

UiO • Institutt for privatrett

Det juridiske fakultet

Konkurranserettslig behandling av prisparitetsklausuler

- Fokus OTAer

**MIC-seminar: Håndheving av konkurransereglene i digitale
markeder, 3. desember 2018**

Prof. dr. juris Erling Hjelmeng



Bakgrunn og trender i digital økonomi

- Kommisjonens e-commerce sektorundersøkelse, [Final report](#)
- Styring av distributører
 - Vertikale restriksjoner i nye settinger
 - Langsom utvikling i praksis
- Plattformer
 - Agentmodeller gir nye utfordringer

Problemstillinger identifisert i sektorundersøkelsen

- Transparens har økt med online tilbud
 - Bra for forbruker
 - Men øker mulighet for free-riding
- Mulighet til å sammenligne priser = konkurransefremmende på tvers av online og offline salg
 - Kan påvirke f.eks. kvalitet og innovasjon negativt
- Gjennomsiktighet kombinert med prisroboter
 - Horisontal koordinering
 - Risiko for at leverandører påvirker pris
- Plattformer
 - Lettere å nå ut til kunder
 - Risiko for økt styring fra leverandører
 - Og særlige avtaleklausuler, som price-parity
- Noen problemstillinger er løst i rettspraksis, andre ikke

Plattformer som fenomen

- Bransjer:
 - Hoteller: Hotels.com, Booking.com
 - Tjenester: Mittanbud.no
 - Varer: Amazon, CDON
- Forretningsidé:
 - Selge tilgang til kunder
 - Hovedinntektskilde: Provisjon av salg
 - Inngår ikke selv avtale med kunde
- Fungerer ofte som agent
 - Vurderes som agentavtale?
- Hybrid: Både eget salg og formidling

Konkurranserettslige spørsmål

- Restriksjoner på salg via plattformer?
- Plattformenes vilkår overfor selgere
 - Prisparitet
- Amazon & Apple-sakene
 - [Amazon](#): Bestevilkårsklausul
 - Tilsagnsvedtak
 - Gjorde det vanskeligere for andre plattformer å konkurrere
 - [Apple/e-books](#): Horisontal koordinering mellom forlag

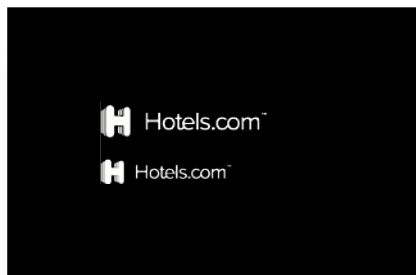
Restriksjoner på salg via plattformer

- Langt på vei avklart i sak [C-230/16 Coty](#)
- Begrensninger på adgang til salg via for eksempel Amazon
- Domstolen: Art. 101(1) rammer ikke en klausul
 - which prohibits authorised distributors in a selective distribution system for luxury goods designed, primarily, to preserve the luxury image of those goods from using, in a discernible manner, third-party platforms for the internet sale of the contract goods, on condition that that clause has the objective of preserving the luxury image of those goods, that it is laid down uniformly and not applied in a discriminatory fashion, and that it is proportionate in the light of the objective pursued
- Og heller ikke hard-core etter art. 4 i BER

OTAer og prisparitetsklausuler

- Problemstilling: Hoteller forbys å tilby bedre vilkår enten på egne nettsider eller overfor andre OTAer (Online Travel Agents)
 - "Price parity clauses"/"MFNs"/bestevilkårsklausuler
- Flere saker i ulike europeiske land
 - Italia, Frankrike, Sverige (tilsagn) Tyskland (forbud)
 - Egen lovgivning i Frankrike, Italia, Østerrike
 - Kommisjonen publiserte i 2016 en "[Monitoring](#) report"
- Hva er problemet?

Hoteller



Kunder



Paritetsklausuler

- Forbyr hotellet å tilby bedre vilkår
 - På egne nettsider (narrow/vertical parity clauses (VP))
 - Også til andre plattformer (wide/horizontal parity clauses(HP))
- Forbud mot vide klausuler i bl.a. [Frankrike](#), [Italia](#) og [Sverige](#)
- Tyske [Bundeskartellamt](#) har forbudt begge typer
- Svenske Patent- og Marknadsdomstolen har også forbudt begge typer i dom av 20.7.18 *Visita vs. Booking.com*
 - Søksmål anlagt av *Visita* (tilsv. NHO Reiseliv)
 - Påanket

Skadehypotese

- Horisontale klausuler
 - Understøtter koordinering av provisjon – hoteller kan ikke øke prisen på plattform som svar på økt provisjon – siden det da må øke prisen overfor andre plattformer og blir mindre konkurransedyktig
 - OTA kan øke provisjon uten å risikere tap av kunder
 - Etablerer en koordineringsmekanisme mellom plattformene
 - Begrenser innovasjonskonkurransen mellom OTAer
 - Nyetablerte plattformer kan ikke få bedre vilkår

Skadehypotese 2

- Vertikale klausuler
 - Hindrer hoteller i å kutte pris (må da også kutte på andre plattformer)
 - Mer alvorlig jo større omsetning hotellet har fra egen side
 - Hindrer konkurranse mellom plattformer på provisjon
 - Hvis én oppnår lavere pris i bytte mot lavere provisjon, vil hotellet måtte senke pris på eget nettsted
 - Andre OTAer vil ha krav på samme lave pris, uten å senke provisjon
 - Effekt: Hotellet vil ikke senke prisen i første omgang
 - Hindrer etablering
 - Lavere pris til nykommer har samme effekt overfor etablerte

Skadehypotese 3

- Begrenser også konkurransen mellom hoteller?
 - Gjennomsiktighet, jf. idéen om dagligvareportal
 - OK for forbrukere, neppe i seg selv tilstrekkelig
 - Hotellene kan ikke differensiere mellom plattformer
 - Lik pris overalt og manglende incentiv til å kutte
 - Priskuttet blir generelt og for dyrt

Effektivitetsgevinster

- Plattformer er gunstige:
 - Letter markedsadgang for mindre hoteller
 - Synlighet
 - Begrensede markedsføringskostnader
 - Styrker derfor konkurransen mellom hoteller
 - Letter forbrukernes søk etter hoteller
 - Sammenstilling av tjenester
- Prisparitetsklausuler
 - Forhindre free-riding på investeringene
 - Nødvendige?

Avtaler mellom foretak (agentspm.)?

- Agent
 - = formidler av avtaler som ikke tar selvstendig risiko i markedet (unntatt for agentvirksomheten)
- Treffer i utgangspunktet OTAer
 - Men opptrer på vegne av svært mange
 - Sak 311/85 Vlaamse Reisbureaus
- Uansett:
 - Ikke alle restriksjoner avtalt med en agent faller utenfor
 - Agentregelen gjelder kun restriksjoner som prinsipalen kan sette i kraft av eier av vare
 - Her: Restriksjoner på prinsipalen
- Kan neppe anses å falle utenfor på dette grunnlaget

Formål, virkning, ancillary?

- Formål:
 - Binder bare hotell, ikke konkurrerende OTAer
 - Kumulativ virkning: Ikke samme skadeevne hvis ikke alle har tilsvarende
 - Ikke erfaringsmessig entydig skade
- Virkning:
 - Skadehypotesene tydelig formulert
 - Nasjonale konkurransemyndigheter har imidlertid skilt mellom HP og VP, unntatt BKA

Formål, virkning, ancillary?

- Virkning?
 - Skadehypotese for vertikal paritet avhengig av hotellets salg på eget nettsted
 - Konkret vurdering?
 - Sannsynligvis kumulative effekter tilstrekkelig til at også VP har konkurransebegrensende virkning
- Ancillary?
 - Selve formidlingen sannsynligvis prokompetitiv
 - Høy terskel for nødvendighet: Samarbeidet må være "impossible" uten restriksjonen, jf. C-382/12 Mastercard

Effektivitetsforsvaret – 3. ledd

- Åpenbart effektivitetsgevinster ved forbedret
 - søketjeneste for forbrukere
 - markedsadgang for hoteller
- Gruppefritaket?
 - Markedsandel 30 %, jf. art. 3?
 - Konkurrerende foretak, jf. art. 2 (4)?
- Nødvendig?
 - Vurderes opp mot realisering av fordelene, ikke mot samarbeidet (kf. ancillary restraints)
 - BKA og Marknadsdomstolen: Nei
 - Men pga. bevisene i den konkrete saken

Praksis: Patent- og marknadsdomstolen

- [Visita vs. Booking.com](#)
- Særregel om søksmål (konkurrenslagen 3 kap 2 §):
 - "Om Konkurrenserverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett åläggande enligt 1 §, får ett företag som berörs av överträdelsen väcka talan om ett sådant åläggande."
- Gjelder vertikal prisparitet (narrow)
- Relevante markeder:
 - Online bookingtjänster i Sverige
 - Hotellovernattinger i Sverige
- Starter med ancillary
 - Bevis: Ikke VP ved etablering i Sverige, antall bookinger for Choice har økt selv om VP ikke fulgt og Booking er fortsatt aktive i Frankrike, Tyskland, Italia og Østerrike der det er forbud mot VP
 - Ikke nødvendig som ancillary restraint

Praksis: Patent- og marknadsdomstolen 2

- Konkurranseregulerende formål?
 - "Paritetsvilkoren begrenser alltså den ene avtalspartens mulighet å sette et lavere pris i en viss salgskanal, tross at avtalspartene til viss del kan anses konkurrere med hverandre." (s. 40)
 - Men legger til grunn snever fortolkning av konkurranseregulerende formål

Praksis: Patent- og marknadsdomstolen 3

- Konkurranseregulerende virkning?
 - "hotell som utgangspunkt inte vill sänka priset hos en onlineresebyrå om de inte samtidigt kan sänka priset på sin egen webbplats. Detta innebär att hotell som är bundna av Bookings paritetsvillkor som regel saknar incitament att prisdifferentiera mellan onlineresebyråer. Paritetsvillkoren medför därför att det blir svårare för andra aktörer att träda in eller växa på marknaden för onlineresebyråtjänster genom att konkurrera med pris." (s. 48)
 - Minst potentiell konkurrensregulerende virkning

Praksis: Patent- og marknadsdomstolen 4

- Effektivitetsforsvar?
 - Finner ikke bevist gevinster som oppveier ulemper
 - Også øvrige vilkår avvises oppfylt ut fra bevisbildet
- Forbud mot VP
- Økonomisk ekspert med særmerknad

Praksis: Bundeskartellamt

- Sak 1 [HRS](#) 2014: Forbud mot horisontal paritet
- Sak 2 [Booking.com](#) 2015: Forbud mot VP
- Tilsvarende skadehypoteser som angitt ovenfor
- Avviser effektivitetsforsvar
 - Tvil om free-riding
 - Problematiserer også "name-grabbing", jf. Bank Norwegian-saken i Norge
 - Søk gir ikke nødvendigvis de resultater forbrukere etterspør

Forklaring til sprikende praksis

- Hypotese 1:
 - Bundeskartellamt mer formalistisk?
- Hypotese 2:
 - Domstoler strengere enn konkurransemyndigheter? (ref. Sverige)
- Hypotese 3:
 - Andre hensyn enn rent konkurransepolitiske blandes inn?
 - Kan forklare lovreguleringen i flere land

Vurdering etter konkurranseloven

- Krrl. harmonisert med EØS art. 53 og TEUV art. 101
- Norsk markedsstruktur (hotellkjeder + hoteller) ikke veldig forskjellig fra for eksempel Sverige
 - Virkningsvurderingen heller ikke avhengig av slike forhold
- Men Norge ett av få land som ikke har iverksatt noen tiltak
 - Frivillige løsninger tilbudt av Booking.com i et flertall EU land (se [Ezrachi](#) i ECJ, note 84)

Kandidat for § 14 forskrift?

- Utfordrende å fatte vedtak etter krrl. § 12?
 - KKV har gjort det, riktignok som commitment
- Ikke betydelige skadevirkninger?
 - 15-20 % av prisen for et hotellrom er visstnok provisjon til OTAer
- Ref. gjennomgangen har klausulene konkurransebegrensende virkning, og vil dermed kunne forbys i § 14 forskrift

Avsluttende betraktninger

- Nye omsetningsformer skaper
 - nye muligheter, men også
 - nye konkurranserettslige utfordringer
- Regelverket i stand til å håndtere slike omsetningsformer, men
 - rettspraksis henger etter og
 - spesifikk regulering er mer utsatt
- Plattformer:
 - Ett kommisjonsvedtak (commitment) og sprikende praksis fra nasjonale myndigheter