Copenhagen Business School 2016

Kandidatafhandling på cand.merc.jur

01/06/2016

MFN-klausuler i et europæisk konkurrencemæssigt perspektiv.

- En konkurrenceretlig og industriøkonomisk undersøgelse af lovligheden af MFN-klausuler på markedet for online hotelbooking i Danmark og EU.

MFN clauses in a European competition perspective

-A competition law and industrial organization study of the legality of MFN clauses used on the online hotel booking market in Denmark and the EU.

Skrevet af: Josephine Charlotte Weyen Nord

Juridisk vejleders navn: Søren Sandfeld Jakobsen

Økonomisk vejleders navn: M. Azhar Hussein

Antal anslag/antal sider: 145.475 anslag/78 sider

Executive Summary:

The European competition authorities have lately had an increased focus on the use of MFN clauses in online hotel booking market. However there have been considerable disagreements among the national European competition authorities on whether MFN clauses are contrary to the competition rules of the art. 101 TFEU.

The legal analysis has shown, that found that MFN clauses in the Danish online hotel booking market meet the requirements of art. 101 paragraphs. 1 TFEU

In Denmark Booking.com, Expedia and Hotels.com have the majority of the online booking platform market, and their market shares were valued at over 30% of the relevant market. Therefore the MFN clauses could thus not be exempted via BER for vertical agreements. A full competition was then needed to clarify the MFN-clause's effect on the market and weigh positive and negative effects up against each other. This analysis showed that the major booking platforms possess a large amount of market power and that the majority of online hotel booking sales are affected by the MFN-clause presence. It can be concluded that barriers to entry in the online hotel booking market is high and that MFN clauses helps maintain and strengthen the booking portals market position. Furthermore, it was found that MFN clauses causing higher retail prices, since the booking portals market power enables them to squeeze commission rates up, causing the hotels to raise the price to achieve sufficient profit to the detriment of the consumers.

The free-riding threat argument cannot be justified in relation to the booking platforms the good earnings potential in the market. On this basis the MFN clauses are in contrary to art. 101 paragraph. 1 TFEU, and should therefore be declared invalid cf. Art. 101 paragraph 2 TFEU.

It is recommended to draw up some guidelines specifically for MFN clauses to ensure a more effective and consistent enforcement of competition rules.

The Commission has an increased focus on the digitization of the internal market and has decided to support business and stakeholders' own efforts for self- and co-regulation. More self regulation could strengthen the major booking platforms market position even further, but In return, Airbnb has had an explosive growth in the Danish online booking market, and grabbed market share from booking portals. This can squeeze booking portals to reduce their costs and thereby cause greater competition in the hotel booking market to benefit consumers.

Indholdsfortegnelse

Introduktion 5
Præsentation af emnet: 5
Problemformulering: 6
Afhandlingens struktur: 7
Formålsbeskrivelse og synsvinkel 9
Afgrænsning 9
Metode 11
Kildekritik og kilder jeg gerne ville have haft 14
Hvad karakteriserer en MFN-klausul? 15
Sagens forløb i Danmark: 16
Hotelbooking portal-sagerne i Tyskland 21
Uddybende sagsforløb i Frankrig 23
Delkonklusion: 24
Analyse af art. 101 TEUF 25
Formålet med bestemmelsen: 26
Art. 101 stk.1 TEUF 26
Bagatelaftaler: 30
Ægte og uægte agent vs. selvstændig distributør 33
Artikel 101 stk. 3 TEUF 35
Delkonklusion: 35
Gruppefritagelsesordningen for vertikale aftaler: 36
Vertikale aftaler 36
Alvorlige begrænsninger 37
Generelt om reglen vedrørende maks. 30 % markedsandel 39
Falder MFN-klausul parterne under 30 % markedsandel reglen? 39
Delkonklusion: 44
Vertikale begrænsninger der falder uden for Gruppefritagelsesforordningen: 45
Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger C 368/14 45
Hvilke øvrige konkurrenceeffekter har MFN-klausulernes på markedet? 52
Delkonklussion: 59
Hvordan påvirker MFN-klausuler prissætningen på hotellerne. 61
Selvstændig forhandler/distributør-modellen: 61
Agent-modellen 62
Et marked uden MFN-klausuler 64
Stigning i bookingportalernes kommissionssatser 64
Delkonklusion: 66
Kan MFN-klausulerne opnå en individuel fritagelse jf. Art. 101, stk.3? 67
De positive betingelser 67
De negative betingelser 69
Retspraksis på området 70
Delkonklusion: 71
Hvilke retspolitiske tiltag, kan iværksættes for at sikre en mere effektiv regulering af området? 72
Mit retspolitiske forslag: 72
Hvilke nye tiltag har Kommissionen i støbeskeen? 73
Nye markedstendenser? 76
Delkonklusion: 77
Samlet konklusion 77
Litteraturliste: 80

Retspraksis 80
Bøger 80
Rapporter, videnskabelige artikler og tidsskrifter 81
Web-artikler 82
Bilag 85
Bilag 1 85
Bilag 2 86
Bilag 3 99

Introduktion

Præsentation af emnet:

Konkurrencemyndighederne rundt om i Europa, har det sidste stykke tid haft deres øjne rettet mod brugen af Most Favoured Nation klausuler (herefter MFN-klausul). Betegnelsen MFN-klausuler stammer oprindeligt fra internationale handelsaftaler, hvor klausulerne garanterede de kontraherende nationer handelsbetingelser svarende til dem, der blev givet til den mest begunstigede nation. Dermed blev de mest liberale handelsbetingelser gjort gældende for de kontraherende nationer[1]. Nu refererer MFN-klausuler også til kommercielle aftaler mellem virksomheder. MFN-klausuler kan have mange udformninger, hvori omfanget og arten af klausulens forpligtelser kan variere en del.

De MFN klausuler, der har vakt størst bekymring hos konkurrencemyndighederne, er dem, der stiller krav om favorable prisbetingelser. Denne type klausul forpligter den ene aftalepart til ikke at tilbyde andre agenter/forhandlere en mere favorabel pris, end den der tilbydes klausulhaveren. Denne type aftalevilkår bliver også betegnet som prisparitet[2]. Klausulen sikrer herved, at pågældende klausulhaver bliver stillet mindst ligeså godt eller endda får tilbudt bedre prisvilkår i forhold til sine konkurrenter. Konkurrencemyndighedernes frygt har været koncentreret om, hvorvidt disse prisaftaler fordrejer konkurrencen på markedet.

Problematikken om, hvorvidt MFN klausulerne skaber potentielle konkurrenceforvridende effekter, er yderligere interessant grundet den omstændighed, at de europæiske konkurrencemyndigheder ikke er enige i deres vurdering af lovligheden af disse klausuler. Alle europæiske medlemslande er underlagt Lissabontraktaten (TEUF) og er dermed også omfattet af fælles europæiske konkurrenceregler. Det er derfor bemærkelsesværdigt, at de nationale konkurrencemyndigheder har fortolket bestemmelserne så forskelligartet.

Et tydeligt eksempel på dette er de MFN prisklausuler, der det sidste års tid har været centrum for en strid mellem de store online hotelbookingportaler og de hoteller, der føler sig uretmæssigt stramt bundet af klausulerne. De modstridende afgørelser har efterladt et uklart billede af hvad, der er tilladt i forhold til konkurrencereglerne i TEUF.

---

[1] Vandenborre, Ingrid; Frese, Michael J.; *'Most Favoured Nation Clauses Revisited'* (2014), pp. 588
[2] Vandenborre, Ingrid; Frese, Michael J.; *'Most Favoured Nation Clauses Revisited'* (2014); pp. 588

Jeg vil derfor se nærmere på sagen om de store bookingportalernes brug af MFN-klausuler og undersøge den komplekse lovgivningsmæssige problemstilling, samt analysere, hvilke industriøkonomiske effekter tilstedeværelsen af MFN-klausulerne har på hotelbooking markedet og i sidste ende, hvorledes de påvirker den pris forbrugerne betaler, når de booker et hotel via en online bookingplatform.
Sidst men ikke mindst vil jeg se på hvilke retspolitiske tiltag, der kan tages for at forbedre konkurrencesituationen og sikre en mere effektiv regulering af området.

Problemformulering:

Derfor er mit overordnede spørgsmål:
Er de MFN-klausuler, der benyttes på det danske online hotelbooking markedet, et lovligt og effektivt kontraktredskab, eller skal de derimod betegnes som konkurrencebegrænsende aftaler i strid med artikel 101stk.1 TEUF?

***Juridiske hovedspørgsmål*:**

- Hvorledes fortolkes art. 101 TEUF i forhold til brugen af MFN-prisklausuler på det danske online hotelbooking markedet?

***Økonomisk hovedspørgsmål*:**

- Hvilke industriøkonomiske effekter afstedkommer MFN-klausuler på konkurrencen på det danske online hotelmarked?
- Hvordan påvirkes hotellernes prissætning af disse MFN-klausuler?

***Integreret spørgsmål*:**

- Hvilke retspolitiske tiltag kan iværksættes for at sikre en mere effektiv regulering af området?

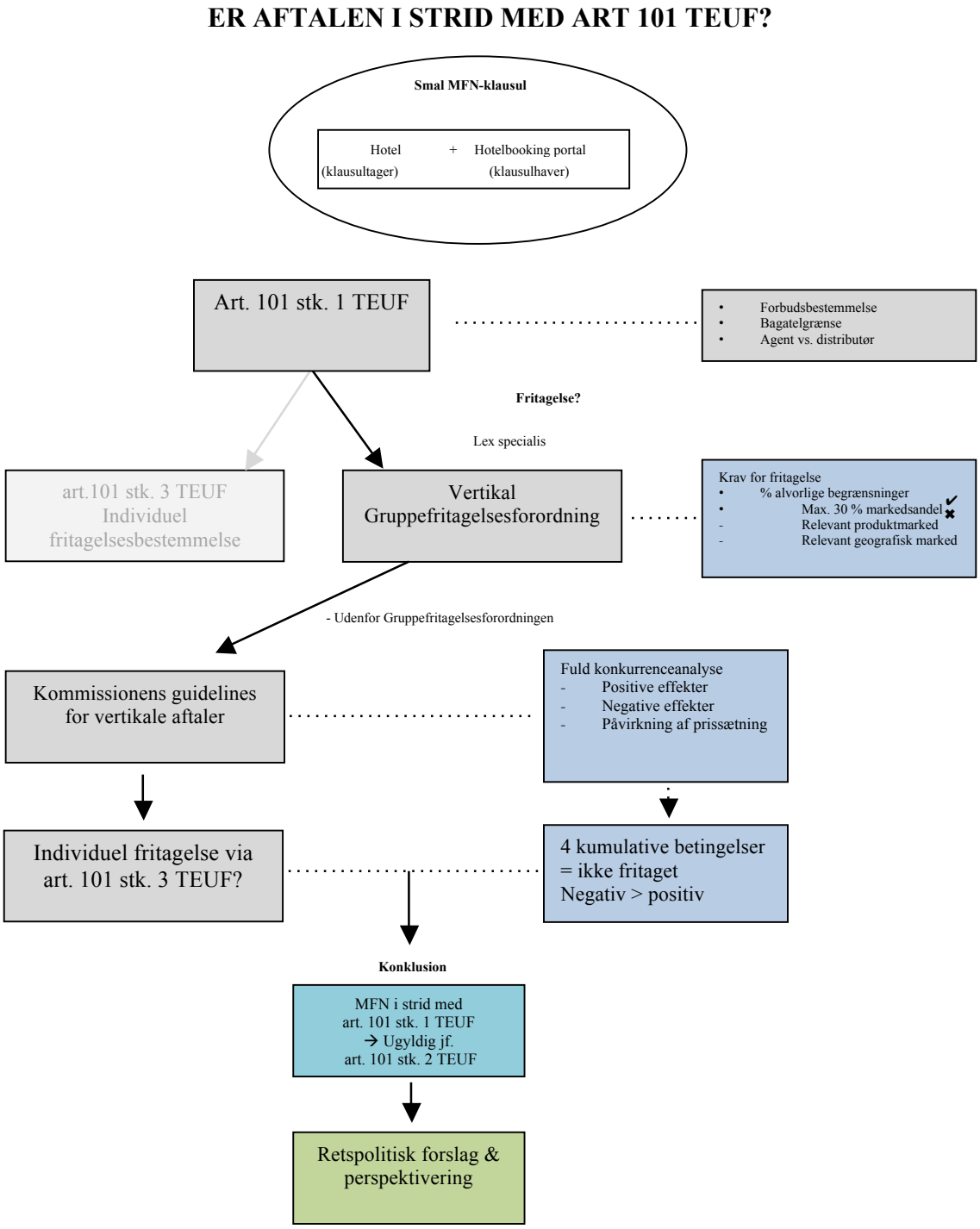
Afhandlingens struktur:

Afhandlingens struktur kommer til at følge den samme rækkefølge, som angivet i problemformuleringen. Jeg har dog bevidst valgt ikke at dele opgave op i tre afgrænsede afsnit; juridisk, økonomisk og integreret. I stedet bliver opgavens problemstillinger analyseret i et mere sammenflettende flow.

Kombinationen af industriøkonomi og konkurrenceret er to velintegrerede områder, der supplerer hinanden helt naturlig. Dette skyldes, at konkurrenceretten benytter sig af økonomiske ræsonnementer for at kunne afgøre, om en virksomheds ageren er i strid med lovgivningen. Min afhandling afspejler i høj grad den integrerede kombination af både jura og økonomi.

Omdrejningspunktet for konkurrencebestemmelserne er netop, at sikre en effektiv konkurrence på markedet og ved hjælp af lovgivningen, at kunne korrigere for virksomhedsskabte hindringer. Det sidste afsnit kommer ind på, hvordan vi kan sikre en endnu bedre regulering på området, der forhåbentlig kan afværge fortolkningsdivergens blandt medlemsstaterne, som indtil nu har været tilfældet.

For at give det bedste overblik over opgavens struktur, har jeg valgt at illustrer det visuelt.



Figur 1; Afhandlingens struktur.

Formålsbeskrivelse og synsvinkel

Denne opgaves formål er at belyse, hvorvidt de MFN-klausuler der benyttes på det danske online hotelbookingmarkedet, kan betegnes som at være ulovlige konkurrencebegrænsende aftaler i strid med art. 101 stk. 1 TEUF.
Opgavens problemformulering vil blive besvaret ved hjælp af juridisk og økonomisk teori, metode og fortolkning. Vi er i Danmark forpligtet til altid at benytte EU-konform fortolkning af dansk ret på alle de områder, hvor Danmark ikke har enekompetence i forhold til EU[3]. På konkurrenceområdet, har vi fælles europæiske bestemmelser fastsat i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, (herefter forkortet til TEUF).
I den juridiske og økonomiske problembesvarelse anlægges en branchesynsvinkel, mens der i det integrerede afsnit anlægges en samfundssynsvinkel.

Afgrænsning

Min opgave omhandler de største bookingportalers brug af MFN-klausuler på det danske online hotel bookingmarked, men jeg inddrager også viden om andre europæiske konkurrencemyndigheders undersøgelser og afgørelser på området. Ydermere har jeg valgt kun at lave en juridisk analyse på de MFN-klausuler, der benyttes af portalerne Booking.com, Hotels.com og Expedia.com over for de danske hoteller, da de er de mest fremtrædende spillere indenfor online hotelbooking i Danmark.

Jeg har udelukkende fokuseret på artikel 101 TEUF i min juridiske analyse af MFN-klausuler på online hotel booking markedet og ikke inddraget art. 102 TEUF, selvom der også sagtens kunne være en reel problemstilling i forhold til denne konkurrencebestemmelse. Jeg har valgt ikke at gennemgå alle eksemplerne i art. 101 TEUF litra b)-e), da de ikke finder anvendelse på den konkrete case.

Der stilles en del betingelser i kommissionens Bagatelmeddelelse vedrørende de alvorlige begrænsninger, som jeg ikke behandler nærmere i analysen. Det skyldes, at jeg har antaget (på trods af sparsomt data), at bookingportalernes markedsandele overstiger de 15 %, og at parternes aftale dermed falder uden for Bagatelmeddelelsen. Denne afgrænsning er begrundet af pladshensyn i opgaven.

[3] Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., 2011 "*Retskilder og Retsteorier*" s. 207

De fem begrænsninger beskrevet i Gruppefritagelsesforordningens [4] artikel 4 bliver ikke behandlet nærmere, da punkterne ikke har relevans for den konkrete case, og en dybdegående analyse af litra a)-e) vil optager unødig plads, uden at bibringe værdi til besvarelsen, dog skal det nævnes at litra a) potentielt godt kunne anvendes indirekte.

Jeg har valgt ikke at inddrage en analyse af hotellernes relevante produkt- og geografiske marked eller markedsandele, da det bliver for omfattende.
Jeg kommer ikke ind på alle online bookingportalernes substitutter og hvilke forskelle, der er på dem i henhold til vurderingen af det relevante produktmarked, da det vil være for omfattende.

Når en aftale erklæres ugyldig og uden retsvirkning jf. art. 101 stk. 2 TEUF, følger det af sekundær lovgivning, at der er muligheder for at sanktionere de pågældende virksomheder med bøder mv., men dette vil ikke blive behandlet uddybende i min analyse.

Jeg har endvidere valgt ikke at foretage en stor analyse af online bookingportalernes konkurrenter på det danske marked, både pga. plads- og datamangel.

Jeg har ikke foretaget en vurdering af særlige retssædvaner og forholdets natur på området, da der ikke umiddelbart synes at være noget relevant at inddrage til min analyse.

[4] Kfo 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

Metode

Juridisk metode:
I den juridiske analyse vil jeg benytte mig af den retsdogmatiske metode til at besvare den juridiske problemstilling. I opgaven arbejdes udelukkende med EU-ret, dog er EU-retten en del af det danske retssystem som følge af Danmarks medlemskab af EU. Det blev fastslået i sag 6/64, den danske udgave, saml. 1954, s.531, Costa mod ENEL, at EU-retten har forrang for national ret. Den italienske advokat, Flaminio Costa, nægtede at betale en elregning fra ENEL, da han mente, at den italienske lovgivning var i strid med en række EU-retlige traktatbestemmelser. Den italienske domstol spurgte EU-domstolen, om EU-retten har forrang for national ret i tilfælde af modstrid mellem disse. Det bekræftede EU-domstolen og fastslog, at medlemsstaterne ikke kan gøre en senere ensidig foranstaltning gældende imod en retsorden, de har anerkendt på gensidigt grundlag.

Retskilderne i EU-retten inddeles som nedenfor og bruges til at fastslå/udfylde, hvad gældende ret er i relation til en given problemstilling.

Primærretten består af EU's traktatgrundlag, de grundlæggende rettigheder og de almindelige retsprincipper. I min opgave benytter jeg mig af følgende:

- Lissabontraktaten af 13. december 2007, (konsolideret udgave af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (26/10 2012)) forkortet TEUF og Traktaten om den Europæiske Union forkortet TEU.
- Proportionalitetsprincippet
- Lex specialis-princippet

Bindende Sekundærregulering, som er den afledede ret fx forordninger og direktiver

- Fritagelsesordning for vertikale leverings- og distributionsaftaler: Kommissionens forordning (EF) nr. 330/2010 af 20. april 2010

Retspraksis på området, navnlig fra EU-domstolen, de nationale konkurrencemyndigheder og Kommissionen

- Apple-dommen: Case comp/at.39847-ebooks
- C-217/05 CEEES/CEPSA
- Société technique miniére mod Maschinenbau sag 56/65 præjudiciel afgørelse af 30.6.1966
- Tysk HRS-dom B 9-66/10.

I**kke-bindende regulering og softlaw**, så som Kommissionens retningslinjer, retssædvane, forholdets natur, juridiske litteratur og forskningsartikler.

Kommissionsmeddelelser:

- Bagatelmeddelelsen: EFT C 368 af 22.12.2001, Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk.1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler). Bagatelmeddelelsen er ikke bindende for medlemsstaterne, men har til formål at vejlede de nationale europæiske myndigheder og domstole i deres anvendelse af art. 101 TEUF[5].

- Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets Konkurrenceret EFT 1997 C325/5 af 9.12.1997

Retningslinjer:

- Meddelelse fra Kommissionen af 10. maj 2010: Retningslinjer for vertikale begrænsninger

Den benyttede juridiske litteratur og forskningsartikler, fremgår af litteraturlisten bagerst i opgaven.

Jeg vil benytte mig af en objektiv formålsfortolkning, det vil sige se på formålet med hele loven og med en bestemt lovregel, for at afgøre, hvorledes reglen skal forstås[6]. EU-bestemmelsernes formål er angivet i traktatens præambler og ikke i forarbejderne som i dansk ret. jeg vil endvidere anvende ordlydsfortolkning for at fastslå, om den vertikale begrænsning angivet i MFN-klausulen er omfattet af art. 101 TEUF, men

[5] Fejø EU-Konkurrenceret s. 104
[6] Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., 2011 *Retskilder og Retsteorier* s. 241

også tager hensyn til pragmatiske faktorer, således at meningsindholdet i bestemmelsen også får en afgørende betydning[7].

Økonomisk metode:

I den økonomiske analyse vil jeg anvende analyse og fortolkning til at besvare min økonomiske problemstilling. Ved analyse forstås kategorisering af empiri, og skal ses som en forenkling, der hjælper med at skabe overblik[8]. Tolkning henviser til begrebet udlægning. Fortolkning bruges til at vurdere betydningen og holdbarheden af de resultater, som man har fundet frem til gennem analysen[9].

Jeg vil anvende både kvantitative og kvalitative data. Kvantitativt data er repræsenteret ved tal og kvalitativt data er repræsenteret ved teori og tekst[10].

Jeg har kun benyttet sekundærdata, dvs. data indsamlet af andre personer.

De sekundære data, der er brugt, stammer fra informationer indsamlet via internettet og faglitteratur. Jeg er i den forbindelse opmærksom på, at sekundære datakilder indsamlet fra internettet kan være subjektive, og at jeg derfor vil forholde mig kritisk over for disse datakilder.

Jeg har kun benyttet mig af eksterne kilder, dvs. at de er tilgængelige for offentligheden.

I min økonomiske analyse vil jeg komme ind på de industriøkonomiske effekter, som MFN-klausulerne forårsager på markedet, samt hvordan det påvirker hotellernes adfærd, når de fastsætter deres værelses priser. Økonomien bag disse analyser tager udgangspunkt i almindelig neoklassisk teori, hvorved parterne handler rationelt og begge ønsker at øge deres profit mest muligt.

Integreret metode:

Den integrerede metode er en kombination af juridisk retsdogmatisk metode og økonomisk metodeteori. Juraen angiver, hvad den gældende ret er på området, og økonomien bidrager til at anskueliggøre hvilke konsekvenser, reglerne har for markedet.

---

[7] Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., 2011 *Retskilder og Retsteorier* s. 217

[8] Andersen, Ib, 2009*Den skinbarlige Virkelighed – Vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne* s. 185

[9] Andersen, Ib, 2009*Den skinbarlige Virkelighed – Vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne* s. 186-187

[10] Andersen, Ib, 2009, *Den skinbarlige virkelighed-Vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne* s. 150

Formålet med det integrerede afsnit er at udlede retspolitik (de lege ferenda)[11]. Retspolitik er et udtryk for, hvordan gældende ret bør være, og afsnittet kommer derfor til at indeholde et forslag til fortolknings eller lovændringer, samt hvilke virkninger det vil få.

Kildekritik og kilder jeg gerne ville have haft

Jeg ville meget gerne have haft noget bedre data på det danske online hotelbookingmarked. Jeg har forsøgt at opstøve data vedrørende markedsfordelingen og omsætning for de store bookingportaler i Danmark, men dette har ikke været muligt. Selvom Priceline Group og Expedia Inc.'s regnskaber bliver offentliggjort, har de ikke delt dem op efter lande. Dertil kommer, at selskaberne består af en masse datterselskaber, der yder forskellige services, hvilke gør regnskabet meget uigennemskueligt, og det har været umuligt for mig, at udlede et præcist billedet af, hvordan det danske marked ser ud.

De tre største spillere er ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen Expedia, Hotels.com og Booking.com[12]. Som sagt har jeg ikke kunne fremskaffe validt data, der illustrerer fordelingen af markedsandele eller bookingselskabernes omsætning specifikt for det danske marked. Det har derfor ikke været muligt at foretage en analyse på ét specifikt selskab, som man ellers normalt ville have gjort. Det eneste data, jeg har kunnet fremskaffe, stammer fra konsulenthuset Phocuswrigh, der angiver, at bookingportalerne Expedia og Booking.com's moderselskaber hhv. Priceline Group og Expedia Inc. står for 60 % af de samlede markedsandele for online bookinger i Europa. Dertil kommer udtalelser fra danske hotellers brancheorganisation Horesta om, at tallet formodes at være større i Danmark. Ergo er jeg kommet med en antagelse om, at bookingportalernes markedsandele overstiger en vis procentdel, som potentielt kan være urigtig. Denne antagelse har haft afgørende betydning for resultatet af min opgavebesvarelse, og jeg er fuldt ud klar over, at det skal spejles op imod det usikre data. Jeg har alligevel truffet det valgt, der syntes mest realistisk, og brugt min opgave til at illustrere min kunnen og viden ud fra et mere teoretisk "tænkt eksempel".

---

[11] Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., 2011 "*Retskilder og Retsteorier*" s. 449

[12] http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2015/20150715--Konkurrence-og-Forbrugerstyrelsen-indstiller-undersoegelse-af-bookingportaler?tc=E093DEAFAE394EE292350F3665F432D9

Jeg har derfor valgt at omtale/behandle Booking.com, Expedia og Hotels.com under den samlede betegnelse "bookingportalerne" igennem hele opgaven, da alle selskaberne benytter sig af den samme smalle MFN-klausul. Min antagelse går på, at mindst et af selskaberne har en markedsandel på over de 30 %, og det netop er det selskab, der investigeres i opgavebesvarelsen.

Hvad karakteriserer en MFN-klausul?

Danmark meldte sig ind i EF i 1973[13] (senere EU) og er i dag omfattet af Lissabontraktaten[14] og dermed også forpligtet til at overholde de fælles europæiske konkurrenceregler. De fælles konkurrenceregler er fastlagt i art. 101 TEUF og art. 102 TEUF. Art. 101 TEUF omhandler et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, mens art. 102 TEUF omhandler et forbud mod misbrug af dominerende stilling. Som skrevet i min afgrænsning, vil jeg udelukkende fokusere på art. 101 TEUF i min juridiske analyse af MFN-klausuler på det danske online hotel booking markedet. Men hvorfor er det overhovedet interessant at se på art. 101 TEUF i relation til MFN-klausuler? For at besvare dette, er det nødvendig at belyse hvilke egenskaber, der kendetegner denne form for klausul.

De seneste år har der været et øget fokus på lovligheden af prisklausuler fra de europæiske konkurrencemyndigheder. Der har særligt være tale om den type af prisklausuler, hvor en leverandør af et produkt eller en service, forpligter sig til altid at sælge til den laveste (eller tilsvarende) pris over for en forhandler, samhandelspartner eller slutkunde. Disse typer ses på tværs af brancher, men ofte er der tale om produkter/services, der forhandles eller markedsføres online. Her er konkurrencen om at få sine produkter gjort synlige og fremtrædende hos forhandlerne på internettet intens. Samtidig er der rig mulighed for, at den begunstigede samhandelspartner kan overvåge konkurrenternes priser og sammenligne leverandørens aftaler hos de konkurrerende forhandlere[15].

[13] http://www.ft.dk/Demokrati/EU/EUs_historie.aspx
[14] *Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelsen af Det Europæiske Fællesskab* offentliggjort i EFT 2007/C 306/01.
[15] http://www.horten.dk/Nyhedsliste/2014/August/Er-prisklausuler-om-altid-at-give-den-billigste-pris-lovlige

Hotels.com, Expedia.com og Booking.com, er tre af de mest betydningsfulde online hotelbookingportaler på det danske marked[16].
Hotelbooking portalerne opererer online, hvor de agerer som rejse agenter for de hoteller, som udbydes på deres hjemmeside. Det er i samarbejdet mellem online hotelbooking portalerne og hotellerne, at der er indgået MFN-klausuler. Klausulforpligtelserne udgør en vertikal begrænsning mellem parterne, så brugen af MFN-klausulerne kan have stor betydning, hvis det viser sig, at de har konkurrencebegrænsende effekter.
Dette har skabt rynkede bryn hos de europæiske konkurrencemyndigheder, og sagen er derfor blevet taget op, herunder også af den danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelse.

Sagens forløb i Danmark:
I foråret 2015 påbegyndte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en markedsundersøgelse af MFN-klausulernes effekt på det danske marked[17]. Styrelsens mål var at undersøge, om bookingportalernes prisklausuler havde konkurrenceforvridende effekter på det danske marked.
Omdrejningspunktet for undersøgelsen var aftalevilkårene i bookingportalerne Hotels.com, Expedia og Booking.com's MFN-klausulerne. Klausulerne forpligtede de samarbejdende hoteller til at tilbyde bookingportalerne mindst lige så gode vilkår, hvad angik pris og værelseskapacitet, som hotellet tilbød konkurrerende bookingportaler, eller som var fastsat på hotellets egen hjemmeside. Der var altså tale om brede MFN-klausuler, som potentielt kunne påvirke konkurrencen mellem bookingportalerne og mindske deres incitament til at konkurrere på kommissionsgebyrerne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede, at det var nødvendigt at igangsætte en undersøgelse, da de ikke umiddelbart kunne udelukke, at paritetsklausulerne direkte eller indirekte havde til formål eller følge, at begrænse konkurrencen mellem bookingportalerne i strid med Konkurrencelovens § 6 og art. 101 stk. 1 TEUF.

[16] https://www.kfst.dk/~/media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Afgoerelser/2015/20150827AfgoerelseBookingportaler.pdf
[17] https://www.kfst.dk/~/media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Afgoerelser/2015/20150827AfgoerelseBookingportaler.pdf

Undersøgelsen blev dog aldrig færdiggjort. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen meddelte nemlig d. 29. juli 2015, at de havde valgt at indstille deres markedsundersøgelse af online hotel bookingportaler[18]. Det skete, fordi portalerne selv har medvirket til at fjerne, hvad Styrelsen anså for væsentlige udfordringer for konkurrencen. Konkret er der tale om, at de største bookingportaler Booking.com og Expedia/Hotels.com gav tilsagn om at ændre deres kontraktlige krav om prisparitet.

Tilsagn om at ændre MFN-klausulerne

I april 2015 afgav Booking.com tilsagn om at begrænse klausulkravene i deres kontrakter med hotellerne i Italien, Frankrig og Sverige. Det skete, efter at de respektive landes nationale konkurrencemyndigheder havde påbegyndt undersøgelser svarende til den, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens havde iværksat. I løbet af undersøgelsesforløbet indgik de tre lande dialog med EU-Kommissionen, der koordinerede forhandlingen om de nye klausulvilkår.

Det resulterede i, at Booking.com accepterede at give tilsagn om at ændre MFN-klausulernes omfang. Med den reviderede MFN-klausul er hotellerne nu fritaget fra forpligtelsen om paritetsvilkår inden for pris, værelseskapacitet og andre betingelser i forhold til konkurrerende bookingportaler samt på hotellernes egne offline kanaler (fx direkte kontakt). Også hotellernes særlige loyalitetsprogrammer er undtaget fra MFN-klausulerne, således at hotellerne kan tilbyde særlig gode priser til denne gruppe uden at bryde klausulen[19].

Den nye smallere MFN-klausul stiller dog stadig krav om, at hotellerne ikke må tilbyde kunderne en bedre pris på hotellets egen hjemmeside. Dette er for at sikre, at Booking.com fortsat kan være en omkostningseffektiv markedsføringskanal og levere gennemsigtighed, bredt udvalg og gode priser for forbrugerne[20]. Ifølge Booking.com yder deres online platform en værdifuld service for hotellerne ved at levere særdeles billig og omfangsrig markedsføring, der hjælper hotellerne med at synliggøre dem i hele verden, Bookingportalerne sikrer, at hotellerne kan nå ud til nye rejsende og sikre, at deres virksomheder vokser.

---

[18] http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2015/20150715--Konkurrence-og-Forbrugerstyrelsen-indstiller-undersoegelse-af-bookingportaler?tc=E538038EB1E04A96B9964BE4C0F85F46

[19] https://www.kfst.dk/~/media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Afgoerelser/2015/20150827AfgoerelseBookingportaler.pdf

[20] http://news.booking.com/bookingcom-to-amend-parity-provisions-throughout-europeesp

Formanden for Booking.com Gillian Tans udtaler endvidere "Vi glæder os over og opmuntre til fair konkurrence og håber, at de øvrige online rejsebureauer vil følge Booking.com's fremgangsmåde som en del af en fælles forpligtelse til at støtte bedste priser for forbrugerne[21]".

De svenske, italienske og franske konkurrencemyndigheder konkluderede, at tilsagnet om at begrænse MFN-klausulerne, var tilstrækkeligt til at fjerne konkurrencemæssige begrænsninger. De smallere MFN-klausuler vil ifølge konkurrencemyndighederne skabe et miljø, der understøtter øget gennemsigtighed og konkurrence blandt online rejsebureauer, som i sidste ende vil gavne forbrugerne. De vil ydermere tilskynde hotellerne til at tilbyde forskellige priser og booking politikker (f.eks fri afbestilling, inkluderet morgenmad, fri wifi, mv.) til forskellige online rejsebureauer.

Efter at have accepteret at begrænse klausulernes omfang i Frankrig, Sverige og Italien, besluttede Booking.com d. 25. juni 2015 at gøre tilsagnet gældende for alle hoteller i Europa, herunder Danmark, over de næste fem år gældende fra d. 1. juli 2015[22].

Expedia valgte at følge Booking.com's eksempel og oplyste d. 1. juli 2015, at de ville implementere tilsvarende ændrede kontraktvilkår i deres MFN-klausuler med europæiske hoteller, herunder i Danmark. Expedia's reviderede vilkår trådte i kraft d. 1. august 2015 og gælder også for de næste 5 år[23]. Expedia forsikrer om, at deres tidligere paritetsklausuler om priser og tilgængelighedsvilkår var fuldt ud lovlige og i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen i EU, men at de alligevel så klausulændringen som et proaktivt skridt for at sikre konkurrencen, og som kunne lette lukningen af de påbegyndte undersøgelser af Expedia, som flere konkurrencemyndigheder har igangsat, efter Booking.com sagen var afsluttet[24].

Expedia understregede, at gennemsigtighed, førsteklasses forbruger bookingoplevelser og forsat investering i teknologisk innovation har stor værdi for dem, og at Expedia ønsker at bidrage til kommissionens målsætning om at skabe et effektivt digitalt indre marked. Begge bookingportaler forbeholder sig dog muligheden for at ændre deres tilsagn inden for lovens rammer.

---

[21] http://news.booking.com/bookingcom-to-amend-parity-provisions-throughout-europeesp

[22] http://news.booking.com/bookingcom-to-amend-parity-provisions-throughout-europeesp

[23] https://www.kfst.dk/~/media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Afgoerelser/2015/20150827AfgoerelseBookingportaler.pdf

[24] http://expediaincorporated.mediaroom.com/2015-07-01-Expedia-Amends-Rate-Conditions-and-Availability-Parity-Clauses

Under forløbet med de forskellige nationale konkurrenceundersøgelser var der igangsat en løbende arbejdsgruppe i det europæiske konkurrencenetværk European Competition Network, hvor også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er blevet orienteret og hørt i forhandlingen af disse tilsagn. Netværket havde til formål at tilrettelægge og koordinere de nationale konkurrencemyndigheders behandling af online bookingportalernes brug af MFN-klausuler over for hotellerne.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har som sagt besluttet at indstille deres videre undersøgelse grundet bookingportalernes tilsagn og mener ligesom de svenske, franske og italienske konkurrencemyndigheder, at det er tilstrækkeligt til at afværge de eventuelle konkurrencebegrænsende effekter, klausulerne måtte have[25].
Det resterende krav i den nu modererede MFN-klausul vedrørende hotellernes prissætning på deres egne hjemmesider bekymrer ikke kontorchef Martin Nyvang fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Martin Nyvang udtaler, at det er vigtigt, at styrelsen prioriterer deres ressourcer, således at det gavner den effektive konkurrence og forbrugerne mest mulig. Hvis klausulerne ikke eksisterede, kunne hotellerne i teorien hele tiden sætte prisen på portalerne lidt højere. Dermed ville hotellerne kunne udnytte portalernes annoncering og eksponering over for kunderne, hvorefter kunderne vil bestille via hotellets egen hjemmeside til en lavere pris. Hotellerne kan på den måde øge deres omsætning og samtidig spare den del af salget, der ville have gået til bookingportalerne[26]. Martin Nyvang ser det derfor som naturligt, at bookingportalerne holder fast i klausulerne for at undgå at blive underbudt af hotellerne og miste deres eksistensgrundlag.
En undersøgelse skal altid stå i rimeligt forhold til det forventede resultat, og i denne sag vurderede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at bookingportalerne har så meget værdi for forbrugerne. De har derfor valgt at indstille deres undersøgelse med hjemmel i Konkurrencelovens § 15 stk. 1, 3. punktum[27]. Martin Nyvang påpeger dog,

[25] http://finans.dk/live/erhverv/ECE7898058/Konkurrencestyrelsen-Derfor-dropper-vi-at-unders%C3%B8ge-bookingportaler/
[26] http://finans.dk/live/erhverv/ECE7898058/Konkurrencestyrelsen-Derfor-dropper-vi-at-unders%C3%B8ge-bookingportaler/
[27] "Styrelsen afgør, om der er tilstrækkelig anledning til at undersøge eller træffe afgørelse i en sag, herunder om sagsbehandlingen midlertidigt eller endeligt skal indstilles"

at de forsat vil følge markedet for hotelbookinger, og det ikke er udelukket, at Konkurrencestyrelsen iværksætter en ny undersøgelse, hvis det bliver aktuelt[28].

Denne beslutning har vakt stor forargelse hos Hotellernes brancheorganisation Horesta. Horesta's adm. direktør Katia K. Østergaard mener ikke, det er Konkurrencestyrelsens opgave at sørge for, at bestemte virksomheder overlever, men derimod at sikre konkurrencen og fjerne konkurrencehæmmende regler. Hun mener, at prisklausulerne netop må karakteriseres som konkurrencehæmmende, da de forhindrer hotellerne i at give kunderne en bedre pris. Katia K. Østergaard udtrykker yderligere bekymring over, at hotellerne på sin vis er afhængige af bookingportalerne af markedsføringsårsager, og at de derfor ikke blot kan droppe samarbejdet. Portalerne har derved indtaget en dominerende position som hotelformidlere og kræver ifølge Katia K. Østergaard høje vederlag for deres service[29].
På trods af bookingportalernes tilsagn om at ændre kontraktvilkårene, mener Horesta stadig, at det er mere eller mindre umuligt for hotellerne at differentiere priserne på de forskellige portaler, idet hotellerne stadig ikke må sælge værelserne billigere på egne online kanaler[30].
Også erhvervsorganisationen Dansk Erhverv er frustrerede over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen beslutning om at indstille deres undersøgelse. Susanne Nordenbæk, chef for turisme og oplevelsesøkonomi i Dansk Erhverv udtaler, at selv om der nu er åbnet op for mere intern konkurrence mellem bookingportalerne med de nye prisklausuler, er hotellerne ikke blevet bedre stillet, da de stadig ikke må tilbyde kunderne bedre priser på deres egne hjemmesider. Ifølge Susanne Nordenbæk har hverken danske eller nordiske hotelkæder musklerne til markant at kunne markedsføre sig internationalt i samme grad, og hotellerne har derfor intet reelt alternativ til at kunne vælge bookingportalerne fra[31].

---

[28] http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2015/20150715--Konkurrence-og-Forbrugerstyrelsen-indstiller-undersoegelse-af-bookingportaler?tc=E538038EB1E04A96B9964BE4C0F85F46
[29] http://finans.dk/live/erhverv/ECE7898058/Konkurrencestyrelsen-Derfor-dropper-vi-at-unders%C3%B8ge-bookingportaler/
[30] http://www.horesta.dk/da-DK/Nyheder%20og%20Politik/Nyheder/Presseklip/2015/07/30/Her%20har%20bookingportalerne%20har%20boejet%20sig
[31] http://finans.dk/live/erhverv/ECE7896046/Danske-hoteller-Bookingportalers-klausuler-skal-helt-v%C3%A6k/?ctxref=ext

Pr- og kommunikationschef for Guldsmeden-hotelkæde Kirsten Aggersborg forholder sig også kritisk over for bookingportalerne, og hotelkæden har valgt at melde sig ud af de store bookingportaler for at etablere sin egen uafhængige booking side for bæredygtige og økologiske hoteller i Danmark[32]. På trods af at Guldsmeden-hotelkæde har meldt sig ud af de store traditionelle online bookingportaler, figurerer deres hoteller fortsat på disse sider, dog fremgår alle hotellets værelser fuldt bookede med henvisninger til alternative hoteller på bookingportalen. Derved mister Guldsmeden-hotelkæde mange potentielle gæster til stor frustration for Kirsten Aggersorg. Hun mener, det er udtryk for en skæv magtbalance, hvor portalerne dikterer reglerne, og hotellerne i afmagt må acceptere urimelige vilkår for at overleve. Et yderligere tegn på denne markedsdominans er stigningen i den kommission, portalerne opkræver fra hotellerne. Ifølge Kirsten Aggersborg betaler hotellerne i dag ofte mellem 20-30 % i kommission pr. værelse mod 7-10 % for 10 år siden[33].

De danske Konkurrence myndigheder har valgt at acceptere Booking portalernes tilsagn, på linje med Frankrig, Sverige og Italien, men ikke alle europæiske konkurrencemyndigheder er enige i den vurdering.

Hotelbooking portal-sagerne i Tyskland

Booking.com-sagen

Den seneste sag vedrørende MFN-klausuler inden for online hotelbooking branchen i Tyskland blev afgjort d. 23. december 2015 af de tyske konkurrencemyndigheder Bundeskartellamt. De afgjorde, at det ikke længere er tilladt for Booking.com Deutschland GmbH Berlin, and Booking.com B.V. Amsterdam, at benytte sig af deres MFN-prisklausuler. De tyske konkurrencemyndigheder beordrede de førnævnte bookingportaler til totalt at fjerne klausulerne fra deres kontraktbetingelser, gældende fra d. 31. januar 2016. Dette forbud omfatter alle hoteller i Tyskland[34]. De tyske MFN-klausuler blev karakteriseret som brede, da de forpligtede hotellerne til altid at tilbyde bookingportalen den billigste pris, maksimal værelseskapacitet, samt de mest

[32] http://jyllands-posten.dk/livsstil/rejser/ECE7786680/Online-hotelbooking-i-Danmark-ses-efter-i-s%C3%B8mmene/
[33] http://jyllands-posten.dk/livsstil/rejser/ECE7786680/Online-hotelbooking-i-Danmark-ses-efter-i-s%C3%B8mmene/
[34] http://www.hotelnewsnow.com/Article/17335/Germany-bans-best-price-clauses

favorable bestillings- og afbestillings betingelser, både online og offline. I juli 2015, under procedureforløbet, valgte Booking.com, at modificere omfanget af deres klausulkrav, således at de gik fra at være brede til at være smalle prisklausuler. Denne type klausul gjorde det tilladt for hotellerne at prissætte sig som de ønskede over for konkurrerende bookingportaler, dog med det forbehold, at hotellerne stadig ikke måtte tilbyde kunderne en lavere pris på hotellets egen hjemmeside, end den de tilbød Booking.com.

Klausulændringen var ikke nok til at overbevise de tyske konkurrencemyndigheder om at indstille deres undersøgelse. Myndighederne begrundede det med, at de smalle prisklausuler både hæmmer konkurrencen mellem eksisterende portaler, samt konkurrencen mellem hotellerne[35]. Formanden for Bundeskartellamt Andres Mundt har udtalt, at klausulerne forhindrer hotellerne i at prissætte sig, som de ønsker på egne online kanaler. Dermed er der meget lidt incitament for hotellerne til at reducere deres priser på bookingportalerne, fordi de stadig er tvunget til at opkræve en højere pris på deres egen hjemmeside. Derudover er adgangsbarriererne for nye bookingplatforme stadig høje, da klausulerne ikke skaber det fornødne incitament hos hotellerne til at tilbyde lavere pris til de nye platforme, da hotellerne ikke selv vinder på det i forhold til prissætningen på deres egne hjemmesider[36]. De tyske konkurrencemyndigheder konkluderede, at de smalle prisklausuler ikke vil skabe bedre konkurrencevilkår, hvilke i sidste ende ville være til skade for forbrugerne. De vedtog derfor et total forbud mod, at MFN-klausulerne indgår i Booking.com Deutschland.

Bundeskartellamt vil fortsætte deres undersøgelse af prisklausuler, og de retter denne gang øjnene mod Expedia.com[37].

HRS-sagen

Det er ikke den eneste afgørelse, Tyskland har foretaget vedrørende MFN-klausuler på hotelbooking markedet. Bundeskartellamt afgjorde d. 20. december 2013[38], at HRS, (Hotel Reservation Service) en tysk hotel bookingportal, skulle fjerne deres

[35] http://www.channelnewsasia.com/news/world/germany-bans-booking-com/2373130.html
[36] http://www.hotelnewsnow.com/Article/17335/Germany-bans-best-price-clauses

[37] http://www.hotelnewsnow.com/Article/17335/Germany-bans-best-price-clauses
[38] B 9-66/10
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=2

MFN-klausuler fra deres kontrakter med hotellerne. Begrundelsen fra Bundeskartellamt var, at klausulerne begrænsede konkurrencen portalerne imellem. Under undersøgelsen forsøgte HRS at tilbyde tilsagn om at ændre klausulernes vilkår, men det blev ikke anset som et tilstrækkeligt konkurrenceforbedrende tiltag til at standse konkurrencemyndighedernes undersøgelse. Bundeskartellamt fandt, at HRS's markedsandel i Tyskland siden 2009 oversteg 30 %, og klausulaftalen var dermed ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler. De fandt også, at aftalens eventuelle effektivitetsgevinster ikke var nok til at opveje de konkurrencebegrænsende virkninger, og resultatet af undersøgelsen blev derfor, at MFN-klausulerne helt skulle fjernes[39].

Indtil videre står Tyskland altså stærkt på, at MFN-klausuler udgør konkurrencebegrænsende vertikale aftaler i strid med art. 101 TEUF. Hovedargumenterne er, at de begrænser hotellers mulighed for at sætte deres priser uafhængigt og innovere med attraktive tilbud, såsom fx eksempel som "sidste øjebliks" ophold. Ifølge de tyske konkurrencemyndigheder ville aftalerne, end ikke hvis de pågældende bookingportal havde en markedsandel under 30 %, være blevet undtaget via Gruppefritagelsesforordningen, da klausulerne indeholder krav, der karakteriseres som hard-core begrænsninger[40].

Uddybende sagsforløb i Frankrig

På trods af at Frankrig var et af de lande, der lukkede deres undersøgelse, efter at Booking.com afgav tilsagn, har landet få måneder efter accepteret en ny lov, der strammer grebet om MFN-klausulerne. Den 6. august 2015 trådte *Macron*[41] loven i kraft i Frankrig. Med den nye lov, blev der vedtaget ændringer i den franske konkurrencelovgivning. Lovgivning har betydning i forhold til den måde, Frankrig forholder sig til online hotel bookingportalernes MFN-klausuler.
Lovens art. 133 gør prisparitetsklausuler mellem bookingportaler og hoteller helt ulovlige og ugyldige, uanset om de omhandler priser via online eller offline kanaler. Macron loven indeholder yderligere regulering for kontrakter i online rejsebooking branchen med det formål, at sikre mere priskonkurrence. Under denne lov defineres

[39] http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=2
[40] http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/hotel-online-bookings-and-mfn-clauses-can-online-platforms-demand-the-best-deal.pdf
[41] LOI No. 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

forholdet mellem online bookingplatformene og hotellerne som en *mandate* kontrakt, hvor online rejse agenterne fungerer som *mandataire* dvs. at de handler på vegne af hotellerne[42]. Aflønningsvilkårene for rejseagenterne aftales frit mellem parterne. Hotellerne kan efter den nye lov frit tilbyde deres kunder den rabat, de ønsker, og hvis de er bundet af en klausul, der forhindre dette, anses de nu som værende ugyldige. Bookingplatformenes prisparitets klausuler ikke længere tilladt, og loven giver hotellerne frihed til at fastsætte deres priser, som de ønsker det, også på deres egne hjemmesider uafhængigt af den pris, de tilbyder bookingplatformene. Hvis bookingplatformene forsøger at omgå reglerne, kan de blive straffet med en bøde på op til 150.000 Euro[43].
Dermed har to store spillere i EU valgt at sige fra over for brugen af MFN-klausuler, og efterlader et splittet europæisk billede af, hvorvidt de er tilladte eller ej. Dette kommer nedenstående analyse til at belyse.

Delkonklusion:
Det kan konkluderes at der er stor uenighed blandt de nationale europæiske konkurrencemyndigheder om hvorvidt MFN-klausulerne er i strid med konkurrencereglerne i art. 101 TEUF eller ej. Frankrig og Tyskland har indført totalt forbud mod MFN-klausulerne, mens Danmark, Italien og Sverige har accepteret bookingportalernes tilsagn om at ændre vilkårene i deres MFN-klausuler til kun at gælde et prisparitetskrav overfor hotellernes prissætning på egen hjemmeside.

[42] Art. L. 311-5-1 og art. L. 311-5-2 of the French Tourism Code
[43] Art. L. 311-5-3 of the French Tourism Code

Analyse af art. 101 TEUF

Som det fremgår ovenfor, er det noget uklart, hvorvidt MFN-klausulerne falder inden for forbuddet i art. 101 TEUF. Jeg vil derfor se nærmere på, hvad der reelt står i bestemmelsen, og foretage min egen analyse.

Art. 101 TEUF har følgende ordlyd:

Art. 101:
Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.

1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handlen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:
a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser,
som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

2. De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning

3. Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:
- enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder
- enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og
- enhver samordnet praksis eller kategori deraf

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der:
pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Figur 2; Art. 101 TEUF

Som det fremgår ovenfor, er art. 101 TEUF delt op i tre dele.

Art. 101, stk.1 indeholder en forbudsbestemmelse mod aftaler, der mærkbart begrænser eller fordrejer konkurrencen på markedet.

Art. 101, stk.2 indeholder en ugyldighedsbestemmelse, således at aftaler, der falder under art. 101, stk.1, ingen retsvirkning har.
Art. 101, stk. 3 indeholder en undtagelse til art. 101, stk. 1, og fritager de aftaler, der har tilstrækkelige fordele til at opveje aftalernes konkurrencebegrænsende virkninger.

Formålet med bestemmelsen:

Artikel 101 TEUF har det formål, at erklære visse konkurrencebegrænsende aftaler uforenelige med det indre marked og dermed i strid med europæiske konkurrenceregler. Bestemmelsen skal således sikre, at virksomhederne ikke bruger aftalerne til at begrænse konkurrencen på markedet til skade for forbrugeren. Generelt sigter EU mod at fremme markedsintegrationen mellem medlemsstaterne og styrke konkurrencen på tværs af grænserne, og denne vision skal ikke begrænses af virksomhedsskabte barrierer. For at art. 101 TEUF finder anvendelse, stilles der ikke krav om, at de involverede deltagere er i besiddelse af markedsmagt[44]. Markedsmagt får først en afgørende betydning i den tilknyttede gruppefritagelsesforordning for vertikale aftaler Kfo 330/201[45].

Art. 101 stk.1 TEUF

Artikel 101, stk.1 TEUF indeholder både en generel forbudsbeskrivelse samt en ikke udtømmende liste med eksempler i litra a)-e).
Artikel 101, stk.1TEUF indeholder tre krav, der skal være opfyldt, før betingelsen finder anvendelse. Der skal være tale om:

1) Aftaler mellem virksomheder eller vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder eller alle former for samordnet praksis, der
2) kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, og som
3) udgør en konkurrencebegrænsning inden for fællesmarkedet.

Derudover skal der være tale om væsentlig eller følelig begrænsning af konkurrencen og samhandlen[46].

[44] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 35
[45] Kommissions fritagelsesforordning for vertikale leverings- og distributionsaftaler nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0330&from=DA
[46] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 35

1) Det første punkt indeholder krav om, at der skal være tale om *aftaler* mellem virksomheder. Begrebet *aftale* kan i forhold til art. 101 TEUF defineres som en gensidig opnået enighed mellem to eller flere parter om at acceptere en plan, der begrænser deres kommercielle handlefrihed, ved at fastlægge faste retningslinjer for en fælles optræden på markedet eller sågar en afståelse fra at deltage på markedet[47]. Det er tilstrækkeligt, at aftalen falder indenfor art. 101 TEUF, at det kun er den ene aftalepart, der pålægges forpligtelse om begrænset handlefrihed[48].
Aftalerne behøver dog ikke have nogen speciel form for at falde under art. 101 TEUF, og ordlyden i bestemmelsen omfatter da også foruden aftaler, *vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis*.

Det første punkt er opfyldt, da hotellerne selv har valgt at skrive under på MFN-klausulen. Man skelner ikke mellem, om der er indgået horisontale eller vertikale aftaler mellem virksomheder, de er begge omfattet af art. 101 TEUF. Dette blev fastslået i Grundig-dommen[49] fra 1966. I sag C-54/94 ønskede virksomheden Grundig GmbH, at distribuere elektroniske varer i Frankrig og udnævnte Consten Sarl som distributør med garantien om at være eneforhandler i hele Frankrig. Kommissionen fandt dette ulovligt, og sagen røg til EU-domstolen. EU-domstolen gav Kommissionen medhold og afviste modpartens argumenter om, at den eksklusive distributionsaftale var nødvendig for at undgå free-riding (snyltere) på Consten Sarl's markedsføringsinvesteringer fra konkurrerende distributører, samt frygten for at konkurrenter ville underbyde priserne. EU-domstolen henviste blandt andet til traktatens mål om at nedbryde handelsbarrierer mellem medlemslandene som argument for at ulovliggøre aftalen.
Horisontale aftaler defineres som aftaler, der er indgået på samme niveau, dvs. på samme produktionstrin. Vertikale aftaler er derimod karakteriseret ved, at virksomhederne befinder sig på forskellige trin, så som producentaftaler med en forhandler[50]. Sondringen mellem de to typer af aftaler har først relevans, når gruppefritagelsesforordningerne skal tages i betragtning, så betydningen og virkningen af dette kommer jeg ind på senere i min juridiske analyse.

[47] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 53
[48] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 55
[49] Consten SaRL og Grundig GmbH mod Kommissionen (1966) Case 54/64
[50] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 52

Virksomhedsbegrebet er ikke fastsat i selv traktaten, derfor tages der udgangspunkt i, hvad dommerne har fastslået i retspraksis. Virksomheder kan derfor defineres som: ”*… enhver form for virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et givent marked, er en økonomisk virksomhed* ”-*Citat fra EU-konkurrenceret Jens Fejø*.[51]
Både hotellerne og bookingportalerne, hører derfor under virksomhedsbegrebet, de udbyder begge tjenesteydelser hhv. online annoncering og udbud af hotel overnatninger.
Artikel 101 finder altså også anvendelse på vertikale aftaler, der kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, og som hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen.
2) Det andet punkt stiller krav om, at den konkurrencebegrænsende aftale skal kunne *påvirke* handlen mellem medlemsstater. Hvis aftalen ikke kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, finder de nationale konkurrenceregler anvendelse[52]. Der stilles dog ikke krav om, at påvirkningen faktisk har fundet sted, men blot at aftalerne potentielt er egnede til at kunne påvirke handlen mellem medlemsstater. Det blev dog fastslået i Société technique miniére mod Maschinenbau,[53] at det skal være tilstrækkeligt sandsynligt, at aftalen ”direkte eller indirekte, faktisk eller muligvis påvirke handlen mellem medlemsstater[54].
Dette punkt skal ses i relation til traktatens formål om at nedbryde konkurrencebarriererne på tværs af grænserne for at sikre bedre udveksling af økonomiske goder. Begrebet *handlen* må omfattes i vid forstand som udveksling af varer, tjenesteydelser, kapitalbevægelser, arbejdstager mv. En aftale, der influerer bevægeligheden af tjenesteydelser mellem medlemsstater, må antages at kunne påvirke handlen i art. 101’s TEUF forstand. Begrebet *mellem medlemsstater* stiller krav om, at aftalen minimum påvirker handlen mellem to medlemsstater[55]. Dog blev det fastslået, at selv markedsføring af varer i én medlemsstat kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater. Det skyldes, at en aftale, der omfatter hele medlemsstatens område, styrker opdelingen af nationale markeder og dermed hæmmer EU’s mål om fælles økonomisk sammenvoksning[56].

[51] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 71
[52] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 88
[53] *Société technique miniére mod Maschinenbau Ulm, sag 56/65 præjudiciel afgørelse af 30.6.1966*
[54] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 91
[55] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 89
[56] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 90

MFN-klausulen indeholder begrænsende krav til hotellernes opførsel. Klausulerne er gældende for alle hoteller, på tværs af landegrænser, der ønsker at benytte bookingportalerne og antages at påvirke en stor del af online hotelbookingmarkedet. Når en stor del af markedet er påvirket, må det antages, at klausulen også potentielt kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater. Bookingportalerne leverer en tjenesteydelse i form af en markedsplads, hvor hotellerne og forbrugerne kan mødes, samt stiller et effektivt søgeinstrument til rådighed for forbrugerne, det må derfor antages, at denne form for tjeneste er omfattet af begrebet *handlen*. MFN-klausulen gælder som sagt på tværs af de europæiske lande og ydermere benyttes bookingportalerne hovedsagelig til markedsføring af hoteller til forbrugere i andre medlemsstater så MFN-klausulen opfylder punktet *mellem medlemsstater*.

3) Det tredje punkt i art. 101 stk. 1 TEUF bestemmer, at for at aftalerne anses som omfattet af forbuddet, skal de have til formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked. Selvom ordet *konkurrencen* ikke defineres i traktaten, tages der udgangspunkt i økonomiske realistiske markedsmodeller. Det betyder en effektiv markedskonkurrence og udelukker derfor både fuldkommen konkurrence og absolut monopol som markedsmodeller for vurderingsgrundlaget[57]. Artikel 101 forsøger at beskytte både den aktuelle, men også den potentielle konkurrence. Der foreligger en konkurrencebegrænsning i art. 101 TEUF's forstand i de tilfælde, hvor mindste én af aftaleparternes handlefrihed bliver begrænset, og hvor valgmulighederne for en tredjemand samtidig reduceres. Artikel 101 TEUF dækker dermed både konkurrencebegrænsende vertikale aftaler og horisontale aftaler. At en aftale enten har *til formål eller til følge* at begrænse konkurrencen, er en slags sikring for, at parterne ikke kan undtages fra forbuddet, såfremt det ikke var aftalens formål at begrænse konkurrencen. Effekten af begrænsningen tillægges dermed ligeså stor værdi[58]. Hver sag må vurderes ud fra dens konkrete omstændigheder og sammenhæng, samt ud fra hvilke konkurrencebegrænsende virkninger, den skaber, og hvad hensigten med aftalen er, før end det kan afgøres, om den kan opretholdes eller ej[59]. Ordlyden *inden for det indre marked* henviser til, at bestemmelsen ikke gælder for ikke-medlemslande af EU.

[57] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 94
[58] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 95
[59] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 97

Der stilles dog ikke krav til, at parterne er beliggende inden for EU, det er nok, at deres aftale har til formål eller følge at begrænse konkurrencen inden for det indre marked for at blive ramt af art. 101 TEUF. [60].
MFN-klausulerne hæmmer hotellernes frie prissætning på deres egne hjemmesider, ergo bliver den ene aftaleparts handlefrihed begrænset. MFN-klausulerne er også blevet beskyldt for at vanskeliggøre nye konkurrerende bookingportalers adgang til markedet og kan dermed potentielt reducere tredjemands valgmuligheder. MFN-klausulerne kan dog være berettigede, hvis de har til formål at bookingportalernes investeringer. Hvorvidt dette er tilstrækkelig en begrundelse afhænger af hvor store konsekvenser klausulens eksistens har for markedet.
Min afgrænsning fokuserer hovedsagelig på det danske marked, og aftalen er dermed gældende inden for det indre marked, da Danmark er en del af EU. Tredje punkt er også opfyldt.

(4) Det fjerde punkt står ikke i ordlyden af bestemmelsen, men er alligevel en forudsætning for anvendelsen af art. 101 stk.1 TEUF. Aftalen skal have en *mærkbar* eller *følelig* virkning på konkurrencen eller samhandlen mellem medlemsstater. Dette blev fastslået af Domstolen, der erklærede, at en aftale ikke falder under art. 101 TEUF, hvis den kun i ubetydeligt omfang påvirker markedet.[61] Kommissionen udstedte på baggrund af denne afgørelse sin første Bagatelmeddelelse i 1970 og som siden hen er blevet revideret løbende.

Bagatelaftaler:

Mærkbarhedskriteriet ses som sagt i Kommissionens Bagatelmeddelelse [62], der ved hjælp af markedsandelstærskler præciserer, hvad der ikke anses som en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Det fastslås i Bagatelmeddelelsen, at vertikale aftaler mellem virksomheder, der har en markedsandel på under 15 % på det relevante marked, normalt ikke falder under art. 101stk. 1 TEUF, dog med det forbehold, at de ikke indeholder alvorlige begrænsninger og kumulative virkninger[63]. Der er dog heller

[60] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 109
[61] Völk mod Vervaecke, sag 5/69, præjudiciel afgørelse af 9.7.1969,295
[62] Bagatelmeddelelsen: EFT C 368 af 22.12.2001, Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk.1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler).
[63] Bagatelmeddelelsen C368/14 pkt. 7 litra (b)

ingen formodning om, at aftaler med en markedsandel på over 15 % automatisk er i strid med art. 101, stk.1 TEUF, men det skal vurderes ud fra deres retlige og økonomiske sammenhæng[64]. Jeg kommer ind på parternes markedsandele senere i forbindelse med Gruppefritagelsesforordningen, hvor det konstateres, at bookingportalernes markedsandele er et godt stykke over de 15 %, hvorved MFN-klausulerne ikke er under bagatelgrænsen.

Det relevante marked.

Bagatelmeddelelsen fastsætter krav til markedsandelstærsklen på det *relevante marked*. Det relevante marked bliver defineret i meddelelsen om det relevante marked[65]. Det relevante marked deles op i henholdsvis det relevante geografiske marked og det relevante produktmarked. Det relevante produktmarkedet forstås som markedet for alle de varer/tjenesteydelser, som forbrugeren anser for substituerbare, hvad angår pris og anvendelsesformål[66]. Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de involverede virksomheder udbyder deres produkter eller tjenesteydelser, og som har ensartede konkurrencevilkår, der kan skelnes fra tilstødende områder[67].

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nåede ikke at foretage en endelig afgrænsning af markedet, som MFN-klausulerne bliver benyttet på, men har offentliggjort, at deres umiddelbare opfattelse af en konkret vurdering er *Markedet for levering af online hotelbookingportalydelser, herunder den markedsføring, som portalerne leverer til hotellerne, og den søge- og sammenligningsfunktion, som portalerne leverer til forbrugerne*[68]. Denne definition skulle ifølge Konkurrencestyrelsen stemme overens med både de franske, svenske og italienske konkurrencemyndigheders opfattelse.

De tyske konkurrencemyndigheder fastslog i HRS-sagen[69], at det relevante produktmarked i sagen om bookingportalen HRS, var salg af hotelværelser via

---

[64] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger punkt 9).
[65] Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets Konkurrenceret EFT 1997 C325/5 af 9.12.1997 (se http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209%2801%29&from=DA)
[66] Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, punkt 7)
[67] Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, punkt 8)
[68] http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Fakta/2015/20150827-Fakta-om-undersoegelse-af-bookingportaler?tc=975B2AFE753748B39F5CB67DC19366BC
[69] B 9 – 66/10
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=2

hotelportaler, mens det geografiske marked, dækkede hele Tyskland. Konkurrencemyndighederne fastslog endvidere, at salg via online bookingportaler ikke var substitutter til offline salg fx i hotellernes receptioner. Dette skyldes, at online bookingportaler også tilbyder en søgefunktion på mange parameter på tværs af hotellerne. Dette værktøj adskiller sig fra, hvad hotellerne kan tilbyde via deres receptionspersonale.
Det relevante produktmarked må derfor udledes at være annoncering og levering af online hotelbookingportalydelser på vegne af hotelværelsesudbydere, samt markedet for søge- og sammenligningsfunktioner, som benyttes af forbrugerne. Det geografiske produktmarkedet bliver i min analyse afgrænset til at være Danmark med det argument, at bookingportalernes sider på dansk må antages at være rettet mod dansksprogede personer og fremviser danske priser, selv om der er tale om globale online sider tilgængelig i hele verden.

Alvorlige begrænsninger under bagatelmeddelelsen.
Selvom bookingportalernes markedsandelstærskler var under de 15 %, kan de stadig falde under art. 101 TEUF, såfremt klausulen indeholder alvorlige bestemmelser jf. bagatelmeddelelsens pkt. 11). De alvorlige begrænsninger for aftaler mellem ikke-konkurrenter indeholder forskellige regler mod aftaler, der indirekte eller direkte begrænser adgangen til fri salgspris mv. Der stilles en del betingelser for, hvad angår de alvorlige betingelser, og jeg vil som skrevet i min afgrænsning ikke komme videre ind på dem, da parterne falder udenfor bagatelgrænsen, da bookingportalernes markedsandele overstiger de 15 %.

<u>Eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler</u>
Art. 101 stk.1 opremser i litra a)-e) en ikke-udtømmende liste over eksempler på konkurrencebegrænsende aftaler.
litra a) vedrører *direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser*. I dette tilfælde er det udelukkende hotellerne, der fastsætter værelsesprisen over for forbrugerne, da bookingportalerne ikke er selvstændige forhandlere af hotelværelserne, men agerer som formidlere på vegne af hotellerne. Litra a) nævner dog også fastsættelse af andre forretningsbetingelser, og her må man sige, at MFN-klausulerne kan falde ind under, eftersom de fastsætter

paritetskrav, således at hotellerne ikke må opkræve et højere beløb på bookingportalens hjemmeside end den pris, der er fastsat via hotellets egen hjemmeside.

Ægte og uægte agent vs. selvstændig distributør

En agent er en juridisk eller fysisk person, der bemyndiges på vegne af agenturgiveren til, enten i eget navn eller i agentgiverens navn, at forhandle og indgå kontrakter om fx salg af varer og/eller tjenesteydelser, som leveres af agenturgiver[70].
Bookingportalerne agerer som agenter på vegne af hotellerne, da de er bemyndigede til i egent navn, at udbyde salg af hotelværelser på deres onlineportaler. Hotelværelserne leveres af hotellerne, der efter at bookingen er foretaget via onlineportalen, overtager den fulde kontakt med forbrugeren. For at fastslå, om der er tale om et agentforhold, har det ingen betydning, hvordan parterne selv karakteriserer/kalder deres forhold, men det afgørende er derimod omfanget af den økonomiske eller kommercielle risiko, der påhviler agenten. Der er typisk tale om et agentforhold, hvis agenten er undtaget eller kun i betydeligt omfang bærer en risiko for de aftaler/kontrakter, som agenten forhandler på vegne af agenturgiveren, samt at agenten ikke har ejendomsretten til de købte eller solgte aftalevarer/tjenesteydelser og ikke selv leverer dem[71]. Hvis agenten derimod har specifikke risici forbundet med aftalen, anses agenten for at være en selvstændig distributør[72].
Det kan fastslås, at bookingportalerne hverken har ejendomsretten eller bærer synderlige risici vedrørende leveringen af hotelværelserne overfor forbrugeren, og at forholdet mellem hotellerne og bookingportalerne må anses som et agentforhold.

Sondringen mellem et distributør og agentforhold er vigtig i relation til art. 101 TEUF. Det skyldes, at en agent der ikke bærer nogle risici, bliver anset som at være en "del" af agenturgiverens virksomhed. Det betyder at visse typer af konkurrencebegrænsninger i kommercielle agentaftaler ikke vil være omfattet af art.

[70] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 begrænsninger pkt. 12) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf
[71] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 pkt. 15) og 16) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf
[72] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 begrænsninger pkt. 17) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

101 TEUF, da bestemmelsen kun gælder for konkurrencebegrænsende aftaler *mellem* virksomheder. Dette er blevet fastslået i forskellig retspraksis bl.a. C-217/05 CEEES/CEPSA i afgørelsens præmis 43: " Det følger imidlertid i denne henseende af retspraksis, at mellemhandlerne kun mister deres status som selvstændige erhvervsdrivende, såfremt de **ikke bærer nogen af de risici**, **der er forbundet med de kontrakter**, **de har forhandlet eller indgået for kommittentens regning**, **og fungerer som hjælpeorganer, der er integreret i dennes virksomhed**".
Men selvom der er tale om et agentforhold, kan de i visse tilfælde alligevel godt ryge inde under art. 101 stk.1 TEUF[73]. I et ægte agentforhold er agenten afhængig af agenturgiveren (principalen), og agenten er underlagt principalens regler og begrænsninger. I sagen med MFN-klausulerne er magtforholdet lige modsat. Her er det agenten (bookingportalerne), der opstiller de konkurrencebegrænsende forpligtelser samt overvåger og håndhæver klausulen over for agenturhaveren (hotellerne). Det må karakteriseres som et uægte agentforhold, hvilket støttes af det faktum, at bookingportalerne bærer store økonomiske og investerings risici i deres annoncering af deres brands og opretholdelse af kontrakter med deres samarbejdspartnere. De tyske konkurrencemyndigheder fandt frem til samme konklusion i deres vurdering af tidligere nævnte HRS-sag. [74]
Ydermere fastslog de tyske myndigheder, at MFN-klausulerne ikke blev anset for at være neutrale tillægsaftaler, der var nødvendige for, at kontrakterne mellem parterne kunne gennemføres. De havde en klar konkurrencebegrænsende effekt og skulle derfor vurderes inden for forbuddet af art. 101 stk.1 TEUF[75]. HRS-sagen vedrørte brede MFN-klausuler og indeholdt derfor langt flere restriktioner i klausulerne end de nuværende MFN-klausuler på det danske online booking marked.
Da det ikke står fuldstændig klart, hvad der er gældende, må der skeles til, hvad formålet med art. 101 stk.1 er. Som tidligere nævnt, er bestemmelsens formål at sikre, at virksomhederne ikke bruger aftaler til at begrænse konkurrencen på markedet til skade for forbrugeren.
Det er allerede konstateret, at MFN-klausulen er indgået af bookingportaler, og hotellerne kan karakteriseres som en aftale mellem virksomheder, der kan påvirke handlen mellem medlemsstater, og som har til formål eller følge at hindre, begrænse

[73] https://www.competitionpolicyinternational.com/expedia-and-booking-com-agent-or-distributor/
[74] Se under HRS-sagens tyske domsafgørelse B 9 – 66/10's punkt 3.3.1
[75] Se under HRS-sagens tyske domsafgørelse B 9 – 66/10's punkt 3.3.2

eller fordreje den faktiske eller potentielle konkurrence mærkbart på det indre marked. MFN-klausulerne falder derfor inden for anvendelse af art. 101 stk. 1, men blot fordi en aftale konstateres at være konkurrencebegrænsende, er det ikke ensbetydende med, at den er ulovlig. Der eksisterer en fritagelse til hovedregelen i art. 101 stk.3 TEUF.

Artikel 101 stk. 3 TEUF

Aftalen kan undtages fra forbuddet i art. 101 stk.1 TEUF, hvis den opfylder fire kumulative betingelser:

1) at de bidrager til at forbedre produktion eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og
2) at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved
3) at de pålagte begrænsninger ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt for, at de kan opnå deres mål
4) at aftalerne ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer

Der findes dog foruden den individuelle undtagelse i art. 101 stk.3 TEUF også en potentiel undtagelse via Gruppefritagelsesforordninger for kategorier af aftaler. En af disse kategorier er Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler, som er den kategori, MFN-klausulerne falder ind under, og jf. princippet om lex specialis anvendes frem for den mere generelle fritagelsesbestemmelse i art. 101, stk.3 TEUF som vil blive behandlet i næste afsnit.

Delkonklusion:

Det kan konkluderes at MFN-klausulerne på det danske online hotelbookingmarkedet opfylder kravene i art. 101 stk. 1 TEUF og at klausulen ikke falder ind under Bagatelmeddelelsen. Det kan endvidere konstateres at der er tale om et uægte agentforhold mellem bookingportalerne og hotellerne, hvilke gør at aftalen forsat kan vurderes under art. 101 stk. 1 TEUF. Det kan yderligere konstateres at MFN-klausulens potentielle fritagelsesmulighed fra forbuddet i art. 101, stk.1 TEUF skal vurderes ud fra Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler.

Gruppefritagelsesordningen for vertikale aftaler:

Artikel 101 stk. 1 TEUF forbyder som sagt aftaler, der påvirker handlen mellem medlemsstater i EU, og som påvirker, begrænser eller forvrider konkurrencen. Aftalerne kan dog undtages fra hovedreglen, hvis de skaber tilstrækkelige store fordele, der kan opveje den konkurrencebegrænsende virkning jf. art. 101 stk. 3 TEUF. I tilknytning til undtagelsesbestemmelsen i art. 101, stk.3 har Rådet givet Kommissionen bemyndigelse til at udstede gruppefritagelsesforordninger, herunder gruppefritagelse for vertikale aftaler Kfo 330/2010[76]. Formålet med denne gruppefritagelse er at kombinere et helhedssyn på artikel 101 TEUF med en økonomisk tilgang til behandlingen af vertikale konkurrencebegrænsninger[77].
Det er kun aftaler, som falder under art. 101, stk.1, der kan fritages fra det forbud vha. forordning.

Vertikale aftaler

Vertikale aftaler er karakteriseret ved at være aftaler, der vedrører køb og salg af varer og tjenesteydelser, som indgås mellem virksomheder, der er placeret på forskellige trin i produktion- eller distributionskæden jf. artikel 1, stk.1 litra a) i Kfo nr. 330/2010, herefter Gruppefritagelsesforordningen[78].

MFN-klausulerne er indgået mellem hotellerne og bookingportalerne som opererer på forskellige niveauer i distributionskæden og skal dermed karakteriseres som vertikale aftaler. MFN-klausulerne har dog i sagens natur en begrænsende effekt, da de stiller krav om prisparitet i forhold til hotellernes egne hjemmesider.
Vertikale aftaler kan have begrænsende negative effekter på konkurrencen, men de kan også have positive effektivitets forbedrende effekter på økonomien inden for en produktions- eller distributionskæde, da den muliggør bedre koordinering mellem de deltagende virksomheder. I de tilfælde hvor de positive effekter opvejer de negative effekter, kan det derfor være en fordel at lovliggøre aftalerne. Hvorvidt dette er tilfældet, afhænger ofte af, hvor stor en grad af markedsstyrke de involverede parter

[76] Gruppefritagelsesforordningernes bemyndigelse skete oprindelig jf. Rfo 19/65: Rådets forordning nr. 19/65 af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk.(3), på kategorier af aftaler og samordnet praksis (senest ændret til Rfo 1/2003).
[77] Fejø, *EU-konkurrenceretten* s. 529
[78] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex:32010R0330#ntr3-L_2010102DA.01000101-E0003

har, samt hvor stærk konkurrencen er på det relevante marked, og dermed hvorledes forbrugeren i sidste ende påvirkes af aftalens tilstedeværelse[79]. Forordningen bør dermed ikke fritage vertikale aftaler, som indeholder begrænsninger, som kan hæmme konkurrencen og skade forbrugerne, eller som ikke er nødvendige til at opnå de effektivitetsfremmende virkninger[80]. Der eksisterer dermed også en proportionalitetsbetragtning i Gruppefritagelsesforordningen.

Hovedreglen i Gruppefritagelsesforordningen er specificeret i art. 2, stk.1 hvorefter enhver aftale i henhold til art. 101, stk. 3 TEUF, i udgangspunktet er fritaget fra forbuddet i art. 101, stk. 1 TEUF, under forudsætning af, at aftalen er vertikal.

Art. 2 stk.2 i Gruppefritagelsesforordningen indeholder yderligere krav til en omsætningsmæssig begrænsning i de tilfælde, hvor der er tale om en sammenslutning af virksomheder. Da bookingportalerne indgår individuelle MFN-klausuler med de enkelte hoteller, anses dette ikke som en sammenslutning af virksomheder, og omsætningskravet har ikke relevans i det konkrete tilfælde.

Gruppefritagelsen stiller en række konkrete krav, der skal være opfyldt, for at den vertikale aftale er undtaget fra forbuddet i artikel 101 stk. 1 TEUF. For at opnå fritagelsen må køberens og leverandørens markedsandel ikke overstige 30 % af det relevante marked, hvor varerne sælges eller købes jf. art. 3 stk.1 Kfo 330/2010. Derudover må aftalen ikke indeholde nogle direkte eller indirekte alvorlige begrænsninger. Sidst men ikke mindst stilles nogle konkrete betingelser vedrørende tre vertikale begrænsninger til hhv.: Konkurrenceklausuler i kontraktens løbetid, konkurrenceklausuler efter kontraktens løbetid og udelukkelse af specifikke mærker i et selektivt distributionssystem[81].

Alvorlige begrænsninger

Der er tale om fem alvorlige begrænsninger, der ikke må være indeholdt i aftalen, da den ellers ikke kan fritages fra forbuddet. Dette gælder også, selvom parterne har en

[79] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex:32010R0330#ntr3-L_2010102DA.01000101-E0003 præambel (6) og (7) i Kfo 330/2010
[80] Kfo 330/2010 præambel (10)
[81] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=uriserv%3Acc0006

markedsandel på under 30 %. Det skyldes, at disse typer af begrænsninger anses for at kunne forårsage meget alvorlige konkurrencebegrænsende effekter over for forbrugeren[82].

De fem begrænsninger er beskrevet i artikel 4 i Kfo 330/2010:

a. Bindende videresalgspriser eller minimumspriser i aftaler mellem producent og forhandler.
b. Forbud mod markedsopdeling efter område eller kundegrupper, forstået således, at en distributør som udgangspunkt selv må bestemme til hvem og hvor, han ønsker at sælge. Der er dog undtagelser, hvad angår selektive/eksklusive distributørsystemer, som jeg ikke vil komme ind på her.
c. Begrænsning i salg til slutbrugeren inden for et selektivt distributionssystem
d. Begrænsning af distributørens ret til frit at kunne sælge eller købe de pågældende varer til/af andre distributører i netværket, såkaldte krydsleverancer
e. Aftaler mellem en køber, hvis produkter indeholder dele fra en producent, der hindrer eller begrænser producentens salg af reservedele til slutbrugeren

Art. 4, litra a) omhandler bindende videresalgspriser mellem producent og forhandler. Bestemmelsen sigter mod detailprisbinding, som køberen er tvunget til at overholde. Bestemmelsen gælder både direkte og indirekte prisbindinger. Prisbindingens karakter har også betydning således, at der ses med strengere øjne på prisbindinger, hvor der indgår trusler fra leverandørens side så som standsning af leverancer og opsigelse af aftalen, hvis køberen bryder den pålagte prisbinding, samt hvis leverandøren eksempelvis har udviklet et effektivt prisovervågningssystem til håndhævelse af dette krav[83]. Som konstateret tidligere, er der tale om et agentforhold mellem bookingportalerne og hotellerne, og prissætningen på detailniveau udføres udelukkende af hotellerne, og litra a) finder derfor ikke umiddelbart anvendelse.
Art. 4, litra b) indebærer forbud mod markedsopdeling i områder eller kundegrupper, hvortil køberen må sælge til, og der er derfor tale om en salgsbegrænsende foranstaltning. Denne foranstaltning finder ikke anvendelse på den konkrete case og vil ikke blive behandlet yderligere.

[82] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=uriserv%3Acc0006
[83] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 punkt 48)

Art. 4, litra c)-e) finder heller ikke anvendelse på den konkrete sag, da der hverken stilles krav om distributørens salgsret til slutbrugeren inden for et selektivt distributionsforhold, da bookingportalerne som sagt er agenter. Ydermere stilles der ikke krav om begrænsninger, salg af særlige varer eller videresalg via krydsleverancer eller restriktioner for reservedele, da der er i dette tilfælde er tale om tjenesteydelser. De alvorlige begrænsninger finder altså ikke anvendelse på MFN-klausulerne, og der ses derfor på det næste krav, der stilles, for at en aftale kan undtages via Gruppefritagelsesforordningen.

Generelt om reglen vedrørende maks. 30 % markedsandel

Udgangspunktet for dette krav er, at hvis parterne i en vertikal aftale begge har markedsandele på under 30 %, har aftalen ikke mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af markedet. De betragtes derimod generelt som en forbedring af distributionen, hvoraf forbrugeren får en rimelig andel i fordelene. Dette er dog forudsat, at aftalen ikke indeholder nogle af de alvorlige konkurrencebegrænsende vilkår beskrevet i Gruppefritagelsesforordningens art. 4. Hvis parterne har en markedsandel på over 30 %, er der ikke en umiddelbar formodning om, at eventuelle positive effektivitets effekter opvejer konkurrencebegrænsningerne. Det betyder dog ikke, at de ikke kan opfylde kravene i art. 101 stk. 3 TEUF og dermed være undtaget af art. 101 stk.1 TEUF alligevel, men blot at aftalen ikke kan fritages via Gruppefritagelsesforordningen. 30 % tærsklen er udelukkende en måde at skelne aftaler omfattet af en legalitetsformodning og aftaler, der kræver en individuel vurdering. Kommissionen har fastsat nogle retningslinjer til hjælp for denne vurdering.

Falder MFN-klausul parterne under 30 % markedsandel reglen?

For leverandøren ser man på markedsandelen på det relevante leverancemarked, dvs. hvor leverandøren sælger varerne eller tjenesteydelserne, som aftalen er genstand for. For køber ser man tilsvarende på markedsandelen på det relevante indkøbsmarked, hvor køber indkøber de varer eller tjenesteydelser, der er genstand for anvendelse af gruppefritagelsen.[84]

[84] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex:32010R0330#ntr3-L_2010102DA.01000101-E0003

Køber er defineret som en virksomhed, som i henhold til en aftale, der falder ind under anvendelsesområdet for art. 101, stk. 1 TEUF, og som sælger varer eller tjenester på en andens virksomheds vegne[85]. Det kan derfor konstateres, at det er bookingportalerne, der må karakteriseres som køber i aftaleforholdet med hotellerne, da de sælger hotelovernatninger på vegne af hotellerne til forbrugerne. Tilsvarende må leverandørerne så anses for at være hotellerne, da de leverer disse til bookingportalernes online sites.

I forbindelse med at man skal afgrænse parternes markedsandele, er det nødvendigt at afgrænse det relevante marked, de opererer indenfor. Formålet med at definere det relevante marked er i sidste ende at kunne identificere graden af konkurrence på markedet.

Jeg har kort berørt emnet længere oppe, men kommer her med en mere uddybende afgrænsning af bookingportalernes marked. Grunden til, at der ses nærmere på dette marked er, at det er bookingportalerne, der forpligter hotellerne ved at fastsætte prisparitetskrav i MFN-klausulen, og det vil derfor være mest relevant at se på købers (bookingportalernes) markedsandel i forhold til 30 % reglen. Som skrevet i afgrænsningen, vil der ikke blive diskuteret hotellernes produkt og geografisk marked eller markedsandele, da det bliver for omfattende.

Det relevante produkt marked:

Det relevante marked omfatter alle varer, der er substituerbare i forhold til forbrugerens valg, hvad angår parametre som produktets karakter, pris og formål[86]. Produktets karakter er at levere en online hotelbooking søge- og bestillingsfunktion for forbrugerne. Denne tjeneste er kun tilgængelig online og adskiller sig derfor væsentlig fra de offline muligheder, der findes for hotelbookinger som fx via hotellerne egne receptioner. De store bookingportaler tilbyder desuden også andre bookingservices såsom billeje mv., som offline kanalerne ikke tilbyder. Derimod kan offline og andre online rejse agenter uden samme søge-adgangstjeneste karakteriseres som komplementære tjenester og ikke substitutter. Online bookingtjenesten er gratis for forbrugerne, men bookingportalerne opkræver en fast kommissionssats fra det hotel, hver gang der foretages en booking af hotellets værelse via portalen. Formålet

[85] Gruppefritagelsesforordningen artikel 1, litra h) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex:32010R0330#ntr3-L_2010102DA.01000101-E0003

[86] Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked 97/C372/6 punkt. 7

med tjenesten er at skabe et hurtigt og nemt overblik over bookingmulighederne på markedet, så forbrugeren kan træffe et kvalificeret valg, ud fra dennes indtastede præferencer. Formålet er også at øge salget af hotelværelser, så bookingportalerne kan tjene penge. Det relevante produkt marked for bookingportalerne må derfor være, som tidligere nævnt, annoncering og levering af online hotelbookingportalydelser på vegne af hotelværelsesudbydere, samt markedet for søge- og sammenligningsfunktioner, som benyttes af forbrugerne.

Det relevante geografiske marked:
Det relevante produkt marked omfatter det område, hvor virksomheden udbyder sine tjenester, og hvor konkurrenceforholdene er tilstrækkelig homogene, og derved adskiller sig fra øvrige markeder, som forbrugeren har som alternativer[87]. Faktorer som nationale præferencer over for forskellige brands, nationale prisforskelle, kulturelle, sproglige og livsstilsforskelle kan hjælpe med at afdække det geografiske marked[88].
Bookingportalerne opererer online og faciliterer en kæmpe markedsplads på tværs af landegrænser. Dog har bookingportalerne valgt at oprette "nationale" versioner af portalerne, således at forbrugeren typisk vil blive ledt ind på denne side ved en søgning på fx Google. Dermed adskilles denne portal fra andre af virksomhedens portaler, fordi den fx er rettet mod dansksprogede personer. Derudover fremgår der danske priser og reklamer for andre produkter, der kunne have relevans for danske brugere, som fx en annonce fra Expedia's hjemmeside, der viser en reklame for Tycho Brahe planetarium i København[89].
Det geografiske produktmarkedet bliver i min analyse, som nævnt tidligere, afgrænset til at være Danmark.

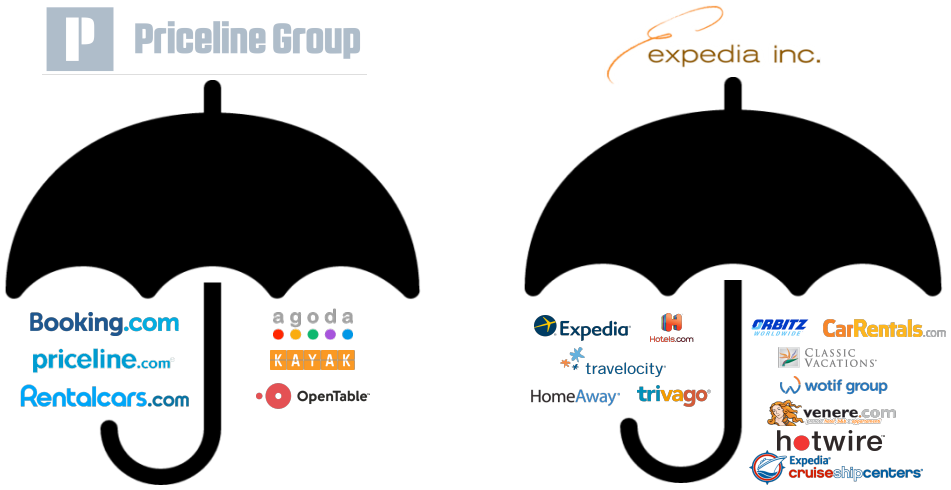
Nu hvor det relevante produkt og geografiske marked er blevet defineret, er det tid til at belyse, hvordan markedsandelen på det danske online hotel booking marked fordeler sig for at kunne vurdere, om MFN-klausulhaverne har markedsandele på over 30 %.

[87] Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked 97/C372/6 punkt. 8
[88] Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked 97/C372/6 punkt. 29
[89] Se bilag 1

Markedets fordeling af online booking portaler i Danmark.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nævnte i deres pressemeddelelse, at de største Online bookingportaler Expedia/Hotels.com og Booking.com[90]. Booking.com hører under selskabet Priceline Group, mens Expedia og Hotels.com hører under selskabet Expedia Inc. Begge selskaber har en række datterselskaber, der tilsammen står for majoriteten af online bookinger i Danmark ifølge Kommunikationsrådgiver i HORESTA, Philip Olesen[91].

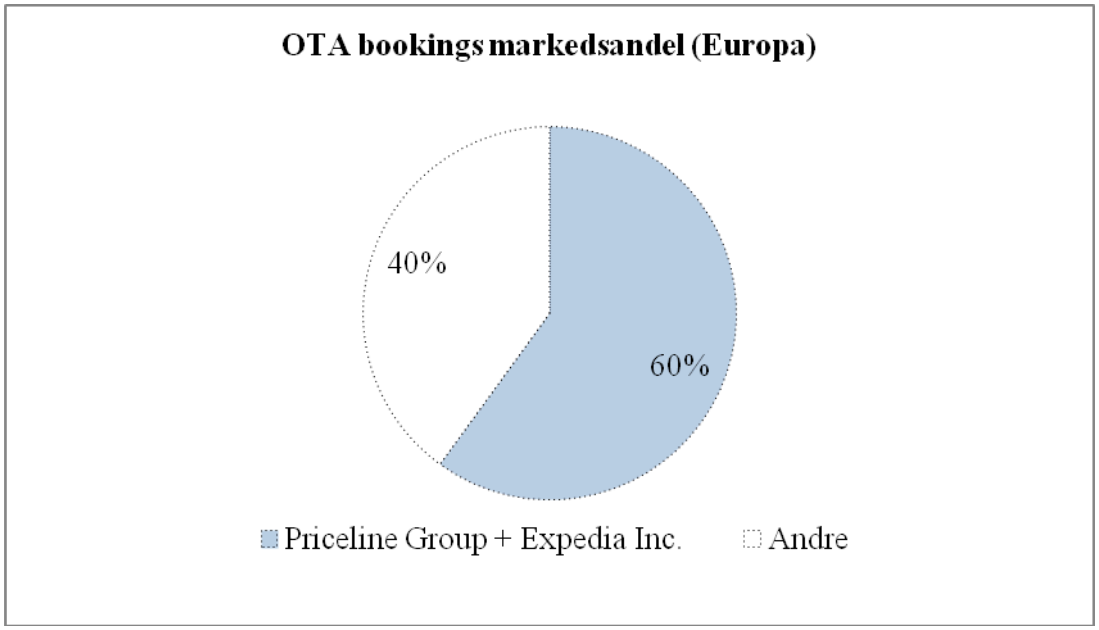
Nedenfor er illustreret hvilke datterselskaber der hører under hver af virksomhederne.



Figur 3; Priceline Group og Expedia Inc. og tilhørende datterselskaber

Ifølge konsulenthuset Phocuswright[92] står Priceline Group og Expedia Inc. for 60 % af online bookinger i Europa. Phocuswright leverer kvalitativ og kvantitativ forskning og analyser om rejsebranchen. De oplyser, at de arbejder uafhængigt, fordomsfrit og stringent og har til formål at fremme intelligent beslutningstagning og organisatorisk effektivitet, og er af samme grund en af de mest citerede kilder til data og analyser i rejse, turisme og hotelindustrien verden over[93].

[90] http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2015/20150715--Konkurrence-og-Forbrugerstyrelsen-indstiller-undersoegelse-af-bookingportaler?tc=E093DEAFAE394EE292350F3665F432D9
[91] Jeg har talt med Philip Olesen over telefon
[92] http://www.phocuswright.com/Travel-Research/Research-Updates/2015/Can-European-OTAs-Survive-the-Big-Squeeze-
[93] http://www.phocuswright.com/About-Us



Figur 4; OTA bookings markedsandel (Europa).

HORESTA, som er brancheorganisation for hotel-, restaurant- og turisterhvervet i Danmark[94], udarbejder løbende rapporter og normanalyser, men havde desværre ikke udarbejdet en analyse for dette, men ifølge Philip Olesen, som er kommunikationsrådgiver i HORESTA, er der ifølge deres overbevisning tale om, at andelen overstiger de 60 % i Danmark, eftersom der er færre aktører på det danske marked. Hvis dette er sandt, må en eller begge selskaber antages at have en markedsandel på over 30 % og dermed falde uden for kravet i artikel 3 i Gruppefritagelsesforordningen.

Det er en antagelse, der bygger på et usikkert datagrundlag, da det ikke har været muligt at finde en konkret analyse kun for det danske marked. Argumenterne for, at Priceline Group og Expedia Inc.'s markedsandele alligevel hver overstiger de 30 %, er, at Danmark er en del af EU, og der ikke er nogen grund til ikke at tro, at Danmark afviger markant fra den europæiske tendens. Denne opfattelse deles af HORESTA, endda i sådan grad, at de forventer en endnu større markedsandelstildeling til selskaberne i Danmark. Ydermere er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af den opfattelse, at online reservationer er mere og mere anvendt i Danmark, og det må forventes, at størstedelen af denne stigning må tilfalde Priceline Group og Expedia Inc.'s bedst kendte bookingportaler; Expedia/Hotels.com og Booking.com, da de er bedst kendte blandt forbrugerne. Det er ikke alle Priceline Group og Expedia Inc's

[94] http://www.horesta.dk/da-DK/Om%20HORESTA/Organisation

selskaber, der fungerer som online hotel booking portaler. Så for at gøre det mere overskueligt, ses nedenfor en opdeling af hvilke services, de forskellige selskaber tilbyder, og om der eksisterer danske versioner af deres hjemmesider (= "tilstede i Danmark"):

	Priceline Group		Expedia Inc.	
	Tilstede i Danmark	Ikke tilstede i Danmark	Tilstede i Danmark	Ikke tilstede i Danmark
Hoteller	Booking.com		Hotels.com, trivago, venere.com, Classic Vacations	
Hoteller, flybilletter, biludlejning etc.	KAYAK, priceline.com		Expedia, travelocity, wotif group, ORBITZ, hotwire	
Hoteller og flybilletter	agoda			
Biludlejning	Rentalcars.com		CarRentals.com	
Privat ferieudlejning			HomeAway	
Restauranter		OpenTable		
Krydstogt			Expedia cruiseshipcenters	

Figur 5; Opdeling af services Priceline Groups og Expedia Inc.'s selskaber tilbyder.

Delkonklusion:

For at en vertikal aftale kan undtages, må den ikke indeholde de fastgivne alvorlige begrænsninger fastsat i art. 4 i Gruppefritagelsesforordningen. Online bookingportalernes MFN-klausuler stiller ikke krav, der falder ind under de alvorlige begrænsninger. Det kan endvidere konstateres, at det relevante produktmarked afgrænses til annoncering og levering af online hotelbookingportalydelser på vegne af hotelværelsesudbydere, samt markedet for søge- og sammenligningsfunktioner, som benyttes af forbrugerne. Det relevante geografiske marked er blevet afgrænset til at være Danmark.

Det kan konstateres, at de største bookingportaler i Danmark er Booking.com, Expedia og Hotels.com står for majoriteten af online hotel bookinger i Danmark. Der er en meget klar formodning om, at mindst én af de førnævnte bookingportaler har en markedsandel på over 30 % og derfor falder uden for Gruppefritagelsesforordningen.

Vertikale begrænsninger der falder uden for Gruppefritagelsesforordningen:

Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger C 368/14

I de tilfælde vertikale aftaler falder uden for gruppefritagelsesforordningen, benyttes Kommissionens retningslinjer på området. Kommissionens retningslinjer fastlægger generelle regler for vurderingen, om vertikale aftalers begrænsninger er omfattet af forbuddet i art. 101 stk.1 TEUF eller ej. Vurderingen foretages ved at sammenholde den aktuelle eller fremtidige markedssituation med og uden de pågældende vertikale begrænsninger, som aftalen indeholder.

Retningslinjerne finder anvendelse på varer og tjenesteydelser i alle omsætningsled inden for vertikale aftaler. Det er vigtigt at understrege, at disse retningslinjer ikke bare kan anvendes rent mekanisk, men anvendes i lyset af den enkelte sags konkrete omstændigheder[95].

I vurderingen ses der på sandsynligheden for, at den vertikale begrænsning skaber en noterbar konkurrencebegrænsende effekt, når en af aftaleparterne er i besiddelse af en vis markedskraft, og når klausulen/aftalen bidrager til at opnå, opretholde eller styrke denne markedskraft[96]. Der ses særligt på de negative virkninger, som begrænsninger kan forårsage, bl.a. udelukkelse af andre leverandører eller kunder, svækkelse af konkurrencen og lettelse af samordning mellem køber og dennes konkurrenter, skabelse af hindringer for markedsintegrationen.

I dette tilfælde overstiger Bookingportalerne reglen om en markedsandel på over 30 % og falder derfor uden for Gruppefritagelsesforordningen, og der skal foretages en fuld konkurrence analyse, der skal klarlægge, om den vertikale aftale falder ind under forbuddet i art. 101 stk.1 TEUF.

Kommissionens vurderingsliste for vertikale begrænsninger

I punkt 111) i Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger oplistes en række faktorer, der kan benyttes i denne vurdering, som er følgende:

a) Aftalens art

[95] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 punkt 3) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

[96] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=uriserv:cc0007 Resumé af Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger.

b) *Parternes markedsposition*
c) *Konkurrenternes markedsposition*
d) *Aftalevarekøberens markedsposition*
e) *Adgangsbarrierer*
f) *Markedets modenhedsgrad*
g) *Omsætningsleddet*
h) *Produktets art*
i) *Andre faktorer*

Disse punkter skal som sagt ikke følges mekanisk, da de vil have forskellig betydning fra sag til sag.

a) *Aftalens art* henviser i stor udstrækning til[97]:
   1) hvilke begrænsninger aftalen indeholder,
   2) hvor stor begrænsningernes varighed er samt
   3) hvor stor en del af det samlede salg på markedet, der bliver påvirket af disse begrænsninger.

1) MFN-klausulen indeholder krav om prisparitet i forhold til hotellernes egen hjemmeside, men efter deres tilsagn om at ændre klausulvilkårene, er tidligere paritetskrav i forhold til konkurrerende platforme nu ophævet.

2) Det er en forudsætning for, at hotellerne må benytte sig af bookingportalernes service, at de underskriver MFN-klausulen. Det betyder, at begrænsningernes varighed er gældende for kontraktens varighed. Kontraktens varighed aftales mellem parterne. MFN-klausulens nuværende vilkår er et resultat af det tilsagn, de store bookingportaler gav i sommeren 2015. Tilsagnene er gældende for de næste fem år, så hvem ved, hvorledes MFN klausulerne kommer til at se ud efter de fem år.

3) Vi har tidligere konstateret, at de tre største bookingplatforme sidder på størstedelen af online booking markedet i Danmark og benytter alle denne form for MFN-klausul. Det må derfor forventes, at langt hovedparten af online salg via portaler eller online hjemmesider, bliver påvirket af disse klausulernes prisparitets

[97] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 pkt 113) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

begrænsninger. Hvis MFN-klausuler ikke eksisterede, ville salget via hotellernes egne hjemmesider i nogen grad forventes at være større, da hotellerne da ville kunne underbyde bookingportalerne og dermed få flere forbrugere til at booke direkte via hotellernes egne hjemmesider. Dog formodes det, at de fleste forbrugere ville vælge forsat at bruge bookingportalerne til deres bookinger, når de havde fundet det pågældende hotel, de ønskede via bookingportalernes søgefunktion, da det er tidskrævende, hvis de skal over på en anden hjemmeside og booke hotelværelset. Hvorvidt kunderne vil yde den indsats, afhænger af hvor lavt hotellerne vil sætte deres priser på egne hjemmesider. For at flytte forbrugerne skal der være en tilpas stor gevinst at hente for dem. Jo lavere priser via hotellernes egne hjemmeside, jo flere bookinger formodes det at afføde. Men hotellerne taber profit jo længere ned deres priser sættes, så de må fortage en konkret beregning af, hvad kommissionsomkostningerne er for en booking via en bookingportal vs. det tab i profit, en nedsættelse af prisen på deres egne hjemmesider koster dem, og om det pågældende pris- og profit skabende niveau vil være nok til at kunne flytte kunderne.

b) *Parternes markedsposition* henviser til den markedsstyrke, som aftaleparterne måtte have. Markedsstyrke og markedsandele hænger sammen, således at jo større markedsandele en virksomhed har, desto større markedsstyrke forventes virksomheden også at have. En markedsstyrke kan forstærkes i de tilfælde, hvor den pågældende virksomhed har andre konkurrencefordele, så som vigtige immaterielle rettigheder til et produkt, effektive omkostningsfordele via stordrift, indehaver af det førende sortiment mv.[98] Som nævnt ovenfor, sidder Priceline Group og Expedia Inc. på en betydelig del af det danske online hotel bookingportal marked via selskaber som bl.a. Booking.com og Expedia. Det må derfor antages, at de klausulhavende virksomheder er i besiddelse af en god portion markedsstyrke. I forhold til særlige konkurrencefordele, der kunne forstærke effekten af bookingportalernes markedsstyrke, må det antages, at de besidder stordriftsfordele ved at høre under hhv. Priceline Group og Expedia Inc, der har opkøbt så mange selskaber inden for hotelbookingindustrien. De store bookingportaler har både økonomisk og menneskelig kapital med know how, der kan optimere og

[98] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 pkt 114) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

videreudvikle portalerne. Denne proces må antages at være velfungerende grundet de store ressourcer, portalerne får som støtte fra hovedselskaberne til fx markedsføring udgifter. De mindre portaler har ikke samme kapacitet til at kunne klare så store udgifter, og opnår derfor ikke samme eksponering mv. En anden fordel de store bookingportaler har, er at de har det største udbud af hoteller via deres portaler. Grundet deres størrelse kan de tiltrække de store hotelkæder, der er velkendte, og som forbrugerne honorerer ved ofte bookinger, som så igen øger de store bookingportalers profit i form af kommissionsbetalinger.

Hotellerne antages ikke at have stor indflydelse på markedet for online hotel bookingplatformene. Der er få hotelkæder, der er gået sammen om at danne bookingportaler, men de kan ikke måle sig med fx Booking.com.

c) *Konkurrenternes markedsposition* vurderes ligesom parternes markedsposition ovenfor, ud fra hvor stor en markedsstyrke, de er besiddelse af. Dertil ses på eventuelle konkurrencefordele og størrelsen på virksomhedernes markedsandele. Jo stærkere konkurrenternes markedsposition er, desto lavere er risikoen for, at konkurrencen svækkes på markedet. Hvis der på markedet ses hyppige udsving i fordelingen af markedsandele virksomhederne i mellem, er det generelt et tegn på intens konkurrence[99]. På dette marked sidder de tre største bookingportaler Expedia, Hotels.com og Booking.com tungt på markedet i Danmark, og de er reelt ikke truet af konkurrerende bookingportaler. I mellem de tre største portaler må dog forventes at være en ligeværdig konkurrence, hvor der sker udsving i fordelingen af markedsandele. En fremtidig potentiel trussel kunne være virksomheden Google. I 2010 opkøbte Google ITAS, som laver fly-søgnings software og har ved hjælp af dette lanceret en flybillet sammenligningsside, samt forbedret deres hotelannoncer ved at tilføje virtuelle ture og prisoplysninger. Google har i kraft af sin markedsstørrelse muligheden for at kunne konkurrere med de store bookingportaler, hvis de ønskede at træde ind på det relevante marked. Grunden til, at de afholder sig fra det, kunne skyldes, at de ikke ønsker at begå

[99] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 pkt 115) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

kannibalisme på deres søgefunktionsvirksomhed i forhold til samarbejdet med bookingportalerne, som nogle analytikere har sagt tegner sig for 5 % af Googles årlige reklameindtægter[100].

d) *Aftalevarekøberens markedsposition* omhandler aftaleparternes kunders markedsstyrke dvs. hvor stor deres købermagt er. Købermagt kendetegnes blandt andet på kundens markedsandel på indkøbsmarkedet samt kundens position på videresalgsmarkedet[101]. Dette punkt har ikke relevans for denne analyse, da hotellerne sælger direkte til kunderne, og Bookingportalerne som sagt kun agerer agenter.

e) *Adgangsbarrierer* måles ved at se på hvor meget, en etableret virksomhed kan tillade sig at hæve sine priser, uden at nye virksomheder træder ind på markedet og hugger profitten. Jo lavere markedsbarriere jo nemmere er det for nye virksomheder at søge ind på markedet, og jo vanskeligere er det for den etablerede virksomhed at udnytte sin markedsstyrke. Adgangsbarrierer kan forekomme på grund af flere faktorer såsom stordriftsfordele, eksklusive rettigheder, statslig regulering, naturligt monopol, mærke loyalitet mv[102]. Vertikale begrænsninger i form af MFN-klausuler kan også fungere som adgangsbarrierer, fordi de binder deres samarbejdspartnere til prisparitetsforpligtelser, således at hotellernes incitamenter til at nedsætte priserne mindskes. Det betyder samtidig at nye bookingportaler får sværere ved at træde ind på markedet og opnå profit, da hotellerne ikke ønsker at tilbyde rabatter via de nye portaler, da de ikke vinder profit på den strategi. Adgangsbarriererne er med at styrke de store bookingportalers markedsstyrke. Adgangsbarriererne afhænger også af, hvor høje en ny potentiel virksomheds irreversible omkostninger er. Disse omkostninger kaldes også for sunk cost og betegner investeringsomkostninger, der går tabt, såfremt virksomheden må

[100] http://www.economist.com/news/business/21604598-market-booking-travel-online-rapidly-consolidating-sun-sea-and-surfing
[101] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 begrænsninger pkt. 116) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf
[102] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 begrænsninger pkt. 117) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

trække sig fra markedet igen[103]. Jo større omkostningerne er, desto mere afskrækkende virker det på nye virksomheder at søge ind på markedet. Ved at skulle konkurrere med de store bookingportaler, må forventes en del omkostninger til både at udvikle en platform, men i særdeleshed også til markedsføring. For at forbrugerne overhovedet kender til din eksistens, skal der pumpes store summer i at udbrede kendskabet via markedsføringskampagner via forskellige medier, samt udvikling af bookingportalens hjemmeside samt udgifter til søgefunktionssoftware, som må siges at være portalens hovedinvestering. Det kan derfor konstateres, at der er store adgangsbarrierer på markedet. Efter de store bookingportaler gav tilsagn og MFN-klausulerne gik fra at være brede til at være smalle, begrænser klausulerne ikke i samme omfang adgangsbarrierne for nye bookingportaler. De smallere klausuler forbyder ikke længere hotellerne at indgå samarbejder med konkurrerende bookingportaler til en lavere hotelværelsespris. Dette må anses som en sænkelse af adgangsbarriererne og en styrkelse af intra-brand konkurrencen portalerne imellem. Adgangsbarriererne anses dog stadig høje, da de smallere MFN-klausuler ikke reelt rykker på hotellernes incitamenter til større priskonkurrence. Dette kan forårsage et ensartet låst prisniveau på samtlige bookingportalsider[104]. Den største frygt blandt konkurrencemyndighederne i EU, vedrørende MFN-klausulerne på online hotelbooking markedet er netop, hvorvidt de hæmmer konkurrencen mellem bookingportalerne og øger de priser, som forbrugeren skal betale[105].

f) *Markedets modenhedsgrad* refererer til hvor lang tid, det pågældende marked har eksisteret. På et modent marked er efterspørgslen mere stabil/aftagende og innovationsniveauet er stagnerende. Sandsynligheden for, at konkurrencebegrænsninger rammer hårdt, er højere på et modent marked end på et dynamisk marked[106]. Markedet for online hotel bookingportaler er et

[103] Cabral, Louis M. B., 2000 s. 21-22*; Introduction to Industrial Organization*
[104] S. 335 "*The Role of Market transparency in assessing MFN Clauses*" af Vandenborre, Ingrid og Frese, Michael J. September 2015, World Competition.
[105] http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Most-favoured-nation-clauses-falling-out-of-favour.aspx
[106] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 begrænsninger pkt. 118) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

modent marked. Microsoft lancerede Expedia helt tilbage i 1996, og er i dag et af de største bookingsites i verden. Dengang var det et fåtal, der havde computere og endnu færre, der turde bestille ferie over nettet. Nu er internettet blevet allemandseje og er ikke længere afgrænset til computere. Smartphones og tablets har gjort det nemmere for forbrugerne at være impulsive og surfe rundt på forskellige bookingsites på farten. Et af verdens førende strategisk markeds research firmaer Euromonitor[107] har sågar spået, at 30 % af online rejse bookinger vil foretages via mobile enheder i 2017. Så selvom markedet er modent, sker der alligevel innovationer. Producenterne bag den software, mange af bookingportalerne anvender, Amadeus, udvikler hele tiden nye måder at lokke kunderne til agenternes hjemmesider bl.a. ved hjælp af teknologi, der opsamler brugernes søgehistorik med det formål at målrette webannoncer, så forbrugerne får vist priser på hoteller, de tidligere har søgt på etc.[108]. Selv med disse nye former for markedsføringstricks, har de mindre bookingportaler det svært i konkurrencen mod de store veletablerede bookingportaler, da de ikke har samme kapital til at investere i ny teknologi. De store spillere har endvidere langt større gennemslagskraft, når det kommer til at forhandle priser.

g) *Omsætningsleddet* henviser til hvilket led i produktets udarbejdelse/anvendelse, det befinder sig i. Der skelnes mellem mellemprodukter og færdige produkter[109]. Hotelovernatninger og annoncering for disse må betegnes som færdige produkter, men da bookingportalerne agerer agenter for hotellerne, skifter "produktet" aldrig hænder, og dette punkt har ikke den største relevans.

h) *Produktets art* omhandler produktets karakteristika og signifikans. Det må fastslås, om produkterne på det relevante marked er homogene eller heterogene. Ved heterogene produkter forstås produkter, hvis egenskaber er signifikant anderledes fra hinanden, forstået på den måde, at det er svært at

[107] http://www.euromonitor.com/en-euromonitor-about-us
[108] http://www.economist.com/news/business/21604598-market-booking-travel-online-rapidly-consolidating-sun-sea-and-surfing
[109] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 begrænsninger pkt. 119) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

substituere det med et andet produkt. Computere er et eksempel på et heterogent produkt, mens olie er et eksempel på et homogent produkt. På hotel bookingplatformen udbydes en masse forskellige værelser af varierende kvalitet, og der er derfor tale om heterogene produkter. Selvom der er tale om bookinger af det samme værelse, vil oplevelsen dog altid være forskellig fra gang til gang. Hotelbookinger foretages hyppigt, både i relation til private og arbejdsrelaterede ture. Det formodes ikke, at produktets art påvirker niveauet af den vertikal begrænsning synderligt, dog formodes der at være større konkurrence på homogene produkter grundet deres natur, til gengæld foretager forbrugerne hyppigt hotelbookinger, hvilke formodes at øge konkurrencen inden for industrien.

i) *Andre faktorer* henviser til faktorer som er vigtige at medtage i den konkrete sag. Under dette punkt kunne det være værd at nævne både negative, men også positive effekter, som MFN-klausulerne forårsager på markedet. Som nævnt tidligere, har der været bekymring for, om MFN-klausulerne har så store begrænsende effekter, at det er til skade for konkurrencen og forbrugerne. Dette er ikke nødvendigvis tilfældet, for MFN-klausulerne kan også have positive effekter, hvis fordele endda kan opveje eventuelle ulemper. Derfor uddybes graden af de forskellige effekter nedenfor.

Hvilke øvrige konkurrenceeffekter har MFN-klausulernes på markedet?

Brede MFN-klausulerne på online hotelbooking markedet kan have flere konkurrencebegrænsende effekter, så nu hvor bookingportalerne har ændret deres kontraktvilkår til smalle MFN-klausuler, må det antages, at omfanget af konkurrencebegrænsende effekter er blevet mindre[110]. Der eksisterer dog forsat negative effekter, som vil belyses herunder.

[110] http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/hotel-online-bookings-and-mfn-clauses-can-online-platforms-demand-the-best-deal.pdf

MFN-klausulernes negative effekter:

Transparent marked med omfattende overvågning og effektiv sanktionering

Kommissionen har i deres retningslinjer for vertikale aftaler oplistet en række faktorer[111], der kan være relevante, når man skal vurdere, om en vertikal aftale skaber en mærkbar konkurrencebegrænsning. Markedets gennemsigtighed bliver ikke nævnt som en vigtig faktor, det betyder dog ikke, at det ikke bør medtages. Dette støttes af Tysklands nationale konkurrencemyndigheders undersøgelse af online hotelbooking portalernes brug af MFN-klausuler.

De fleste agentaftaler, hvor MFN-klausuler er inkluderet, har det fællestræk, at de bliver anvendt på online markedet. En af de signifikante forskelle på et fysisk og et online markedet er graden af gennemsigtig. Online markedet er ekstremt transparent, hvilke gør det meget nemt for bookingportalerne at overvåge, om hotellerne overholder deres klausulforpligtelser. Det giver samtidig den effekt, at hotellerne mister incitamentet til at ville sænke priserne på den platform, da forbrugerne hurtig og nemt kan gennemsøge markedet og derfor vælge portalen med den billigste pris. Gennemsigtigheden på markedet er dermed med til at mindske priskonkurrencen, portalerne imellem også kaldet intra-brand konkurrencen[112]. Ergo må prisen antages at være højere med MFN-klausuler på et transparent online markedet end på et fysisk marked. Jo højere grad af gennemsigtighed på markedet, desto lavere overvågnings- og håndhævelsesudgifter har klausulhaveren også, og jo større sandsynlighed er der for, at en MFN-klausul vil eksistere på markedet. Omvendt kan det konstateres, at i de tilfælde, hvor det er sværere at observere prisen, jo større er sandsynligheden for, at der ikke anvendes en MFN-klausul mellem aftaleparterne, og dermed et større incitament for, at agenturhaveren vil sænke prisen over for forbrugeren[113]. På det danske online hotelbookingmarkedet er markedet transparent, hvilket understøttes af den måde, Expedia og Booking.com effektivt håndhæver deres MFN-klausuler over for de danske hoteller. Hvis et hotel bryder prisparitetskravet, bliver de kort tid efter "*vi taler om timer i højere grad end dage*[114]" ringet op eller modtager en mail fra

[111] Kommissionens Retningslinjer for vertikale begrænsninger af 10. maj 2010 pkt 111) http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2010/0411/COM_SEC(2010)0411_DA.pdf

[112] S. 342 https://www.skadden.com/sites/default/files/publications/WOCO-38-3_Ingrid%20Vandenborre%20&%20Michael%20J.%20Frese.pdf

[113] S. 342 https://www.skadden.com/sites/default/files/publications/WOCO-38-3_Ingrid%20Vandenborre%20&%20Michael%20J.%20Frese.pdf

[114] Se bilag 2 under eksempel 2. Dette og de øvrige vedlagte eksempler er erfaringer fra 4 danske hoteller om hvordan de store bookingportaler agere overfor eksempelvis brud på MFN-klausuler.

bookingportalerne, der beder hotellerne om omgående at rette ind. Hotellerne oplever at Booking.com og Expedia/hotels.com konstant overvåger hotellernes adfærd og fremsender endvidere en rapport, der illustrerer prisdifferencen mellem hotellets og bookingportalens pris på dagsniveau[115]. Der er dermed tale om en meget omfattende overvågning, der sanktioneres effektiv på grund af det meget transparente marked.

Diskriminerende adfærd

En anden vigtig faktor at tage med er bookingportalernes diskriminerende sanktionsopførsel over for hotellerne, i de tilfælde, hvor hotellerne ikke overholder deres MFN-forpligtelser. Der har været eksempler på, at bookingportalerne ikke sanktionerer de store hotelkæder lige så hårdt, som de gør med de små hoteller[116]. Dette skyldes, at bookingportalerne har en egen interesse i at opretholde samarbejdet med de store hotelkæder, fordi det tiltrækker forbrugerne, mens det ikke har samme effekt, hvis de små hoteller ikke overholder klausulen.

Denne opførsel kan forårsage en skævridning i forhold til, at de små hoteller er tvunget til at overholde paritetsbetingelserne, ellers risikerer de at blive smidt ud af bookingportalerne hjemmesider, mens at de store kapitaltunge hotelkæder uden større konsekvens kan bryde deres klausul om ikke at sætte prisen på egen hjemmeside lavere end den, der tilbydes via bookingportalerne. Paradoksalt nok har det størst betydning for de små hotellers overlevelse, at de kan tilbyde gode rabatter, og det er mere omkostningstungt for de små hoteller, at skulle betale kommissionssatser i forhold til de store hotelkæder, der i forvejen modtager flere direkte bookinger fra forbrugerne grundet deres brandværdi. Det fremgår også, at Booking.com benytter sig af en sanktioneringsmetode i form af en algoritme, der kan placere hotellerne dårligere på bookingportalens eget rankingsystem, hvis ikke hotellet overholder MFN-klausulen[117].

Eksemplerne er indhentet af Dansk Erhverv og inkluderet i et notat til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen dateret d. 12. december 2013 i forbindelse med et møde hvor OTA'ernes (online hotelbooking portalerne) betydning i Danmark blev diskuteret

[115] Se bilag 2, eksempel 1 og 4.

[116] Se bilag 2 under eksempel 3.

[117] Se bilag 2 eksempel 3.

Kumulativ effekt

En faktor, der kan have negativ virkning på markedet er, hvis der opstår en kumulativ effekt på grund af MFN-klausulerne. En sådan effekt kan opstå i de situationer, hvor der eksisterer mange lignende aftaler på markedet, som er indgået mellem hotellerne og bookingportaler. Denne form for adfærd kan anses for at være samordnet praksis, der kan forstærke effekten af fastlåste priser og standardiserede vilkår. Da både Expedia og Booking.com benytter sig af smalle MFN-klausuler, begrænser det hotellernes muligheder for at finde en bookingportal, der ikke stiller krav om sådan et vilkår. Hotellernes manglende incitament til at øge priskonkurrencen bliver forstærket, når størstedelen af de store bookingplatforme benytter sig af samme klausuler.

Styrkelse af hoteller med stærke markedspositioner

Når en bookingportal er i besiddelse af stor markedsmagt, kan de indgå aftaler om særlig fordelagtige vilkår med udvalgte hoteller. Dette samarbejde kan styrker disse hotellers allerede stærke markeds position. Dermed kan særlige aftaler i teorien begrænse konkurrencen hotellerne imellem og lede til en højere slutpris for forbrugeren.

Stor markedsmagt

Disse former for MFN-klausuler har større sandsynlighed for at have konkurrencebegrænsende effekter, når klausulindehaveren har meget markedsmagt. Markedsmagt er defineret som en virksomheds evne til at hæve prisen over marginalomkostningerne[118] (P>MC). Marginalomkostningerne er virksomhedens omkostning ved at producere én ekstra enhed. Sagt på en anden måde er markedsmagt forskellen mellem den pris, virksomheden tager, og produktionsomkostningen virksomheden har. En virksomhed kan kun lykkedes med at sætte prisen højt, på markeder, hvor der er høje adgangsbarrierer. Dette skyldes, at en virksomhed ellers bare vil træde ind på markedet og underbyde prisen og dermed få profitten. Derfor ses den højeste grad af markedsmagt hos monopolister[119]. Når en virksomhed har meget markedsmagt, er prisniveauet altså højere end ved perfekt konkurrence. Denne prisforhøjelse forårsager velfærdstab. I dette tilfælde refererer de store

[118] Cabral, Louis M. B., 2000, s. 6 *Introduction to Industrial Organization*
[119] Motta, Massimo, 2009 s. 41, *Competition Policy Theory and Practice*

bookingportalers markedsmagt til, hvor høj en kommissionssats de kan opkræve af hotellerne. Jo mere markedsmagt, desto lavere er sandsynligheden for, at hotellerne vælger at bryde samarbejdet, til fordel for en konkurrerende bookingportal, ved en stigning i kommissionssatserne. Vi har allerede konstateret, at markedet er meget koncentreret, og som et resultat har der også været en stigning i kommissionssatserne de seneste år. Bookingportalernes påvirkning af prissætningen vil blive uddybet senere i opgaven.

Hotellerne er afhængige af de store bookingportaler

Dette punkt hænger sammen med overstående afsnit omkring markedsmagt. For konkurrencebegrænsende effekter vil typisk ramme hårdere, på et marked, hvor der et er begrænset udvalg, og der ikke findes tilstrækkelig med alternativer til klausulindehaveren. I dette tilfælde er det hotel bookingportalerne, der er klausulindehaverne, og det er altså vigtigt at se på hvilke alternativer, hotellerne har, hvis de ikke ønsker at acceptere bookingportalernes vilkår.
Som allerede nævn, kan det være svært for hotellerne at nå ud til forbrugerne uden hjælp fra de store online søgemaskiner. De fleste forbrugere booker hotelovernatninger i forbindelse med ferie eller arbejdsrelaterede ophold i udlandet eller langt fra deres bopæl. Det betyder samtidig, at forbrugerne sædvanligvis ikke har stort kendskab til de lokale hoteller. Søgemaskinerne er derfor et essentielt værktøj, hvor forbrugeren kan indtaste sine præferencer for pris og beliggenhed mv., og lynhurtigt kan skabe et overblik over udvalget og på den baggrund træffe et kvalificeret valg. Som nævnt tidligere udsættes hotellerne for prisbegrænsninger og høje kommissionssatser blandt andet som resultat af, at markedet for bookingplatforme er meget koncentreret. Så hvorfor vælger hotellerne ikke selv at samarbejde om at etablere en fælles bookingplatform, og tager kampen op mod de store bookingportaler? Det skyldes højst sandsynligt, at diversiteten blandt hotellerne er for stor, forstået på den måde, at hotellerne har hver deres brand, virksomhedsstrategi og måde at se tingene på. At etablere en konkurrerende bookingportal ville kræve meget store transaktionsomkostninger, at forhandle betingelser og layout mv. samt afklare, hvordan hotellerne skulle rangeres i forhold til hinanden ved en søgning på bookingsiden. Denne form for samarbejde kunne også foranledige juridiske problemstillinger. Informationsudveksling af

kundeinformationer, opdelinger af grupperinger eller markeder etc. kunne potentiel være i strid med art. 101 TEUF.
Enkelte hotelkæder har forsøgt sig med deres egen bookingportal, bl.a. hotelkæden Guldsmeden i København, der har skabt en portal for bæredygtige og økologiske hoteller, men som tidligere konstateret, er markedet for bookingportaler meget koncentreret i Danmark, og de store portaler har meget markedsmagt.
De store bookingportaler har yderligere den fordel, at de er kendte af forbrugerne i hele verden, og at de kan tilbyder forbrugeren en pakkeløsning ved flere services som fx flybookinger, biludlejning mv.
Det kan derfor konkluderes, at der er et begrænset udvalg af alternativer til de to største bookingportaler Expedia og Priceline Group, og at konkurrencebegrænsende effekter er skærpede på markedet.

MFN-klausulernes Positive effekter:
Klausulerne kan dog også have positive effekter:

Free-rider beskyttende
Bookingportalerne har lukket et hul i markedet ved at tilbyde denne gratis kombinerede søge- og bookingfunktion til stor gavn for både forbrugerne og hotellerne. Hotellerne får øget deres salg, og forbrugerne kan træffe velinformerede valg ud fra deres præferencer. For at opretholde denne service på et højt niveau, kan der argumenteres for, at MFN-klausulerne er en sikkerhedsforanstaltning, der beskytter de ressourcer bookingportalerne har investeret for at kunne tilbyde et kvalitetsprodukt til forbrugerne og hotellerne.
Uden MFN-klausulerne ville hotellerne have stort incitament til at sætte værelsespriserne lavere på deres egen hjemmeside. På den måde kunne de benytte bookingplatformene til at opnå stor eksponering over for kunderne, men selv score profitten, fordi kunderne ville bruge portalerne søgefunktion og derefter booke billigere via hotellerne egen hjemmeside[120]. Hvis hotellerne fik lov til at underbyde booking portalerne, kunne der være fare for, at hotellerne ville free-ride på portalernes investeringer og service, med det resultat at bookingportalernes ikke længere ønsker

[120] http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Most-favoured-nation-clauses-falling-out-of-favour.aspx

at bruge penge på et innovere og videreudvikle portalerne. Netop dette argument er blevet brugt af flere nationale konkurrencemyndigheder som argument for at acceptere bookingportalernes tilsagn om at acceptere smallere MFN-klausuler. Free-rider problematikken er et kendt omsætningsmæssigt problem for flere butikker, hvor forbrugerne udnytter kompetencen og rådgivningen fra personalet i den fysiske butik for derefter at købe produktet hjem til en billigere pris via en anden hjemmeside[121]. I sidste ende kan problemer med free-ridere føre til marked exit for virksomheden, og det er ikke til fordel for konkurrencen.

Markedsintegrationsprincippet vil normalt stride imod foranstaltninger som MFN-klausuler, der begrænser prissætningen indirekte. Kommissionen har dog åbnet op for at tillade nogle begrænsninger vedrørende beskyttelse mod free-rider truslen via Gruppefritagelsesforordningen. Graden af sympati over for disse begrænsninger i forhold til free-rider problematikken, retter sig dog mere mod virksomheder, der ønsker at introducere et nyt produkt på markedet, og derfor skal foretage tunge "førstegangsinvesteringer" for at etablere produktet på markedet. Hvis virksomheden ikke kan opnå en vis beskyttelse af sine investeringerne, vil den ikke have det fornødne incitament til at træde ind på markedet og øge konkurrencen, hvilket i sidste ende er til skade for forbrugeren[122]. I dette tilfælde er der dog tale om et modent marked, og det er tvivlsomt i hvilket omfang en så veletableret virksomhed kan nyde beskyttelse mod free-ridere i samme omfang som en ny spiller på markedet. Dette skal ses i sammenhæng med det faktum at bookingportalerne ikke kun tjener penge via de kommissionssatser deres tjeneste afstedkommer. De tjener nemlig godt på også at tilbyde forskellige firmaer reklamer på deres hjemmesider. Bookingportalerne's hjemmesider fungerer også som store markedsplatforme, hvor diverse virksomhedsreklamer bliver eksponeret over for mange typer af forbrugere. Derudover tilbyder bookingportalerne loyalitetsprogrammer og diverse pakkeløsninger, der er med til at sikre dem en stabil indkomst, ved at på sin vis fungere som en one stop ferieshop for forbrugeren.

[121] http://www.mx.dk/penge_erhverv/nyheder/story/16925897

[122] S. 11 Iversen, Bent *Territoriale begrænsninger i distributions- og patentlicensaftaler - vertikale aftaler i EU-konkurrenceretten*, Djøf/jurist-og økonomforbundet, 2003

Prisparitets kravet og loyalitetsrabatter

Selv om man kan argumentere for, at paritetskravet i MFN-klausulen fjerner hotellernes frihed til at prisætte sig som de ønsker på deres egne hjemmesider, forhindrer klausulen ikke hotellerne i at tilbyde lave priser overfor forbrugeren, ja sågar at annoncere med laveste pristilbudsgaranti, så længe det også gælder den pågældende bookingportalsside. Hotellet har også friheden til at tilbyde disse fordelagtige tilbud til konkurrerende bookingportal, uden at det bryder MFN-klausulen. Paritetskravet kan derfor sikre, såfremt hotellerne ønsker det, at bookingportalerne leverer den bedste pris tilgængelig ved en enkelt søgning. Platformene formodes endda at kunne trække endnu flere bookinger, da de har flere besøgende kunder som kunne få glæde af tilbuddet. Dette kan reducere forbrugernes søgeomkostninger, hvis de ved, at hotellerne tilbyder de laveste priser via bookingportalerne[123]. Klausulerne tillader endvidere hotellerne at tilbyde særlige prisrabatter til gavn for særlige loyalitetskunder via deres egne hjemmesider, hvilke styrker særligt kundernes forhold til de pågældende hoteller. Det kan derfor konstateres, at MFN-klausulerne kan foranledige en markedssituation, som kan garantere, at forbrugeren i sidste ende får den billigste pris ved at bruge bookingportalerne, og som sikrer, at forbrugerens søge- og forhandlingsomkostninger holdes nede.

Delkonklussion:

MFN-klausulerne er faldet uden for kravene i Gruppefritagelsesforordningen, og det har derfor været nødvendigt at foretage en analyse af effekterne af MFN-klausulerne på markedet. Det kan konstateres ud fra ovenstående analyse, at de største bookingportaler besidder en stor markedsmagt, og at prisparitetskravet i den vertikale begrænsning overfor hotellerne bidrager til at styrke og opretholde bookingportalernes markedsposition. Klausulen stiller krav om prisparitet, således at værelsesprisen ikke må være lavere end prisen på bookingportalen, til gengæld står det hotellerne frit for at annoncere med en lavere pris på konkurrerende bookingportaler. MFN-klausulen er en forudsætning for kontraktforholdet mellem hotellerne og bookingportalerne og gælder derfor for hele kontraktperioden. Det kan

[123] http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Most-favoured-nation-clauses-falling-out-of-favour.aspx#_ftn12

konstateres, at langt hovedparten af online salg via portaler eller online hjemmesider, bliver påvirket af disse klausulers prisparitetsbegrænsninger, da markedet er meget koncentreret. Bookingportalernes markedsstyrke forstærkes af deres stordriftsfordele og omfattende hotelsamarbejder. Det kan konkluderes, at der er en vis konkurrence mellem nogle få store bookingportaler. Adgangsbarriererne anses stadig høje, da de smallere MFN-klausuler ikke reelt rykker på hotellernes incitamenter til større priskonkurrence. Det konkluderes, at der er tale om et modent marked, dog sker der fortsat innovation inden for software og markedsføringsudvikling. Hotelovernatninger er heterogene produkter, som forbrugerne køber hyppigt, og produktets art vurderes ikke at påvirke konkurrencen.

Det konkluderes, at de negative og positive konkurrencevirkninger på markedet er:

Negative effekter	Positive effekter
• Transparent marked → nem overvågning →effektiv sanktionering • Diskriminerende adfærd afhængig af hotellernes størrelser • Negativ kumulativ effekt da klausulerne benyttes af flere på markedet • Styrkelse af stærke hotellers markedsposition • Stor markedsmagt og høje adgangsbarriere • De fleste hoteller er afhængige af bookingportalerne	• Free-rider beskyttende • Sænker forbrugernes søge-omkostninger • Frihed for hotellerne til stadig at kunne give forbrugerne prisgaranti • Frihed til loyalitetsrabatter på hotellernes egne hjemmesider • Stor eksponering der øger hotellernes salg

Figur 6; Delkonklusion.

Hvordan påvirker MFN-klausuler prissætningen på hotellerne.

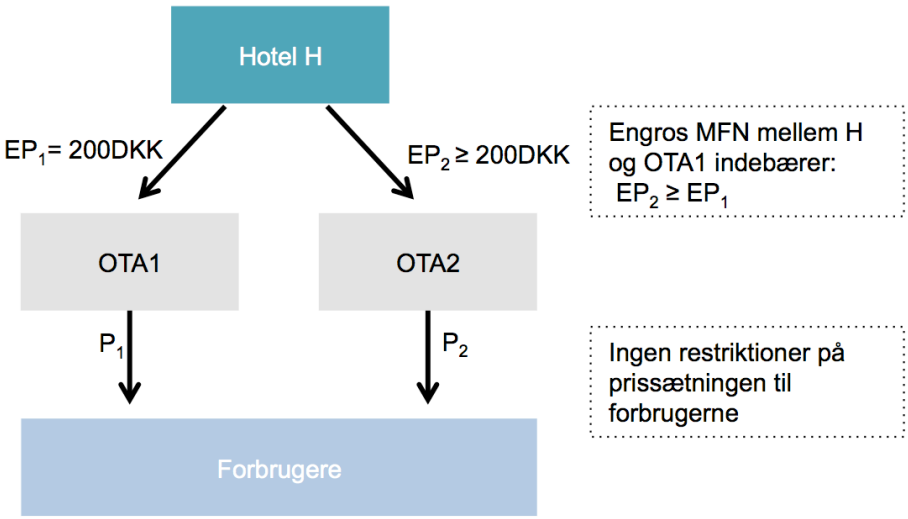
MFN-klausuler opererer typisk under to typer af forretningsmodeller hhv. selvstændig forhandler/distributør-modellen og agent-modellen[124].

Selvstændig forhandler/distributør-modellen:

Under denne model, sælger en producent sine produkter/tjenesteydelser til forhandleren til engrospriser. Forhandleren kan efterfølgende videresælge produkterne/tjenesteydelserne til detailpriser over for forbrugerne. Under denne model kan det sagtens være, at forhandleren først "køber" produktet/tjenesteydelsen af producenten, når han fundet en køber. Faktum er, at forhandleren under denne model påtager sig en økonomisk risiko fx pga. høj konkurrence forhandlerne imellem eller en lav efterspørgsel hos kunderne.

Figur 1) nedenfor illustrerer denne model med et eksempel, der involverer et hotel og to online bookingplatforme (OTA'er = Online travel agenter) der agerer som selvstændig forhandlere. Antag, at hotellet (H) tilbyder et værelse til OTA_1 til engros prisen 200 DKK/ nat (angivet som EP_1 i figuren). OTA_1 kan videresælge det til lige præcis den pris, de ønsker fx 220 DKK. En engros MFN-aftale mellem hotel H og OTA_1 vil derefter kræve, at hotellet ikke kan tilbyde OTA_2 et tilsvarende hotelværelse til en (engros) pris på under 200DKK angivet som EP_2. Men det står OTA_2 frit for at fastsætte den endelige pris overfor for forbrugerne på det niveau, han ønsker. Disse MFN-klausuler bevarer dermed detailhandlernes frihed til at sætte den pris, de ønsker over for forbrugerne, og er dermed ikke voldsom konkurrencebegrænsende.

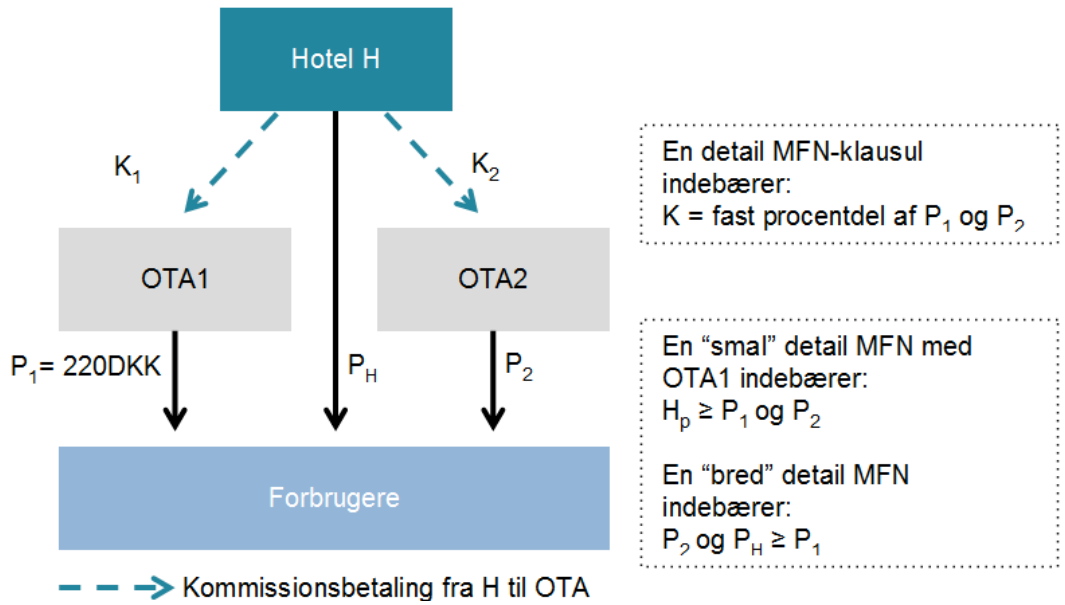
[124] http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Most-favoured-nation-clauses-falling-out-of-favour.aspx#_ftn8



Figur 7; Eksempel på MFN-klausul for selvstændige distributører.

Agent-modellen

Under agent-modellen fungere OTA'en som detailhandler agent på vegne af producenten/leverandøren, og her har agenten ingen indflydelse på produktets detailpris overfor forbrugerne. Hotellet H fastsætter derfor værelsesprisen over for forbrugeren på bookingportalernes hjemmesider til hhv. $OTA_1 = P_1$ og $OTA_2 = P_2$. For hver booking, der foretages via en bookingplatform, modtager OTA'erne en kommission fra hotellet på hhv. K_1 og K_2. som typisk vil udgøre en procentdel af værelsesprisen.



Figur 8; Eksempel på MFN-klausul i et agentforhold.

Agenter med brede MFN-klausuler

I denne model (figur 2) har bookingportalen OTA_1 indgået en bred MFN-klausul med hotellet H, der forpligter H til ikke at tilbyde det samme eller tilsvarende hotelværelse til en lavere pris via en konkurrerende bookingportal som fx OTA_2 eller via H's egen hjemmeside, hvor prisen er P_H. Så hvis P_1 sættes til fx 220DKK, stilles der krav om at P_2 og $P_H \geq 220$ DKK.

Prisparitetskravet ved den brede MFN-klausul sikrer, at en bookingportal uden større risiko kan forhøje procentdelen af kommissionsgebyret K_1 over for hotellerne uden at skulle frygte, at det ville resultere i en forhøjelse i den udbudte værelsespris på bookingportalens side. Prisparitetskravet eliminerede dermed risikoen for tab af kunder til konkurrerende bookingportaler[125]. Det betyder omvendt også, at paritetskravet begrænsede incitamentet for bookingportalerne til at mindske kommissionsgebyret, da en nedsættelse ikke ville resultere i en lavere værelsespris i forhold til den pris, der udbydes på konkurrerende bookingkanaler.

Agenter med smalle MFN-klausuler

Under en smal MFN-klausul (figur 2) stilles kun krav til, at H ikke må tilbyde forbrugerne en lavere pris på sin egen hjemmeside P_H end den, som tilbydes via OTA_1 til P_1. Det betyder at $P_H \leq P_1$. Dog åbner denne model op for muligheden for, at hotellet kan tilbyde en lavere pris til OTA_2, således at prissætningen kan se sådan ud: $P_H \leq P_1 \leq P_2$. Så hvis P_1 sættes til fx 220DKK, stilles der krav om at $P_H \geq 220$ DKK, men tillader at P_2 fx = 200DKK.

De smallere klausuler kan dermed øge konkurrencen mellem bookingportalerne, da det giver hotellerne mulighed for at prisdifferentiere værelsesprisen mellem bookingportalerne, dog er hotellernes incitament til dette stærkt begrænset. Det skyldes, at de bliver presset af høje kommissionssatser fra bookingportalerne, som derved ville tage meget af profitten ved en prisnedsættelse. Dette skal holdes op mod at hotellerne, pga. paritetskravet, må tilbyde rabatter via deres egne hjemmesider,

[125] https://www.kfst.dk/~/media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Afgoerelser/2015/20150827AfgoerelseBookingportaler.pdf

hvor der ellers er en større profitmargin at hente, da de ikke skal tage højde for kommissionsgebyrer til bookingportalerne.

Graden af konkurrencebegrænsende effekter under agentmodellen, afhænger af altså om MFN-klausulen er bred eller smal.

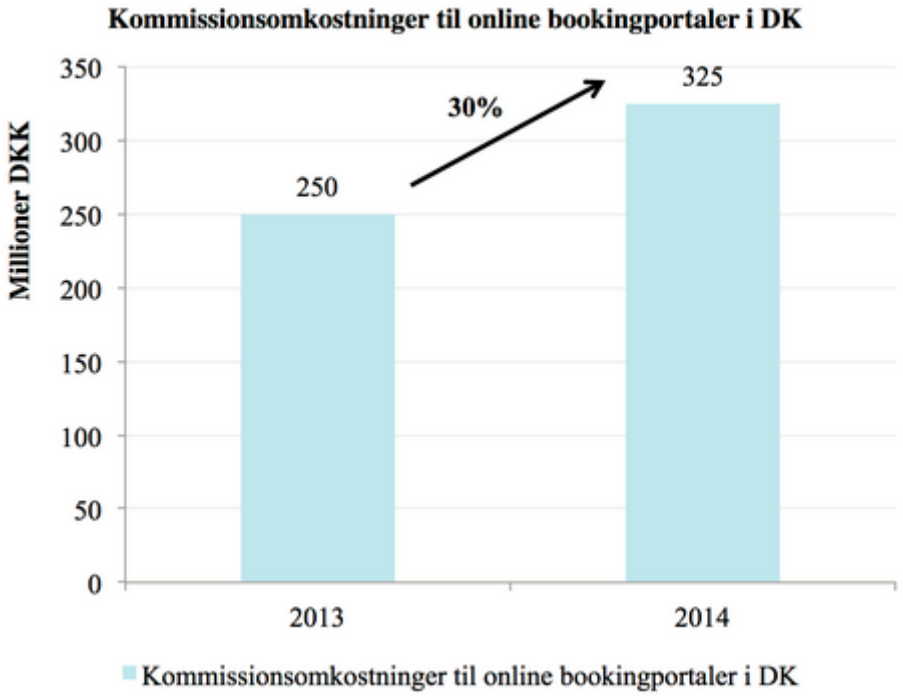
Et marked uden MFN-klausuler

Hvis MFN-klausulen helt blev afskaffet, kunne hotellet sætte priserne P_H, P_1 og P_2 helt frit. En sådan situation ville tilskynde hotellet til fremme salget af hotelværelser via hotellets egen hjemmeside ved at sætte $P_H < P_{OTA}$, fx $P_H = P_1 - ½ K_1$. Dette ville kunne afføde, at hotellet opnåede en større forhandlerstyrke over for OTA'erne, som følge af et større antal bookinger via deres egen hjemmeside og dermed snuppe en del af profitten fra OTA'erne. Med en større forhandlerstyrke, ville hotellet potentielt kunne forhandle sig frem til en lavere kommissionssats (K_1 og K_2) pr. solgte hotelværelse via bookingportalerne, med det formål at kunne sænke P_1 og P_2 og tiltrække endnu flere forbruger/købere. Hotellerne ville kunne opnå større salg og derved kunne konkurrere mere effektivt med andre hoteller på markedet til gavn for forbrugerne. På et velfungerende marked vil bookingplatformene ydermere have et incitament til at reducere deres omkostninger og tilbyde lavere kommissioner for at tilskynde hotellerne til tilsvarende at sænke deres priser, da konkurrencen mellem bookingportalerne vil være større, og de derfor vil yde en indsats for at beholde deres markedsandele. Markedsligevægten på hotelpriser ville dermed gå i retning mod fuldkommen konkurrence (P=MC).

Stigning i bookingportalernes kommissionssatser

Det fremgår af Horesta's normtalanalyse for 2014/2015, der belyser den danske hotelbranche. Analysen konkluderede, at de danske hotellers udgifter til online bookingportalerne er steget med 30 % fra år 2013-2014[126] (se figur 4).

[126] Se bilag 3 uddrag af Horesta's normanalyse



Figur 9; kommissionsomkostninger til online bookingportaler i DK.

Ud fra Horesta's oplysninger, ligger gebyrerne på mellem 15-25 % af værelsesprisen, afhængig af hvilken aftale, de har forhandlet på plads med bookingportalerne.
Tilbage i 2013-2014 benyttede de store online bookingportaler sig af den brede type MFN-klausul, hvilket formodes at være en medvirkende faktor til, at kommissionssatserne steg så voldsom på blot et år. En bred MFN-klausul forhindrer nemlig et hotel i at belønne andre platforme, som fx tilbyder en lavere kommissionssats. Det kan skabe konkurrencebegrænsende effekter.
Hvis en agent, der har vedtaget en bred MFN-klausul, ønsker at forhandle om en stigning den kommissionssats han opkræver af hotellerne, behøver han ikke være bekymret for, om det går ud over hans konkurrenceevne i forhold til konkurrerende platforme. Hotellet er bundet af prisparitetskravet i MFN-klausulen, således at hotellet ikke kan hæve prisen tilsvarende overfor forbrugerne uden at det samtidig skal gøre det for alle bookingplatformene, samt på dets egen hjemmeside. En stigning i platformenes kommission vil dermed æde af hotellerne profit, da hotellet har et ønske om at holde detailprisen nogenlunde nede i niveau, for at kunne konkurrere med de andre hoteller. Tilsvarende betyder det dog også, at bookingplatformene ikke kan øge deres markedsandele ved at tilbyde hotellerne en lavere kommissionssats. En bred MFN-klausul har altså både den effekt, at den mindsker bookingportalernes

incitament til at reducere sine kommissionssatser, samt mindsker hotellernes incitament til at sænke detailprisen over for forbrugerne, da det går ud over deres profit. De brede MFN-klausuler vil dermed forårsage et højere prisniveau over for forbrugerne end på et marked uden klausuler.
Den brede MFN-klausul kan også skabe adgangsbarrierer for nye online platforme. Det vil ikke kunne lade sig gøre for en ny online platform at træde ind på markedet ved at tilbyde at annoncere med lavere priser over for forbrugerne, da MFN-klausulen stiller krav om prisparitet. Konkurrencen forværres dermed af den brede MFN-klausuls tilstedeværelse på markedet, da den er med til at styrke klausulhaverens markedsposition. MFN-klausulerne svækker dermed også platformenes incitament til at reducere deres omkostninger, da klausulerne beskytter dem mod priskonkurrencen fra andre portalerne. Det kan konstateres, at de smalle MFN-klausulerne i en vis grad åbner op for mere konkurrence i relation til prissætningen på detailmarkedet, end ved de brede MFN-klausuler. Desværre påvirkes hotellernes incitamenter til at prisdifferentiere mellem portalerne ikke væsentligt, fordi der stadig eksisterer et prisparitetskrav i forhold til deres egne hjemmesider. Bookingportalerne opretholder derved deres store markedsmagt, og det formodes, at kommissionssatsen forsat er stigende om end mindre eksplosiv end under den brede MFN-klausul.

Delkonklusion:
Det kan Konkluderes, at prissætningen ved engros MFN-klausuler ikke er lige så konkurrencebegrænsende som detail MFN-klausuler. Her påtager den selvstændige distributør sig en del af den økonomiske risiko, og den opnåede "fordel" i form af prisparitet på en gros niveau, giver stadig konkurrerende bookingportaler mulighed for at udnytte markedet og konkurrere på detailprisen og vinde markedsandele. Under agent MFN-modellen påtager agenten sig ingen risiko, og har ingen indflydelse på detailprissætningen over for forbrugeren, men tjener en procentvis kommission pr. solgt hotelværelse. Omfanget af de konkurrencebegrænsende virkninger afhænger af, om der er tale om brede eller smalle MFN-klausuler. Det kan konstateres, at de brede MFN-klausuler ikke overraskende begrænser konkurrencen mest, da de smalle MFN-klausuler giver mulighed for prisdifferentiering mellem bookingportalerne, men deres incitament bliver begrænset for meget af prisparitetskravet til, at det gør en stor forbedring på konkurrencen på markedet. Det kan konkluderes, at et marked uden

MFN-klausuler vil give hotellerne mere forhandlerstyrke og øge hotellernes incitament til at sænke detailprisen for forbrugerne og øge konkurrencen på markedet. Det vil samtidig øge bookingportalernes incitamenter til at sænke deres omkostninger og kommissionssats. Markedsligevægten vil nærme sig mere priserne under fuldkonkurrence. Det kan konkluderes, at MFN-klausulerne bidrager til at opretholde bookingportalernes markedsposition, hvilke formodes at kunne forklare den store stigning i kommissionssatserne, der har været de sidste par år. Med ændringen til de smallere klausuler forventes dog ikke så kraftig en stigning som under de brede MFN-klausuler.

Kan MFN-klausulerne opnå en individuel fritagelse jf. Art. 101, stk.3?

Nu har jeg belyst via konkurrenceanalysen ovenfor, hvorledes MFN-klausulerne påvirker markedet både positivt og negativt. Nu er spørgsmålet så bare, om de negative effekter opvejer de positive eller omvendt, og dermed om MFN-klausulerne kan opnå en individuel undtagelse jf. art. 101 stk. 3 TEUF.
Anvendelsen af art. 101 stk.3 indeholder konkret fire kumulative betingelser, som aftalerne skal opfylde for at kunne undtages:
To positive

1) at de bidrager til at forbedre produktion eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og
2) at de sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved

To negative:

3) at de pålagte begrænsninger ikke må gå videre end hvad der er nødvendigt for at de kan opnå deres mål
4) at aftalerne ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer

De positive betingelser

Punkt 1) vedrører hvorvidt aftalen medfører *produktionsforbedringer*. Da der er tale om et agentforhold om tjenesteydelser, synes dette punkt ikke at være relevant. Kontrakter kan dog minimere informations- og transaktionsomkostninger mellem to aftaleparter. Derimod er kravet om forbedring af *fordelingen af varerne* og *fremme af*

teknisk/økonomisk udvikling relevante i forhold til MFN-klausulerne. Bookingportalerne er i stand til, med stor succes, at eksponere annonceringerne for hotelværelserne bredt ud til forbrugerne og udbreder kendskabet til fx små lokale hoteller til forbrugere på tværs af lande grænser. Bookingportalerne hjælper derfor til en bedre fordeling af hotellerne på markedet og øger konkurrencen mellem hotellerne, da bookingplatformene sikrer mindre hotellers overlevelse. I forhold til at *fremme teknisk eller økonomisk udvikling*, kan man også argumentere for, at MFN-klausulerne formår at beskytte bookingportalernes investeringer til nye innovationer inden for eksempelvis ny søgeværktøjs-software og forsat sikre, at bookingportalerne kan benyttes gratis af forbrugerne. Det er dog stærkt tvivlsomt, om MFN-klausulerne ligefrem fremmer den økonomiske udvikling. Det blev konstateret tidligere, at MFN-klausulerne forstærker og opretholder de stærke markedspositionerne for de største bookingportaler på et allerede koncentreret marked. Konsekvensen af dette er højere kommissionssatser, hvilke igen har medført, at hotellerne har hævet detailprisniveauet.

Punkt 2) stiller krav, om forbrugerne skal sikres en andel i fordelene. Det kunne eksempelvis være bedre kvalitet, lavere priser, større valgmuligheder osv. Forbrugerne skal opfattes som personer, der ikke er en del af selve aftalen, men som alligevel berøres af den. Hvad der præcis udgør en *rimelig andel* af fordele, er ikke fastsat i bestemmelsen, men skal vurderes fra sag til sag, men der skeles blandt andet til, om hvorvidt at aftalen afføder fordele, som forbrugerne har mulighed for at få del i, og om der i tilstrækkelig grad eksisterer konkurrence inden for det pågældende område[127]. Det er som sagt blevet konstateret, at MFN-klausulerne har en noterbar konkurrencebegrænsende effekt på markedet, og at MFN-klausulerne forårsager højere priser på detailmarkedet for hotelovernatninger til skade for forbrugeren. Så selvom MFN-klausulerne muligvis hjælper med at sikre en høj kvalitet af bookingportalernes hjemmeside, som reducerer forbrugernes søgeomkostninger, kan det ikke entydigt bevises, at forbrugerne får en rimelig andel i fordelene, da prisen de skal betale pr. hotelværelse er højere pga. MFN-klausulerne.

[127] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 121

De negative betingelser

Punkt 3) stiller krav om, at det konkurrencebegrænsende krav i MFN-klausulen, ikke må gå videre, end hvad der er nødvendig for at nå målet. Der opstilles dermed et proportionalitetskrav, hvormed prisparitetsforpligtelsen ikke er tilladt, såfremt det er muligt at nå samme mål med mindre indgribende foranstaltninger. MFN-klausulerne er allerede en gang blevet gjort mindre indgribende, da bookingportalerne gav tilsagn til smallere MFN-klausuler i sommerens sidste år. Dog kan man anfægte, at free-rider truslen ikke er proportional i forhold til de konkrete omstændigheder på markedet. Det blev konstateret, at der var tale om et modent marked, hvor de store bookingportaler har meget markedsmagt, og hvor adgangsbarriererne for nye konkurrerende bookingportaler er høje. Dertil skal tages i betragtning, at bookingportalerne har gode alternative indtjeningsmuligheder de benytter sig af i form af fx salg af reklameplads på deres hjemmesider. Derfor synes MFN-klausulen at gå videre end hvad, der er nødvendigt, for at opretholde en god konkurrence på markedet og sikre bookingportalernes investeringer.

Punkt 4) vedrører, at der skal opretholdes et konkurrenceminimum på markedet. Her skal ses på markedsstrukturen som helhed og ikke blot den del af markedet, der beherskes af aftaleparterne. Der stilles krav om, at konkurrencen udelukkes for en *væsentlig del af de pågældende varer*. Hvad præcis *en væsentlig del* udgør, defineres ikke i bestemmelsen, men formuleringen *varer* udelukker ikke, at bestemmelsen også finder anvendelse på tjenesteydelser[128]. Det blev konstateret tidligere, at markedet for online hotelbookinger er meget transparent og, at det sikrer, at bookingportalerne effektivt kan sanktionere deres MFN-klausuler, hvilke er med til at opretholde de høje adgangsbarrierer på markedet. Ydermere blev det konstateret, at der kunne frygtes at være en kumulativ negativ effekt på konkurrencen, at alle de største bookingportaler benytter sig af samme type MFN-klausul. Dette har resulteret i, at konkurrencen bliver noterbar hæmmet af eksistensen af MFN-klausulerne på online hotelbookingmarkedet.

[128] Fejø, *EU-Konkurrenceret*, s. 122

Ud fra ovenstående må det konstateres, at MFN-klausulerne ikke overholder alle fire krav, og derfor ikke kan undtages via art. 101 stk. 3 TEUF. Det betyder, at MFN-klausulerne er uforenelige med det indre marked og er forbudt jf. art. 101 stk. 1 TEUF. Det følger derefter af art. 101 stk. 2 TEUF, at sådan en aftale er uden retsvirkning og dermed ugyldig. Via sekundær lovgivning, er der endvidere mulighed for at sanktionere de pågældende virksomheder med bøder, men det vil ikke blive uddybet yderligere i denne opgave.

Retspraksis på området

Apple-dommen

Der er begrænset retspraksis på området for MFN-klausuler, men en af de nyere kendte sager er Kommissionens sag mod Apple[129].

Apple-dommen vedrørte fire store bogforlag[130] der på daværende tidspunkt (2007-2010) benyttede sig af en engrosmodel, hvor e-bøgerne blev solgt til detailhandleren til en pris under den anbefalede detailpris, som var fastsat af forlagene. Derefter stod det detailhandleren frit for at fastsætte videresalgsprisen over for forbrugeren. I 2007 i USA og i 2009 i Europa begyndte Amazon at tilbyde forbrugerne nyudgivne bestseller bøger til en meget lav pris, som var væsentlig under de anbefalede priser, som forlagene gav detailsælgerene. Dette skabte bekymring hos de fire forlag, der ønskede at opretholde et vist prisniveau på e-bøgerne. Disse forlag solgte en del e-bøger gennem Amazon og besluttede sig for sammen at sætte en stopper for Amazons prispolitik. I 2009 kontaktede Apple de fire forlag for at starte et samarbejde om at sælge e-bøger. Forlagene blev enige med Apple om at indgå en agentmodel i stedet for en engrosmodelaftale indeholdende en prisparitets MFN-klausul gældende fra januar 2010. Klausulerne forpligtede forlagene til at sikre prisparitet således, at hvis fx en anden e-bogssælgere blev tilbudt en lavere pris for en specifik e-bog, skulle forlaget tilsvarende sænke prisen på e-bogen i iBookstore, så den matchede den anden sælgers pris. Under agentaftalerne kunne Apple agere agent, og forlagene fastsætte priserne, som de ønskede, de skulle være i IBookstore. Forlagene pressede Amazon til

[129] case comp/at.39847-ebooks

[130] Hachette Livre SA, HarperCollins Publishers Limited og HarperCollins Publishers L.L.C., Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG og Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH ,Simon & Schuster, Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd og Simon & Schuster Digital Sales Inc

også at overgå til en agentaftale, med trusler om, at de ville nægte at levere bøger til Amazon, hvis ikke de accepterede. Dette var med det formål, at de ikke ønskede at skulle matche Amazon's lave pris over for Apple jf. prisparitetsforpligtelsen i MFN-klausulen. Amazon gav efter i april 2010 og overgik til agentaftalen. Konsekvensen blev, at prisniveauet på e-bøger steg.
Kommissionen besluttede sig for at se nærmere på denne potentielle konkurrencebegrænsende adfærd jf. art. 101 TEUF. Sagen[131] blev afsluttet d. 12. december 2012, hvor kommissionen vedtog, at Apple og fire internationale forlag forpligtede sig til, for de næste 5 år, at afskaffe disse MFN-klausuler og genforhandle agentaftalerne, så de ikke kunne fastlåse priserne på det niveau, de ønskede. Kommissionen var af den opfattelse, at agentaftalerne, som forlagene havde indgået med Apple, havde til formål at hæve priserne på e-bøger og udelukke priskonkurrence på detailhandelsniveau. Der var sågar bevis for, at forlagene indbyrdes havde diskuteret forskellige strategier for at øge detailprisen, efter at Amazon havde sænket deres e-bogspriser, hvilke blev karakteriseret som samordnet praksis i strid med art. 101 TEUF.

Dommen illustrere fint at, hvor alvorlige konsekvenser agent MFN-klausuler kan have på priskonkurrencen på detailhandelsniveau, ligesom med MFN-klausulerne på hotelbooking markedet.

Delkonklusion:
Nu er det blevet belyst, hvordan MFN-klausulerne påvirker online hotelbooking markedet, og det kan konstateres, at MFN-klausulerne har en noterbar konkurrencebegrænsende effekt på markedet, der blandt andet forårsager dårligere intra-brand konkurrence mellem de konkurrerende bookingportaler. Det kan også konstateres, at MFN-klausulerne forårsager højere priser på detailprismarkedet for hotelovernatninger, da bookingportalernes markedsmagt har sat dem i stand til at presse kommissionssatserne i vejret, hvilket får hotellerne til at hæve prisen for at opnå tilstrækkelig profit.
Det må konkluderes, at MFN-klausulernes negative effekter ikke bliver opvejet af de positive effekter, da deres free-rider trussel ikke kan retfærdiggøres i forhold til

[131] COMP/AT.39847-E-BOOKS

portalernes gode indtjeningsmuligheder på et modent marked. Frygten for, at forbrugernes omkostninger i forbindelse med hotelsøgninger mv. vil stige, syntes ikke at være sandsynligt, da fx indførslen af brugerbetalinger vil skræmme forbrugerne over på alternative sider, og bookingportalerne vil miste stor indtjening. En fjernelse af MFN-klausulen, kunne give hotellerne mere forhandlermagt over for bookingportalerne til at sænke deres kommissionssatser en smule. Det må konkluderes, at MFN-klausulerne er til gene for markedsintegrationen mellem medlemsstaterne og til skade for forbrugerne.
Ud fra denne analyse drages den konklusion, at MFN-klausulerne er i strid med art. 101 stk. 1 TEUF, og derfor bør erklæres ugyldig jf. art. 101 stk.2 TEUF.

Hvilke retspolitiske tiltag, kan iværksættes for at sikre en mere effektiv regulering af området?

Mit retspolitiske forslag:

Som min analyse har belyst, er der langt fra en klar konsensus mellem de forskellige europæiske konkurrencemyndigheders vurdering af lovligheden af MFN-klausuler på online hotel booking markedet i forhold til art. 101 TEUF. Der findes flere uklare omstændigheder der adskiller netop denne type klausul fra den typiske vertikale aftale mellem virksomheder, blandt andet det uægte agentforhold, der ikke er blevet endelig anskueliggjort. Denne manglende gennemsigtighed og høje kompleksitet, kan være et problem når der skal foretages en vurdering af aftalernes lovlighed. Indtil nu har den fremherskende strategi været at man foretager en konkret vurdering fra sag til sag. Det er desværre uhensigtsmæssigt at der i de konkrete vurderinger ikke er enighed om resultatet på trods af stort set samme sager, med de samme virksomheder og klausulbetingelser. Man kunne komme med den påstand at det er for svært for myndighederne at vurdere ud fra nuværende retskilder. En måde at løse dette på var at der blev udarbejdet et nogle vejledende retningslinjer specifikt for brugen af MFN-klausuler. Retningslinjerne ville kunne sikre en mere effektiv og præcis håndhævelse af konkurrencereglerne. MFN-klausulerne ses på tværs af brancher og er et udbredt værktøj som benyttes. Ved at myndighederne tager sager op med stor hyppighed, med forskelligartet resultater kan være frustrerende for virksomhederne der kan øge transaktionsomkostningerne og ødelægge virksomhedens markedsstrategi, ved at trække sagerne ud i langdrag, skaber dårlig omtale i pressen samt skabe usikkerhed

internt i organisationen. Et nyt sæt retningslinjer vil ikke kun mindske omkostningerne for de juridiske myndigheder, men også sænke omkostningerne hos virksomhederne, der vil få nemmere ved at gennemskue reglerne og handle proaktivt, allerede ved oprettelsen af fremtidige MFN-klausuler. Noget af det der har gjort det ekstra svært at gennemskue retsområdet, skyldes at lang de fleste sager der er blevet igangsat af myndighederne inden for dette område, er blevet afsluttet ved tilsagn og de fyldestgørende domsafgørelser der kunne skabe mere klarhed, er blevet undladt. Hvad præcis disse retningslinjer skulle indeholde er blevet diskuteret, men et konkret forslag er[132]:

- En definition af hvad MFN-klausul begrebet omfatter
- En teoretisk diskussion af hvilke bekymringer og risici i forhold til potentielle konkurrencebegrænsende effekter forbundet med MFN-klausulerne
- Tilsvarende diskussion af hvilke konkurrencefremmende virkninger og i hvilke sammenhænge en effektivitetsbegrundelse og accept af klausulerne kunne være relevant
- Sikre tilfælde (safe habors) hvor det bør formodes at MFN-klausulerne er lovlige uden væsentlige konkurrenceretlige betænkeligheder.

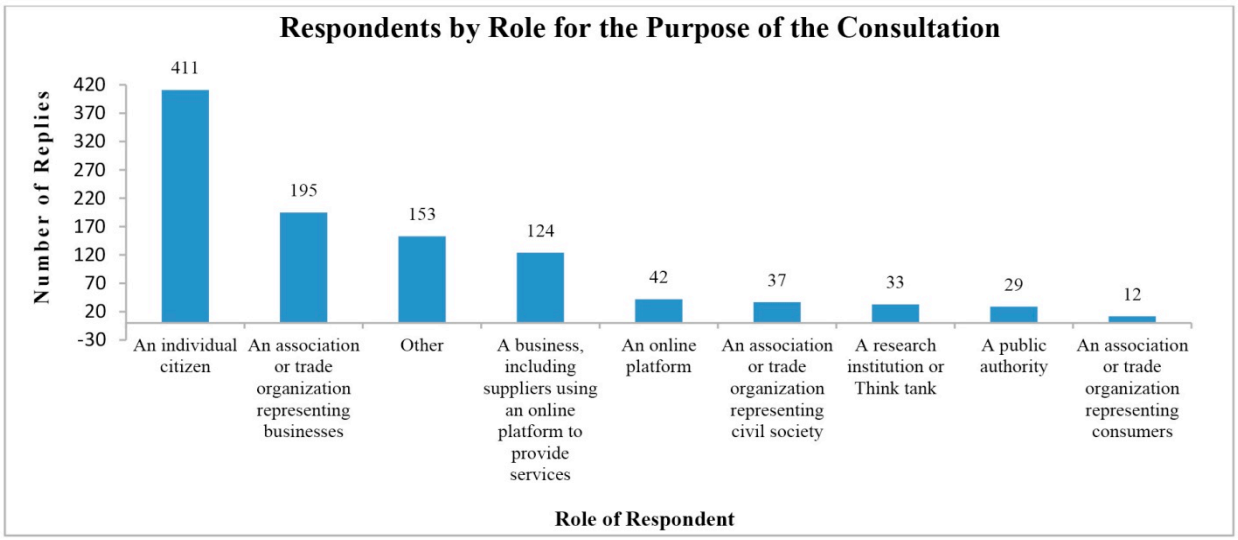
Det er min overbevisning at en fælles europæisk MFN-klausul guideline ville kunne sikre en mere effektiv regulering på området.

Hvilke nye tiltag har Kommissionen i støbeskeen?

EU-kommissionen har for tiden fokus på den stigende digitalisering i samfundet og hvilke muligheder, den giver borgere og virksomheder på det indre marked. Derfor løftede Kommissionen tilbage i maj 2015 sløret for sin plan om at skabe et fælles digitalt indre marked. I forbindelse med denne plan "*Strategien for et digitalt marked i Europa"* blev der foretaget en offentlig høring, for at klarlægge hvilke sociale og økonomiske rolle online platforme har. I den forbindelse kom Kommissionen med deres definition af hvad begrebet online-platform omfatter: "*En online-platform refererer til en virksomhed der opererer på to (eller flere)-sidet markeder, og som bruger internettet til at muliggøre interaktioner mellem to eller flere forskellige, men*

[132] S. 4 Gürkaynak, Gönenc; Güner, Ayse; Diniz Sinan og Filson Janelle, *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*, 2015 EUR j Law Econ (frit tilgængelig på springerlink.com)

indbyrdes afhængige grupper af brugere, så der dannes værdi for mindst én af disse grupper. Visse platforme kvalificeres også som mellemmandtjeneste udbydere "[133].
Det er en meget bred definition, der spænder over alt fra musikplatforme, sociale medier, søgemaskiner og online markedspladser.
To af de største bookingplatforme Hotels.com og Expedia beskriver sig selv, som de største online rejseudbydere, der ved hjælp af søgeværktøjer giver brugeren en hurtig oversigt over de indkvarteringsmuligheder der bedst passer på brugeres søgekriterier[134]. Hvis man skeler til Kommissionens definition, kan det konstateres at online hotel booking platformene falder inden for kategori af online platforme.
Den offentlige høring er foregået ved at Kommissionen har opfordret interessenter til at svare på et længere spørgeskema. Skemaet har indsamlet synspunkter og holdninger om de lovgivningsmæssige rammer for online platforme i EU, med det formål at bidrage til en bredere analyse af den rolle, platforme har samfundet. Den offentlige høring løb fra 24. september 2015 til den 6. januar 2016.
Den geografiske fordeling spredte sig ud på 27 EU-medlemsstater, hvoraf det største antal svar kom fra Tyskland (17 %), Belgien (13 %) og Storbritannien (11 %). Omkring 10 procent af svarene kom fra lande uden for EU, hvoraf mere end halvdelen af dem fra USA[135].



Figur 10; Kommissionens spørgeskema.

[133] Sénéchal, Juliette; *The Diversity of Services provided by Online Platforms and the specificity of the Counter-performance of these Services – A double Challenge for European and National Law.* S. 40
[134] http://guiden.expedia.dk/om-os og http://www.hotels.com/page/about-us/
[135] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-brief-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries

Ikke alle de adspurgte besvarede spørgsmålene under hver sektion, men mere end 80 procent svarede på spørgsmålene i afsnittene om "platforme" og "online formidlere og håndtering af ulovligt indhold".

EU-Kommissionen er som sagt, endnu ikke færdig med deres analyse af de modtagne svar, men de foreløbige tendenser ud fra besvarelserne om online platforme er som følger[136]:

- Både borgere og virksomheder anerkender at der fordele ved online platforme. Platformene er med til at gøre information mere tilgængelig og gør kommunikationen lettere. Derudover skaber de nye forretningsmuligheder og øger udvalget af produkter og tjenester over for forbrugerne.
- De forbrugere og virksomheder er dog også klar over at der er visse problemstillinger knyttet til online platformene, og mener at der bør være mere gennemsigtighed når det kommer til bl.a. søgeresultaterne, hvem der er leverandører og hvilke personlige oplysninger platformene lagre om brugerne. Det står i kontrast til online-platformene selv mener de er tilstrækkelig gennemskuelige.
- Forbrugerne, virksomheder og online-platformene var dog enige om at de ovenstående problemer bedst kunne løses med en kombination af regulering fra myndighedernes side, selvregulering virksomhederne imellem og markedskræfter.

Disse svar vil indgå i den dybere analyse Kommissionen nu er i gang med, og resultere i en rapport der lanceres inden udgangen af 2016.

D. 25. maj 2016 udsendte EU-kommissionen så en ny pressemeddelelse[137], hvor de skitserede en målrettet, principbaseret tilgang til at rette op på de problemer, som den etårige lange evaluering har belyst. Det er Kommissionens opfattelse at onlineplatforme spiller en afgørende rolle for innovation og vækst i det digitale indre marked. Det skyldes blandt andet deres imponerende informationsadgang, der kan knytte sælgere og købere sammen på en hurtig og effektiv måde. For at skabe de bedste betingelser for forsat vækst og innovationer af online platformene, har

[136] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-brief-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries
[137] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1873_da.htm

Kommissionen besluttet at støtte erhvervslivets og interessenternes egen indsats for selv- og samregulering, for at sikre, at denne tilgang forbliver fleksibel og tidssvarende. Dette stemmer godt overens med den danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelses opfattelse af at tillade MFN-klausulerne, for at beskytte bookingportalernes investeringer til innovation mod konkurrenter der kan finde på free-rider.

Men i min optik kan det være farlig at overlade så vigtig et område til delvis selvregulering. Det blev tidligere konstateret at EU generelt sigter mod at fremme markedsintegrationen mellem medlemsstaterne og styrke konkurrencen på tværs af grænserne, og at denne vision ikke skal begrænses af virksomhedsskabte markedsbarriere. Man kan frygte at Kommissionens nye strategi om at give mere frihed til erhvervslivet, potentiel kan styrke de store bookingportalers markedsposition endnu mere, til skade for forbrugerne. EU-kommissionen sigter dog også på at beskytte forbrugerne mere på det digitale marked ved at skabe mere gennemsigtighed på online platformene således, at der fx fremover klart skal angives, når der er tale om sponsorerede søgeresultater på online platformene og Kommissionen opfordre samtidig erhvervslivet til at øge den frivillige indsats for at bekæmpe falske onlineanmeldelser, der har til formål at vildlede forbrugerne.

Nye markedstendenser?

I takt med netop den stigende digitaliseringer vinder nye koncepter også frem. Et af dem, er Airbnb, hvis forretningsgrundlag er at formidle feriebolig-udlejning mellem private personer. Airbnb har oplevet en voldsom vækst i onlinebookingerne på det danske marked og har formået at fordoble deres salg til i alt 1,7 millioner overnatninger i 2015. Ifølge Aja Guldhammer Henderson, der er landechef for Airbnb i Skandinavien og Holland, ”*har 2015 virkelig været året, hvor danskerne har omfavnet tanken om deleøkonomi – både til at rejse og til at være værter”*.
Til sammenligning har hotelbranchen registreret 19,5 millioner overnatninger det seneste år[138]. Hotelbranchen mener ikke der er tale om deleøkonomi, men ser den nye online platform som en konkurrerende forretning. At dømme ud fra antallet af

[138] https://www.dr.dk/nyheder/penge/airbnb-vokser-eksplosivt-i-danmark-17-millioner-overnatninger-paa-et-aar

overnatninger, ser det ud til at Airbnb udgør en reel konkurrent til de traditionelle bookingplatforme. De nye brugerstyrede platforme kan være med til at skabe konkurrence på markedet der potentielt kan lede til lavere hotelpriser og muligvis får hotelbookingplatformene til at reducere deres kommissionssatser og reducere deres omkostninger, hvis de ikke ønsker at tabe markedsandele til en helt ny konkurrent.

Delkonklusion:
Et konkret retspolitisk forslag, er at Kommissionen i samarbejde med relevante parter, skal udarbejde nogle vejledende retningslinjer specifikt for brugen af MFN-klausuler. Retningslinjerne ville kunne sikre en mere effektiv, præcis og ensartet håndhævelse af konkurrencereglerne. Guidelines på område vil ikke kun gavne de juridiske myndigheder, men kan også sikre at virksomhederne kan agere proaktivt ved udarbejdelsen af fremtidige MFN-klausuler til gavn for både virksomheden og samfundet.
Kommissionen har øget fokus på digitaliseringen på det indre marked og har besluttet at støtte erhvervslivets og interessenternes egen indsats for selv- og samregulering, for at sikre, at denne tilgang forbliver fleksibel og tidssvarende. Kommissionens nye strategi om at give mere frihed til erhvervslivet, potentiel kan styrke de store bookingportalers markedsposition endnu mere, til skade for forbrugerne.

En ny tendens affødt af den stigende digitalisering er Airbnb, der formidle feriebolig-udlejning mellem private personer. Airbnb har haft en eksplosiv vækst på det danske online bookingmarked, og kan snuppe markedsandele fra bookingportalerne. Dette kan presse bookingportalerne til at reducere deres omkostninger og derved forårsage større konkurrence på hotelbookingmarkedet til gavn for forbrugerne.

Samlet konklusion
De europæiske konkurrencemyndigheder har de seneste år haft øget fokus på brugen af MFN-klausuler på online hotelbooking markedet.
Det kan dog konkluderes, at der er stor uenighed blandt de nationale europæiske konkurrencemyndigheder om hvorvidt MFN-klausulerne er i strid med konkurrencereglerne i art. 101 TEUF eller ej. Frankrig og Tyskland har indført totalt

forbud mod MFN-klausulerne, mens Danmark, Italien og Sverige har accepteret bookingportalernes tilsagn om at ændre aftalerne til smalle MFN-klausuler. Ud fra den juridiske analyse kan det konstateres, at MFN-klausulerne på det danske online hotelbookingmarkedet opfylder kravene i art. 101 stk. 1 TEUF, og at klausulen ikke falder ind under Bagatelmeddelelsen. Det kan endvidere konstateres at der er tale om et uægte agentforhold mellem bookingportalerne og hotellerne, hvilke gør at aftalen forsat kan vurderes under art. 101 stk. 1 TEUF. Grundet lex-specialis blev MFN-klausulens potentielle fritagelsesmulighed fra forbuddet i art. 101, stk.1 TEUF vurderet ud fra Gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler. I Danmark står Booking.com, Expedia og Hotels.com for majoriteten af online hotel bookinger. Deres markedsandele blev vurderet til over 30 % af det relevante marked, og MFN-klausuler kunne dermed ikke fritages via Gruppefritagelsesforordningen. Der blev i stedet foretaget en fuld konkurrenceanalyse hvor positive og negative virkninger blev holdt op i mod hinanden. Denne analyse, viste at de største bookingportaler besidder en stor markedsmagt og at hovedparten af online salg via portaler eller online hjemmesider i Danmark, bliver påvirket af klausulernes prisparitetsbegrænsninger. Det kan konkluderes at adgangsbarriererne på online hotel booking markedet er høje og at MFN-klausulerne bidrager til at opretholde bookingportalernes markedsposition. Endvidere blev det konstateret at MFN-klausulerne forårsager højere priser på detailprismarkedet for hotelovernatninger, da bookingportalernes markedsmagt har sat dem i stand til at presse kommissionssatserne i vejret, hvilket får hotellerne til at hæve prisen for at opnå tilstrækkelig profit til skade for forbrugerne. Derimod vil et marked uden MFN-klausuler vil give hotellerne mere forhandlerstyrke og øge hotellernes incitament til at sænke detailprisen for forbrugerne og øge konkurrencen på markedet. Det må konkluderes, at MFN-klausulernes negative effekter ikke bliver opvejet af de positive effekter, da deres free-rider trussel ikke kan retfærdiggøres i forhold til portalernes gode indtjeningsmuligheder på et modent marked. Der drages den konklusion, at MFN-klausulerne er i strid med art. 101 stk. 1 TEUF, og derfor bør erklæres ugyldig jf. art. 101 stk.2 TEUF.

Et konkret retspolitisk forslag, der kan sikre en mere effektiv og ensartet håndhævelse af konkurrencereglerne, ville være udarbejdelsen af nogle vejledende retningslinjer specifikt for MFN-klausuler. Guidelines på område vil ikke kun gavne de juridiske myndigheder, men kan også sikre at virksomhederne kan agere proaktivt ved udarbejdelsen af fremtidige MFN-klausuler til gavn for både virksomheden og

samfundet. Kommissionen har et øget fokus på digitaliseringen på det indre marked og har besluttet at støtte erhvervslivets og interessenternes egen indsats for selv- og samregulering, for at sikre, at denne tilgang forbliver fleksibel og tidssvarende. Kommissionens nye strategi om at give mere frihed til erhvervslivet, potentiel kan styrke de store bookingportalers markedsposition endnu mere, til skade for forbrugerne. Til gengæld har Airbnb har haft en eksplosiv vækst på det danske online bookingmarked, og kan snuppe markedsandele fra bookingportalerne. Dette kan presse bookingportalerne til at reducere deres omkostninger og derved forårsage større konkurrence på hotelbookingmarkedet til gavn for forbrugerne.

Litteraturliste:

Fælles europæiske retskilder

Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab".
Offentliggjort i EFT 2007/C 306/01.

- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (forkortet TEUF)
- Traktaten om Den Europæiske Union (forkortet TEU)

Forordninger:

- Gruppefritagelsesforordningen henviser til:
  KOMMISSIONENS FORORDNING (EU) Nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

Kommissionsmeddelelser:

- Bagatelmeddelelsen: EFT C 368 af 22.12.2001,
  Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk.1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler)

- Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets Konkurrenceret EFT 1997 C325/5 af 9.12.1997

Retningslinjer:

- Meddelelse fra Kommissionen af 10. maj 2010: Retningslinjer for vertikale begrænsninger

Retspraksis

- Apple-dommen: Case comp/at.39847-ebooks
- C-217/05 CEEES/CEPSA
- Société technique miniére mod Maschinenbau sag 56/65 præjudiciel afgørelse af 30.6.1966
- Tysk HRS-dom B 9-66/10.

Bøger

Forfattere, år, titel, forlag, udgave

- Andersen, Ib, 2009, *Den Skinbarlige Virkelighed – Vidensproduktion inden for samfundsvidenskaberne*, Forlaget Samfundslitteratur, 4. udgave

- Cabral, Louis M. B., 2000*; Introduction to Industrial Organization*, The MIT press

- Fejø, Jens, 2009, *EU-Konkurrenceret Almindelig del*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. Udgave

- Motta, Massimo, 2009, *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press, 12th Printing.

- Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. 2011, *Retskilder og Retsteorier*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. Udgave

Rapporter, videnskabelige artikler og tidsskrifter

Forfatter efternavn først

- Bigelow, John; Wu, Jason; *Competition and the Most Favoured Nation Clause* Jul 29, 2013; Antitrust Chronicle, 2013, vol. 7

- Giraud Adrien, Gunther Jacques-Phillippe, Farr Willkie and LLP Gallegher; *European Union: Vertical Agreements*. The European Antitrust Review 2016 GCR.

- Gürkaynak, Gönenc; Güner, Ayse; Diniz Sinan og Filson Janelle, *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*, 2015 EUR j Law Econ (frit tilgængelig på springerlink.com)

- Iversen, Bent *Territoriale begrænsninger i distributions- og patentlicensaftaler - vertikale aftaler i EU-konkurrenceretten*, Djøf/jurist-og økonomforbundet, 2003

- Michail Batikas, Estrella Gomez-Herrera and Bertin Martens (2015). *Geographic Fragmentation in the EU Market for e-Books: The case of Amazon*. Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2015/13. JRC98022

- Sénéchal, Juliette; *The Diversity of Services provided by Online Platforms and the specificity of the Counter-performance of these Services – A double Challenge for European and National Law.* 1/2016, Journal of European Consumer and Market Law, Issue 1, pp. 39–44

- Vandenborre, Ingrid; Frese, Michael J.; *'Most Favoured Nation Clauses Revisited'* (2014); European Competition Law Review, Issue 12, pp. 588–593

- Vandenborre, Ingrid; Frese, Michael J.; *'The Role of Market Transparency in Assessing MFN Clauses'* (2015) 38; World Competition, Issue 3, pp. 333–348

- Zimmer, Daniel; Blaschczok, Martin, *Most-favoured-customer clauses and two-sided platforms;* Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5(4), pp.187-195, Oxford University Press

Web-artikler

- http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_1359_6.pdf
- https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-brief-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries
- http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_en
- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0330&from=DA
- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=uriserv%3Acc0006
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4921_en.htm
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5704_en.htm
- http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4704_en.htm
- http://expediaincorporated.mediaroom.com/2015-07-01-Expedia-Amends-Rate-Conditions-and-Availability-Parity-Clauses
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5166_en.htm
- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN
- http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4922_en.htm
- http://finans.dk/live/erhverv/ECE7898058/Konkurrencestyrelsen-Derfor-dropper-vi-at-unders%C3%B8ge-bookingportaler/
- http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/239/chapters/3125/european-union-vertical-agreements/
- http://jyllands-posten.dk/livsstil/rejser/ECE7786680/Online-hotelbooking-i-Danmark-ses-efter-i-s%C3%B8mmene/
- http://news.booking.com/bookingcom-to-amend-parity-provisions-throughout-europeesp

- http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- http://www.ccpc.ie/news/2015-10-06-commission-secures-5-year-commitments-bookingcom
- http://www.channelnewsasia.com/news/world/germany-bans-booking-com/2373130.html
- https://www.competitionpolicyinternational.com/expedia-and-booking-com-agent-or-distributor/
- https://www.dr.dk/nyheder/penge/airbnb-vokser-eksplosivt-i-danmark-17-millioner-overnatninger-paa-et-aar
- http://www.economist.com/news/business/21604598-market-booking-travel-online-rapidly-consolidating-sun-sea-and-surfing
- http://www.euromonitor.com/en-euromonitor-about-us
- http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition_EU_and_Regulatory/MACRON_LAW_FRANCE#3
- http://www.ft.dk/Demokrati/EU/EUs_historie.aspx
- http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/hotel-online-bookings-and-mfn-clauses-can-online-platforms-demand-the-best-deal.pdf
- https://www.gov.uk/government/news/cma-closes-hotel-online-booking-investigation
- http://www.hotelnewsnow.com/Article/17335/Germany-bans-best-price-clauses
- http://www.horesta.dk/da-DK/Nyheder%20og%20Politik/Nyheder/Presseklip/2015/07/30/Her%20har%20bookingportalerne%20har%20boejet%20sig
- http://www.horesta.dk/da-DK/Om%20HORESTA/Organisation
- http://www.horten.dk/Nyhedsliste/2014/August/Er-prisklausuler-om-altid-at-give-den-billigste-pris-lovlige
- https://www.kfst.dk/~/media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Afgoerelser/2015/20150827AfgoerelseBookingportaler.pdf
- http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Fakta/2015/20150827-Fakta-om-undersoegelse-af-

bookingportaler?tc=975B2AFE753748B39F5CB67DC19366BC

- http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2015/20150715--Konkurrence-og-Forbrugerstyrelsen-indstiller-undersoegelse-af-bookingportaler?tc=E538038EB1E04A96B9964BE4C0F85F46

- https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=JORFARTI000030979755&cidTexte=LEGITEXT000030981713&categorieLien=id

- http://www.mx.dk/penge_erhverv/nyheder/story/16925897

- http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Most-favoured-nation-clauses-falling-out-of-favour.aspx

- http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/eu-internal-market-subcommittee/news-parliament-2015/online-platforms-inquiry-launch/

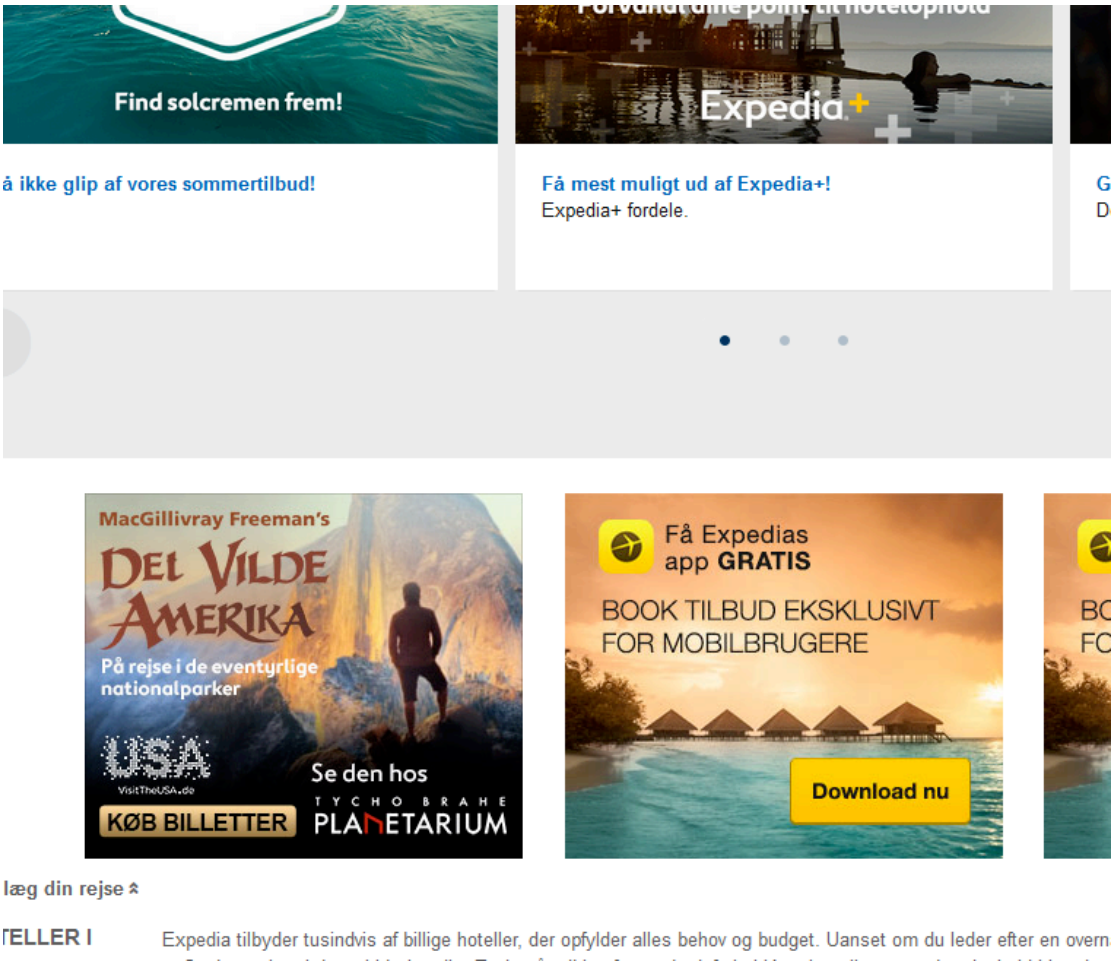
- http://www.phocuswright.com/About-Us

- http://www.phocuswright.com/Travel-Research/Research-Updates/2015/Can-European-OTAs-Survive-the-Big-Squeeze-

Bilag

Bilag 1

Skærmprint fra Expedia's hjemmeside, der viser annonce for Planetarium



Bilag 2

Dansk Erhverv høring med eksempler

DANSK ERHVERV
BØRSEN
DK-1217 KØBENHAVN K
WWW.DANSKERHVERV.DK

T. +45 3374 6000
F. +45 3374 6080
–
INFO@DANSKERHVERV.DK

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Att.: Kontorchef Martin Nyvang
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

5. august 2015

Høring vedr. online-booking i hotelsektoren

Dansk Erhverv modtog den 15. juli 2015 høring om online-booking i hotelsektoren fra kontorchef i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Martin Nyvang.

Generelle bemærkninger

Dansk Erhverv har igennem de sidste to år presset på for at få en undersøgelse af de konkurrenceretlige forhold for online-bookingportalerne.

Online-bookingportalerne har i deres kontrakter med hotellerne indsat prisklausuler. Prisklausulerne går ud på, at hotellerne ikke må tilbyde deres værelser billigere til deres kunder end den pris, som kunderne kan finde på bookingportalernes hjemmeside, og samtidig skal værelsesprisen være den samme mellem konkurrerende bookingportaler. På den måde fastfryser bookingportalerne minimumsprisen for et hotelværelse til at være den, som bookingportalen tilbyder, og samtidig betyder prisklausulerne, at værelsesprisen bliver den samme i alle online salgskanaler.

Det betyder i praksis, at selv om den enkelte bookingportals andel af markedet for online salg af hotelværelser ikke nødvendigvis har en dominerende karakter, så kontrollerer de alligevel prissætningen i hele markedet, da prisklausulerne forhindrer prisdifferentiering.

Dansk Erhverv finder det tvivlsomt, hvorvidt brugen af prisklausuler er i overensstemmelse med konkurrenceloven. Dansk Erhverv opfordrer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at igangsætte den undersøgelse om bookingportalernes brug af prisklausuler, som tidligere er annonceret. Der er behov for, at der også i Danmark foretages en vurdering af konkurrencesituationen på baggrund af en mere dybdegående undersøgelse, hvor også hotellerne, der er en væsentlig part i sagen, høres.

På trods af Dansk Erhvervs opfordringer og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tidligere udmelding om, at man ville undersøge sagen, har styrelsen netop truffet beslutning om ikke at undersøge bookingportalernes konkurrenceforhold. Begrundelsen er, at de to største bookingportaler på det danske marked netop har indført aftalevilkår, som begrænser prisklausuler til at omfatte hotellernes egne hjemmesider. Beslutningen er truffet på trods af, at et stort antal konkurrencemyndigheder i resten af Europa finder det yderst relevant at undersøge sagen og derfor har igangsat undersøgelser. I Frankrig har Nationalforsamlingen endda lovgivet på området med

/JSC
jsc@danskerhverv.dk

henblik på at stoppe den begrænsning som prisparitetsklausuler udgør for konkurrencen af hotelovernatninger.

Dansk Erhverv møder beslutningen om at opgive undersøgelsen med stor ærgrelse. Online-bookingportalernes konkurrencesituation er en stor og uafklaret sag i hele Europa, og der er delte meninger om problemet. Det er i øjeblikket et anliggende for de nationale konkurrencemyndigheder, da EU endnu ikke er gået ind i sagen. Derfor er det beklageligt, at de danske myndigheder på denne måde holder sig uden for ansvar.

Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hovedfokus er på konkurrencevilkårene online-bookingportalerne imellem og ikke konkurrencevilkårene mellem online-bookingportalerne og hotellerne. Det medfører, at forbrugeren bliver taberne og i flere tilfælde skal betale en højre pris for et hotelværelse end hotellet ønsker at tage for det.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan som en offentlig myndighed ikke ensidigt beskytte online-bookingportalernes forretningsmodel til skade for den fri konkurrence.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mangler blandt andet at se nærmere på sagerne fra Frankrig og Tyskland, samt at danne sig et fyldestgørende billede af online-bookingportalernes fulde og meget omfattende forretningsmodel.

Bemærkninger specifikt til høringsprocessen

Dansk Erhverv finder det yderst kritisabelt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 29. juli 2015 udsendte en pressemeddelelse med overskriften "Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen agter at indstille undersøgelse af bookingportaler", inden høringsfristen er udløbet. Det underminerer hele høringsprocessen og får høringsprocessen til at virke som ren proforma. Dansk Erhverv har i nyere tid ikke oplevet en offentlig myndighed underminere en høring på den måde, som er tilfældet i denne sag.

Dansk Erhverv tager høringer meget seriøst og bruger mange ressourcer på disse, derfor er det Dansk Erhvervs håb, at disse tages lige så seriøst af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og at man tager stilling til det, som Dansk Erhverv gør gældende i høringssvaret. Ellers minder det mest af alt om en dommer, der har afsagt sin dom, inden han har hørt parterne i sagen.

Specifikke bemærkninger

De specifikke bemærkninger nedenfor skal sammenholdes med brevet af 15. juli 2015 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Afsnit et side 1: "Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påbegyndte..... betænkeligheder."
Dansk Erhverv undrer sig over, at det først er i foråret 2015, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påbegynder en undersøgelse af konkurrenceforholdene mellem online-bookingportalerne og hotellerne.

Dansk Erhverv afholdte den 29. oktober 2013 møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor Dansk Erhverv redegjorde for betænkelighederne ved online-bookingportalernes anvendelse af prisklausulerne, og udtrykte ønske om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indledte en undersøgelse af, hvordan og i hvilket omfang prisklausulerne påvirkede konkurrencesituationen på det danske hotelmarked. Medio december 2013 fremsendte Susanne Nordenbæk fra Dansk Erhverv et notat til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som afdækkede en lang række spørgsmål, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde stillet på mødet, og som blandt andet dokumenterede den udbredte anvendelse af prisklausuler (se bilag 1). I mellemtiden har Dansk Erhverv ikke modtaget noget konkret fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen før dette brev.

Online-bookingportalernes konkurrencevilkår er blevet grundigt undersøgt af konkurrencemyndighederne i en lang række andre EU-lande over en længere periode. Derfor undrer det Dansk Erhverv, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen først påbegynder undersøgelse af sagen i foråret 2015, og at den på få måneder kan komme frem til en konklusion uden at høre hotellerne i sagen.

Afsnit et side 2: "Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen....hotelbranche"
Dansk Erhverv mener, at 22. pct. (af danske hotelværelser, der bookes gennem online-bookingportaler) er lavt sat samt, at det er meget varierende, hvorfor nogle hoteller i høj grad påvirkes af online-bookingportalernes brug af prisklausuler. Samtidig er andelen af online-booking stigende, og forventes at stige yderligere.

Afsnit fire side 2: "Det var derfor styrelsens.... effekt på det danske marked"
Dansk Erhverv undrer sig over, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke tager hensyn til hotellernes konkurrencevilkår. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger vægt på, at paritetsklausulerne kunne have til formål at begrænse konkurrencen mellem bookingportalerne, hvilket er i strid mod konkurrenceloven. Det er Dansk Erhvervs klare opfattelse, at det også er hotellernes konkurrencevilkår som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal fokusere på og ikke udelukkende konkurrencevilkårene online-bookingportalerne imellem. Bookingportalerne er få store dominerende spillere på markedet, derfor har de stor indflydelse på markedet.

Paritetsklausulerne minder mest af alt om en form for omvendt bindende videresalgspriser, hvor salgskanalen dikterer "leverandørens" salgspris til sine egne kunder online, hvilket medfører hø-

jere priser for forbrugerne. Det undrer Dansk Erhverv, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke ønsker at undersøge dette forhold. Særligt set i lyset af at "online-salgsplatforme", bliver større og større spillere, som formidler af indkøb af hotelovernatninger. Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke undersøger konsekvensen af dette, vælger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med andre ord at lukke øjnene for den udvikling, der er i gang, hvor den stærke part ikke længere er leverandøren, men de stadigt større og større online-slagskanaler, der er etableret.

Afsnit to side 3: " Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er løbende .... med hotellerne".
Dansk Erhverv vil gerne oplyses om, hvornår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen begyndte at deltage i møderne om online-bookingportalerne i European Competition Network? Hvor mange af møderne har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen deltaget i? Dansk Erhverv vil gerne se referaterne fra de møder.

Afsnit tre side 3: "Tilsagnene indebærer....loyalitetsprogrammer og lignende".
Dansk Erhverv hilser det velkommen, at paritetsklausulerne nu "kun" gælder hotellernes priser på deres hjemmeside, men hotellerne ønsker at fastsætte deres egne priser på deres egne hjemmesider. Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen træffer den beslutning, som der lægges op til, vil det betyde, at de enkelte hotelkunder skal ringe til hotellet for at få en bedre pris, end den på hjemmeside. Det er Dansk Erhvervs vurdering, at de færreste hotelkunder ved, at man muligvis kan få et hotelværelse billigere ved at ringe til hotellet. Konsekvensen vil være, at forbrugeren skal betale en højere pris eller skal ringe rundt i sin søgen efter hotelværelser. Derudover vil det være administrativt tungt for hotellerne.

Afsnit fire side 3: "De svenske, italienske.... pågældende nationale markeder"
Dansk Erhverv undrer sig over, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger mere vægt på nogle lande frem for andre. Dansk Erhverv mener, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bør undersøge sagerne fra Tyskland og Frankrig nærmere. I Tyskland har domstolene underkendt bookingportalernes brug af prisklausuler, og samtidig har domstolene givet udtryk for, at det er svært for nye online-bookingportaler at komme ind på markedet. I Frankrig har Nationalforsamling forbudt bookingportalernes prisklausuler.

Afsnit tre side 4: "Med de begrænset....hoteller og forbrugere"
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør gældende, at online-bookingportalerne udelukkende finansieres gennem den kommission, som hotellerne betaler. Dette er faktuelt forkert. Desværre fremstår denne forkerte oplysning som argument for ikke at gribe ind over for prisparitetsklausulerne ud fra en betragtning om, at online-bookingportalerne ellers ikke har et forretningsgrundlag. Som det er vist i bilag 2a og 2b tilbyder online-bookingportaler firmaer at reklamere på deres hjemmesider, og firmaer kan også indgå partnerskabsaftaler.

Online-bookingportalernes har andre salgskanaler end "stand alone salg" af hotelovernatninger. De sælger også reklameplads på deres hjemmesider, tilbyder loyalitetsprogrammer, sælger "pakkeløsninger", hvor man kan kombinere booking af hotel med booking af bil etc. Deres mål er at blive en "one stop shop", hvor man på én hjemmeside kan booke alt, som er relevant for en rejse.

Online-bookingportalernes forretningsmodel er langt bredere end brugen af prisklausuler, hvilket fremgår af bilag 3, som beskriver, hvordan big-data bliver brugt af online-bookingportalerne til at lave specifikke tilbudspakker til kunder. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er nødt til at vurdere online-bookingportalerne i et bredere perspektiv.

Afsnit fire side 4: "Online bookingportaler… hoteller og forbrugere"
Dansk Erhverv undrer sig over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formuleringer. Det må være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens formål at sikre den frie konkurrence og ikke at forsvare online-bookingportalerne ret til at fastholde paritetsklausulerne på online salg af hotelværelser. Der kan sammensættes mange forskellige former for forretningsmodeller, som ikke begrænser konkurrencen, men i stedet åbner den. I stedet vælger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at godkende, at online-bookingportalerne kan binde hotelpriser til også at skulle dække online-bookingportalernes fortjeneste. Til skade for både konkurrencen, hotellerne og forbrugeren. Det fremstår samlet set for Dansk Erhverv som om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ønsker at beskytte online-bookingportalerne.

Afsnit fem side 4: "Selv om implementeringen… Italien og Frankrig"
Dansk Erhverv vil opfordre til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tager i betragtning, og direkte i notatet fremhæver, at domstolene i Tyskland har underkendt bookingportalernes brug af prisklausuler.

Afslutningsvist skal Dansk Erhverv indstille til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretager en tilbundsgående undersøgelse af online-bookingportalernes betydning for hotelsektoren, herunder inddrager sagerne fra Frankrig og Tyskland, samt indsamler et fyldestgørende billede af online-bookingportalernes fulde og meget omfattende forretningsmodel.

Dansk Erhverv har efter gennemførelse af en sådan undersøgelse af området naturligvis fuld tillid til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen træffer den rigtige beslutning om, hvorvidt prisparitetsklausulerne er i overensstemmelse med konkurrenceretten eller ej.

Med venlig hilsen

Jakob Scharff
Konstitueret Markedsdirektør
jsc@danskerhverv.dk
tlf.: 3374 6404
mobil tlf.: 2329 2191

Bilag

Bilag 1: "Dansk Erhverv notat om Online Travel Agencies (OTA's) på det danske marked" (på baggrund af møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 29. oktober 2013)
Bilag 2a: Screenshot af expedia.dk den 27. juli som viser et sponseret reklame fra "Air Berlin"
Bilag 2b: Screenshot af expedia.dk den 27. juli som viser et link til, hvordan man reklamerer hos Expidia
Bilag 3: Artikel: Expedia CEO on Changing the Relationship With Hotels

DANSK ERHVERV
BØRSEN
DK-1217 KØBENHAVN K
WWW.DANSKERHVERV.DK

T. +45 3374 6000
F. +45 3374 6080
–
INFO@DANSKERHVERV.DK

Notat

Online Travel Agencies (OTA's) på det danske marked

Til: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Fra: Dansk Erhverv, Susanne Nordenbæk

Møde med KFST om Online Travel Agencies betydning i Danmark
Den 29. oktober 2013 havde Dansk Erhverv et møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) omkring Online Travel Agencies forretningsmodel, som Dansk Erhverv anser for at udgøre et konkurrenceretligt problem. Sagen handler om de prisklausuler, som de store og dominerende OTA's indsætter i deres kontrakter med hoteller i Danmark, hvor kravet om "rate parity" betyder, at hotellerne ikke må sælge værelser billigere ad andre kanaler (inklusive deres egne hjemmesider) end på de pågældende tredjepartsportaler.

For at kunne kigge nærmere på sagen, har KFST ønsket følgende oplysninger:

- Hvem er de største spillere på OTA markedet og hvordan er markedsandelene opdelt mellem dem?
- Konkrete eksempler på kontrakter med prisklausulbestemmelser
- Har bookingportalerne danske datterselskaber eller er det alene et udenlandsk kontor med lokaler i Danmark?
- Hvor stor en del af hotellernes omsætning er afhængig af bookingportalerne?
- Erfaringer fra hoteller, der har trukket sig ud af samarbejde med OTA's, og som efterfølgende er vendt tilbage. Hvor længe har man været uden for aftalen, hvor mange hoteller har gjort det, hvad betød det for omsætningen (indenlandsk/udenlandsk)?
- Er der nogen eksempler på, at en OTA har sanktioneret brud på prisreguleringsklausulen?

For at besvare ovenstående spørgsmål har Dansk Erhverv været i kontakt med et udvalg af vores medlemmer inden for hotelbranchen, og vores tilbagemelding følger nedenfor.

De største OTA spillere og deres markedsandele hos udvalgte hoteller
Tilbagemeldingerne fra hotellerne viser, at de absolut største OTA's er Expedia.com og Booking.com.

Eksempel 1
Nedenfor er eksempler fra to hoteller, som viser, at tre OTA's står for henholdsvis 50 pct. og 46 pct. af den samlede omsætning / overnatningerne i perioden 1. april 2012 til 31. marts 2013.

01-04-2012	31-03-2013
Expedia	6972
Booking.com	4743
Orbitz[1]	1825
Samlet RN	26953
Andel af Total	50,24%

01-04-2012	31-03-2013
Expedia	4304
Booking.com	3505
Orbitz	642
Samlet RN	18354
Andel af Total	46,04%

Eksempel 2
Dette eksempel er fra en kæde, som både har hoteller i København og i resten af landet. I forhold til det samlede antal solgte room nights på hele kædens hoteller, så udgør Booking.coms andel de første 10 måneder af 2013 ca. 14 pct., og Expedia/hotels.com udgør 9 pct., det vil sige i alt 23 pct.. Kigger vi kun på København stiger andelen for Booking.com til 18 pct. og Expedia/Hotels.com til 10 pct., det vil sige i alt 29 pct. af det samlede antal solgte værelser.

Eksempel 3
Er et eksempel fra en kæde af hoteller i København, som oplyser, at ca. 33 pct. af deres forretning år til dato, både hvad angår antal room nights og deres totale omsætning, kommer fra de største OTA's.

[1] Orbitz er en stor spiller, specielt på det latinsk amerikanske marked, men er ikke nær så dominerende som Expedia og Booking. Orbitz ejes af Orbitz Worldwide, der også ejer CheapTickets.com og RatestoGo.com.

Konkrete eksempler på kontrakter med prisklausulbestemmelser
Vedlagt er to uddrag fra kontrakter med store OTA's, som illustrerer de prisklausuler, der anvendes, og som begrænser hotellernes mulighed for at sælge til andre priser på eksempelvis egen hjemmeside.

b. Rates and Availability. Each Hotel agrees to make all rooms, room types and rate plans and items attracting Hotel Fees available to Expedia for booking by guests through the Expedia System on terms, including Rates, availability, incentives and promotions, equal to or better than those made available through Hotels' own or any third-party booking or distribution channels. Any rules, restrictions, policies, and/or conditions (including rules associated with cancellation) applicable to any room that any Hotel makes available through the Expedia System shall be no more restrictive than those applicable to any comparable room that the relevant Hotel makes available through Hotels' own or any third-party booking or distribution channels. Subject to Sections C.4.b and C.4.e, and unless otherwise agreed, each Hotel instructs Expedia not to display Standalone Bookings with a Room Price lower than the relevant Best Available Rate. Each Hotel acknowledges that Expedia will determine the Room Price for Package Bookings at its sole discretion.

- **Term (Section C.1).** The term of this Contract begins on 01-11-2013 (the "**Effective Date**"). The initial term will end 24 months after that date (the "**Initial Term**") and will automatically renew for successive 12 month renewal terms ("**Renewal Terms**" and, together with the Initial Term, the "**Term**"), unless you or Expedia give proper notice of an intent not to renew.
- **Compensation for Standalone Bookings (Sections A.1 and A.3).** For standalone bookings, Expedia will receive 23% (the "**Standalone Percentage**") of the realized booking price as compensation for facilitating bookings.
- **Rooms (Section C.2.a).** If you have rooms available for booking through your own channels or through any third party channels, you will make those rooms available for display on and for booking through Expedia's system. In addition, you will set aside at least 5 base rooms (the "**Base Rooms**") per stay date that will be available for display and booking only through Expedia's system.
- **Rates and Availability (Section C.2.b).** The rates, availability, amenities and restrictions for your rooms, room types, rate plans, and mandatory fees you make available through Expedia need to be equal to or better than what you make available through your own channels or any third-party channels.
- **Customer Experience (Section C.3.a).** Guests who book a room at your hotel through Expedia's system will be treated at least as well as guests that book a room at your hotel through your own or any third-party channels.
- **Package Bookings (Section B.1).** Expedia will create for You (or You will create) a rate plan for package bookings based off of each standalone rate plan you provide. The amount you will receive for each package booking will be 10% (the "**Package Percentage**") less than the amount you would receive for the corresponding standalone rate plan you have provided. The Parties agree that the Package Percentage may be increased at Your discretion. You can enforce black-out dates or other availability restrictions on any package rate plans, as long as you enforce the same restrictions on all other package channels.

Bookingportalernes ejerstruktur og repræsentation i Danmark
Ejerstrukturen bag de store OTA's viser, at de har oprindelse i USA, og at de har et vidtforgrenet system af hjemmesider, som udbyder turismeprodukter over det meste af verden. Endvidere er udviklingen, at de store OTA's konsoliderer sig ved opkøb af flere hjemmesider, der udbyder turismeydelser. Expedia er en del af Expedia Inc. og Booking er en del af Priceline Inc., og begge selskaber er registreret på NASDAQ.

Nedenstående information på engelsk er tilvejebragt gennem diverse udenlandske hjemmesider, da det ikke er et område, som man har fokuseret på her i Danmark indtil nu.

Expedia.com
Har et kontor i Sverige, hvor en svensk medarbejder står for kontakten. Expedia.com er en del af Expedia Inc., som registeret i Las Vegas, USA, Las Vegas, og som er på NASDAQ.

Expedia Inc. is the American-based parent company to several global online travel brands including Expedia.com, Hotels.com, Hotwire.com, Egencia (formerly Expedia Corporate Travel), Venere, Expedia Local Expert, Classic Vacations and eLong. Expedia, Inc.'s companies operate more than 100 branded points of sale in more than 60 countries. Expedia also powers travel bookings for over 10,000 partners such as airlines and hotels, consumer brands, and high traffic websites through Expedia Affiliate Network, 80% of which is powered by their API. Expedia Inc. is listed on Nasdaq under the ticker symbol EXPE.

Founded as a division of Microsoft in 1996, Expedia was spun off in 1999, and was later purchased by TicketMaster in 2001 (TicketMaster changed its name to USA Networks in 2001 and then InterActiveCorp in 2003). IAC spun off its travel group of businesses under the Expedia, Inc. name in August 2005, including Expedia, Expedia Corporate Travel (now Egencia), TripAdvisor, Classic Vacations, eLong, Hotels.com, and Hotwire.com. In late 2011, Expedia, Inc. spun out TripAdvisor Media Group, retaining its portfolio of travel transaction brands. On December 21, 2012, Expedia bought a majority stake in travel metasearch engine Trivago in a combined cash and stock deal worth €477 million (approximately $630 million).

Expedia Inc.

Type	Public
Traded as	NASDAQ: EXPE NASDAQ-100 Component S&P 500 Component
Industry	Travel Technology
Founded	1996 (as a division of Microsoft)
Headquarters	Bellevue, Washington, U.S.

Key people	Barry Diller (Chairman) Dara Khosrowshahi (CEO) Mark Okerstrom (CFO)
Products	Expedia.com Hotels.com Hotwire.com Egencia Venere eLong Classic Vacations Expedia Local Expert
Revenue	US$ 4.030 billion (2012)
Operating income	US$ 431.7 million (2012)
Net income	US$ 303.0 million (2012)
Total assets	US$ 7.085 billion (2012)
Total equity	US$ 2.389 billion (2012)
Employees	12,330 (December 2012)
Website	www.expediainc.com

Booking.com

Har et kontor i København. Booking.com er registreret i Amsterdam, Holland under moderselskabet Priceline Inc., som er registreret i USA, og som er på NASDAQ.

Priceline.com is an American company and a commercial website that claims to help users obtain discount rates for travel-related purchases such as airline tickets and hotel stays. The company is not a direct supplier of these services; instead it facilitates the provision of travel services by its suppliers to its customers. It is headquartered in Norwalk, Connecticut, United States.
Priceline was founded by Jay S. Walker, who left the company in 2000. Hong Kong company Cheung Kong Holdings later purchased a significant portion of Priceline's stock.

Active Hotels. In September 2004, Priceline acquired Active Hotels Ltd., a hotel booking service in the European market, for £90 million.
Booking.com. In 2005, Priceline acquired Amsterdam-based "Booking.com", a competing reservation service operating primarily in Europe.
Agoda.com. In November 2007, Priceline acquired Singapore-based Agoda, an online hotel reservations service which provides a service similar to Priceline's but specializing in Asia Pacific. Agoda's network includes 27,000 hotels in Asia and more than 168,000 worldwide.

TravelJigsaw. In May 2010, Priceline acquired TravelJigsaw, an on-line car rental service.

Kayak. In November 2012, Priceline announced that it had agreed to acquire Kayak.com in a stock and cash transaction, paying approximately $500 million in cash and $1.3 billion in equity and assumed stock options. Kayak will continue to operate independently as a Priceline Group company.

Type	Public
Traded as	NASDAQ: PCLN S&P 500 Component NASDAQ-100 Component
Founded	1997 (online 1998)
Headquarters	800 Connecticut Avenue, Norwalk, Connecticut
Key people	Jeffery H Boyd
Employees	5,700 (2013)
Website	Priceline.com

Erfaringer fra hoteller, der har trukket sig ud af samarbejde med OTA's, og som efterfølgende er vendt tilbage
First Hotels
First Hotels valgte at bryde samarbejdet med Expedia i foråret 2012 pga. uenighed om "rate parity" klausulen i forbindelse med en sommerkampagne, hvor First Hotels ønskede at annoncere billigere priser i egne kanaler. De har derfor ikke haft samarbejde med Expedia det sidste 1,5 år.

OTA sanktioner og adfærd i forhold til prisreguleringsklausulen
Flere af vores medlemshoteller har erfaringer, som viser hvor nøje OTA's overvåger hotellernes priser på egne og konkurrenthjemmesider, og hvordan de agerer, når de bliver opmærksomme på uregelmæssigheder i forhold til prisreguleringsklausulen. Eksemplerne er oplistet nedenfor som formuleret af vores medlemmer.

Eksempel 1
Det følger et meget fast mønster.- Først modtager man en shoppingrapport, hvor differencerne bliver oplyst på dagsniveau, og sammenlignet med det, de ser som deres største konkurrenter; for Orbiz, ville det være Booking.com og Expedia. Hvis der ikke reguleres med det samme, kommer næste mail med flere variationer på søgningen, multible nights, restrictions, promotions etc. Samtidig bliver det gjort klart, at hvis der ikke kommer rate parity, vil ens hotel blive suspenderet fra salg. Fra en given dato, der bliver oplyst, og siden holdt under ekstra kontrol.

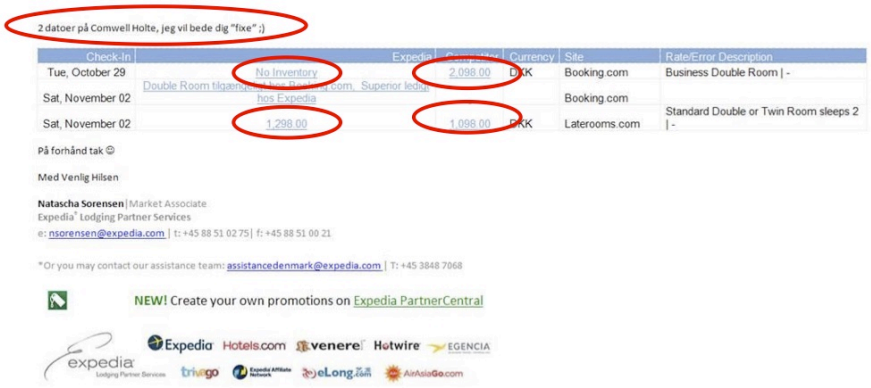
Booking.com, virker ikke til at have rate parity som øverste prioritet, men vælger man at melde hotellet til Preferred Partner Program, vil der blive gennemført en del tests på din parity, mod andre OTA's, GDSen (Global Distribution System er et system, som agenter kan reservere fra) samt

egen hjemmeside. Man vil ikke blive accepteret som Preferred Partner, med mindre man har fuld Parity på Rates og Availability.

Eksempel 2
Vi har mange gange oplevet at blive ringet op/mailet af en medarbejder fra portalerne hvis vi eksempelvis tilbyder billigere værelser på vores egen hjemmeside. I praksis er det vores oplevelse at booking.com og expedia/hotels.com konstant overvåger både priserne på vores egen hjemmeside samt priserne vi tilbyder på alternative OTA-kanaler. Der går ikke lang tid (vi taler om timer i højere grand end dage) før der kommer en reaktion. Vi bliver da bedt om omgående at "rette ind" efter de indgåede prisaftaler. Vi har ikke prøvet at negligere disse henvendelser, da vi af gode grunde ikke ønsker at blive black-listet af en af de to.

Eksempel 3
En direkte økonomisk sanktion er aldrig kommet på tale. Men en OTA som booking.com har en algoritme, der placerer hotellerne på deres side efter et ranking system. Systemet kigger blandt andet på priserne, og såfremt rate parity ikke overholdes vil det have en effekt på hotellets ranking, der vil ryge langt ned på listen af hoteller, som vises på hjemmesiden. I øjeblikket er situationen, at de store kæder undlader at overholde rate parity og sælger billigere på deres egen side. Qua deres størrelse sanktionerer OTA'erne ikke mod dem hvilket gør det en smule konkurrenceforvridende for os "små" spillere.

Eksempel 4
Viser et eksempel på en rykker fra Expedia, som er sendt til et af vores medlemshoteller.



2 datoer på Comwell Holte, jeg vil bede dig "fixe" ;)

Check-In	Expedia	Competitor	Currency	Site	Rate/Error Description
Tue, October 29	No Inventory	2,098.00	DKK	Booking.com	Business Double Room | -
Sat, November 02	Double Room tilgænge[illegible] hos Expedia			Booking.com	
Sat, November 02	1,298.00	1,098.00	DKK	Laterooms.com	Standard Double or Twin Room sleeps 2 | -

På forhånd tak ☺

Med Venlig Hilsen

Natascha Sorensen | Market Associate
Expedia® Lodging Partner Services
e: nsorensen@expedia.com | t: +45 88 51 02 75| f: +45 88 51 00 21

*Or you may contact our assistance team: assistancedenmark@expedia.com | T: +45 3848 7068

NEW! Create your own promotions on Expedia PartnerCentral

Expedia Hotels.com venere Hotwire EGENCIA trivago eLong AirAsiaGo.com

Side 7/7

Bilag 3

Normtalsanalyse_Horesta_2014-15_Kommissioner

Kommissioner og bookinggebyrer

En stigende andel af værelsesbookingerne bliver foretaget online. Nogle reservationer går gennem hotellernes egne hjemmesider, mens andre bliver foretaget via distributionskanaler, som er forbundet med en kommissionsomkostning. Det gælder eksempelvis reservationer, som foretages gennem online rejseagenter (OTA'er) som fx Booking.com eller Expedia, eller via centrale hjemmesider hos hotelkæder eller markedsføringssamarbejder som fx Small Danish Hotels og Best Western.

Udgifterne til kommissioner varierer betydeligt mellem hotelkategorierne, og afhænger meget af hotellernes kundegrundlag, valg af salgskanaler og ikke mindst prisniveau. Opgjort i forhold til værelsesomsætningen ligger niveauet typisk mellem 4,7 og 10,4 pct.

Kommissionerne fylder mest hos de københavnske garnihoteller (kategori 2), der i gennemsnit bruger 10,4 pct. af værelsesomsætningen på kommissioner. Det svarer til 72,26 kr. pr. solgt værelse, og det høje niveau hænger formentlig sammen med deres høje andel af udenlandske feriegæster.

De mindste og mellemstore hoteller i provinsen har de laveste omkostninger til kommissioner på henholdsvis 4,9 og 4,7 pct. af værelsesomsætningen. De betaler dermed henholdsvis 25,45 kr. og 27,56 kr. pr. solgt værelse i kommissioner.

Med udgangspunkt i årets normtal kan hotellernes samlede udgifter til kommissioner og bookinggebyrer opgøres til ca. 325 mio. kr. i 2014. Det svarer til 2,5 pct. af den samlede omsætning i hotelerhvervet. I 2013 udgjorde hotellernes samlede kommissioner ca. 250 mio. kr., svarende til 2,2 pct. af omsætningen.

I HORESTAs opgørelse indgår alene kommissioner og reservationsgebyrer, som hotellerne har afregnet med kæder eller OTA'er. Opgørelsen tager således ikke højde for den situation, hvor et hotel sælger værelser til aftalte nettopriser til OTA'erne, som derefter kan videresælge dem til en højere pris (merchant model).

Vægtet gennemsnit

Som nævnt indledningsvis har det gennemsnitlige hotel, som deltager i Normtalsanalysen, en omsætning på 25,5 mio. kr. De deltagende hoteller er dermed en del større end det typiske danske hotel, som kun har en omsætning på 14,1 mio. kr.

Mens de enkelte virksomhedskategorier i Normtalsanalysen vurderes at give et retvisende billede af økonomien og indtjeningen for den pågældende hoteltype, er det nødvendigt at foretage en vægtning af tallene, hvis der skal tegnes et realistisk billede af branchens samlede økonomi.

Vægtningen tager højde for, at en meget stor andel af de danske hoteller har en størrelse, der gør, at de ville kunne indgå i kategori 3, mens der er ganske få hoteller, som har et omsætningsniveau til at kunne indgå i kategori 5.

Vægtningen ændrer omsætningsfordelingen, så et typisk dansk hotel genererer 55,4 pct. af indtægterne fra hotelsiden, herunder værelsessalg, udlejning af lokaler og udstyr m.v., mens 44,6 pct. af omsætningen skabes i restauranten.

Det gennemsnitlige danske hotel har ifølge de vægtede tal opnået en belægning på 51,9 pct., og værelserne er i gennemsnit solgt til 632 kr. ekskl. moms og morgenmad. Dette giver et gennemsnitligt REVPAR på 346 kr.

Den totale omsætning i hotelerhvervet er som nævnt steget med 8,5 pct. i 2014, og samtidig er værelseskapaciteten kun øget med 2,5 pct. Det gennemsnitlige hotel vil således alt andet lige have oplevet en omsætningsvækst på 5,8 pct.
Hotellernes direkte omkostninger er steget med 0,5 procentpoint til 38,4 pct., primært som følge af højere kommissionsomkostninger.

Resultatet af forskydningerne i de direkte omkostningsposter er et fald i hotelbidraget på 0,6 procentpoint.

På restaurantsiden er lønninger til køkken- og serveringspersonale steget, og er den væsentligste årsag til, at restaurantbidraget er forringet med 0,4 procentpoint til 18,3 pct.

Selvom både hotel- og restaurantbidraget er faldet, er resultatet før fællesomkostninger uændret på 41,6

pct., da hotellerne i dette års analyse genererer en højere andel af deres samlede omsætning på hoteldelen, hvor dækningsbidraget er højest.

Hotellerne har haft flere udgifter til løn i administration samt management- og franchiseafgifter. Til gengæld er omkostningerne til el, vand og varme, husleje, ejendom og afskrivninger reduceret i pct. af omsætningen.

Det gennemsnitlige danske hotel har således et overskud på 0,9 pct. af omsætningen, hvilket er en ganske pæn forbedring på 1,3 procentpoint. Det er desuden værd at bemærke, at overskuddet er opgjort efter, at indehaverne er aflønnet for deres arbejdsindsats.

Den forbedrede indtjening indebærer, at en større andel af hotellerne har overskud. De vægtede tal i årets analyse viser, at 52,5 pct. af samtlige danske hoteller havde sorte tal på bundlinjen i 2014. Det er en ganske pæn forbedring på 5,5 procentpoint i forhold til året før, som samtidig betyder, at andelen med overskud overgår 2008-niveauet.

Belægningsprocenter:	Alle
Januar	44,9%
Februar	45,6%
Marts	54,0%
April	55,9%
Maj	66,1%
Juni	69,1%
Juli	69,8%
August	72,1%
September	70,8%
Oktober	61,5%
November	59,3%
December	40,5%