de billetes de BA en las ventas de las agencias de viajes. Según BA, el Tribunal de Primera Instancia debió tener en cuenta estas pruebas evidentes de la falta de efecto de exclusión. Explica que, si dicho Tribunal tomó en consideración, en el marco de otros asuntos, ciertas pruebas que demostraban el incremento de las cuotas de mercado de la empresa en posición dominante y el descenso de las cuotas de mercado de sus competidoras para corroborar la existencia de un abuso, debía, a la inversa, admitir en el presente caso la relevancia de pruebas en sentido contrario para contrarrestar las alegaciones de abuso.

94 La recurrente aduce que, por el contrario, el Tribunal de Primera Instancia rechazó estas pruebas en la sentencia recurrida, al afirmar, en el apartado 295, que dado que las agencias de viajes en el Reino Unido emitían, en la época de los hechos de que se trata, el 85 % de todos los billetes de avión vendidos en el territorio de este Estado miembro, el comportamiento de BA «no pudo dejar de producir» un efecto excluyente en perjuicio de las compañías aéreas competidoras, y, en el apartado 298 de la misma sentencia, que las competidoras de BA habrían obtenido mejores resultados de no haber existido tal comportamiento. El Tribunal de Primera Instancia añadió, en el apartado 297 de la sentencia recurrida, que cuando una empresa en posición dominante aplica una práctica dirigida a eliminar a sus competidoras, la circunstancia de que no se alcance el resultado previsto no basta para descartar la declaración de la existencia de un abuso.

95 Virgin estima que este motivo es inadmisibile, y la Comisión lo considera infundado. Ésta alega que el Tribunal de Primera Instancia examinó detalladamente los efectos probables de los programas de remuneración controvertidos en el apartado 271 y siguientes de la sentencia recurrida, antes de proceder a la evaluación de dichos efectos en los apartados 294 y 295. Añade que, según jurisprudencia reiterada, para demostrar que una práctica constituye un abuso basta con demostrar que amenaza con restringir la competencia, sin que sea necesario demostrar que produce realmente tal efecto. La Comisión destaca que, en el apartado 73 de la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró además que procedía examinar si el descuento litigioso «pretendía» tener ciertos efectos restrictivos.

#### Apreciación del Tribunal de Justicia

96 Con respecto a la alegación de BA según la cual el Tribunal de Primera Instancia no examinó los efectos probables de los programas de remuneración controvertidos, basta con constatar que, en los apartados 272 y 273 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia explicitó el mecanismo de estos programas.

- 97 Tras señalar el «importante efecto marginal» de los porcentajes de comisión incrementados, vinculado a su carácter progresivo, describió el efecto exponencial, sobre dichos porcentajes, del incremento del número de billetes de BA emitidos durante varios períodos sucesivos, y viceversa, la reducción desproporcionada de dichos porcentajes, incluso en el supuesto de una ligera regresión de las ventas de billetes de BA en relación con el período de referencia anterior.
- 98 Sobre esta base, el Tribunal de Primera Instancia concluyó, sin incurrir en error de Derecho, que los programas de remuneración controvertidos habían tenido un efecto de fidelización. De esto se desprende que el motivo mediante el cual BA reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber verificado los efectos probables de los mencionados programas no está fundado.
- 99 Por otro lado, procede recordar que, en el apartado 99 de su recurso de casación, BA admitió que el Tribunal de Primera Instancia había apreciado acertadamente que las agencias de viajes estaban incentivadas a aumentar las ventas de sus billetes. Además, en el apartado 113 de su recurso de casación, afirma que, si el Tribunal de Primera Instancia hubiera examinado el impacto real o probable de los programas de remuneración controvertidos sobre la competencia entre agencias de viajes, habría concluido que era desdeñable.
- 100 De esto se desprende que BA no niega seriamente que estos programas pretendían fidelizar a las agencias de viajes y, por lo tanto, afectar a la situación de las compañías aéreas competidoras.
- 101 En el caso de las alegaciones de BA relativas a ciertos elementos de prueba que, en su opinión, demuestran la falta de efecto de exclusión derivada de los programas de

remuneración controvertidos y que el Tribunal de Justicia no tuvo suficientemente en cuenta, basta con declarar que esta parte del segundo motivo es inadmisibile en el marco de un procedimiento de casación por las razones expuestas en el apartado 78 de la presente sentencia.

- 102 Por tanto, procede declarar la inadmisibilidad parcial del segundo motivo y desestimarlos por infundado en todo lo demás.

*Sobre el tercer motivo, basado en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no examinó si existía un «perjuicio [para los consumidores] conforme al artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b)*

#### Alegaciones de las partes

- 103 Mediante su tercer motivo, BA alega que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al no examinar si los programas de remuneración controvertidos causaban perjuicio a los consumidores, como establece el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), conforme a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada. A su vez, el Tribunal de Primera Instancia se limitó en el apartado 295 de la sentencia recurrida, a examinar el impacto del comportamiento de BA sobre sus competidoras en los mercados del transporte aéreo en el Reino Unido, sin haber analizado este requisito.

- 104 La Comisión y Virgin alegan, refiriéndose a la sentencia Europemballage y Continental Can/Comisión, antes citada, que este motivo es infundado, ya que el

artículo 82 CE se aplica no sólo a los comportamientos que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a los que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva.

### Apreciación del Tribunal de Justicia

105 En primer lugar, proceder recordar que, como se ha expuesto en los apartados 57 y 58 de la presente sentencia, los descuentos e incentivos concedidos por una empresa en posición dominante pueden igualmente ser contrarios al artículo 82 CE aunque no se correspondan con ninguno de los ejemplos mencionados en el segundo párrafo de este artículo.

106 Además, como ya constató el Tribunal de Justicia en el apartado 26 de la sentencia *Europemballage y Continental Can/Comisión*, antes citada, el artículo 82 CE se aplica no sólo a los comportamientos que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a los que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva en el sentido del artículo 3 CE, apartado 1, letra g).

107 El Tribunal de Primera Instancia pudo así, sin incurrir por ello en un error de Derecho, decidir no examinar si el comportamiento de BA había causado un perjuicio a los consumidores en el sentido del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), y sí en cambio verificar, en los apartados 294 y 295 de la sentencia recurrida si los programas de remuneración controvertidos tenían un efecto restrictivo sobre la competencia y establecer que la Comisión había probado la existencia de dicho efecto en la Decisión controvertida.

108 Teniendo en cuenta estas consideraciones, el tercer motivo debe desestimarse por infundado.

*Sobre el cuarto motivo, basado en un error de Derecho imputado al Tribunal de Primera Instancia por haber considerado que el nuevo programa de remuneración del rendimiento tenía el mismo efecto que los acuerdos de mercadotecnia, a pesar de la diferencia derivada de la distinta duración del período tomado en consideración, respectivamente, y en la falta de análisis y cuantificación de los efectos de dicho sistema sobre las competidoras de BA*

109 El cuarto motivo invocado por BA se divide en dos partes, relativas, la primera, a las diferencias entre los acuerdos de mercadotecnia y el nuevo programa de remuneración del rendimiento y, la segunda, a los requisitos de la prueba del efecto de exclusión de los programas de remuneración controvertidos.

Sobre la primera parte del cuarto motivo, relativa a las diferencias entre los acuerdos de mercadotecnia y el nuevo programa de remuneración del rendimiento

— Alegaciones de las partes

110 Mediante la primera parte del cuarto motivo, BA alega que el Tribunal de Primera Instancia consideró que los acuerdos de mercadotecnia y el nuevo programa de remuneración del rendimiento tenían el mismo efecto restrictivo de la competencia, siendo así que existen importantes diferencias entre ellos. En particular, en el marco



de los acuerdos de mercadotecnia, el período tomado en consideración para conceder la remuneración era de un año, mientras que, en el caso del nuevo programa de remuneración del rendimiento, era de un mes. Según BA, este detalle es importante, porque el hecho de tomar en consideración un período tan breve como un mes no puede producir un efecto de exclusión notable.

- 111 Virgin considera que el cuarto motivo es íntegramente inadmisibile, porque se refiere a las apreciaciones de hecho, y en cualquier caso infundado.
- 112 La Comisión sostiene que la alegación de que el nuevo programa de remuneración del rendimiento no puede tener un efecto de exclusión carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Justicia

- 113 Procede constatar que, en la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia admitió explícitamente la existencia de un efecto de fidelización por lo que respecta tanto a los acuerdos de mercadotecnia cuanto al nuevo programa de remuneración del rendimiento (apartados 271 al 273 de la sentencia recurrida), aunque pusiera de manifiesto las diferencias entre el programa y los acuerdos en relación con la duración de los diferentes períodos tenidos en cuenta (apartados 11 y 15 de la sentencia recurrida). Se desprende de la sentencia recurrida que, independientemente de la diferencia de duración de los períodos tomados en consideración, el Tribunal de Primera Instancia concedió una importancia decisiva a los hechos de que, por una parte, tanto dichos acuerdos como dicho programa podían dar lugar a modificaciones exponenciales en los porcentajes de comisión de un período de referencia a otro en virtud de su «importante efecto marginal» (apartado 272 de la sentencia recurrida) y, por otra parte, las competidoras de BA no podían, dadas sus

cuotas de mercado notablemente inferiores, contrarrestar el efecto absoluto de estos acuerdos y de este programa mediante contraofertas (apartado 278 de la sentencia recurrida).

114 En todo caso, esta apreciación de las circunstancias del caso concreto depende de la apreciación de hechos y pruebas, que incumbe con carácter exclusivo al Tribunal de Primera Instancia. Por los motivos indicados en el apartado 78 de la presente sentencia, no incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de casación, sustituir por su propia apreciación la valoración del Tribunal de Primera Instancia del estado del mercado y de la situación de la competencia, en lo que respecta, en particular, a la duración de los períodos tomados en consideración y al impacto eventual de este elemento sobre el efecto de exclusión de los programas de remuneración controvertidos.

115 En consecuencia, la primera parte del cuarto motivo es inadmisibile.

Sobre la segunda parte del cuarto motivo, relativa a los requisitos de la prueba del efecto de exclusión de los programas de remuneración controvertidos

— Alegaciones de las partes

116 Mediante la segunda parte del cuarto motivo, BA sostiene que, equivocadamente, el Tribunal de Primera Instancia no examinó el conjunto de circunstancias del caso concreto a la hora de determinar si las compañías aéreas competidoras de BA se veían afectadas negativamente por los programas de remuneración controvertidos.

El Tribunal de Primera Instancia, en su opinión, no intentó en modo alguno dilucidar si, y en qué medida, estas compañías no estaban en condiciones de realizar contraofertas, sino que se basó en hipótesis generales. Además, se limitó a realizar afirmaciones generales, como el «importante efecto marginal» y la posibilidad de un «aumento exponencial» de los porcentajes de comisión de un período al otro.

- 117 Según BA, este enfoque superficial contrasta con el adoptado por el Tribunal de Justicia en las sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión y Michelin/Comisión, antes citadas. Precisa que, en estas sentencias, el Tribunal de Justicia no concluyó que existía un abuso de posición dominante únicamente porque, en los sistemas allí analizados, el hecho de alcanzar un determinado umbral daba lugar a un importante descuento. Antes al contrario, examinó una serie de elementos específicos que, en su conjunto, indicaban que los sistemas de incentivos provocaban una eliminación concreta.
- 118 Según BA, el Tribunal de Primera Instancia debió seguir este enfoque y examinar los elementos siguientes: el importe absoluto y relativo del beneficio obtenido cuando se llega al umbral; el número de umbrales; las cuestiones de si el o los umbrales se acercan a las necesidades totales del comprador y si el mercado puede desarrollarse o no; la amplitud del período de referencia, y el porcentaje del mercado total sujeto a reducción de precios (en el caso concreto, los servicios de agencias de viajes). La recurrente afirma que, sin embargo, ninguno de estos elementos se tomó en consideración en la sentencia recurrida. El Tribunal de Primera Instancia supuso más bien, en su opinión, que la posibilidad de obtener un porcentaje de comisión medio más elevado en contrapartida al incremento de las ventas de billetes de BA implicaba inevitablemente un efecto de exclusión irregular de las compañías aéreas competidoras.
- 119 Para la Comisión, la alegación relativa a la falta de cuantificación de la limitación del mercado de las competidoras de BA es inadmisibles con arreglo a los artículos 42, apartado 2, y 118 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, ya que tal cuantificación ya había sido efectuada por la Comisión en el punto 30 de la exposición de motivos de la Decisión controvertida y BA no contestó en primera instancia este aspecto de la argumentación de la Comisión.

## — Apreciación del Tribunal de Justicia

- 120 Mediante la segunda parte del cuarto motivo, BA reprocha al Tribunal de Primera Instancia su enfoque superficial en su análisis de los efectos de los programas de remuneración controvertidos, en particular la falta de cuantificación de las consideraciones relativas al efecto de exclusión de estos programas y el recurso a afirmaciones generales como el «importante efecto marginal» de los porcentajes de comisión de un período al otro.
- 121 Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, esta parte del cuarto motivo no es inadmisibles con arreglo a los artículos 42, apartado 2, y 118 del Reglamento de Procedimiento porque, según alega la Comisión, BA no se opuso en primera instancia a esta parte de la Decisión controvertida, esto es, a los cálculos incluidos en el punto 30 de la exposición de motivos de dicha Decisión, los cuales estaban dirigidos a ilustrar el importante efecto de las comisiones percibidas por una agencia de viajes por la venta de algunos billetes de BA suplementarios.
- 122 En efecto, la alegación de BA no se refiere a los cálculos de la Comisión como tales, sino a las apreciaciones realizadas por el Tribunal de Primera Instancia sobre los programas de remuneración controvertidos. Por tanto, la segunda parte del cuarto motivo es admisible.
- 123 Sin embargo, esta parte no está fundada, puesto que las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia contestadas por BA deben considerarse en relación con los cálculos contenidos en la Decisión controvertida. El Tribunal de Primera Instancia cita expresamente, en el apartado 23 de la sentencia recurrida, el punto 30 de la exposición de motivos de dicha Decisión. De esto se desprende que las consideraciones del Tribunal de Primera Instancia criticadas por BA están suficientemente cuantificadas. La alegación de que el Tribunal de Primera Instancia no justificó su apreciación de que las competidoras de BA no estaban en condiciones de realizar contraofertas aptas para contrarrestar los programas de remuneración controvertidos carece de fundamento fáctico.

- 124 Por consiguiente, la segunda parte del cuarto motivo ha de desestimarse por infundada.
- 125 Por tanto, procede declarar la inadmisibilidad parcial del cuarto motivo y desestimarlo por infundado en todo lo demás.

*Sobre el quinto motivo, basado en la aplicación incorrecta, por parte del Tribunal de Primera Instancia, del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), en lo que respecta al efecto discriminatorio, para las agencias de viajes en el Reino Unido, de los programas de remuneración controvertidos*

- 126 Con carácter previo, procede señalar que, independientemente de las constataciones del Tribunal de Justicia relativas a los cuatro primeros motivos alegados por BA, referidos al carácter abusivo de los programas de remuneración controvertidos, que tienen por efecto la eliminación de las empresas competidoras de BA sin justificación económica objetiva, procede examinar el quinto motivo, en la medida en que BA tiene interés en discutir que dichos programas estén prohibidos con arreglo al artículo 82 CE, párrafo segundo letra c), al poder reducirse el importe de la multa impuesta en caso de que se constate la falta de carácter abusivo de acuerdo con dicha disposición.

#### Alegaciones de las partes

- 127 Mediante su quinto motivo, que se refiere a los apartados 233 a 240 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal de Primera Instancia confirma las constataciones de

la Comisión relativas al efecto discriminatorio de los programas de remuneración controvertidos, BA le reprocha en esencia el haber declarado, basándose en una aplicación incorrecta del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), que estos sistemas producían efectos discriminatorios entre las agencias de viajes en el Reino Unido.

- 128 Según BA, el Tribunal de Primera Instancia se basó únicamente en la suposición, formulada en el apartado 238 de la sentencia recurrida, de que el simple hecho de que dos agencias de viaje se beneficien de dos porcentajes de comisión distintos realizando una cantidad idéntica de ingresos obtenida por la venta de billetes de BA tenía «naturalmente» un impacto importante sobre su capacidad de competir.
- 129 BA precisa que, por el contrario, para que el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), sea de aplicación, no basta con que exista una simple diferencia de trato, como el hecho de que dos agencias de viaje se beneficien de porcentajes de comisión diferentes. A su juicio, esta disposición prohíbe las diferencias de trato sólo si las prestaciones comparadas son equivalentes, si se les aplican requisitos diferentes y si la agencia que obtiene una comisión inferior sufre una desventaja para competir respecto de las agencias que reciben una comisión más elevada.
- 130 BA alega, por una parte, que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho en la aplicación del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), al considerar que las transacciones en las que participa una agencia de viajes que aumenta sus ventas y aquellas en las que participa una que no las aumenta constituyen «prestaciones equivalentes» en el sentido de dicho artículo. Explica que la situación de las agencias de viajes cuyas ventas de billetes de BA aumentaron durante un período determinado no es comparable a la de otras agencias que no experimentaron tal aumento. Sobre esta base, afirma que la agencia que incrementa su volumen de negocios relativo a la venta de billetes emitidos por una compañía aérea determinada es particularmente útil para dicha compañía, porque le permite cubrir sus elevados costes fijos gracias a la aportación de pasajeros suplementarios, y por ello está justificado que se la recompense.

131 Por otra parte, también erróneamente a su juicio, el Tribunal de Primera Instancia no examinó si las agencias de viaje sufrieron una desventaja competitiva, como exige el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c).

132 En cambio, la Comisión y Virgin coinciden en afirmar que los programas de remuneración controvertidos trataban situaciones similares de manera distinta sin razón objetiva. La Comisión alega sobre todo que las prestaciones de las agencias de viajes que emiten billetes de BA son equivalentes en la medida en que los incrementos de porcentajes de comisión no están relacionadas con incrementos de productividad de BA, de modo que las agencias que aumentan sus ventas con relación al período de referencia no prestan ningún servicio suplementario a BA. La Comisión añade que no es obligatorio realizar un análisis en profundidad de la desventaja competitiva de las agencias de viajes afectadas. Virgin considera que la desventaja es, de todos modos, evidente.

#### Apreciación del Tribunal de Justicia

133 El artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), prohíbe toda discriminación, por parte de una empresa en posición dominante, consistente en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, (sentencia de 29 marzo de 2001, Portugal/Comisión, C-163/99, Rec. p. I-2613, apartado 46).

134 En el presente asunto, consta que BA aplicó porcentajes de comisión diferentes a diversas agencias de viajes en el Reino Unido, según hubieran cumplido o no sus objetivos de ventas con relación al período de referencia.

135 Queda por examinar, por una parte, si el Tribunal de Primera Instancia se basó acertadamente en la equivalencia de prestaciones de las agencias de viajes para declarar que los programas de remuneración controvertidos, al poder llevar a la aplicación de porcentajes de comisión diferentes a agencias que emitieran el mismo número de billetes de BA, eran discriminatorios, y, por otra parte, si pudo, sin incurrir en error de Derecho, renunciar a realizar constataciones detalladas relativas a la existencia de una desventaja competitiva.

— Sobre la primera parte del quinto motivo, relativa a la equivalencia de las prestaciones de las agencias de viajes

136 Mediante la primera parte del quinto motivo, BA critica el análisis del Tribunal de Primera Instancia relativo a la paridad entre las prestaciones efectuadas por las agencias de viaje que hubieran cumplido los objetivos de ventas de BA y aquéllas que no las hubieran cumplido. BA reprocha sobre todo al Tribunal de Primera Instancia que no hubiera tenido en cuenta el mayor provecho económico que suponen, desde el punto de vista de la compañía aérea, las prestaciones de las agencias de viajes que cumplieron sus objetivos de venta o aumentaron su volumen de negocios.

137 Sobre este último punto, en lo que respecta a la apreciación, por parte del Tribunal de Primera Instancia, de circunstancias del caso concreto de las que se pudiera deducir el carácter similar o, en caso contrario, distinto de las prestaciones de las agencias de viajes para una compañía aérea como BA, basta con recordar que la apreciación de los hechos y de los medios de prueba corresponde exclusivamente al Tribunal de Primera Instancia. No incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de casación, sustituir la valoración del Tribunal de Primera Instancia del estado del mercado y de la situación de la competencia por su propia apreciación. Por tanto, esta alegación es inadmisibile.

138 En lo que concierne a la segunda alegación, basada en un presunto error de Derecho cometido por el Tribunal de Primera Instancia en relación con el artículo 82 CE,



párrafo segundo, letra c), al estimar que las transacciones en las que participa una agencia de viajes que aumenta sus ventas de billetes de BA y aquellas en las que participa una que no las aumenta constituyen «prestaciones equivalentes» en el sentido de dicho artículo, procede señalar que, en el apartado 234 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia observó que la consecución por parte de las agencias de viajes en el Reino Unido de su objetivo de crecimiento de las ventas de billetes de BA suponía un aumento del porcentaje de las comisiones que les abonaba BA no sólo por las ventas marginales sino también por el total de ventas de billetes de BA realizado durante el período de referencia.

139 El Tribunal de Primera Instancia dedujo lógicamente que los programas de remuneración controvertidos tendían a retribuir en diferentes niveles la venta del mismo número de billetes de BA por las agencias de viajes en el Reino Unido según esas agencias hubieran cumplido o no sus objetivos de crecimiento de ventas con relación al período de referencia.

140 No parece, por tanto, que el Tribunal de Primera Instancia cometiera un error de Derecho al considerar como equivalentes las prestaciones de las agencias de viajes cuyas ventas de billetes de BA fueron, en términos absolutos, del mismo nivel durante un período determinado. Esta segunda alegación carece, por ello, de fundamento.

141 Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad parcial de la primera parte del quinto motivo y desestimarla por infundada en todo lo demás.

— Sobre la segunda parte del quinto motivo, relativa a las exigencias para constatar una desventaja competitiva

142 Mediante la segunda parte del quinto motivo, BA sostiene que, a fin de aplicar correctamente el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), la mera constatación del

Tribunal de Primera Instancia, recogida en el apartado 238 de la sentencia recurrida, según la cual las agencias de viaje se ven, en su capacidad de competir unas con otras, «naturalmente afectadas por las condiciones discriminatorias de retribución inherentes a los programas de remuneración» controvertidos, no es suficiente, ya que se requiere la prueba concreta de una desventaja competitiva.

<sup>143</sup> La prohibición específica de la discriminación contemplada en el artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), forma parte de un sistema dirigido a garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior, conforme al artículo 3, apartado 1, letra g). La práctica comercial de la empresa en posición dominante no debe falsear la competencia en un mercado de una etapa anterior o posterior, es decir, la competencia entre proveedores o entre clientes de dicha empresa. En su competencia entre sí, las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante no deben gozar de preferencias ni tampoco sufrir desventajas.

<sup>144</sup> Por consiguiente, para que se cumplan los requisitos de aplicación del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra c), es preciso constatar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no sólo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, a obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*, antes citada, apartados 523 y 524).

<sup>145</sup> A este respecto, nada se opone a que la discriminación de socios comerciales que se encuentran en relación de competencia se considere abusiva desde el momento en que el comportamiento de la empresa en posición dominante pretenda, según se desprende de todas las circunstancias del caso concreto, llevar a una distorsión de la

competencia entre sus socios comerciales. En esta situación, no se puede exigir que se aporte además la prueba del deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva de determinados socios comerciales.

<sup>146</sup> En los apartados 237 y 238 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró que existe una intensa competencia entre las agencias de viajes en el Reino Unido y que su capacidad para competir entre sí depende de dos elementos: en primer lugar, «su aptitud para ofrecer en los vuelos plazas adaptadas a los deseos de los viajeros y a un coste razonable»; en segundo lugar, sus respectivos recursos financieros.

<sup>147</sup> Además, en la parte dedicada por la sentencia recurrida al examen del efecto de fidelización de los programas de remuneración controvertidos, el Tribunal de Primera Instancia constató que éstos podían dar lugar a modificaciones exponenciales y considerables de los ingresos de las agencias de viajes.

<sup>148</sup> En el contexto de esta situación fáctica, el Tribunal de Primera Instancia, al examinar los programas de remuneración controvertidos a la luz del artículo 82, párrafo segundo, letra c), pudo llegar directamente, sin etapa intermedia pormenorizada, a la conclusión de que las posibilidades de competir de dichas agencias estaban afectadas por las condiciones discriminatorias de remuneración aplicadas por BA.

<sup>149</sup> Por ello, no puede acusarse al Tribunal de Primera Instancia de haber incurrido en un error de Derecho al no controlar, o al hacerlo de manera sumaria sí, y en qué medida, dichas condiciones habían afectado a la situación competitiva de los socios comerciales de BA. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia pudo,

acertadamente, declarar que los programas de remuneración controvertidos generaban un efecto discriminatorio en el sentido del artículo 82, párrafo segundo, letra c). De este modo, la segunda parte del quinto motivo carece de fundamento.

150 Por lo tanto, procede desestimar el quinto motivo en su totalidad.

151 Al no poder acogerse ninguno de los motivos alegados por BA en apoyo de su recurso de casación, procede desestimarlos.

### **Costas**

152 En virtud del artículo 122, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, éste decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado. A tenor de lo dispuesto en el artículo 69, apartado 2, de dicho Reglamento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 118 de este mismo Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. La Comisión y Virgin han solicitado la condena en costas de BA, y los motivos invocados por ésta han sido desestimados, por lo que procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

- 1) Desestimar el recurso de casación.**
  
- 2) Condenar en costas a British Airways plc.**

Firmas