

Professor dr. juris
Erling HJELMENG
Institutt for privatrett,
Universitetet i Oslo

Kontor:
PB 6706 St Olavs plass
0130 Oslo
(Besøksadr: Karl Johans gate
47/DM/V (Senter for europarett))

Tlf: 22 85 97 84
Mob: 913 21 956
E-post: e.j.hjelmeng@jus.uio.no

NHO Reiseliv
ATT: Jostein Hansen
Postboks 5465
0305 Oslo

Oslo, 11. februar 2018

Price parity-klausuler – reguleringsbehov og -muligheter etter norsk rett

Innhold

1.	Innledning og sammendrag.....	2
1.1	Innledning.....	2
1.2	Sammendrag.....	3
2.	Nærmere om prisparitets- og tilgjengelighetsklausuler	4
3.	Paritetsklausuler i konkurranseretten.....	5
3.1	EU-retten	5
3.2	Nasjonal vedtakspraksis om OTAer.....	6
3.3	Nasjonal lovregulering	8
4.	Reguleringsalternativer og skranker	8
4.1	Innledning.....	8
4.2	Nærmere om krrl. § 14	9
4.3	Skranker i EØS-krrl. § 7.....	11
4.4	Konsekvenser for det videre opplegget	14
5.	Økonomiske vurderinger	15
5.1	Innledning.....	15
5.2	Virkninger for konkurransen – skadehypoteser	15
5.2.1	Innledning	15
5.2.2	Horisontal prisparitet	15
5.2.3	Vertikal prisparitet	17
5.3	Mulig effektivitetsgevinster	18

5.3.1	Innledning	18
5.3.2	OTAer som sådanne.....	18
5.3.3	Betydningen av prisparitetsklausuler	19
5.4	Oppsummering	20
6.	Vurdering etter kartellforbudet	20
6.1	Innledning.....	20
6.2	Relevante markeder.....	21
6.3	Avtaler mellom foretak	22
6.4	Konkurransbegrensende formål eller virkning	24
6.5	Prisparitetsklausuler som ancillary restraints?	30
6.6	Effektivitetsforsvaret i tredje ledd.....	31
6.6.1	Innledning	31
6.6.2	Gruppefritaket for vertikale avtaler	32
6.6.3	Kriteriene i tredje ledd	32
6.7	Konklusjon	36
7.	OTAenes ensidige adferd – misbruk av dominerende stilling?	36
8.	Lov- eller forskriftsregulering.....	38
8.1	Alternative reguleringsformer	38
8.2	Lovregulering i andre europeiske land.....	39
8.3	Utforming av et forbud mot paritetsklausuler	42
9.	Konklusjoner.....	43

1. Innledning og sammendrag

1.1 Innledning

Jeg er bedt om å utrede såkalte prisparitetsklausuler i forholdet mellom hoteller/overnattingsbedrifter og online reisebyråer (Online Travel Agents eller OTAer). Formålet med utredningen er todelt; dels å beskrive mulige skadevirkninger for konkurransen av slike klausuler, dels å vurdere mulighetene for å innføre et forbud mot slike klausuler etter konkurranseloven (krll.) § 14 om konkurransefremmende tiltak. I denne forbindelse må det også vurderes hvorvidt klausulene kan representere overtredelser av konkurransereglene i TEUV, EØS-avtalen og krll.¹

For å vurdere grunnlaget for en eventuell § 14-forskrift, er det også nødvendig å ta stilling til hvorvidt praksisen begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Siden EØS-konkurranseloven er til hinder for strengere nasjonal konkurranserettslig regulering av samarbeid og avtaler mellom foretak, er det også nødvendig å vurdere slike klausulers forhold til kartellforbudet. For å gi et fullstendig bilde av inngrepsmuligheter etter konkurranseloven, drøftes også forbudet mot misbruk av dominerende stilling.

¹ TEUV = Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte/Treaty on the Functioning of the European Union. Kartellforbudet finnes i art. 101 (tilsv. EØS art. 53) og misbruksforbudet i art. 102 (tilsv. EØS art. 54).

Mandatet lyder som følger:

Oppdraget består i å utarbeide en juridisk betenkning om Online Travel Agents (OTA'ers) praksis med Price Parity og Last Available Room klausuler i avtaler med hoteller/hotellkjeder. Formålet med betenkningen er å berede grunnen for fremtidig lov- eller forskriftsregulering av praksisen.

Betenkningen skal identifisere de konkurranseskadelige effektene av praksisen, og ta stilling til lovligheten etter Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) art. 101 og 102, EØS-avtalen art. 53 og 54, samt konkurranseloven (krrl.) §§ 10 og 11. I vurderingen skal det særlig legges vekt på forbruker- og konkurransehensyn, og også personvernens hensyn i den grad det er relevant.

Norges handlingsrom etter forordning 1/2003 art. 3 til å særregulere konkurranserettslige spørsmål skal klarlegges. Det skal spesielt vurderes om krrl. § 14 gir hjemmel til å forby eller regulere praksisen.

Videre skal betenkningen beskrive ordninger i andre europeiske land og andre utvalgte jurisdiksjoner som regulerer /forbyr praksisen. Overføringsverdien til norske forhold skal vurderes.

Endelig skal det gis forslag til lovtekst/forskriftstekst.

1.2 Sammendrag

Fremstillingen viser først at det har vært grepet inn mot prisparitetsklausuler i en rekke europeiske land, og at dette har fått de to store OTAene Booking.com og Hotels.com til å endre sin praksis slik at det ikke lenger opereres med horisontale paritetsklausuler. (Horisontal paritet innebærer at hotellet ikke kan tilby bedre vilkår overfor andre OTAer, mens vertikal paritet betyr at det ikke kan tilbys bedre vilkår fra hotellets egne nettsider). Enkelte land har grepet inn mot slike klausuler ved lov, og har da forbudt både horisontale og vertikale klausuler. EU-kommisjonen har koordinert inngrep fra nasjonale konkurransemyndigheter, men har ikke selv grepet inn mot praksisen.

I norsk rett gir konkurranseloven § 14 hjemmel for å forby avtaler eller adferd som "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen".

Gjennomgangen av de økonomiske virkningene av paritetsklausuler avdekker en hovedskadehypotese ved at klausulene bidrar til å øke provisjonen OTAer krever, som i sin tur leder til høyere priser til skade for forbrukerne. Fremstillingen viser også at bruken av plattformer kan innebære effektivitetsgevinster, men at paritetsklausuler rettslig sett neppe er nødvendige for å realisere disse.

Videre foretas det en vurdering av paritetsklausuler under kartellforbudet, dels med sikte på å vurdere om slike klausuler kan rammes av bestemmelsen, dels med sikte på å avdekke om de har konkurransebegrensende virkninger som kan gi grunnlag for forskriftsregulering etter konkurranseloven § 14. Konklusjonen er at både horisontale og vertikale paritetsklausuler kan begrense konkurransen også i det norske markedet i strid med kartellforbudet, og at det neppe er grunnlag for å påberope et effektivitetsforsvar.

Den rettslige vurderingen viser også at paritetsklausuler, samt ensidig adferd i form av straffemekanismer som tilstreber tilsvarende resultater, kan omfattes av

konkurranselovens misbruksforbud som utilbørlig utnyttelse av en kollektivt dominerende stilling.

Avslutningsvis vurderes det, på bakgrunn av en beskrivelse av lovgivning i andre europeiske land, hvordan et forbud mot paritetsklausuler kan utformes under konkurranseloven § 14.

En § 14-forskrift, som omfatter både pris- og tilgjengelighetsparitet, kan for eksempel utformes som følger:

Enhver avtale eller adferd som forplikter eller er egnet til å påvirke hotellers og andre overnattingssteders frihet til selv å sette priser eller andre vilkår i egne salgskanaler eller overfor foretak som formidler overnattingstjenester, er forbudt. Det samme gjelder avtaler eller adferd som forplikter eller er egnet til å påvirke hoteller og andre overnattingssteders frihet til selv å tilby ledig kapasitet.

Avtaleklausuler som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

En slik bestemmelse vil kunne håndheves av Konkurransetilsynet iht. lovens generelle system for håndhevelse av § 14-forskrifter.

2. Nærmere om prisparitets- og tilgjengelighetsklausuler

En prisparitetsklausul innebærer i korte trekk at leverandør (her hoteller/hotellkjeder/andre overnattingssteder) forplikter seg til ikke å tilby bedre vilkår (lavere pris) til andre enn den plattformen (typisk Booking.com) det er inngått avtale med. Slike klausuler kan enten gjelder overfor andre OTAer (wide parity clauses/horisontal eller vid prisparitet) eller slik at hotellet² kun er forpliktet til ikke å tilby bedre vilkår direkte overfor kunder fra egne nettsider, reklamemateriell etc. (narrow parity clauses/vertikal eller smal prisparitet).³ Prisparitetsklausuler kalles også Most Favoured Nation clauses (MFN), Most Favoured Customer clauses, bestevilkårsklausuler eller APPA (Across Platform Parity Agreements). I det følgende brukes konsekvent "vertikal" paritetsklausul om klausuler som bare legger begrensninger på hotellers og andre overnattingssteders egne nettsider, og "horisontal" paritetsklausul om klausuler som gjelder andre OTAer.

I tillegg til klausuler som regulerer hotellenes prissetting finnes det klausuler som regulerer tilgjengeligheten av rom for OTAen. Såkalte Last Available Room (også kalt Availability Parity Clause) innebærer at hotell-/kjede og OTA skal ha lik tilgjengelighet for rom. En slik klausul innebærer således at OTAen skal ha adgang til å selge samtlige rom på hotellet.

² I det følgende benyttes betegnelsen "hotell" også om andre overnattingssteder.

³ Fenomenet er ikke avgrenset til hotell-/overnattingssektoren, men er aktuelt også innenfor for eksempel restaurantbransjen og bilutleie.

Klausuler av begge typer vil kunne inngå enten i en distribusjonsmodell eller en agentmodell. Ved en agentmodell opptrer plattformen bare som en videreformidler av leverandørens varer eller tjenester. I en distribusjonsmodell selges varen til plattformen, som videreselger, og klausulen vil da garantere plattformen beste innkjøpspris. I reiselivsbransjen er det primært en agentmodell som benyttes, slik at OTAen bare formidler kontakt mellom kunde og hotell/-kjede.⁴

Slike eksplisitte klausuler må ses i sammenheng med andre mekanismer som virker i forholdet mellom OTAer og hoteller og andre overnattingssteder. OTAer vil kunne disiplinere hotellene også ved "straffetiltak" som ranking på søk/synlighet, og selv uten eksplisitte paritetsklausuler vil OTAer således kunne oppnå paritet. Denne typen ensidig adferd inngår således i vurderingene nedenfor.

3. Paritetsklausuler i konkurranseretten

3.1 EU-retten

Prisparitet eller bestevilkårsklausuler er ikke særegent for hotellsektoren eller den digitale økonomien for den saks skyld. Både utbredelsen og virkningene står imidlertid i en særstilling innenfor online-distribusjon.

EU-kommisjonen har ikke tatt opp saker vedr. prisparitetsklausuler i hotellsektoren, jf. likevel nedenfor om koordineringen av nasjonale konkurransemyndigheter.⁵ Derimot har Kommisjonen behandlet flere saker om prisparitet i andre (digitale) markeder. Dette gjelder Amazon og Apple. I Amazon-saken startet Kommisjonen etterforskning i juni 2015 mot klausuler i avtalene mellom forlag og Amazon vedrørende e-bøker. Kommisjonen beskrev klausulene som at de "required publishers to offer Amazon similar (or better) terms and conditions as those offered to its competitors and/or to inform Amazon about more favourable or alternative terms given to Amazon's competitors."⁶ Ifølge Kommisjonen ville klausulene "make it more difficult for other e-book platforms to compete with Amazon by reducing publishers' and competitors' ability and incentives to develop new and innovative e-books and alternative distribution services." Saken endte med at Amazon aksepterte tilsagn om å opphøre med bruken av slike klausuler, som ble gjort bindende av Kommisjonen i mai 2017. Selv om et tilsagnsvedtak ikke tar endelig stilling til at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene, er det på det rene at Kommisjonen baserte seg på misbruksforbudet i TEUV art. 102 og EØS art. 54.

Apple/ebooks-saken gjaldt koordinert adferd mellom Apple og fem internasjonale forlagshus og overgangen til agentkontrakter som bl.a. inneholdt prisparitetsklausuler. Også denne saken ble løst ved at foretakene aksepterte tilsagn som gikk ut på å oppheve

⁴ Bruken av "agentmodell" her foregriper ikke vurderingen av hvorvidt avtalene kan anses som "genuine agency agreements" som i alle fall delvis faller utenfor konkurranseretten

⁵ Se også rapporten http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf, pkt. 4.7.

⁶ IP/17/1223 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1223_en.htm).

klausulene.⁷ Også tidligere har Kommisjonen grepet inn i flere saker om prisparitetsklausuler.⁸

Kommisjonen arbeider for tiden med forslag til en EU-forordning som vil regulere online-handelsplattformer ut fra et rimelighetsperspektiv ("fairness"), hjemlet i TEUV art. 114.⁹ Forslaget dekker hovedsakelig to forhold; transparens og sanksjonsmuligheter. Under transparens stilles det krav om skriftlige og tydelige avtalevilkår, at oppsigelser skal begrunnes skriftlig og at kriteriene for ranking skal følge eksplisitt av standardvilkårene. Det samme gjelder plattformens adgang til å differensiere vilkår. Endelig kreves det at der plattformen legger begrensninger på leverandører mulighet til å tilby bedre vilkår i andre kanaler, skal også dette grunngis. Det foreløpige forslaget stiller således i liten utstrekning vilkår eller på annen måte regulerer innholdet i kontrakter med leverandører, men stiller krav til hva som skal være eksplisitt regulert og at visse typer restriksjoner må begrunnes. Kapitlet om sanksjoner ("redress") stiller krav om interne klageprosedyrer, megling og representative søksmål anlagt av typisk bransjeforeninger.

Forslaget til forordning vil således ikke direkte rette seg mot de konkurransemessige aspekter som drøftes her.

3.2 Nasjonal vedtakspraksis om OTAer

I 2014 initierte Kommisjonen en felles aksjon mot prisparitetsklausuler, der svenske, italienske og franske konkurransemyndigheter ble bedt om å kjøre en koordinert aksjon. Denne prosessen endte i 2015 med at Booking.com aksepterte bindende tilsagn om å endre adferden.¹⁰ Bindende tilsagn, som er innført i medlemsstatenes konkurranselovgivning etter modell av Kommisjonens kompetanse etter forordning 1/2003 art. 9 innebærer at foretak forplikter seg til å endre adferd for fremtiden, mot at konkurransemyndigheten henlegger saken og gjør tilsagnene bindende for foretakene. Prosedyren innebærer at det ikke tas endelig stilling til hvorvidt konkurransereglene er overtrådt. Løsningen i saken er senere tiltrådt av en rekke europeiske

⁷ IP/12/1367 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1367_en.htm) og IP/13/746 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-746_en.htm).

⁸ Se nærmere Whish/Bailey: Competition Law, 8th ed. 2015, s. 688, med videre henvisninger. En viktig sak i europeisk sammenheng er engelske CMAs om motorvognforsikring, se nærmere den endelige rapporten her: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf.

⁹ Forslag til en Parlaments- og Rådsforordning "on promoting fairness in online intermediated trade". Forslaget er foreløpig ikke publisert.

¹⁰ Vedtakene er tilgjengelige her: Sverige: <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/battre-for-konsumenterna-efter-atagande-fran-booking-com/>, Frankrike: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/15d06.pdf> (engelsk pressemelding her: http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=607&id_article=2535&lang=en) og Italia: http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/I779_chiusura.pdf/download.html (engelsk pressemelding her: <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2207-i779-commitments-offered-by-bookingcom-closed-the-investigation-in-italy-france-and-sweden.html>).

konkurransemyndigheter.¹¹ Kommisjonen publiserte i 2017 en rapport om virkningene av tilsagnene, med kartlegging av den kommersielle praksisen.¹²

Slik jeg kommer tilbake til nedenfor gjaldt tilsagnene opphevelse av horisontale prisparitetsklausuler i tillegg til en begrensning av vertikale klausuler (slik at hoteller fortsatt kan tilby bedre vilkår offline, til bestemte kundegrupper og som ledd i fordelsprogrammer).¹³

Det tyske Bundeskartellamt har forbudt begge former for klausuler, dvs. både de som forbyr bedre vilkår overfor andre plattformer og også de som forbyr hoteller å tilby bedre priser på egne nettsider. Horisontale klausuler ble forbudt i et vedtak rettet mot HRS (Hotel Reservation Service).¹⁴ I 2015 ble vertikale paritetsklausuler forbudt i et vedtak rettet mot Booking.com.¹⁵ Bundeskartellamts vedtak innebærer således at praksisen blant nasjonale konkurransemyndigheter ikke er konsistent. Utover dette har også det sveitsiske konkurransetilsynet nedlagt forbud mot vide pris- og availabilityklausuler.¹⁶ Endelig kan det nevnes at den svenske organisasjonen Visita på vegne av sine medlemsbedrifter i kjølvannet av Konkurrenterrets vedtak har saksøkt Booking.com for patent- og Marknadsdomstolen for å få etablert et rettslig forbud også mot vertikale paritetsklausuler. Søksmålet verserer for domstolen.¹⁷

¹¹ Se oversikten hos Ariel Ezrachi, The competitive effects of parity clauses on online commerce, European Competition Journal, 11:2-3, 488-519 (<http://dx.doi.org/10.1080/17441056.2016.1148870>), s. 512 note 83. (Heretter *Ezrachi*).

¹² 6. april 2017, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf.

¹³ Også engelske konkurransemyndigheter har grepet inn mot OTAer, men da ikke med fokus på paritetsklausuler men på restriksjoner på adgangen til å tilby rabatter. Tilsagnsvedtaket ble opphevet av Competition Appeals Tribunal (<http://www.catribunal.org.uk/238-8651/Judgment.html>). For en oversikt over saksgang se <https://www.gov.uk/cma-cases/hotel-online-booking-sector-investigation>.

¹⁴ Engelsk versjon av vedtaket er tilgjengelig her: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?blob=publicationFile&v=3>. (Opprettholdt av Oberlandesgericht Düsseldorf 9. januar 2015 (Kart 1/14 (V)), se http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html;jsessionid=2FF2407CB31DC81B64E49C4AA791CD93.2_cid362?nn=3591568).

¹⁵ <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B9-121-13.pdf?blob=publicationFile&v=4>. (Uoffisiell engelsk oversettelse her: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?blob=publicationFile&v=2>). Vedtaket er brakt inn for OLG Düsseldorf, som foreløpig har nektet å ta en anmodning om oppsettende virkning til følge. Bundeskartellamt er også bedt om å besvare ytterligere spørsmål i saken, og endelig dom i saken kan neppe forventes før 2019/2020. (Kilde: German Hotel Association (IHA)). Siden OLG Düsseldorf har nektet oppsettende virkning, betyr dette at forbudet også mot vertikale klausuler er gjeldende.

¹⁶ Vedtak av 19. oktober 2015. Uoffisiell oversettelse tilgjengelig her: <https://www.weko.admin.ch/dam/weko/en/dokumente/2016/02/Decision%20Online-Booking%20Platforms%20for%20Hotels.pdf>. Også Australias "Consumer and Competition Commission" har grepet inn mot slike klausuler, se <https://www.accc.gov.au/media-release/expedia-and-bookingcom-agree-to-reinvigorate-price-competition-by-amending-contracts-with-australian-hotels>.

¹⁷ Se Visitas pressemelding på <http://www.visita.se/omvisita/press/nyheter/visita-stammer-booking.com/>.

3.3 Nasjonal lovregulering

I kjølvannet av de nasjonale konkurransemyndighetenes etterforskning av prisparitetsklausuler har flere land introdusert særskilt lovgivning om slike klausuler. Særlig kjent er den franske "Loi Macron", som setter absolutt forbud mot alle former for prisparitetsklausuler i hotellsektoren.¹⁸ Østerrike vedtok lovforbud mot paritetsklausuler i hotellsektoren i november 2016.¹⁹ Senere har også Italia vedtatt et lignende lovforbud.²⁰ Der det er innført lovgivning, omfatter dette således både horisontale og vertikale paritetsklausuler, i motsetning til tilsagnsvedtakene fra nasjonale konkurransemyndigheter.

Denne lovgivningen kan tjene som bakgrunn og inspirasjon for en mulig norsk regulering. Dette tas opp igjen i pkt. 8.2.

4. **Reguleringsalternativer og skranker**

4.1 Innledning

Som utgangspunkt finnes det i alle fall tre alternativer for å regulere/forby prisparitetsklausuler:

- Vedtak etter krrl. § 10 eller 11, jf. krrl. § 12
- Forskriftsregulering etter krrl. § 14
- Lovregulering.

Vedtak etter krrl. § 12 innebærer at Konkurransetilsynet håndhever kartellforbudet (§ 10) og/eller misbruksforbudet (§ 11) i enkeltsaker. Konkurransetilsynet kan også fatte vedtak om å gjøre tilsagn akseptert av foretakene bindende for dem (slik det ble gjort i Sverige, Frankrike og Italia). Forskrift etter § 14 innebærer bruk av hjemmelen til å gi forskrifter for å fremme konkurransen i markedet. Denne bestemmelsen presenteres nærmere rett nedenfor. Siste alternativ er at Stortinget regulerer ved særlig lovgivning, eventuelt som tillegg i bestående lovverk for eksempel krrl. Denne prosessen er langt mer tungvinn enn en forskriftsregulering.

Samtlige alternativer har ulike muligheter og begrensninger, jf. nærmere 8.1 nedenfor. Samtidig kommer forbudet i EØS-konkurranseloven § 7 mot strengere konkurranserettslig regulering av avtaler og samordning mellom foretak inn som en begrensende faktor. I det følgende presenteres § 14 først, før skrankene i EØS-konkurranseloven belyses.

¹⁸ Nye artikler L.311-5-1 tom L.311-5-4 i Code du tourisme (innført ved loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques). Bestemmelsen har vært anvendt av franske domstoler, da sammen med bestemmelser i Code de Commerce, se <http://www.umih.fr/export/sites/default/content/media/pdf/Etudes-hotelleire/Jugement-TC-29112016-Booking.comBV-c-Min-co.pdf>.

¹⁹ Endret § 7 i Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen (Preisauszeichnungsgesetz – PrAG). Se https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_01251/index.shtml.

²⁰ Legge annuale per il mercato e la concorrenza Art. 50. (n. 124, 4. august 2017).

4.2 Nærmere om krrl. § 14

Krrl. § 14 lyder:

"Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål."

Hjemmelen er delegert til Nærings- og fiskeridepartementet.²¹ Det er således departementet som gir forskrift, som vanligvis utarbeides og forberedes av Konkurransetilsynet. Hittil er det gitt to forskrifter under § 14; om bonusprogrammer i innenriks luftfart og om eiendomsannonsering over internett.²² Førstnevnte ble opphevet i 2013.

Hjemmelen tar sikte på å fylle et hull i konkurranselovens EØS-harmoniserte forbudsregler. Behovet for en slik hjemmel som kunne utfylle lovens forbudsbestemmelser ble først påpekt av et mindretall i lovutvalget som forberedte krrl. 2004. Denne fraksjonen pekte først på svakheter i forbudet mot misbruk av dominerende stilling, før behovet for en særlig hjemmel ble løftet frem:

"Bestemmelsen forbyr ikke skadelig atferd når det ikke kan påvises ensidig eller kollektiv markedsdominans. Ei heller gir den konkurransemyndighetene hjemmel til å (forskrifts-)regulere rammevilkårene generelt for alle aktører. Dette kan for eksempel være aktuelt når samfunnsøkonomiske hensyn tilsier at insentivene til alle aktørene i bestemte markeder eller bransjer bør reguleres. Etter disse medlemmenes oppfatning er den viktigste grunnen til at det er behov for en hjemmel til å regulere markedene gjennom generelle bestemmelser gitt i forskrift, at det kan være behov for å iverksette konkurransefremmende tiltak i et marked selv om det ikke foreligger dominans eller kan bevises utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det vil for eksempel kunne være tilfelle dersom det i hele eller store deler av en bransje har utviklet seg en salgs- eller innkjøpspolitikk som stenger konkurransevillige aktører ute eller som låser kunder inne på en slik måte at konkurransen begrenses uten at det kan påvises at noen aktør har en dominerende posisjon eller at de har samarbeidet innbyrdes. I slike tilfeller vil det kunne være aktuelt å gripe inn og forby en innarbeidet konkurransebegrensende praksis i bransjen for å legge til rette for å stimulere til effektiv konkurranse. En generell regulering kan også være mest hensiktsmessig fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje."²³

Synspunktene vant gehør hos departementet, som sluttet seg til mindretallets vurdering.²⁴ I merknadene til bestemmelsen uttalte Departementet:

²¹ Fastsatt ved kgl. res. 16. april 2004.

²² Hhv. forskrift nr. 684 av 20. juni 2007 om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart (opphevet), og forskrift nr.1169 av 9. september 2009 om tilgang til boligannonsering på Internett.

²³ NOU 2003:12, s. 69.

²⁴ Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 73.

"Det er et vilkår for å anvende bestemmelsen at det er nødvendig for å fremme konkurransen. Videre kan det bare gripes inn mot vilkår avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Bestemmelsen er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i §§ 10 og 11 nødvendigvis kommer til anvendelse.²⁵ Det er imidlertid ikke slik at en mulig anvendelse av § 10 er til hinder for bruk av § 14 – i så fall ville den vært uten praktisk betydning, jf. nedenfor om skrankene i EØS-krrl. § 7 mot strengere nasjonal konkurranselovgivning overfor avtaler og samordning.

I NOU 2012:7, der det foretas en generell gjennomgang av virkemidlene i konkurranseloven, fremheves § 14 som viktig for å regulere ensidige handlinger der det ikke foreligger dominerende stilling.²⁶ Bestemmelsen ble styrket ved lovendringen 1. januar 2014, ved at Konkurransetilsynet fikk mulighet til å pålegge opphør også ved overtredelser av § 14-forskrifter (dvs. at § 12 også omfatter brudd på § 14-forskrifter).

Samlet sett innebærer dette at krrl. § 14 representerer et fleksibelt reguleringsverktøy for tilfeller hvor konkrete konkurranseproblemer ikke kan løses ved anvendelse av lovens forbudsbestemmelser.

Bestemmelsen er knyttet opp mot noen spesifikke vilkår.²⁷ Det sentrale er at det må foreligge "vilkår, avtaler og handlinger" som "begrenser eller er egnet til å begrense" konkurransen. Ved første øyekast kan hjemmelen virke overflødig ved siden av §§ 10 og 11, som nettopp retter seg mot avtaler eller handlinger med konkurransebegrensende virkning. I tilfeller hvor det ikke foreligger individuell eller kollektiv dominans, vil bestemmelsen imidlertid kunne være viktig, først og fremst der konkurransestridige handlinger eller adferd ikke kommer til uttrykk i avtaler mellom foretak. Dette kan for eksempel være tilfelle der aktører presses til å akseptere vilkår i avtaler som ikke i seg selv begrenser konkurransen, men der presset benyttes for å fremtvinge en løsning som ikke er optimal konkurransemessig. Tilsvarende vil adferd iverksatt av flere ikke-dominerende foretak, som ville ha representert et misbruk om foretakene var dominerende, typisk kunne forbys etter § 14 (og også uten at adferden nødvendigvis kunne vært karakterisert som "misbruk"). Dette kan typisk være praktisk ved OTAers ensidige adferd. Samtidig er terskelen lavere etter § 14 enn etter misbruksforbudet; det er tilstrekkelig at adferden er egnet til å begrense konkurransen, man behøver mao. ikke å etablere at det foreligger misbruk av en dominerende stilling.

At adferden også kan omfattes av forbudsbestemmelsene, er ikke til hinder for at man benytter § 14. Dette kan f.eks. være praktisk der man etter § 11 er nødt til å påvise en kollektivt dominerende stilling, noe som kan være vanskelig, jf. særlig pkt 7 nedenfor, eller der inngrep i enkeltsaker etter § 10 fremstår som lite praktisk eller effektivt. Består

²⁵ Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 228.

²⁶ NOU 2012:7, s. 159.

²⁷ Se også Evensen/Sæveraas: Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009, s. 463 ff.

det et reelt konkurransemessig problem i et slikt marked, vil en konkret regulering etter § 14 kunne være mer effektivt enn inngrep gjennom enkeltsaker.

Videre må forskrifter ta sikte på å "fremme konkurransen". Dette vilkåret vil normalt være oppfylt der det er tale om å gripe inn med forbud mot tiltak med konkurransebegrensende virkning. Derimot vil ikke § 14 gi adgang til å regulere et marked utelukkende for å skape økt konkurranse, hvis det ikke foreligger en konkret konkurranseskadelig (eller potensielt konkurranseskadelig, jf. "egnet til") praksis blant foretakene.

Endelig kreves det at adferden det gripes inn mot er i strid med lovens formål, jf. § 1. Dette innebærer at det ikke vil kunne gripes inn mot forhold som, tross deres konkurransebegrensende virkning, gir effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet. Ut fra den gjennomgående harmoniseringen av konkurranseloven med EØS-reglene innebærer dette sannsynligvis at det kan gripes inn dersom fordelene ikke føres videre til forbrukerne, jf. formuleringen i § 10 tredje ledd. Det fremgår imidlertid nedenfor at dette forholdet ikke er avgjørende i denne konkrete saken.

Paragraf 14 er som utgangspunkt en forbudshjemmel. Bestemmelsen gir imidlertid ikke bare hjemmel til å nedlegge forbud, men også til å pålegge positive tiltak. Dette eksemplifiseres ved forskriften om tilgang til eiendomsannonsering på internett, der aktører pålegges positive forpliktelser til å gi tilgang til tjenesten. På denne måten kan hjemmelen sammenlignes med Konkurransetilsynets alminnelige påleggskompetanse i § 12.

Oppsummeringsvis gir krrl. § 14 hjemmel til å forby eller regulere adferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen. Terskelen for § 14-regulering er lavere enn for forbudsvedtak etter krrl. § 12, siden det da må etableres overtredelse av en forbudsbestemmelse. Dessuten gir § 14 hjemmel for å forby ensidige handlinger som skader konkurransen uten at det er nødvendig å påvise en dominerende stilling.

4.3 Skranke i EØS-krrl. § 7

EØS-konkurranseloven § 7 andre og tredje ledd lyder:

Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.

Med forbehold for alminnelige prinsipper og andre bestemmelser i EØS-retten, kommer første og annet ledd ikke til anvendelse når konkurransemyndighetene og domstolene anvender norsk lovgivning om kontroll med foretakssammenslutninger, og de utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i

lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Andre ledd forbyr anvendelse av nasjonal konkurranselovgivning som er strengere enn EØS art. 53 på avtaler og samordnet praksis, noe som i utgangspunktet er til hinder for en strengere konkurranserettslig regulering av paritetsklausuler enn det som følger av krrl. § 10.²⁸ For regulering av ensidig adferd eksisterer det ikke skranker mot strengere nasjonal lovgivning.

I tredje ledd siste setning heter det at bestemmelsen "utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54." Denne bestemmelsen gjennomfører forordning 1 art 3(3), der det sies at første og andre ledd "do not apply when the competition authorities and the courts of the Member States apply national merger control laws nor do they preclude the application of *provisions of national law that predominantly pursue an objective different* from that pursued by Articles 81 and 82 of the Treaty."²⁹

Utgangspunktet er at "nasjonal konkurranselovgivning" er et autonomt begrep etter EU-EØS-retten, og at den nasjonale klassifiseringen ikke er avgjørende.³⁰ Dette innebærer at bare bestemmelser som "predominantly" eller "hovedsakelig" fremmer andre formål enn konkurranse er unntatt. Det følger av ordlyden at dette må avgjøres for den enkelte bestemmelse.³¹

Hva som ligger i bestemmelsen er nærmere utdypet i fortalen pkt. 9:

Articles 81 and 82 of the Treaty have as their objective the protection of competition on the market. This Regulation, which is adopted for the implementation of these Treaty provisions, does not preclude Member States from implementing on their territory national legislation, which protects other legitimate interests provided that such legislation is compatible with general principles and other provisions of Community law. In so far as such national legislation pursues predominantly an objective different from that of protecting competition on the market, the competition authorities and courts of the Member States may apply such legislation on their territory. Accordingly, Member States may under this Regulation implement on their territory national legislation that prohibits or imposes sanctions on acts

²⁸ Skrankene her er identiske under EØS-avtalen og EU-reglene.

²⁹ Min uthevelse. Om bakgrunnen se bl.a. Ullrich: Anti-Unfair Competition Law and Anti-trust Law: A Continental Conundrum?, EU Working Papers Law 05-01 <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/2832/law05-01.pdf?sequence=1>, og Lucey: Unforeseen Consequences of Article 3 of EU Regulation 1/2003, [2006] ECLR 558.

³⁰ Hirsch/Montag/Säcker: Competition Law: European Community Practice and Procedure, Sweet&Maxwell 2008, pkt. 4-3-010.

³¹ Faull/Nikpay: The EU Law of Competition, 3rd ed. 2014, pkt. 2.60: "According to Article 3(3) the point of departure is each individual provision of national law and not the overall statute in which it is contained."

of unfair trading practice, be they unilateral or contractual. Such legislation pursues a specific objective, irrespective of the actual or presumed effects of such acts on competition on the market. This is particularly the case of legislation which prohibits undertakings from imposing on their trading partners, obtaining or attempting to obtain from them terms and conditions that are unjustified, disproportionate or without consideration. (Min uthevelse)

Fortalens eksempler dreier seg således om lovgivning som klart distanserer seg fra å fremme konkurranse; det dreier seg om regulering som tar sikte på å beskytte forbrukere eller svakere kontraktsparter eller lojal konkurranse mellom næringsdrivende. Eksempelvis vil ikke bestemmelsen være til hinder for regulering av OTAers praksis ut fra hensynet til at forbrukere ikke skal villedes.

Tas det utgangspunkt i at formålet med EØS-avtalens kartell- og misbruksforbud er å beskytte konkurransen på markedet, innebærer dette at lovgivning som tilsvarende beskytter konkurransen må anses som nasjonal konkurranselovgivning. Det som da faller utenfor er lovgivning som enten fokuserer på det enkelte kontraktsforholdet eller som beskytter andre samfunnsinteresser enn konkurranse. Dersom beskyttelse av kontraktsparten skjer som ledd i beskyttelse av konkurransen, vil bestemmelsen imidlertid måtte karakteriseres som nasjonal konkurranselovgivning.³²

I tråd med dette presiserer Faull/Nikpay vurderingstemaet som følger:

"It is submitted that the main distinguishing feature between the examples of provisions of unfair trading laws referred to in the last sentence of recital 9 and provisions of national competition law is whether the aim of the provision is confined to regulating a contractual relationship with a view to protecting a weaker party against a stringer party or whether (in addition) the market context is taken into account either in the elaboration of the rule or its application."³³

Richard Whish skriver følgende:

"There may be situations in which it will be unclear whether a particular national provision is predominantly concerned with matters other than the protection of competition. Certain regulatory rules — for example requiring the provision of a universal service or the protection of vulnerable consumers — clearly pursue objectives other than the protection of competition and so could be applied by virtue of Article 3(3). Consumer laws which provide protection against, for example, unfair contract terms, misleading advertising or sharp selling practices would also seem to pursue a predominantly different objective from Articles 101 and 102 TFEU. However a national rule that was dependent, for example, on a prior finding of significant market power would look more like a rule whose concern was the

³² Se f.eks. Hirsch/Montag/Säcker: Competition Law: European Community Practice and Procedure, Sweet&Maxwell 2008, pkt. 4-3-015 om tyske boikottbestemmelser.

³³ Faull/Nikpay: The EU Law of Competition, 3rd ed. 2014, pkt. 2.63.

protection of competition. In that case the derogation provided by Article 3(3) would not be applicable, so that the position would be governed by Article 3(2): a stricter national rule in relation to agreements could not be applied, but a stricter rule on unilateral behaviour could be."³⁴

Det følger av dette at dersom hensynet til å fremme konkurranse direkte eller indirekte forfølges av bestemmelsen, vil den karakteriseres som "national competition law", med mindre konkurransehensynet bare representerer et sidehensyn eller en indirekte virkning.

At en nasjonal bestemmelse også har andre formål utover å fremme konkurranse, unntar dem ikke fra anvendelsesområdet for art. 3. Eksempelvis har engelske High Court konkludert med at anvendelse av common law doktrinen om restraint of trade i en sak var utelukket pga art. 3.³⁵ Dersom bestemmelsen forfølger flere formål, vil det bero på bakgrunnen for anvendelsen i den konkrete saken om EØS art. 53 regulerer situasjonen uttømmende eller ikke.³⁶

Avslutningsvis bør det fremheves at dersom paritetsklausuler (eller andre aspekter ved OTA-virksomhet) reguleres på grunnlag av andre hensyn enn konkurranse, f.eks. hensynet til å unngå villedende markedsføring overfor forbruker eller hensynet til å beskytte varemerker (jf. nedenfor om "name-grabbing"), vil EØS-konkurranseloven ikke være til hinder for dette. En regulering av konkurransehensyn forutsetter at det kan påvises at adferden kan rammes av kartellforbudet, eller at det dreier seg om regulering av ensidig adferd.

4.4 Konsekvenser for det videre opplegget

Jeg vil ikke i det følgende foreta en vurdering av enkeltavtalers lovlighet etter krrl. §10, noe som, jf. nedenfor, ville forutsatt en økonomisk vurdering av de potensielle virkningene på det norske markedet. Dette er heller ikke nødvendig for utredningens formål.

Vilkåret i § 14 er at prisparitetsklausulene, evt. OTAenes ensidige adferd "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål". Hvis dette er tilfelle, vil det også være grunnlag for å gi forskrift etter krrl. § 14. På grunn av EØS-konkurranselovens forbud mot strengere nasjonal konkurranselovgivning mot avtaler eller samordning, er det imidlertid også nødvendig å vurdere om prisparitetsklausuler kan rammes av kartellforbudet. Spørsmålet her er således hvorvidt klausulene etter en konkret

³⁴ Whish/Bailey: Competition Law, 8th ed., s. 81.

³⁵ Se nærmere Lucey: Unforeseen Consequences of Article 3 of EU Regulation 1/2003, [2006] ECLR 558.

³⁶ Se Competition and Markets Authority: Regulated Industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries, pkt. 4.12 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/243707/3-guidance-on-concurrent-application-of-competition-law-to-regulated-industries-consultation.pdf), og OFT: Modernisation: Understanding Competition Law (OFT442), pkt. 4.29 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284432/of442.pdf).

vurdering og rimelig tolkning kan falle innenfor kartellforbudet, siden strengere regulering av avtaleklausuler ikke er tillatt iht. EØS-konkurranseloven § 7.

5. Økonomiske vurderinger

5.1 Innledning

I det følgende gjennomgås skadehypoteser for prisparitetsklausuler som er oppstilt i økonomisk teori og anvendt av nasjonale konkurransemyndigheter. I tillegg til skadehypoteser, er det også viktig å kartlegge mulige fordeler knyttet til effektivitet, siden skadevirkningene i konkurranseretten må vurderes opp mot slike gevinster.

I økonomisk teori er slike klausuler beskrevet og analysert i begrenset utstrekning.³⁷ Det synes likevel å ha utkrySTALLISERT seg en aksept av en del skadehypoteser for konkurransen og mulige effektivitetsforsvar. Disse gjennomgås i det følgende, som en bakgrunn for den konkurranserettslige vurderingen.

5.2 Virkninger for konkurransen – skadehypoteser

5.2.1 *Innledning*

Både i vedtakspraksis og i den teorien som foreligger trekkes det et skille mellom paritetsklausuler som eksplisitt gjelder overfor andre OTAer (horisontale klausuler) og klausuler som bare regulerer hotellets/-kjedens adgang til å operere med bedre vilkår på egne nettsider (vertikale). Denne inndelingen følges også nedenfor. Slik det fremgår i pkt. 5.2.3 og 6.4, er det imidlertid på det rene at incentivvirkningene for hoteller av vertikale klausuler gjør at de lett vil få samme virkning som horisontale klausuler.

5.2.2 *Horisontal prisparitet*

For det første vil horisontale prisparitetsklausuler kunne bidra til å opprettholde horisontal koordinering mellom plattformer på provisjonen som hotellet/-kjeden betaler. En horisontal prisparitetsklausul vil beskytte OTAen mot en situasjon der hotellet, som svar på en eventuell økning i provisjon, øker prisen bare overfor denne OTAen. Dette skyldes at hotellet da også må øke prisen til konkurrerende OTAer, noe som vil gjøre hotellet mindre konkurransedyktig overfor andre hoteller og andre overnattingssteder. En OTA kan altså øke provisjonen uten å risikere å miste kunder til andre plattformer. På den måten vil en horisontal prisparitetsklausul bidra til å etablere

³⁷ Den sentrale økonomiske teorien om paritetsklausuler er behandlet i Morten Hviid: Vertical Agreements between Suppliers and Retailers that Specify a Relative Price Relationship between Competing Products or Competing Retailers, paper til OECDs høring om paritetsklausuler (27-28. oktober 2015), tilgjengelig her: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)6&doclang=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)6&doclang=en). Se også Working Paper fra Bjørn Olav Johansen og Thibaud Vergé, Platform Price Parity Clauses with direct Sales (WP in Economics 1/17 University of Bergen, http://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/working_paper_01-17_revidert.pdf), og Hunold/Kesler/Laitenberger/Schlütter: Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Booking, ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 16-066, tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2850535.

koordineringsbetingelser mellom OTAene.³⁸ Dette fører til begrenset konkurranse på provisjonen som hoteller og andre overnattingsteder betaler til OTAene, noe som i sin tur kan innebære høyere priser på hotellrom (siden hotellenes kostnader øker).³⁹

For det andre vil horisontale prisparitetsklausuler kunne begrense etableringen i formidlingsmarkedet, dvs. etableringen av konkurrerende OTAer.⁴⁰ Slike nykommere vil på grunnlag av prisparitetsklausulene ikke kunne oppnå bedre vilkår fra hotellene, siden disse er forpliktet til å matche prisen overfor eksisterende plattformer de har avtaler med. Det samme gjelder dersom en ny plattform forsøker å redusere provisjonen i bytte mot lavere pris. Igjen vil dette utløse en rett for andre plattformer til å oppnå den samme lavere prisen.

En tredje effekt som har blitt påpekt i litteraturen er økt prislikhet ("Price Uniformity"). Hoteller mangler incentiver til å senke prisene for visse plattformer, slik at prisene vil være identiske fra plattform til plattform og høyere enn i fravær av klausulene.⁴¹ Effekten er avhengig av utbredelsen av prisparitetsklausuler mellom OTAene, bindingsgraden overfor hoteller og forhandlingsmakt til hhv. hoteller og OTAer.⁴² Her som ofte ellers ved vertikale restriksjoner vil imidlertid tilstrekkelig grad av inter-merke konkurranse (dvs. konkurranse mellom hoteller), kunne oppveie eventuelle skadevirkninger. Forutsatt sterk inter-merke konkurranse vil priser, selv om de er identiske mellom plattformer, kunne være kompetitive. På dette punktet vil imidlertid gjennomsiktigheten som skapes i kombinasjon med prisparitetsklausulene fungere som en koordineringsmekanisme mellom OTAene. At paritetsklausuler vil kunne ha tilsvarende virkninger som binding av videresalgspriser er også påvist i økonomisk teori.⁴³

³⁸ Se Edelman/Wright, Price Coherence and Excessive Intermediation, (2015) 130(3) Quarterly Journal of Economics (<http://www.benedelman.org/publications/pricecoherence-2015-03-12.pdf>), s. 3, *Ezrachi*, s. 497.

³⁹ Se Frankrikes notat til OECD (DAF/COMP/WD(2015)64), tilgjengelig her: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2015\)64&d_oLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2015)64&d_oLanguage=en), pkt. 21-24. Skadehypotesen er videre anvendt av Konkursverket i vedtaket mot Booking.com (<http://www.konkurrensvirket.se/nyheter/battre-for-konsumenterna-efter-atagande-fran-booking-com>), pkt. 20-22, og av Bundeskartellamt i sitt vedtak mot Booking.com (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2), pkt. 213-216. Johansen og Vergé (2017) viser i sin modell at effekten er mer usikker dersom hoteller kan deliste OTAer, og at skadevirkningene da beror på graden av konkurranse mellom hoteller.

⁴⁰ *Ezrachi*, s. 498-99. Effekten er omtalt i Konkursverkets vedtak overfor Booking.com, pkt. 23, og i Bundeskartellamts vedtak overfor HRS, pkt. 160-162 (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

⁴¹ *Ezrachi*, s. 499.

⁴² *L.c.*

⁴³ Fletcher/Hviid, Retail Price MFNs: Are they RPM 'At its Worst?' (2014) CCP Working Paper 14-5, <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8199490/CCP+Working+Paper+14-5.pdf/0ec21ee-12ca-4bc8-b3ea-d5076ab264af>, og Øystein Foros, Hans Jarle Kind, Greg Shaffer, "Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple's Agency Model Soften Competition?" (2013) CESifo Working Paper Series No 4362, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317715.

Endelig vil horisontale prisparitetsklausuler kunne begrense innovasjon og investeringer. En slik skadeteori bygger på at OTAene ikke vil ha incentiver til å foreta videre investeringer for å tiltrekke seg ytterligere kunder, siden investeringer ikke vil lede til lavere detaljistpriser. Denne teorien fremstår imidlertid som svakere enn de øvrige beskrevet ovenfor, idet den ikke tar hensyn til andre konkurranseparametre som kvalitet og service fra OTAer.⁴⁴ Videre er effekten usikker fordi paritetsklausulene beskytter mot free-riding, noe som normalt vil stimulere til investeringer og innovasjon, jf. nedenfor.

Oppsummeringsvis vil horisontale paritetsklausuler begrense konkurransen mellom plattformer overfor hoteller og andre overnattingssteder og påføre sistnevnte høyere kostnader, videre vil konkurransen på rompris kunne begrenses, og endelig vil paritetsklausulene fungere som etableringshindringer. Den mest sentrale skadehypotesen er horisontal koordinering på provisjon og dermed økte kostnader for hoteller og andre overnattingssteder, som innebærer økt rompris.

5.2.3 Vertikal prisparitet

Vertikale prisparitetsklausuler, dvs. klausuler som ikke reduserer hotellenes mulighet til å tilby bedre priser til andre plattformer, vil ikke på samme måte direkte påvirke konkurransen mellom OTAer. Dette fordi det ikke formelt sett legges begrensninger på pristilbudet over andre OTAer, kun på hotellenes egne kanaler.

Den første mulige virkningen identifisert ovenfor gjaldt konkurranse på provisjonen til de enkelte OTAer. En vertikal klausul vil ikke på samme måte ha denne effekten, fordi hoteller kan øke prisen overfor enkelte OTAer som svar på en økning i provisjon, evt. senke prisen overfor OTAer som tilbyr bedre vilkår.

Likevel er ikke en vertikal paritetsklausul uproblematisk, fordi hotellet/-kjeden selv vil være bundet til ikke å underby OTAen på egne nettsider, og det derfor vil bli svekket i intra-merkekonkurransen fra andre OTAer. Dersom hotellet ønsker å være konkurransedyktig på egne nettsider, vil dette kunne føre til at det etableres et slags prispulv i markedet. En slik virkning kan betegnes som en nettverkseffekt som følge av parallelle avtaler mellom hotellet og OTAer.⁴⁵ Denne effekten tilsvarer effekten av horisontale paritetsklausuler, og inntreer som følge av at hotellene/-kjedenes incentiver; dersom det tilbys en bedre pris til én OTA vil hotellet ikke være konkurransedyktig i forhold til denne, og dersom prisen senkes på egen nettside vil andre OTAer hotellet/-kjeden har avtale med ha rett til å få samme lave pris. Effekten vil være at hotellet/-kjeden ikke senker prisen i første omgang.

I forlengelsen av dette kan det oppstå effekter på incentivene til å redusere pris eller mulighetene for nyetablering av plattformer med lav provisjon. Dette fordi hotellet/-kjeden, for ikke å bli mindre konkurransedyktig på egne nettsider, vil måtte videreføre en eventuell prisnedgang til andre OTAer (uavhengig av deres provisjon). Poenget er altså at en prisnedgang til en nykommer som tilbyr lavere provisjon, vil gjøre egne nettsider mindre konkurransedyktige, og dersom prisen settes ned også der vil det samme måtte

⁴⁴ *Ezrachi*, s. 500.

⁴⁵ *Ezrachi*, s. 508.

gjøres overfor andre OTAer. Disse effektene demper incentivene til å tilby bedre priser til nye plattformer eller plattformer som senker provisjonen. Forutsetningene for slike effekter er dels at hotellet selger mye direkte fra egen nettside, og at det er begrenset intermerkekonkurranse (altså konkurranse fra andre hoteller/overnattingssteder). Dermed vil også vertikale paritetsklausuler kunne ha tilsvarende effekter som horisontale, grunnet hotellenes/-kjedenes incentiver basert på å være konkurransedyktige på egne nettsider.⁴⁶

For det andre vil vertikale prisparitetsklausuler også kunne redusere konkurransen mellom hoteller og OTAer. Poenget er at OTAen som formidlingskanal beskyttes mot konkurranse direkte fra hotellet gjennom tilbud fra hotellets nettsider.⁴⁷

På dette punktet er praksis fra ulike nasjonale konkurransemyndigheter ikke konsistent. I de tre tilsagnsvedtakene fra franske, italienske og svenske konkurransemyndigheter ble det akseptert tilsagn om bare å kutte de horisontale klausulene, mens tyske Bundeskartellamt har nedlagt forbud mot også vertikale paritetsklausuler.⁴⁸ De landene som har innført lovforbud rammer begge typer klausuler, jf. nedenfor 8.2.

5.3 Mulig effektivitetsgevinster

5.3.1 *Innledning*

Rettslig sett vil effektivitetsgevinster kunne føre til at klausuler som fanges opp av kartellforbudet, evt. som i utgangspunktet representerer et misbruk av dominerende stilling, likevel kan godtas. Forutsetningen er at restriksjonen er nødvendig for å realisere gevinstene. For prisparitets- og tilgjengelighetsklausuler innebærer dette at de må anses som nødvendige for å realisere eventuelle effektivitetsgevinster som OTA-virksomheten genererer. Av denne grunn skilles det i det følgende mellom effektivitetsgevinster som følger av OTA-virksomheten som sådan, før det ses nærmere på hvilken rolle prisparitetsklausuler kan ha.

De rettslige vurderingene følger i 6 og 7 nedenfor.

5.3.2 *OTAer som sådanne*

Selve modellen med OTAer, samt onlineplattformer i andre bransjer, innebærer flere fordeler som kan anses som effektivitetsgevinster.⁴⁹ For forbrukere letter de tilgangen til informasjon, på den måten at et "nav" med aggregert informasjon reduserer søkekostnadene. De kan også bidra til å forenkle prisinformasjonen.

⁴⁶ I sin modell, gitt visse forutsetninger, finner Johansen og Vergé (2017) at "in our setting, narrow and wide price parity clauses are equivalent in terms of their outcomes" (s. 32).

⁴⁷ *Ezrachi*, s. 509.

⁴⁸ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=4. (Uoffisiell engelsk oversettelse her: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

⁴⁹ Se *Ezrachi*, s. 492-496.

For leverandører innebærer plattformer en fordel sammenlignet med selv å bære risiko og kostnader knyttet til online markedsføring. Dette gjelder særlig små og mellomstore aktører, som uten tilstedeværelse på plattformen ville måtte ta større risiko ved å investere i markedsføring.

Det franske innlegget til OECDs høring sammenfatter som følger:

"Booking platforms offer various pre-sales services. These include, first and foremost, visibility on the Internet, linked to the auction of key-words on search engines and comparison websites and the know-how that accompanies such activity. Platforms also provide other services that facilitate comparison and choice of hotels by consumers (website usability, description of hotel in the user's language, photographs, hotel classification, moderation of customer comments, access to consumers throughout the world, introduction of local teams responsible for managing the relationship with the hotels and hotel customers). All these services benefit to the consumers, firstly because they improve the information available to them, and second because they strengthen competition between hotels, especially by making visible those hotels which, due to limited financial resources, could not otherwise be visible on the Internet."⁵⁰

Sitatet understreker således at både forbrukere og hoteller vil være tjent med plattformer.

5.3.3 Betydningen av prisparitetsklausuler

Den mest relevante økonomiske begrunnelsen for prisparitetsklausuler er at de kan forhindre såkalte eksternaliteter som free-riding.⁵¹ Å forhindre enten vertikale eller horisontale eksternaliteter representerer en mer eller mindre generell begrunnelse for anerkjennelsen av vertikale restriksjoner i konkurranseretten, jf. nærmere nedenfor.⁵² Dersom et hotell fritt kunne sette en lavere pris enn OTAen, kan dette hevdes å ville føre til en eksternalitet ved at kunden først utnytter søkefunksjonaliteten og annen informasjon tilbudt av OTAen, for deretter å bestille rom til en lavere pris direkte fra hotellet. Poenget blir altså at prisparitetsklausulen legger til rette for at OTAen skal investere i funksjonalitet som bidrar til å øke trafikk og etterspørsel. Effekten er trukket i tvil særlig av Bundeskartellamt, jf. nedenfor. Prinsipielt sett er det imidlertid liten tvil om at argumentet er relevant.

I Frankrikes notat til OECD legges det også til grunn at

"By making prices and conditions of sale uniform across all distribution channels, APPAs could also reduce customer search costs, thus strengthening inter-brand competition. Conversely, in the absence of an APPA, the variety of prices proposed, combined with the search costs borne by the consumers to find

⁵⁰ Frankrikes notat til OECD (DAF/COMP/WD(2015)64), tilgjengelig her: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2015\)64&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2015)64&doclanguage=en), pkt. 45.

⁵¹ Frankrikes notat til OECD (DAF/COMP/WD(2015)64), tilgjengelig her: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2015\)64&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2015)64&doclanguage=en), pkt. 41 ff., *Ezrachi*, s. 490-92.

⁵² Se nærmere om økonomien i dette Hjelmeng/Sørgard, *Konkurransopolitikk*, Bergen 2014, s.

the best price, would enable suppliers to be in less frontal competition and further reduce the incentive for consumers to use platforms for purchasing their products."⁵³

Argumentet går ut på at standardisering av vilkår gjør markedet mer gjennomiktig for forbrukerne og tvinger leverandører til å konkurrere hardere. Effekten står imidlertid i kontrast til det som er omtalt som en "prisgulveffekt" ovenfor, og også i det franske notatet heter det at "The analysis of this type of efficiency gains nevertheless should be treated with some caution."⁵⁴ Vekten av argumentet beror uansett på den konkrete betydningen av søkekostnader.

5.4 Oppsummering

Oppsummeringsvis er det på det rene at paritetsklausuler kan ha konkurransebegrensende virkninger. Dette gjelder mellom OTAer, men også mellom hoteller og andre overnattingssteder. Videre vil paritetsklausuler fungere som etableringshindringer og beskytter dermed eksisterende OTAer mot konkurranse fra nykommere.

Når det gjelder effektivitetsgevinster, er spørsmålet først og fremst om paritetsklausuler kan anses som nødvendige for å opprettholde investeringer i OTA-tjenester med de fordelene slike plattformer kan ha for forbrukerne. Dette vurderes nærmere nedenfor i en rettslig kontekst.

6. **Vurdering etter kartellforbudet**

6.1 Innledning

I det følgende vurderes prisparitetsklausulene opp mot forbudet mot konkurransebegrensede avtaler etter krrl. § 10 (som tilsvarende EØS art. 53 og TEUV art. 101). Forbudet lyder:

"Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahtentene godtar tilleggstyelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden."

Utgangspunktet etter disse bestemmelsene er at det må foreligge en avtale eller samordning mellom foretak, og denne må ha som formål eller virkning å begrense konkurransen. Dersom en gitt avtale etter "sin natur" skader konkurransen, vil den også

⁵³ Cit., pkt. 58.

⁵⁴ L.c.

være forbudt etter sit formål, dvs. uten at det må foretas noen nærmere vurdering av virkningene. Andre avtaler må vurderes iht. deres virkning på markedet. Terskelen etter virkningsvurderingen er imidlertid ikke særlig høy; det er tilstrekkelig med en potensiell begrensning i konkurransen, jf. nærmere nedenfor.

Vurderingen nedenfor innebærer ikke at det konkret konkluderes på spørsmålet om hvorvidt de enkelte OTAers avtaler med enkelte hoteller og andre overnattingssteder representerer overtredelser av krrl. § 10. Formålet er å belyse om slike klausuler representerer faktiske eller potensielle konkurransebegrensninger i lys av terskelen «begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen» i krrl. § 14, samt å ta stilling til om slike klausuler etter en konkret vurdering kan rammes av kartellforbudet, jf. EØS-konkurranseloven § 7 og forbudet mot strengere nasjonal konkurranselovgivning.

6.2 Relevante markeder

En konkurranserettslig vurdering av prisparitetsklausuler må ta stilling til hva som er det relevante markedet. Dette er nødvendig for å kunne ta stilling til hvilke skadevirkninger som kan oppstå, og er også nødvendig for å vurdere anvendelsen av unntaksbestemmelser, jf. nedenfor 6.6.

Det relevante markedet avgrenses langs en produkt- og en geografisk dimensjon.⁵⁵

OTAer tilbyr hoteller tjenester i form av formidling av rom samt bedre synlighet/markedsføring på nettet, og tilbyr konsumentene en pakke av søke- og booking funksjonalitet. Både svenske, franske, italienske og tyske konkurransemyndigheter har avgrenset det relevante markedet til slike onlineplattformer. Hoteller som tilbydere av hotellrom er ikke aktive på dette relevante markedet, men på markedet for hotellrom. Hoteller og OTAer er derfor ikke aktive på det samme relevante markedet.⁵⁶ Markedet for OTA-tjenester, dvs. formidlingsvirksomheten, innbefatter forhold som salg av prioritet i søk mv.⁵⁷

Det er således to relevante markeder der det kan oppstå konkurranseskade; markedet for OTA-tjenester og markedet for overnatting. Markedet for OTA-tjenester anses ikke å omfatte såkalte metasøkesider som Trivago.⁵⁸ Disse selger tjenester både til OTAer og hoteller, og sender kunden videre til disse nettstedene uten at kunden tilbys booking på siden. Slike tjenester betales oftest pr. klikk, uavhengig av om booking faktisk finner sted eller ikke.

⁵⁵ Se nærmere Kommisjonens notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C 372/5.

⁵⁶ Se for eksempel vedtaket fra Konkurrentverket mot Booking.com, pkt. 16. Se også oversikten i Bundeskartellamts vedtak overfor Booking.com, pkt. 146-147.

⁵⁷ Salg av prioritet eller søkeord fra tredjeparter som metasøksaktører eller rene søkemotorer som Google vil ikke være del av markedet for formidlingstjenester. Det er ikke nødvendig å gå inn på disse grensedragningene for de forhold som vurderes her.

⁵⁸ Se hhv. Konkurrentverkets vedtak pkt. 11 og Bundeskartellamts vedtak pkt. 143-145.

Vedrørende geografisk marked er markedet for OTA-tjenester ansett som nasjonale av samtlige fire europeiske konkurransemyndigheter som har fattet vedtak mot prisparitetsklausuler.⁵⁹ Jeg ser ikke grunn til å fravike dette når det gjelder Norge.

6.3 Avtaler mellom foretak

Overtredelse av krrl. § 10 krever at det foreligger en avtale eller samordnet opptreden mellom uavhengige foretak. Som utgangspunkt vil dette kravet være oppfylt ved paritetsklausuler mellom hoteller og andre overnattingssteder og OTAer. Dersom det foreligger en såkalt "ekte" agentforhold, vil dette kriteriet imidlertid ikke anses oppfylt, da slike ekte agenter anses som del av den samme økonomiske enheten som hovedmannen.

Kommisjonen definerer en agent som følger:

"An agent is a legal or physical person vested with the power to negotiate and/or conclude contracts on behalf of another person (the principal), either in the agent's own name or in the name of the principal, for the:

- purchase of goods or services by the principal, or
- sale of goods or services supplied by the principal."⁶⁰

I CEES tar Domstolen utgangspunkt i at:

"where an intermediary, such as a service-station operator, while having separate legal personality, does not independently determine his conduct on the market since he depends entirely on his principal, such as a supplier of fuel, because the latter assumes the financial and commercial risks as regards the economic activity concerned, the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty [nå art. 101 TEUV] is not applicable to the relationship between that intermediary and the principal. ...

It follows that the decisive factor for the purposes of determining whether a service-station operator is an independent economic operator is to be found in the agreement concluded with the principal and, in particular, in the clauses of that agreement, implied or express, relating to the assumption of the financial and commercial risks linked to sales of goods to third parties."⁶¹

Spørsmålet er om avtalene mellom hoteller og andre overnattingssteder og OTAer kan klassifiseres som agentforhold, slik at avtalene ikke omfattes av krrl. § 10. Så vidt jeg kan se, har denne problemstillingen ikke blitt drøftet av de nasjonale konkurransemyndigheter som har fattet vedtak i saker om paritetsklausuler.⁶²

⁵⁹ Se oversikten i Bundeskartellamts vedtak, pkt. 155-158. Dette gjelder Tyskland, Frankrike, Italia og Sverige, samt Sveits.

⁶⁰ Guidelines on vertical restraints (2010), pkt. 12.

⁶¹ Sak C-217/05 CEEES [2006] ECR I-11987 prem. 44 og 46.

⁶² Ovenfor i pkt. 2 er det anført at det mellom hoteller/-kjeder og OTAer benyttes en "agentmodell". Spørsmålet her er imidlertid om agentforholdet tilfredsstillende det konkurranserettslige kravet til "genuine agency agreements" som forutsetning for å styre klar av kartellforbudet.

OTAene har et meget høyt antall hoteller og andre overnattingssteder som "hovedmenn". I retningslinjene sier Kommisjonen riktignok uten forbehold at "it is not material for the assessment whether the agent acts for one or several principals."⁶³ Dette kan synes i strid med Domstolens tidligere praksis, jf. Vlaamse Reisbureaus-saken der det ble lagt avgjørende vekt på at reisebyråene opptrådte på vegne av en rekke turoperatører.⁶⁴ (Saken også inneholdt horisontale elementer både mellom turoperatører og reisebyråer). Der "agenter" med en særlig fri stilling formidler tjenester fra en rekke aktører, slik tilfellet var i Vlaamse Reisbureaus-saken, vil det vanskelig kunne foreligge et ekte agentforhold ("genuine agency agreement"). Etter min oppfatning vil dette resonnementet også være overførbart til forholdet mellom hoteller og andre overnattingssteder og OTAer.⁶⁵

Selv om det skulle foreligge et ekte agentforhold vil ikke alle restriksjoner falle utenfor samarbeidsforbudet. I CEPSA-saken sier Domstolen følgende:

"[E]ven in the case of an agency contract, only the obligations imposed on the intermediary concerning the sale of the goods to third parties on behalf of the principal, including the fixing of the retail price, fall outside the scope of Article 81 EC [nå art. 101 TEUV]. By contrast, exclusivity and non-competition clauses which concern the relationship between the agent and the principal as independent economic operators are capable of infringing the competition rules in so far as they entail locking up the market concerned. The prohibition laid down in Article 81(1) EC [nå art. 101 TEUV] is therefore applicable to those clauses."⁶⁶

Poenget er at agentunntaket bare gjelder restriksjoner som så å si kan pålegges i kraft av at oppdragsgiver beholder eierskapet til varen – for eksempel hvilken pris varen skal selges videre for. Derimot vil ikke oppdragsgiver for eksempel kunne hindre agenten fra å påta seg oppdrag for andre. Tilsvarende må gjelde for klausuler som legger begrensninger på hotellenes priser og romtilbud. Derimot vil det at hotell/-kjede setter prisen på OTAenes nettsider likevel anses som lovlig, siden OTAene ikke tar noen risiko for usolgte rom.

Ut fra skadehypotesene som er gjennomgått ovenfor er det også på det rene at den kanskje mest sentrale skadehypotesen gjelder horisontal koordinering i markedet for agenttjenesten, dvs. OTA-virksomhet. Også dette er til hinder for at paritetsklausulene skulle falle utenfor kartellforbudet.⁶⁷

⁶³ Guidelines on vertical restraints (2010), pkt. 13.

⁶⁴ Se sak 311/85 Vlaamse Reisbureaus, [1987] ECR 3801, prem. 20.

⁶⁵ Tilsvarende konklusjon er trukket av Bundeskartellamt i vedtaket rettet mot HRS, se pkt. 145-149 (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

⁶⁶ Sak C-279/06 CEPSA [2008] ECR I-6681, prem. 41, jf. også prem. 48, med henvisning til sak C-217/05 CEEES [2006] ECR I-11987 prem. 62 og 63.

⁶⁷ Guidelines on vertical restraints (2010), pkt. 20.

6.4 Konkurransbegrensende formål eller virkning

Kartellforbudet rammer avtaler med enten konkurransebegrensende formål eller virkning. Konkurransbegrensende formål defineres gjerne som avtaler eller samordnet praksis som "by their very nature" er konkurranseskadelige. Sondringen er i utgangspunktet grei; formålskategorien er reservert for de mest alvorlige konkurransebegrensninger. EU-domstolen har sagt om distinksjonen at

"The distinction between 'infringements by object' and 'infringements by effect' arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition."⁶⁸

Kommisjonen har gitt følgende noe mer utfyllende definisjon:

"Restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential of restricting competition. These are restrictions which in light of the objectives pursued by the Community competition rules have such a high potential of negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 81(1) to demonstrate any actual effects on the market. This presumption is based on the serious nature of the restriction and on experience showing that restrictions of competition by object are likely to produce negative effects on the market and to jeopardise the objectives pursued by the Community competition rules. Restrictions by object such as price fixing and market sharing reduce output and raise prices, leading to a misallocation of resources, because goods and services demanded by customers are not produced. They also lead to a reduction in consumer welfare, because consumers have to pay higher prices for the goods and services in question."⁶⁹

Slike avtaler eller samordnet praksis er dermed omfattet av forbudet, uten at det fra sak til sak er nødvendig å påvise konkrete skadevirkninger.⁷⁰

Formålskategorien skal fortolkes snevert. EU-domstolen uttalte i *Cartes bancaires* at

"the General Court erred in finding, ... that the concept of restriction of competition by 'object' must not be interpreted 'restrictively'. The concept of restriction of competition 'by object' can be applied only to certain types of coordination between undertakings which reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects, otherwise the Commission would be exempted from the obligation to prove the actual effects on the market of

⁶⁸ Sak C-8/08 T-Mobile [2009] ECR I-4529, prem. 29. Se også sak C-290/07 Beef Industry [2008] ECR I-8637, prem. 17.

⁶⁹ Guidelines on Article 101(3) (2004), pkt. 21

⁷⁰ Se for eksempel sak C-49/92 P Anic Pertecipazioni, [1999] ECR I-4125, prem. 99: "there is no need to take account of the concrete effects of an agreement once it appears that it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition".

agreements which are in no way established to be, by their very nature, harmful to the proper functioning of normal competition.⁷¹

Prisparitetsklausuler begrenser hotellere og andre overnattingssteders adgang til fritt å sette pris, enten overfor andre OTAer eller (bare) på egne nettsider. Blant vertikale avtaler vil avtaler om binding av videresalgspris anses å ha et konkurransebegrensende formål. Prisparitetsklausuler innebærer imidlertid ikke en binding av en frittstående distributørs salgspriser overfor kunden i neste ledd, men en begrensning på hotellere og andre overnattingssteders adgang til å underby OTAen. Spørsmålet er om skadevirkningene for konkurransen er så åpnebare at disse likevel faller innunder formålsalternativet, jf. også at denne skal fortolkes snevert.

Selv om de skadehypotesene som det er redegjort for ovenfor klart gir uttrykk for et konkurransebegrensende potensial i paritetsklausulene, er det likevel vanskelig å hevde at klausulene etter sin "natur" virker begrensende på konkurransen. Spørsmålet om konkurransebegrensende formål ble også holdt åpent av Bundeskartellamt i sitt vedtak mot HRS (som gjaldt horisontale paritetsklausuler):

"Even though it may be arguable that the MFN clauses of HRS do not bring about restraints of competition by object, they do at least bring them about by effect."⁷²

I vedtaket rettet mot Booking.com, som gjaldt vertikale paritetsklausuler ble formålskategorien ikke problematisert; her gikk Bundeskartellamt direkte inn på en virkningsvurdering. Gitt EU-domstolens klare føringer om at formålsalternativet må fortolkes snevert, synes det derfor klart at paritetsklausuler må underlegges en virkningsanalyse.

En virkningsvurdering innebærer at man må vurdere hvordan konkurransen ville utviklet seg i fravær av avtalen som vurderes. Dette innebærer at den faktiske situasjonen må sammenlignes med et kontrafaktisk scenario.⁷³ I STM-saken uttalte EU-domstolen at:

"The competition in question must be understood within the actual context in which it would occur *in the absence of the agreement in dispute*."⁷⁴

Denne tilnærmingen er fulgt opp i senere saker, for eksempel O2 der Kommisjonens vedtak ble underkjent pga. manglende vurdering av det kontrafaktiske.⁷⁵ Det kreves imidlertid ikke at årsakssammenheng og faktiske virkninger på markedet fastlegges

⁷¹ Sak C-67/13, *Cartes Bancaires*, prem. 58.

⁷² http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3, pkt. 152.

⁷³ Se nærmere Hjelmeng: Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenarioet, Tff 2016/2, s. 10-45.

⁷⁴ Sak 56/65 STM [1966] ECR 235, på s. 250.

⁷⁵ Sak T-328/03 O2 (Germany) [2006] ECR II-1231, prem. 66-72, se videre sak 42/84 Remia [1985] ECR 2545, prem. 18, og sak C-382/12 Mastercard, 11. september 2014, prem. 161 med henvisninger til tidligere praksis. Se nærmere Whish/Bailey: *Competition Law*, 8th ed. 2015, s. 135.

faktisk og konkret.⁷⁶ Kartellforbudet omfatter nemlig også potensielle virkninger på konkurransen.⁷⁷ I UK Tractors var det f.eks. tilstrekkelig at informasjonsutveksling økte gjennomsiktigheten i et oligopolistisk marked, uten at det var nødvendig å påvise konkrete effekter.⁷⁸ Dersom for eksempel en eksklusivavtale oppstiller en etableringshindring, kreves det ikke at det også påvises at denne faktisk har hindret nyetablering fra bestemte konkurrenter og dermed har redusert graden av konkurranse. Like fullt kreves det at slike virkninger framstår som sannsynlige. Det følger av dette at selv ikke under virkningsalternativet er det nødvendig å etablere en counterfactual som konkret viser en høyere grad av konkurranse enn med samarbeidet. Derimot må en skadehypotese sannsynliggjøres, dvs. påvises hvordan konkurransen begrenses i scenariet med samarbeid i forhold til scenariet uten samarbeid.

Ovenfor er det redegjort for flere skadehypoteser knyttet til paritetsklausuler. Disse må etter min oppfatning være tilstrekkelig til å etablere en potensiell konkurransebegrensende virkning. Konkurransesituasjonen må sammenlignes med en hypotetisk situasjon der hoteller og andre overnattingssteder ikke er bundet til prisparitet.

Norske hotellkjeder har i snitt ca. 20-30 % bookinger gjennomført gjennom OTAene Booking.com (Priceline) og Hotels.com (Expedia).⁷⁹ Fordelingen mellom disse er ca. 50-60/30-40, mens andre OTAer ligger under 10 %.⁸⁰ Utover disse to er det begrenset med andre aktører. Booking.com og Hotels.com (Expedia) representerer derfor et duopol i markedet. Jf. ovenfor er det også betydelige etableringsbarrierer i markedet, dels pga. paritetsklausulene, dels fordi de etablerte aktørene har bygget opp en søkedatabase som ikke kan dupliseres uten betydelige omkostninger. Videre er norske hotellkjeder meget aktive med salg fra egne nettsider, slik at denne omsetningen har stor betydning for kjedene.

Selv om vertikale paritetsklausuler formelt fremstår som mindre inngripende enn horisontale (fordi de kun begrenser hotellere og andre overnattingssteders frihet til å underby OTAen og ikke legger føringer på prissetting overfor andre OTAer), er det likevel incentivmekanismer som utligner forskjellene. Dersom et hotell/-kjede skulle ønske å sette ned prisen til en annen OTA (for eksempel en nykommer), innebærer det at prisen på hotellets/-kjedens egen nettside vil være høyere (siden vertikale prisparitetsklausuler overfor andre OTAer vil hindre hotellet i å sette ned prisen). Slik prissetting vil hoteller og andre overnattingssteder ikke ha incentiv til, slik at også vertikale paritetsklausuler vil ha tilsvarende effekter som horisontale. Forskjellen består i

⁷⁶ Sak C-7/95 P John Deere Ltd v Kommisjonen, [1998] ECR I-3111, prem. 77, med henvisning til sak 31/85 ETA v DK, [1985] ECR 3933, prem 12, og forente saker 142 og 156/84 BAT og Reynolds v Kommisjonen [1987] ECR 4487, prem. 54.

⁷⁷ Se sak C-345/14 Maxima Latvija (26. november 2015, ECLI:EU:C:2015:784), prem. 30.

⁷⁸ Se Robertson: A Counterfactual on Information Sharing: The Commission's Horizontal Guidelines 2011 Applied to the Leading Cases, 36 World Competition [2013] s. 459-488, på s. 468.

⁷⁹ Expedia opererer også med metasøkesiden www.expedia.com, samt www.trivago.com. Priceline kontrollerer www.momondo.com. Disse sidene inkluderer etter hvert også andre tjenester enn hoteller, som bilutleie og restauranter.

⁸⁰ Tallene er innhentet av NHO Reiseliv fra sine medlemmer. Tallene omfatter hotellkjeder, ikke hoteller uten kjedetilknypning.

at de horisontale virkningene ikke er eksplisitt definert i avtalene, men følger av incentivene klausulene skaper. Dette er definert i skadehypotesene ovenfor som en "prisgulveffekt". Tall fra NHO Reiseliv viser at en relativt høy andel rom selges direkte via hotellkjedenes egne nettsider. Dette indikerer at dette vil være en viktig kanal å være konkurransedyktig i, slik at de ovennevnte incentivvirkningene gjør seg gjeldende.

I sitt vedtak rettet mot Booking.com sondret Bundeskartellamt mellom skadevirkninger i markedet for "hotel portals" og hotellrom. Innledningsvis tas det utgangspunkt i to effekter:

"First, the hotel company is still unable to freely set the price for the service it provides based on criteria of its own choosing; this is an infringement of the hotel companies' pricing sovereignty, which also has the effect of restraining competition on the market for hotel rooms; as long as the hotel companies cannot freely set the prices on their own websites, the pricing latitude of the hotel portals is not controlled by direct marketing. Secondly, if the hotel company wanted to set a price on another hotel portal that was lower than that on Booking, it would have to accept the fact that in online sales outside the hotel portals – such as on the hotel's own website – prices would have to be higher than on this other, less expensive hotel portal owing to Booking's still-intrusive parity requirement."⁸¹

Følgende konkurransebegrensende virkninger ble identifisert i "the hotel portal market":

- "Limited incentives for hotel companies to differentiate prices at different hotel portals
- Limited incentives for the hotel portals to charge lower commissions or offer better terms
- Increased restraints on competition through clauses on minimum availability and best price guarantee
- Market foreclosure."⁸²

Vedr. det første, som ovenfor er omtalt som en prisgulveffekt, uttales det at

"It is true that hotel companies have enjoyed such latitude in differentiating prices in purely formal terms since the introduction of the narrow best price clauses. If, however, a hotel company wanted to exercise this latitude in practice and offer a lower price than Booking's on a different hotel portal, then under the narrow best price clauses it cannot offer a price lower than Booking's in its own online marketing – and thus, in particular, via the hotel's own website, but also via other online marketing channels. This means that the room price in the hotel's own online marketing channels would be at least as expensive as on Booking, and thus by necessity more expensive than on the hotel portal where the lower price was offered.

⁸¹ Vedtaket, pkt. 190.

⁸² Vedtaket, pkt. 165-223 i uoffisiell oversettelse.

Viewed in this light, it must be expected that the hotel companies would be very reluctant in practice to make use of the possibility of differentiated pricing behavior. This is because most hotel companies must be aware that marketing via the hotel's own website would, from the hotel customers' perspective, be highly unattractive owing to the higher room prices – relative to the less expensive hotel portal – in this scenario."⁸³

Vedr. den andre effekten, redusert konkurranse på provisjon mellom OTAene, sies det

"the hotel companies will not exercise the price differentiation latitude that they have now been formally granted with respect to different hotel portals to such an extent that relevant movement in the market would occur that could cause the hotel portals to engage in effective competition over their commission levels. As the experience from recent years as discussed above shows, without such price differentiation behavior by the hotel companies, under the current circumstances there is also hardly any serious incentive for the hotel portals to consider lowering their commissions. It can be said with sufficient probability that this situation would be different if at least the three key hotel portals in Germany were no longer to use (wide or narrow) best price clauses."⁸⁴

Den tredje effekten innebærer at de ovennevnte virkningene forsterkes av availability parity og beste pris garantier:

"According to the minimum availability clauses that were also revised as of July 1, 2015, the hotel is – unlike under the wide best price clauses – no longer obligated to offer all available rooms displayed on other distribution channels also on the Booking platform. Under the minimum quota clauses introduced since July 1, 2015, however, Booking can demand that its hotel partners make a minimum number of rooms available for booking purposes or at least encourage them to grant it availability at all times. This applies especially to the "Preferred Partners," which must provide Booking a certain quota of all rooms and room categories at all times (depending on availability). Under these clauses, therefore, the hotel company is obligated to make at least one room from each room category available via Booking at all times. Ultimately this means in turn that the narrow best price clauses have their effect at all times and for rooms in all categories. Without this new availability clause since July 1, 2015, the hotels could at least temporarily organize their online marketing in disregard of Booking's narrow best price clauses. Thus, the rules on minimum availability strengthen the effects of the narrow best price clause.

This also applies to the best price guarantee that Booking offers its customers. With this guarantee that it provides on its website, Booking states that if a customer finds a lower price that is still available for an equivalent room in the same hotel, it will make up the difference between Booking's price and the lower price. Under antitrust law, there is nothing that precludes Booking from splitting part of the

⁸³ Vedtaket, pkt. 193-194.

⁸⁴ Vedtaket, pkt. 215.

commission it receives for booking a room with the end customer (commission splitting). However, the public announcement made by Booking, which is currently the most important hotel booking portal in Germany by far, that it would match any lower online price creates a risk for a cheaper competitor booking portal, which has lowered its commission in the expectation of lower room rates, that it will ultimately not generate any earnings. Therefore, in the present constellation, the best price guarantee offered by Booking reinforces the competition-restraining effect of the narrow best price clauses because it thus additionally decreases the incentive for this type of competitive behavior."⁸⁵

Endelig begrunner Bundeskartellamt hvordan prisparitetsklausulene bidrar til å stenge nykommer ute fra markedet. Argumentet her er som nevnt flere steder at hotellene ikke vil ha incentiv til å tilby nykommere bedre priser, siden hotellet må velge mellom å operere med en høyere pris på eget nettsted eller gi de etablerte OTAene tilgang til samme vilkår.⁸⁶

I markedet for hotellrom begrunnes konkurransebegrensningen som følger:

"The competition-restraining effect of Booking's narrow best price clauses is also derived from the fact that these clauses can directly restrict the freedom of the affected hotel enterprises to set prices on those sales channels, where they may not offer their rooms at more favorable prices and terms than on Booking's hotel booking portal due to the clauses, in other words, primarily on the hotel's own websites, but also on other online sales channels. While the hotel enterprise may continue to determine the room rate on Booking's portal themselves, it is denied important opportunities for differential pricing.

This results in a restraint on competition between the hotel enterprises for the best prices for equivalent rooms, as the hotel that is committed to the narrow best price clauses may not offer cheaper room rates itself in its own direct online sales than via Booking's portal. As previously set forth, this results in the circumstance that the incentive for hotels to vary their prices between hotel booking portals is just as low as the incentive of the hotel booking portals to offer lower agency commissions. Thus, Booking's best price clauses largely disable the price as a competition parameter between hotel booking portals and direct online sales by hotels. As a result, possible price reductions that benefit the customer do not materialize, as is the case for pricing strategies in the form of lower prices, e.g., for certain days or periods.

In this way, the competition between hotels for the sale of different hotel rooms is also affected. As soon as there are incentives – once the (narrow) best price clauses have been discontinued – for the hotel enterprises to offer lower room rates, for example in their own direct online sales, than via hotel booking portals, this also benefits the competition on price between hotel enterprises with regard to the

⁸⁵ Vedtaket, pkt. 218-219.

⁸⁶ Vedtaket, pkt. 220-223.

sale of their rooms to the end customer. However, as long as the narrow best price clauses are applied, this additional motivation for competition on price between hotel enterprises is absent."⁸⁷

Det norske markedet kan ikke nødvendigvis sammenlignes med det tyske, idet det tyske på hotellsiden fremstår som langt mer fragmentert, mens det i det norske markedet er relativt få og store hotellkjeder. De effektene som løftes frem av Bundeskartellamt er likevel like relevante gitt strukturen i det norske markedet. Dette understrekes av at en stor andel rom i Norge selges gjennom hotellkjedenes egne nettsider, og dette er en faktor som forsterker de negative incentiveeffektene av vertikale paritetsklausuler, jf. ovenfor 5.2.3 om økonomiske virkninger.

Konklusjonen er dermed at paritetsklausuler i det minste potensielt begrenser konkurransen og således har en konkurransebegrensende virkning iht. krrl. § 10. Dette betyr samtidig at kravet etter § 14 om "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen" vil være oppfylt.

6.5 Prisparitetsklausuler som ancillary restraints?

Avtalte restriksjoner som er nødvendige for gjennomføringen av ikke-konkurransebegrensende samarbeid (såkalte "*ancillary restraints*", eller "nødvendige begrensninger"), er ikke i strid med forbudet.⁸⁸ Dette representerer en særregel, som går ut på at mindre restriktive klausuler som er nødvendige for å implementere et ikke-konkurransebegrensende "hovedsamarbeid", heller ikke rammes av kartellforbudet. Kravene er utviklet i rettspraksis.

I Mastercard-saken fremholder EU-domstolen følgende:

"It is apparent from the case-law of the Court of Justice that if a given operation or activity is not covered by the prohibition rule laid down in Article 81(1) EC, owing to its neutrality or positive effect in terms of competition, a restriction of the commercial autonomy of one or more of the participants in that operation or activity is not covered by that prohibition rule either if that restriction is objectively necessary to the implementation of that operation or that activity and proportionate to the objectives of one or the other

Where it is not possible to dissociate such a restriction from the main operation or activity without jeopardising its existence and aims, it is necessary to examine the compatibility of that restriction with Article 81 EC in conjunction with the compatibility of the main operation or activity to which it is ancillary, even though, taken in isolation, such a restriction may appear on the face of it to be covered by the prohibition rule in Article 81(1) EC.

⁸⁷ Vedtaket, pkt. 230-232.

⁸⁸ Jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-382/12, *MasterCard v Kommissjonen*.

Where it is a matter of determining whether an anti-competitive restriction can escape the prohibition laid down in Article 81(1) EC because it is ancillary to a main operation that is not anti-competitive in nature, it is necessary to inquire whether that operation would be impossible to carry out in the absence of the restriction in question. Contrary to what the appellants claim, the fact that that operation is simply more difficult to implement or even less profitable without the restriction concerned cannot be deemed to give that restriction the 'objective necessity' required in order for it to be classified as ancillary. Such an interpretation would effectively extend that concept to restrictions which are not strictly indispensable to the implementation of the main operation. Such an outcome would undermine the effectiveness of the prohibition laid down in Article 81(1) EC."⁸⁹

Det følger av dette at dersom en restriksjon i form av en binding på den kommersielle handlefriheten til én av partene i et samarbeid som ellers er nøytralt eller positivt for konkurransen, vil denne restriksjonen ikke rammes av kartellforbudet, forutsatt at den er proporsjonal. Det er også verdt å merke seg at Domstolen understreker at samarbeidet i fravær av restriksjonen må være "impossible" og ikke bare mindre kommersielt attraktivt.

Spørsmålet er dermed om paritetsklausuler kan anses som nødvendige for et samarbeid mellom hoteller og andre overnattingssteder og OTAer, i betydningen at samarbeidet forutsettes å være positivt eller nøytralt for konkurransen og at det ikke ville vært mulig å gjennomføre et slikt samarbeid uten paritetsklausuler.

Svaret på dette må være klart nei.⁹⁰ Jf. nedenfor i vurderingen under tredje ledd, som oppstiller en tilsvarende proporsjonalitetsvurdering, fremstår ikke paritetsklausuler som kritiske for forretningsmodellen. Slik det fremgår der, er risikoen for free-riding på investeringer tvilsom, samtidig som OTA-virksomhet er fullt mulig uten bruk av slike klausuler. Endelig følger det av praksis at en klausul må være relativt ubetydelig for å kunne vurderes som ancillary/nødvendige. Dette er klart nok ikke oppfylt for paritetsklausuler, som tvert imot representerer betydelige konkurransebegrensninger all den tid de legger begrensninger på aktørens prissetting.

6.6 Effektivitetsforsvaret i tredje ledd

6.6.1 *Innledning*

Avtaler som omfattes av tredje ledd eller et gruppefritak etter EØS-retten kan ikke forbys etter nasjonal konkurranselov. Dette betyr at det må vurderes hvorvidt paritetsklausuler kan anses å falle innenfor tredje ledd – siden de i tilfelle ikke kan forbys etter nasjonal konkurranselovgivning. Vurderingen her har også betydning for spørsmålet om paritetsklausulene er i strid med "lovens formål" iht. krrl. § 14.

⁸⁹ Prem. 89-90.

⁹⁰ Tilsvarende var konklusjonen til Bundeskartellamt i vedtaket mot HRS, se pkt. 150-151 (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

Avtaler eller samordning kan enten oppfylle kriteriene i tredje ledd "direkte" eller de kan være omfattet av et såkalt gruppefritak som direkte angir hvilke avtaler som omfattes. I det følgende vurderes begge alternativer.

6.6.2 *Gruppefritaket for vertikale avtaler*

Det såkalte gruppefritaket for vertikale avtaler⁹¹ gir automatisk fritak for vertikale restriksjoner, gitt at visse vilkår er oppfylt. Vertikale avtaler er definert i forskriften § 1 som "en avtale eller samordnet opptreden inngått mellom to eller flere foretak som, i henhold til avtalen eller den samordnede opptreden, utøver virksomhet innenfor ulike ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden, og som gjelder vilkårene for partenes kjøp, salg eller videresalg av visse varer eller tjenester", og en vertikal restriksjon som en "en konkurransebegrensning i en vertikal avtale som omfattes av virkeområdet for konkurranseloven § 10 første ledd." Det er på det rene at hoteller og andre overnattingssteder og OTAer står i et vertikalt forhold, ved at de befinner seg på ulike nivåer i markedet. De står imidlertid også i et konkurranseforhold med hverandre, siden begge tilbyr hotellrom, jf. forskriften § 2 nr. 4. Det er således noe usikkert hvorvidt gruppefritaket faktisk kommer til anvendelse på prisparitetsklausuler.

Uansett gjelder det en markedsandelsterskel på 30 %, både for hoteller og andre overnattingssteder og OTA, jf. gruppefritaket art. 3.⁹² Av hensyn til OTAenes markedsandeler vil dette vilkåret ikke være oppfylt i alle fall ikke for Hotels.com og Booking.com.

6.6.3 *Kriteriene i tredje ledd*

Hvis det konstateres at § 10, 1. ledd er overtrådt som følge av et konkurransebegrensende samarbeide, betyr ikke det nødvendigvis at adferden er ulovlig. Paragraf 10 tredje ledd (tilsvarende EØS art 53(3) og TEUV art. 101(3), åpner for et effektivitetsforsvar, dvs. et unntak for avtaler som skaper effektivitetsgevinster, forutsatt at disse oppveier skadevirkningene, og forutsatt at de videreføres helt eller delvis til forbrukerne. Bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt påhviler den som påberoper bestemmelsen.⁹³

Bestemmelsen lyder:

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.

⁹¹ Forordning 330/2010 og forskrift nr 898 av 21.6.2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

⁹² Dette er behandlet i det svenske vedtaket, pkt. 18.

⁹³ Forordning 1/2003 art. 2.

Det oppstilles således fire vilkår; det må foreligge effektivitetsgevinster, disse må føres videre til forbrukerne, begrensninger må være nødvendige/proporsjonale, og konkurransen må ikke utelukkes.

Kommisjonen gir følgende beskrivelse av genuine samfunnsøkonomiske gevinster:

"Cost savings that arise from the mere exercise of market power by the parties cannot be taken into account. For instance, when companies agree to fix prices or share markets they reduce output and thereby production costs. Reduced competition may also lead to lower sales and marketing expenditures. Such cost reductions are a direct consequence of a reduction in output and value. The cost reductions in question do not produce any pro-competitive effects on the market. In particular, they do not lead to the creation of value through an integration of assets and activities. They merely allow the undertakings concerned to increase their profits and are therefore irrelevant from the point of view of Article 81(3) [nå art. 101 TEUV]."⁹⁴

Gevinstene må med andre ord være reelle. Samtidig må de kunne dokumenteres. På dette punkt stiller Kommisjonen krav på fire punkter:

- "a) The nature of the claimed efficiencies;
- (b) The link between the agreement and the efficiencies;
- (c) The likelihood and magnitude of each claimed efficiency; and
- (d) How and when each claimed efficiency would be achieved."⁹⁵

Som påpekt ovenfor vil det være effektivitetsgevinster knyttet til OTAer, særlig ved at de gir en helt annen søkefunksjonalitet for kunder. Videre bidrar slike tjenester til å effektivisere forbrukerens informasjonstilgang, noe som også gjør markedet mer effektivt. Isolert sett vil derfor OTAer også være positive for forbrukerne. Spørsmålet er imidlertid om disse positive egenskapene ved OTAer faktisk oppveier de negative konsekvenser av begrenset konkurranse som paritetsklausulene avstedkommer, og i tilfelle hvorvidt klausulene kan anses som nødvendige og proporsjonale.

I sin vurdering av Booking.com avviser Bundeskartellamt at de tre første vilkårene er oppfylt, og holder det åpent om det foreligger en utelukkelse av konkurransen for en vesentlig del. I stor utstrekning skyldes dette at Booking.com ikke anses å ha oppfylt sin bevisbyrde. I det svenske vedtaket aksepteres det imidlertid at vertikal prisparitet hindrer at hotellet free-rider på OTAens investeringer. Her heter det:

"Konkurrensverkets bedömning, vilken stöds av analyser och ovan nämnda enkätundersökningar som Booking.com gett in i ärendet, är mot bakgrund av ovanstående att den vertikala prispariteten väsentligt

⁹⁴ Guidelines on Article 101(3) (2004), pkt. 49.

⁹⁵ Guidelines on Article 101(3) (2004), pkt. 51.

minskar risken för att hotellen åker snålskjuts på de investeringar som Booking.com svarar för. Detta medger i sin tur att Booking.com kan erhålla ersättning för sina sök och jämförelsetjänster så att tjänsterna även fortsättningsvis kan erbjudas på marknaden till nytta för konsumenterna."⁹⁶

På sin side avviser Bundeskartellamt eksistensen av effektivitetsgevinster, at det oppstår fordeler for forbrukerne og endelig at paritetsklausuler kan anses som nødvendige for å hindre free-riding. Det er grunn til å gå noe nærmere inn på denne argumentasjonen.

Også Bundeskartellamt aksepterer at OTAer gir fordeler til hotellene, men påpeker innledningsvis også at dette er tjenester som hotellene ikke nødvendigvis etterspør, og at OTAer kjøper søkeord (kalt "name-grabbing") og at søk dermed ikke nødvendigvis gir de resultater kunden hadde ønsket.

Bundeskartellamt finner videre verken tilstrekkelig bevis for at det foreligger mulig free-riding, og dessuten at dette ikke vil gi reduserte incentiver til å investere, men snarere det motsatte:

"Even if Booking, however, suffered certain losses in sales as a result of eliminating the narrow best price clauses, it is not been sufficiently proved that the incentive for investing the quality of the portal would decline and the customer's search effort would be increased as a result. The opposite is the case; even if the number of bookings on the portal were to drop if the narrow best price clauses were eliminated, there would be an incentive to invest in the attractiveness of the portal by further developing the portals."⁹⁷

På denne bakgrunn avviser Bundeskartellamt at det foreligger relevante effektivitetsgevinster knyttet til paritetsklausulene. Videre avvises det ganske kort at paritetsklausuler bringer fordeler for forbrukerne. Vedr. nødvendighetsvilkåret anser Bundeskartellamt både til at Booking.com ikke har bevist at klausulene er nødvendige innenfor den forretningsmodellen som benyttes i dag, og at det uansett finnes andre forretningsmodeller som ikke er avhengig av slike klausuler (for eksempel at hotellene betaler "listing fees").

Bundeskartellamts skepsis mot relevante effektivitetsgevinster ble ikke delt av svenske myndigheter, jf. sitatet ovenfor. Begrunnelsen i det svenske vedtaket er imidlertid kortfattet. Det er imidlertid grunn til å akseptere at OTAer faktisk vil kunne innebære effektivitetsgevinster, og det relevante spørsmålet er da om paritetsklausuler kan sies å være nødvendige for å realisere disse, samt om gevinstene mer enn oppveier tapet i form av konkurranseskade. At OTAer i utgangspunktet kan bidra til slike gevinster, synes også akseptert av Bundeskartellamt. I stedet for å vurdere om paritetsklausulene i seg selv genererer effektivitetsgevinster, blir spørsmålet om de kan anses som nødvendige for å realisere de fordelene som selve OTAene genererer.

⁹⁶ Vedtaket, pkt. 30.

⁹⁷ Vedtaket, pkt. 273.

Den rettslige testen for nødvendighet er ikke identisk under tredje ledd og doktrinen om *ancillary restraints*, jf. ovenfor. Etter å ha akseptert vurderingskriteriet etter doktrinen om *ancillary restraints* i Mastercard-saken fortsatte nemlig Domstolen:

“However, that interpretation does not mean that there has been an amalgamation of, on the one hand, the conditions laid down by the case-law for the classification — for the purposes of the application of Article 81(1) EC — of a restriction as ancillary, and, on the other hand, the criterion of the indispensability required under Article 81(3) EC in order for a prohibited restriction to be exempted.

In that regard, suffice it to note that those two provisions have different objectives and that the latter criterion relates to the issue whether coordination between undertakings that is liable to have an appreciable adverse impact on the parameters of competition, such as the price, the quantity and quality of the goods or services, which is therefore covered by the prohibition rule laid down in Article 81(1) EC, can none the less, in the context of Article 81(3) EC, be considered indispensable to the improvement of production or distribution or to the promotion of technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefits. By contrast, as is apparent from paragraphs 89 and 90 of the present judgment, the objective necessity test referred to in those paragraphs concerns the question whether, in the absence of a given restriction of commercial autonomy, a main operation or activity which is not caught by the prohibition laid down in Article 81(1) EC and to which that restriction is secondary, is likely not to be implemented or not to proceed.

In ruling, in paragraph 89 of the judgment under appeal, that ‘[o]nly those restrictions which are necessary in order for the main operation to be able to function in any event may be regarded as falling within the scope of the theory of ancillary restrictions’, and in concluding, in paragraph 90 of the judgment under appeal, that ‘the fact that the absence of the MIF may have adverse consequences for the functioning of the MasterCard system does not, in itself, mean that the MIF must be regarded as being objectively necessary, if it is apparent from an examination of the MasterCard system in its economic and legal context that it is still capable of functioning without it’, the General Court did not, therefore, err in law.⁹⁸

Poenget er dermed at det etter tredje ledd kreves en normativ vurdering av hvorvidt det er kommersielt og realistisk å gjennomføre samarbeidet – i motsetning til doktrinen om *ancillary restraints* der det tas stilling til det empiriske – hvorvidt samarbeidet ville ha blitt gjennomført uten den konkurransebegrensede klausulen. Etter tredje ledd er spørsmålet om det – normativt sett – finnes andre alternativer som foretakene dermed MÅ velge.

Bundeskartellamt argumenterer overbevisende for at klausulene ikke er nødvendige for å beskytte mot free-riding og dermed OTAenes investeringer. For det første trekkes selve

⁹⁸ Prem. 92-94.

free-ridingeffekten i tvil, for det andre at det finnes alternative forretningsmodeller som gjør det mulig å realisere effektivitetsgevinstene av OTA-virksomheten. Så lenge det er tilfelle, vil paritetsklausulene ikke oppfylle vilkårene i effektivitetsforsvaret i tredje ledd.

Så lenge klausulene ikke er nødvendige for å realisere effektivitetsgevinster som mer enn oppveier ulempene, vil også vilkåret i krrl. § 14 om at avtalen må være "i strid med lovens formål" være oppfylt.

6.7 Konklusjon

Jeg har ikke i dette avsnittet foretatt en full økonomisk vurdering av prisparitetsklausulene i enkeltavtaler. Det er imidlertid nærliggende å konkludere med at prisparitetsklausuler (både horisontale og vertikale) har konkurransebegrensende virkninger. Dette har også støtte i praksis fra nasjonale konkurransemyndigheter, samt i HRS-dommen fra OLG Düsseldorf. Tall fra NHO Reiseliv viser at en relativt høy andel av salget skjer via hotellkjedenes egne nettsider, hvilket indikerer at dette er en viktig omsetningskanal og derfor at også vertikale klausuler vil ha en slik virkning i det norske markedet.

Gjennomgangen har vist at horisontale klausuler begrenser konkurranse på provisjon mellom OTAer, at de hindrer differensiering mellom OTAer og dermed leder til prislikhet, samt at de virker utestengende. Det er ingen grunn til å tro at disse effektene er annerledes i Norge. Som påvist ovenfor vil tilsvarende begrensninger oppstå som følge av vertikale klausuler, men da mer indirekte grunnet incentivvirkninger for hoteller og andre overnattingssteder.

OTAer kan føre til effektivitetsgevinster, men verken horisontale eller vertikale paritetsklausuler kan anses som nødvendige for å realisere disse.

Konklusjonen er dermed at prisparitetsklausuler begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen, og at de ikke avstedkommer effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode eller at de er i tråd med konkurranselovens formål om effektiv ressursbruk. Vilklårene for å forby eller regulere dem etter krrl. § 14 er derfor etter min mening oppfylt.

7. OTAenes ensidige adferd – misbruk av dominerende stilling?

Prisparitetsklausuler innebærer avtaler mellom foretak, og reguleres dermed av kartellforbudet. Etter krrl. § 14 kan det imidlertid også gripes inn mot ensidig adferd. Samtidig er det slik at dominerende foretaks avtaler også kan representere misbruk av dominerende stilling. Paragraf 11 lyder:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,

- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

Kriteriet i krrl. § 14 er mindre strengt enn misbruksforbudet, det kreves ikke dominerende stilling og ellers kun at adferden er "egnet" til å begrense konkurransen. Samtidig vil incentivmekanismer etablert av OTAer, f.eks. at prisparitet "belønnes" ved bedre listing eller at priskutt eller bedre "availability" på egne nettsider "straffes" ved dårligere listing, representere ensidig adferd som kan rammes av misbruksforbudet.

Ensidig adferd med tilsvarende virkning som paritetsklausuler vil kunne være straffemekanismer overfor hoteller og andre overnattingssteder som tilbyr bedre vilkår på andre plattformer eller egne nettsider. Typisk gjelder dårligere prioritet i søkeresultater. Hunold m.fl. påpeker på grunnlag av en omfattende empirisk undersøkelse av Booking.com, Expedia og Kayak at

"We find that for a given price at an OTA, a lower price at the other OTA or on the hotel's website leads to a worse ranking position. This suggests that the OTA makes its recommended ranking dependent on factors which are not as such relevant for being a best offer for consumers. It also means that consumers who search for the best offer at an OTA are less likely to find it. The result allows for the interpretation that OTAs bias their search results to discipline hotels for aggressive prices on competing sales channels, to the detriment of consumers."⁹⁹

Andre forhold kan være det tyske konkurransemyndigheter omtaler som "name-grabbing", i alle fall der dette benyttes som mekanisme for å få hoteller og andre overnattingssteder til å frstå fra tilbud om lavere priser overfor andre/på egne nettsider.

Dersom misbruksforbudet (krrl. § 11) skal kunne anvendes kreves det at det foreligger en dominerende stilling. Slik markedet fremstår i dag innehar Booking.com og Hotels.com ca 50-60/30-40 % av markedet. I denne situasjonen er det lite realistisk å etablere at det foreligger dominans for ett enkelt foretak.¹⁰⁰ Derimot vil Booking.com og Hotels.com kunne anses å inneha en kollektivt dominerende stilling. Også en slik stilling vil kunne misbrukes individuelt gjennom adferd som begrenser konkurransen.

EU-domstolen har oppstilt to vilkår for at det skal foreligge kollektiv dominans. I *Kali & Salz*, formulerte Domstolen seg som følger:

⁹⁹ Hunold/Kesler/Laitenberger: Hotel rankings of online travel agents, channel pricing and consumer protection, (upublisert, draft juli 2017, s. 3).

¹⁰⁰ Jf. tallene vist til ovenfor. Kilde: NHO Reiseliv.

"[the undertakings] are able to adopt a common policy on the market and act to a considerable extent independently of their competitors, their customers, and also of consumers."¹⁰¹

I tillegg har det i noen saker vært uttalt at det må foreligge en "economic link" mellom foretakene.¹⁰² I senere praksis har kriteriene blitt formulert på en måte som ligger tett opp til økonomisk teoris definisjon av "tacit collusion" eller horisontal koordinering i oligopol.¹⁰³ OTAer vil kunne anses å inneha en slik kollektivt dominerende stilling.

Bruk av prisparitetsklausuler kan, jf. skadehypotesene ovenfor, bidra til å opprettholde og også forsterke skadevirkninger innenfor et oligopol/duopol. Derfor kan en slik praksis også rammes av misbruksforbudet, siden de vil forsterke de koordinerte virkningene.¹⁰⁴ I teorien er for eksempel "most favoured customer"-klausuler fremhevet som et mulig eksempel på misbruk av kollektivt dominerende stilling.¹⁰⁵ Langs de samme linjer vil prisparitetsklausuler, så fremt de legger til rette for horisontal koordinering av provisjonen mellom OTAer, kunne betraktes som et slikt misbruk. Det foreligger imidlertid ikke rettspraksis som bekrefter en slik tilnærming.

Selv om det således kan diskuteres om OTAenes praksis i det norske markedet representerer en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, er det unødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet. Så lenge praksisen kan anses å begrense konkurransen eller være "egnet til" å begrense konkurransen er det på det rene at vilkårene for å gi en § 14-forskrift er oppfylt. EØS-krll. § 7 er heller ikke til hinder for strengere regulering av ensidig adferd.

Gjennomgangen ovenfor har vist at paritetsklausuler absolutt er egnet til å begrense konkurransen. Den type ensidig adferd som er beskrevet i det inneværende avsnittet vil kunne erstatte eller understøtte slike klausuler – og dermed avstedkomme tilsvarende konkurransebegrensede virkninger. Dermed vil ensidig adferd som understøtter eller trer i stedet for eksplisitte paritetsklausuler også oppfylle vilkårene for regulering etter krll. § 14.

8. Lov- eller forskriftsregulering

8.1 Alternative reguleringsformer

Etter gjennomgangen i 4.1 ovenfor, er det to måter å regulere paritetsklausuler på; enten gjennom vedtak fra Konkurransetilsynet eller gjennom særskilt regulering. Alternativet å regulere praksisen ut fra andre hensyn (forbruker-/ varemerke- eller personvern hensyn) drøftes ikke videre her.

¹⁰¹ Forente saker C-68/94 & C-30/95, *Frankrike v Kommisjonen (Kali & Salz)*, [1998] ECR I-1375, prem. 221.

¹⁰² Se nærmere Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard: Abuse of Collective Dominance: The Need for a New Approach, 36 *World Competition* (2013), s. 355-372 på s. 360.

¹⁰³ Sak T-342/99 *Airtours*, [2002] ECR II-2585.

¹⁰⁴ Se nærmere Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard (2013), s. 368.

¹⁰⁵ Se Gjendemsjø/Hjelmeng/Sørgard (2013), s. 364.

Vedtak fra Konkurransetilsynet forutsetter at det påvises en i det minste potensiell konkurransebegrensning i enkeltsaker, og at det deretter fattes vedtak med påbud om opphør etter krrl. § 12 første ledd. Alternativt kan foretakene, dvs. OTAene, tilby tilsagn som kan gjøres bindende etter § 12 tredje ledd.¹⁰⁶ Slike vedtak er avhengig av at Konkurransetilsynet finner grunn til å prioritere saken, og vil også kunne påklages til Konkurranseskjennemnda og deretter evt. bringes inn for domstolene.

Nettverkseffekter og parallelle avtaler, jf. 5.2 ovenfor, gjør det mindre hensiktsmessig å anvende konkurransereglene i enkeltsaker. De konkurransebegrensende virkningene, særlige av vertikale prisparitetsklausuler, er avhengig av utbredelse på markedet og fordeling av markedsrett. Dette tilsier at det velges en generell regulering. Det samme følger av at håndhevelse i enkelttilfeller kan være vanskeligere å oppnå effekt av, siden praksisen er internasjonalt utbredt og det norske markedet (enten det er tale om norske hoteller eller norske kunder) er relativt lite, og det ellers er en ganske konsistent tilnærming til klausulene i andre land.

En bedre fremgangsmåte vil være en generell regulering/forbud mot paritetsklausuler. Her er alternativene lovregulering eller forskrift under krrl. § 14. På dette punkt peker § 14 seg ut som både særlig tilpasset denne typen reguleringsbehov, samtidig som gjennomgangen ovenfor viser at vilkårene for å gripe inn etter denne bestemmelsen er oppfylt. Hvorvidt en slik regulering vil bli prioritert, beror nok i stor utstrekning på omfanget av de økonomiske skadevirkningene som er beskrevet ovenfor. Fordelen med en lovregulering er at den også kan ivareta andre hensyn som forbruker-/ varemerke- eller personvern hensyn, mens § 14 utelukkende hjemler inngrep på grunnlag av konkurranseskade.

8.2 Lovregulering i andre europeiske land

Det finnes pt. tre land som har gjennomført særregulering av paritetsklausuler, jf. ovenfor. Dette gjelder Italia, Østerrike og Frankrike. I samtlige land er regelen utformet som en ugyldighetsbestemmelse, dvs. den sier at avtaler som innebærer paritetsforpliktelser for hoteller og andre overnattingssteder er ugyldig.

Den franske bestemmelsen:

"provides that the relationship between online reservation platforms and hotels is now defined as a "mandate contract" and that hotels remain totally free to grant their customers any reduction or rebate, and any clause to the contrary shall be deemed null and void."¹⁰⁷

¹⁰⁶ Tilsvarende mekanisme som ble benyttet i Frankrike, Italia og Sverige.

¹⁰⁷ Beskrivelsen er hentet fra pkt. 99 i Frankrikes notat til OECD om paritetsklausuler, tilgjengelig her: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2015\)64&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2015)64&doclanguage=en). Originalteksten lyder:

"«Des rapports entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne
«Art. L. 311-5-1. - Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du code civil.

Den italienske bestemmelsen lyder (uoffisiell oversettelse):

"Any agreement by which the hotel is obliged not to offer to the final clients, by any means or any instruments, prices, terms and any other conditions better than those offered by the same hotel through intermediaries, independently from the law applicable to the contract, is void."¹⁰⁸

Den østerrikske bestemmelsen lyder (egen oversettelse):

"Prisen skal fritt fastsettes av overnattingsstedet og skal ikke begrenses gjennom prisbindings- eller bestevilkårsklausuler. Slike klausuler i avtaler mellom overnattingssteder og bookingplattformer er absolutt ugyldige".¹⁰⁹

Det fremgår at samtlige bestemmelser retter seg mot alle typer paritetsklausuler; dvs. både vertikale og horisontale. Dette ved at bestemmelsene garanterer hotellets frihet til selv å sette sine priser uavhengig av plattform. Rettsteknisk fremstår dette som en god reguleringsform.

En lovregulering som kun retter seg mot gyldighetsvirkningen av klausulene vil imidlertid overlate håndhevelsen til private parter. Dette ved at evt. misfornøyde parter reiser spørsmålet i nasjonale domstoler (eller mer praktisk voldgiftsdomstoler dersom kontrakten gir anvisning på slik tvisteløsning). Denne type søksmål reiser en rekke problemstillinger både knyttet til verneting og anvendelsen av preseptorisk lov for slike domstoler, som det ikke er plass til å gå inn på her. Poenget er uansett at en løsning som

«Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite.

«Art. L. 311-5-2. - Le contrat prévu à l'article L. 311-5-1 fixe les conditions de rémunération du mandataire ainsi que les prix de la location des chambres et de tout autre service.

«La rémunération du mandataire est déterminée librement entre l'hôtelier et la plateforme de réservation en ligne." Kilde:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030978561&categorieLien=id>

¹⁰⁸ Originalteksten lyder:

"Articolo 50

(Nullità delle clausole contrattuali che vietano alle imprese ricettive di offrire prezzi e condizioni migliori rispetto a quelli praticati da piattaforme di distribuzione telematiche)

1. È nullo ogni patto con il quale l'impresa turistico-ricettiva si obbliga a non praticare alla clientela finale, con qualsiasi modalità e qualsiasi strumento, prezzi, termini e ogni altra condizione che siano migliorativi rispetto a quelli praticati dalla stessa impresa per il tramite di soggetti terzi, indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto." Kilde: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/941132/index.html?stampa=si&part=dossier_dossier1-sezione_sezione67-h2_h250.

¹⁰⁹ Originalteksten lyder: "Die Preise werden vom Gastgewerbetreibenden frei festgelegt und dürfen nicht durch Preisbindungs- oder Bestpreisklauseln durch Buchungsplattformbetreiber eingeschränkt werden. Derartige Klauseln in Verträgen zwischen Gastgewerbetreibenden und Buchungsplattformbetreibern sind absolut nichtig." Kilde: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_01251/fname_547921.pdf.

baserer seg på at reglene skal håndheves ved søksmål mellom private parter ikke vil være effektiv.

I håndhevelsessammenheng er det en iboende svakhet ved å stole på at private selv håndhever sine rettigheter at man ikke oppnår tilstrekkelige effektive og avskrekkende sanksjoner, og også at incentivene til å gå til søksmål kan være begrensende. Dette er velkjent i saker der det dreier seg om å håndheve rettsregler overfor foretak man er avhengig av å handle med. I NOU 2013:6 Lov om god handelsskikk, heter det:

"[P]artene [vil] ikke nødvendigvis vil ha en optimal egeninteresse i å håndheve reglene. Grunnen til underhåndhevelse kan skyldes at det kan være utfordrende for en aktør å stå alene fram med en sak, og at det ville lette byrden for en aktør dersom flere aktører sto fram samtidig med liknende klager/søksmål. I den forstand synes det å eksistere et koordineringsproblem mellom aktører som mener at reglene er brutt. Dette kan skyldes at tilbøyeligheten til å gå til sak eller klage inn en praksis avhenger av hvordan andre leverandører i tilsvarende situasjon ville håndtere en slik sak. Hvis nesten ingen er villige til å benytte håndhevelseskanalene som er tilgjengelige, er det fare for at de få som gjør det lettere møter reaksjoner (sanksjoner) og mulig utestengelse. Desto mindre koordinerte aktører og desto sterkere makt hos motparten, desto lettere er det for denne å holde nede mulige tilbøyeligheter til å saksøke (de har altså en interesse i at dette spillet fortsetter). For den enkelte aktøren vil det være lettere å gå til sak desto flere andre som ville finne det naturlig å saksøke når f.eks. en avtale er brutt."¹¹⁰

Disse vurderingene gjelder nettopp situasjonen der det etableres uheldig praksis eller avtaleklausuler i forholdet mellom leverandører og kunder/avtakere. Slik sett er situasjonen sammenlignbar med forholdet mellom hoteller og andre overnattingssteder og OTAer, da det kan eksistere en frykt for å bli "nedgradert" av OTAen eller man taper i konkurransen med andre. Dette tilsier ganske entydig at det bør etableres en offentlig håndhevelsesmekanisme. Dagligvarelovutvalget vurderte situasjonen ut fra en påstått "underhåndhevelse" i bransjen som følger:

"I andre sammenhenger der det er et tilsvarende koordineringsproblem, kunne utveksling av informasjon og samarbeid horisontalt vært aktuelle løsninger. I forhold til et marked, der vi ikke ønsker at aktørene samarbeider for tett, kunne slike løsninger imidlertid virket mot sin hensikt. Et bedre alternativ er å redusere risikoen ved å klage til håndhevelsesorganet. Denne risikoen vil antagelig bli lavere for partene hvis håndhevelsesorganet får mulighet til å holde en klage konfidensiell inntil det er kommet flere klager på den aktuelle motparten. Ved å samle opp klager fra flere leverandører, kunne klagen få større tyngde og samtidig redusere den enkelte aktørs «klage-ansvar». Den enkelte vil ikke lenger stå alene om å klage."¹¹¹

¹¹⁰ NOU 2013:6, s. 108.

¹¹¹ NOU 2013:6, s. 124.

Dette indikerer at et forbud mot prisparitetsklausuler og ensidig praksis som gir tilsvarende effekter bør være gjenstand for offentlig håndhevelse, da slik at håndhevelsen overlates til Konkurransetilsynet. Bruk av § 14 som forskriftshjemmel sikrer dette, jf. nedenfor.

De forbudene som er utviklet i EU-landene har imidlertid også andre svakheter. En avgrensning til eksplisitte klausuler er uheldig fordi OTAene har mulighet til å straffe hoteller og andre overnattingssteder gjennom "uformelle" mekanismer som f.eks. dårligere synlighet, feilinformasjon om at hotellet er fullt etc. Dersom en regulering eller et forbud mot bestemte typer av ensidig adferd skal gjøres effektivt, kreve dette *enn mer* en involvering av offentlige myndigheter. At visse klausuler er forbudt, representerer ikke nødvendigvis en reell håndhevelsesmulighet dersom enkeltforetak er i stand til å diktere vilkårene. Og selv om aktørene er bundet av (eksplisitte) konkurransestridige klausuler, vil det ofte foreligge incentiver, typisk i form av frykt, som hindrer at denne typen forpliktelser utfordres rettslig.

På bakgrunn av dette bør en lov- eller forskriftsregulering utformes slik at den dekker både eksplisitte og implisitte (i betydningen incentivbaserte) paritetsklausuler. Ensiddig adferd som avstedkommer tilsvarende virkninger bør også underlegges en slik regulering.

8.3 Utforming av et forbud mot paritetsklausuler

En § 14-forskrift, som omfatter både pris- og tilgjengelighetsparitet, kan for eksempel utformes som følger:

Enhver avtale eller adferd som forplikter eller er egnet til å påvirke hotellers og andre overnattingssteders frihet til selv å sette priser eller andre vilkår i egne salgskanaler eller overfor foretak som formidler overnattingstjenester, er forbudt. Det samme gjelder avtaler eller adferd som forplikter eller er egnet til å påvirke hoteller og andre overnattingssteders frihet til selv å tilby ledig kapasitet.

Avtaleklausuler som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Slik det har fremgått ovenfor, vil tilgjengelighetsparitet (availability parity) kunne forsterke de konkurransebegrensende virkningene av prisparitetsklausuler. Derfor bør et forbud omfatte begge typer klausuler, og også ensidig adferd som tilstreber tilsvarende virkninger.

Forskriften selv behøver ikke å inneholde nærmere bestemmelser om håndhevelse. Det følger for det første av § 12 at kompetansen til å pålegge opphør også omfatter brudd på forskrift etter § 14:

"Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i § 10, § 11 eller i forskrift i medhold av § 14, å bringe overtredelsen til opphør. Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør."

Videre følger det av loven § 29 at det kan ilegges overtredelsesgebyr for overtredelser av § 14-forskrifter:

"Et foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt

...

- f) overtrer forskrift i medhold av 14, §§ 18 niende ledd eller 23, eller
- g) medvirker til overtredelser av bokstav a til f."

Det fremgår videre at enkeltpersoner kan straffes for brudd på slike forskrifter:

"Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt

...

- f) overtrer forskrift i medhold av § 14."

Grunnet Konkurransetilsynets kompetanse til å håndheve forskrifter gitt etter § 14, vil også de alminnelige etterforskningsfullmaktene (opplysningsplikt etter § 24 og bevissikring etter § 25) komme til anvendelse ved mulige overtredelser.

9. Konklusjoner

Fremstillingen viste først at det har vært grepet inn mot prisparitetsklausuler i en rekke europeiske land, og at dette har fått de to store OTAene Booking.com og Hotels.com til å endre sin praksis slik at det ikke lenger opereres med horisontale partitetsklausuler. Enkelte land har grepet inn mot slike klausuler ved lov, og har da forbudt både horisontale og vertikale klausuler.

Videre viste fremstillingen at det ikke er tillatt å operere med strengere nasjonal konkurranselovgivning enn EUs regler overfor avtaler og samordning, men at dette ikke gjelder regulering av ensidig adferd. I norsk rett gir konkurranseloven § 14 hjemmel for å forby avtaler eller adferd som "begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen".

I kap. 5 ble de økonomiske virkningene av paritetsklausuler gjennomgått. Fremstillingen der avdekket en hovedskadehypotese ved at klausulene bidrar til å øke provisjonen OTAer krever, som i sin tur leder til høyere priser til skade for forbrukerne. Gjennomgangen viste også at bruken av plattformer kan innebære effektivitetsgevinster, men at det rettslig sett er et spørsmål om paritetsklausuler er nødvendige for å realisere disse.

I kap. 6 ble det foretatt en vurdering av paritetsklausuler under kartellforbudet, dels med sikte på å vurdere om slike klausuler kan rammes av bestemmelsen, dels med sikte på å avdekke om de har konkurransebegrensende virkninger som kan gi grunnlag for forskriftsregulering etter konkurranseloven § 14. Konklusjonen er at både horisontale og vertikale paritetsklausuler kan begrense konkurransen også i det norske markedet i strid med kartellforbudet, og at det neppe er grunnlag for å påberope et effektivitetsforsvar.

Kap. 7 viste at paritetsklausuler, samt ensidig adferd i form av straffemekanismer som tilstreber tilsvarende resultater, kan omfattes av konkurranselovens misbruksforbud som utilbørlig utnyttelse av en kollektivt dominerende stilling. Det er gode grunner for at OTAene Hotels.com og Booking.com må anses å inneha en slik stilling i markedet for formidlingstjenester. Hovedpoenget er imidlertid ikke overtredelse av misbruksforbudet, men at også slik ensidig adferd kan skade konkurransen og dermed være gjenstand for en § 14-regulering.

Avslutningsvis vurderes det, på bakgrunn av en beskrivelse av lovgivning i andre europeiske land, hvordan et forbud mot paritetsklausuler kan utformes under konkurranseloven § 14.

En § 14-forskrift, som omfatter både pris- og tilgjengelighetsparitet, kan for eksempel utformes som følger:

Enhver avtale eller adferd som forplikter eller er egnet til å påvirke hotellere og andre overnattingssteders frihet til selv å sette priser eller andre vilkår i egne salgskanaler eller overfor foretak som formidler overnattingstjenester, er forbudt. Det samme gjelder avtaler eller adferd som forplikter eller er egnet til å påvirke hoteller og andre overnattingssteders frihet til selv å tilby ledig kapasitet.

Avtaleklausuler som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Oslo, 11. februar 2018



Erling Hjelmeng, Prof. dr. juris