



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Beatrice Suomela

Online-resebyråers användning av
prisparitetsklausuler -
konkurrensbegränsning eller
undantag för genuin agent?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Boel Flodgren

Termin för examen: HT18

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Forskningsläge	10
1.6 Disposition	10
2 ONLINE-RESEBYRÅER OCH KONKURRENSRÄTTEN	11
2.1 Inledning	11
2.2 EU-kommissionens och nationella konkurrensmyndigheters roll	11
2.3 Artikel 101 FEUF	12
2.4 Vertikala och horisontella avtal	13
2.4.1 Vertikala gruppundantagsförordningen	13
3 ONLINEHANDELN - EN INTRODUKTION	16
3.1 Inledning	16
3.2 Internet och handeln	16
3.3 Onlinere resebyråer och agentmodellen	17
3.4 Prisparitetsklausler	18
3.5 Snålskjutsproblematiken	19
3.6 Kritik mot prisparitetsklausuler	20
4 RÄTTSFALL	22
4.1 Inledning	22

4.2	HRS i Bundeskartellamt	22
4.3	Svenska Konkurrensverkets bedömning	24
4.4	Frankrike	26
4.5	Booking.com i Bundeskartellamt	27
4.6	Patent- och marknadsdomstolen	29
4.7	Sammanfattande synpunkter	31
5	GENUINA AGENTER	33
5.1	Inledning	33
5.2	Agentavtal i EU-kommissionens vertikala riktlinjer	33
5.3	Undantag som gör att ett genuint agentavtal inte föreligger	36
5.4	Avgöranden före år 2000	37
5.5	Avgöranden efter år 2000	38
5.6	Bundeskartellamt:s inställning till genuina agentavtal	40
5.7	Genuina agenter och online-förhållanden i litteraturen	41
6	ANALYS	43
6.1	Hur regleras förhållandet mellan online-resebyråer och hotell i gällande rätt?	43
6.2	Är online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler konkurrensbegränsande enligt artikel 101.1 FEUF?	43
6.3	Kan online-resebyråerna undantas artikel 101.1 FEUF eftersom de faller under den konkurrensrättsliga definitionen av genuin agent?	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	54

Summary

It is nowadays possible, thanks to the internet, for an end-customer to compare prices and products online on different websites, before choosing to make the purchase. The wide range of goods and services on internet has increased competition on the relevant market. In order to tackle the increased competition on the market, many online operators have chosen to apply contractual restrictions with their contracting parties. Online travel agencies choose to apply price parity clauses in the contractual relationship with the hotels.

When online travel agencies use horizontal price parity clauses with a hotel, it means that the hotels are not allowed to offer hotel rooms to a lower rate on other online travel agencies. When applying vertical price parity clauses, the hotels are not entitled to offer lower hotel prices on their own websites.

The online travel agencies state that the intention with applying price parity clauses is to avoid the free-riding problem. The problem of free-riding occurs when the end customer uses the services on the online travel agency's websites, for example to compare prices between different hotel rooms or to use the online travel agency's search functions, and later reserves the hotel night for a lower price on the hotel's own website.

The hotels claim that the online travel agencies apply price parity clauses with intention to set the prices on the market. The hotels state that the online travel agencies' application of price parity clauses falls under the prohibition of anti-competitive agreements in article 101.1 TFEU.

The online travel agencies' use of price parity clauses has not been decided at EU level. However, national courts and national competition authorities have decided on this issue. In Germany, the Bundeskartellamt has ruled that horizontal and vertical price parity clauses are anti-competitive and should not be allowed under article 101.1 TFEU. On the other hand, national competition authorities in France and Sweden, have decided that vertical price parity clauses are not anti-competitive and should be allowed in order to avoid the free-riding problem for online travel agencies. Shortly after the Swedish Competition Authority's decision, the Swedish Patent and Market Court decided that vertical price parity clauses are applicable under article 101.1 TFEU and should not be applied in contractual relations between online travel agencies and hotels. The national competition authorities and the national courts have not come to the same conclusion. This proves that the application of EU competition law on price parity clauses is not very clear.

At the same time, it has been discussed in the literature whether the relationship between online travel agencies and hotels can be exempted from article 101.1 TFEU since the contracting parties fall under the

definition of a genuine agency. A genuine agency relationship is regulated in the EU Vertical Guidelines. In order for a genuine agency relationship to exist and for the contracting parties to form a single entity, the agent must not undertake financial or commercial risks for the activities the agent performs for the principal. The EU Vertical Guidelines mention risks such as inventory costs, ownership of the contractual goods and responsibility for a third-party's negligence.

The question if online travel agents fall under the definition of genuine agency has not been settled at EU level. However, the German Bundeskartellamt, in a case concerning the online travel agency Booking.com's use of price parity clauses, has decided that the online travel agency did not meet the requirements of a genuine agency.

The paper comes to the conclusion that article 101.1 TFEU applies to horizontal price parity clauses, since these clauses are anti-competitive. The horizontal price parity clauses have anti-competitive effects since they make it more difficult for new online travel agencies to establish on the market and could thereby increase hotel prices. However, the vertical price parity clauses do not fall under article 101.1 TFEU as they do not have anti-competitive effect on the market. The free-riding problem is considered to be too obvious for vertical price parity clauses not to be allowed.

The paper also comes to the conclusion that the online travel agents are exempted from article 101.1 TFEU since the online travel agencies meet the requirements of the EU Vertical Guidelines' for genuine agency. The online travel agents do not undertake any financial or commercial risks such as inventory costs, ownership of contract goods or third parties' negligence.

Sammanfattning

Tack vare internet är det idag möjligt för en slutkund att jämföra priser och produkter online på olika hemsidor, innan slutkunden väljer att genomföra köpet. Det stora utbudet av varor och tjänster på internet har ökat konkurrensen på marknaden. För att tackla den ökade konkurrensen på marknaden har många aktörer online valt att använda sig av avtalsbegränsningar med sina avtalsparter. Bland annat online-resebyråer använder sig av prisparitetsklausuler i avtalsförhållandet med hotellen.

När online-resebyråer använder sig av horisontella prisparitetsklausuler med ett hotell, innebär det att hotellen inte får erbjuda förmånligare hotellrumspriser hos andra online-resebyråer. Vid tillämpningen av vertikala prisparitetsklausuler får hotellen inte erbjuda förmånligare hotellpriser på deras egna hemsidor.

Online-resebyråerna hävdar att avsikten med prisparitetsklausulerna är att undvika snålskjutsproblematiken. Snålskjutsproblematiken uppstår när slutkunden använder sig av tjänsterna på online-resebyråns hemsidor, till exempel för att jämföra priser mellan olika hotellrum eller för att använda sig av online-resebyråns sökfunktioner, för att sedan reservera hotellnatten förmånligare på hotellets egen hemsida.

Hotellen hävdar att online-resebyråerna använder sig av prisparitetsklausuler för att prisreglera på marknaden. Hotellen menar att online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler faller under förbudet för konkurrenshämmande avtal i artikel 101.1 FEUF.

Online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler har inte avgjorts på EU-nivå. Däremot har nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter beslutat i frågan. I Tyskland har nationella konkurrensmyndigheten Bundeskartellamt beslutat att horisontella och vertikala prisparitetsklausuler är konkurrenshämmande och inte ska tillåtas enligt artikel 101.1 FEUF. Nationella konkurrensmyndigheter i Frankrike och Sverige har däremot beslutat att vertikala prisparitetsklausuler inte är konkurrenshämmande och ska tillåtas för att snålskjutsproblematiken inte ska uppstå för online-resebyråerna. Svenska Patent- och marknadsdomstolen beslutade kort efter Konkurrensverkets beslut att vertikala prisparitetsklausuler strider mot artikel 101.1 FEUF och ska inte tillämpas i avtalsförhållanden mellan online-resebyråer och hotell. De nationella konkurrensmyndigheterna och de nationella domstolarna har inte fattat samma beslut, vilket bevisar att tillämpningen av EU:s konkurrensrätt på prisparitetsklausuler inte är entydig.

Samtidigt har det diskuterats i litteraturen om förhållandet mellan online-resebyråer och hotell kan undantas artikel 101.1 FEUF eftersom avtalsparterna faller under definitionen för genuin agent. Genuina

agentförhållanden regleras i EU-kommissionens vertikala riktlinjer. För att ett genuint agentförhållande ska föreligga, och för att avtalsparterna tillsammans ska utgöra en ekonomisk entitet, får agenten inte åta sig finansiella eller ekonomiska risker för den verksamhet hen ska utföra för huvudmannen. I EU-kommissionens vertikala riktlinjer nämns bland annat risker som lagerkostnader, äganderätt och ansvar för tredje mans vårdslöshet.

Frågan om online-resebyråer faller under definitionen för genuin agent har inte avgjorts på EU-nivå. Däremot har tyska Bundeskartellamt i ett mål gällande online-resebyrån Booking.com:s användning av prisparitetsklausuler, beslutat att online-resebyrån inte uppfyllde kraven för en genuin agent.

Slutsatsen i uppsatsen är att artikel 101.1 FEUF är tillämplig på horisontella prisparitetsklausuler eftersom dessa klausuler är konkurrensbegränsande. De horisontella prisparitetsklausulerna har konkurrenshämmande effekter i form av att de gör det svårare för nya online-resebyråer att etablera sig på marknaden och därmed kan höja hotellpriserna.

De vertikala prisparitetsklausulerna faller dock inte under artikel 101.1 FEUF eftersom de inte har någon konkurrenshämmande effekt på marknaden. Snålskjutsproblematiken anses för påtaglig för att vertikala prisparitetsklausuler inte ska tillåtas.

I uppsatsen konstateras även att online-resebyråerna undantas artikel 101.1 FEUF eftersom online-resebyråerna uppfyller kraven i EU-kommissionens vertikala riktlinjer för genuin agent. Online-resebyråerna åtar sig inga ekonomiska eller finansiella risker i form av bland annat lagerkostnader, ägande av kontraktssvaror eller tredje mans vårdslöshet.

Förkortningar

ADLC	Autorité de la concurrence
EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
HRS	Hotel Reservation Service
VGUF	Kommissionens förordning nr 330/2010 om tillämpningen av artikel 101.3 FEUF

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Användningen av prisparitetsklausuler har blivit vanligt förekommande mellan online-resebyråer och hotell. Online-resebyråer som Booking.com och Hotel Reservation Service (HRS) är resebyråer online som använder sig av den så kallade agentmodellen. Agentmodellen innebär att online-resebyråerna enbart förmedlar hotellrummen till slutkunden. Slutkunden ingår inte ett juridiskt bindande avtal med online-resebyrån, utan ingår alltid avtalet med hotellet. När slutkunden reserverat ett hotellrum via online-resebyrån har online-resebyrån rätt till en i förväg fastställd provision av hotellet.

Online-resebyråerna har inte rätt till någon provision eller annan ersättning om kunden enbart besöker online-resebyrån, utan att genomföra en bokning. Många online-resebyråer har därför valt att ingå så kallade prisparitetsklausuler med hotellet. När en online-resebyrå tillämpar prisparitetsklausuler med ett hotell, innebär det att hotellet inte har rätt att ha ett förmånligare hotellpris på sina egna hemsidor, jämfört med online-resebyråns priser. I vissa fall har prisparitetsklausulerna även hindrat hotellet att erbjuda förmånligare priser hos andra online-resebyråer. Prisparitetsklausuler regleras inte i någon EU-förordning.

Enligt online-resebyråerna är avsikten med dessa prisparitetsklausuler att undvika den så kallade snålskjutsproblematiken. Snålskjutsproblematiken uppstår när kunden använder online-resebyråns tjänster online för att exempelvis jämföra bland ett flertal olika hotell, titta på bilder på hotellrummen eller jämföra priser, för att i slutändan reservera hotellet förmånligare direkt via hotellets egen hemsida. Online-resebyråerna menar också att de tillämpar prisparitetsklausulerna för att garantera kunden den bästa dealen online.

Hotellen menar dock att prisparitetsklausulerna inte alls har använts av online-resebyråerna för att undvika snålskjuts eller garantera kunden det lägsta priset. Enligt hotellet har dessa prisparitetsklausuler använts för att snedvrída konkurrensen på marknaden genom att förhindra fri prissättning på marknaden. Enligt hotellet strider användningen av prisparitetsklausuler bland annat mot artikel 101.1 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF).

Hur prisparitetsklausuler får användas har inte avgjorts på EU-nivå. Enbart nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter har beslutat i frågan om online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler. Dock skiljer sig besluten åt mellan medlemsländerna. Exempelvis menar vissa nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter att

användningen av prisparitetsklausuler faller under artikel 101.1 FEUF gällande förbudet mot konkurrenshämmande avtal mellan företag.

Bland annat i litteraturen har det diskuterats att online-resebyråers användning av prisparitetsklausuler inte skulle falla under artikel 101.1 FEUF eftersom online-resebyråerna uppfyller den konkurrensrättsliga definitionen av genuin agent. Genuin agent regleras i Europeiska kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01)¹. För att ett genuint agentförhållande ska föreligga ska huvudmannen och agenten tillsammans utgöra en ekonomisk entitet. Det avgörande för om agenten och huvudmannen tillsammans utgör en ekonomisk entitet beror på hur stor ekonomisk och finansiell risk agenten åtar sig i verksamheten för huvudmannen.

1.2 Syfte och frågeställningar

Online-handeln och online-resebyråer är relativt nya fenomen på konkurrensrättens område. Det är delvis oklart vad som rättsligt gäller för avtal när hotellbokningar utförs via nätet på online-resebyråers hemsidor. Detta är ett problem som uppkommer på bland annat EU-rättens område.

Syftet med denna uppsats är att undersöka vad som gäller mellan online-resebyråerna och hotellen. För att uppfylla syftet med uppsatsen kommer följande frågeställningar besvaras:

- Hur regleras det konkurrensrättsliga förhållandet mellan online-resebyråer och hotell i gällande rätt?
- Är online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler konkurrensbegränsande enligt artikel 101.1 FEUF?
- Kan online-resebyråerna undantas från artikel 101.1 FEUF eftersom de faller under den konkurrensrättsliga definitionen av genuin agent?

1.3 Avgränsningar

I uppsatsen har jag valt att avgränsa mig till online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler. Det innebär att andra online-plattformars användning av prisparitetsklausuler, till exempel prisjämförelsesajter, inte kommer behandlas i denna uppsats. Enbart online-resebyråer som använder sig av agentmodellen kommer att behandlas i uppsatsen.

¹ Hädanefter EU-kommissionens vertikala riktlinjer eller enbart ”de vertikala riktlinjerna”.

Användningen av prisparitetsklausuler har även diskuterats utanför EU. Denna uppsats kommer dock enbart fokusera på den europeiska marknaden, vilket innebär att länder utanför Gemenskapen inte kommer att tas upp.

Eftersom förhållandet mellan online-resebyråer och hotell är vertikala förhållanden, betonar uppsatsen framförallt de konkurrensrättsliga aspekterna av vertikala avtal. De horisontella förhållandena kommer inte behandlas lika djupgående.

Enbart det konkurrensrättsliga genuina agentförhållandet i enlighet med EU-kommissionens vertikala riktlinjer kommer behandlas i denna uppsats. Andra juridiska agentförhållanden, exempelvis den svenska agentmodellen för handelsagentur eller den internationella definitionen på agentförhållanden faller utanför uppsatsens område.

1.4 Metod och material

I uppsatsen använder jag mig av den traditionella juridiska metoden där jag undersöker gällande rätt på området ur ett de lege lata-perspektiv. Uppsatsen behandlar framförallt EU-rätt. Viktiga källor i uppsatsskrivandet har varit olika EU-förordningar och icke-bindande rätt från EU-kommissionen. Den icke-bindande rätten har bland annat varit EU-kommissionens vertikala riktlinjer.

För att skapa förståelse för fenomenet online-handel och vad det innebär har bland annat *Konkurrensverkets rapport 2017:2 om konkurrensen och digitala marknaden* samt *Rapporten från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Slutlig rapport om utredning av e-handelsbranschen* använts.

Eftersom det inte finns något avgörande på EU-nivå gällande online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler har rättsvetenskaplig litteratur (doktrin) samt rättsvetenskapliga artiklar varit viktiga källor för denna uppsats. Det handlar framförallt om utländska författare som skrivit på engelska.

I litteraturen har det huvudsakligen diskuterats om de konkurrensrättsliga aspekterna av användningen av prisparitetsklausuler. Frågan om online-resebyråer kan ses som genuina agenter har inte diskuterats i någon stor utsträckning i litteraturen. En viktig källa i frågan om online-resebyråer kan ses som genuina agenter har varit författaren Pinar Akmans artikel *A Competition Law Assessment of Platforms Most-Favored-Customer Clauses*. I artikeln behandlar Akman denna frågeställning.

Det skulle säkert ha varit lättare att skriva uppsatsen på engelska med tanke på att terminologin, begreppen och all fakta finns på engelska. Dock saknas

det ett arbete som behandlar dessa frågeställningar på svenska vilket motiverar mitt språkval.

Online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler har inte varit föremål för EU-domstolens avgörande. Det innebär att nationella domstolars och nationella konkurrensmyndigheters beslut utgör viktiga källor för denna uppsats. Vid redogörelsen av domarna och besluten har jag läst och tolkat besluten och redogjort för hur domstolarna eller de nationella konkurrensmyndigheterna argumenterat vid online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler.

I uppsatsen redovisas hur nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter i länderna Tyskland, Frankrike och Sverige beslutat. Jag har valt att redovisa för besluten från dessa länder eftersom avgöranden inte är entydiga och för att besluten från dessa länder är de som diskuteras mest i litteraturen. Dessa länders avgöranden har varit viktiga för att belysa problematiken kring konkurrensrättens tillämpning på prisparitetsklausuler.

Det bör även observeras att de engelska översättningarna av tyska Bundeskartellamt:s beslut har använts i uppsatsen. Bundeskartellamt anger i besluten att de engelska översättningarna inte är de autentiska versionerna. De autentiska versionerna av besluten är alltid de tyskspråkiga enligt Bundeskartellamt.

Beslutet från den franska konkurrensmyndigheten finns enbart tillgänglig på franska. På grund av att beslutet inte finns på engelska, eller något annat språk jag behärskar, har jag inte hänvisat direkt till det franska rättsfallet. Istället har jag valt att hänvisa till det engelskspråkiga pressutskicket som upprättades av den franska konkurrensmyndigheten efter att konkurrensmyndigheten beslutat i ärendet. Det finns även rättsvetenskaplig litteratur som behandlar den franska konkurrensmyndighetens beslut. Eftersom pressutskicket från den franska konkurrensmyndigheten är väldigt kortfattat, har jag valt att hänvisa till litteraturen som behandlar det franska beslutet för att skapa förståelse för hur den franska konkurrensmyndigheten beslutat i ärendet.

Huruvida online-resebyråer kan ses som genuina agenter har inte heller avgjorts på EU-nivå. På grund av avsaknaden av praxis har jag valt att ta upp tidigare förhandsavgöranden från EU-domstolen gällande domstolens inställning till när genuina agentförhållanden anses föreligga. Dessa avgöranden på EU-nivå kommer redovisas och försöka tillämpas på frågeställningen om online-resebyråer faller under definitionen för genuin agent.

Eftersom online-handeln och online-resebyråerna är nya fenomen är den konkurrensrättsliga tillämpningen relativt oklar. På grund av detta är även litteraturen på området väldigt färskt och emellanåt ej så klagörande.

Uppsatsen riktar sig till läsare med grundläggande kunskaper i juridik och konkurrensrätt.

1.5 Forskningsläge

Litteraturen om konkurrensrätten inom EU är omfattande. Online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler har diskuterats till en viss utsträckning i bland annat vetenskapliga artiklar. Vad gäller frågorna om online-resebyråer och genuina agenter som konkurrensrättsliga fenomen i EU-rätten finns det dock inte särskilt mycket rättsvetenskaplig diskussion om. Författarna Pinar Akman och Julian Nowag har i rättsvetenskapliga artiklar behandlat om avtalsförhållanden online kan falla under definitionen för genuin agent enligt EU-kommissionens vertikala riktlinjer.

1.6 Disposition

För att läsaren ska förstå vilka konkurrensrättsliga frågor som aktualiseras vid online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler, kommer kapitel två redogöra för de grundläggande konkurrensrättsliga reglerna på EU-rättens område.

I följande kapitel kommer det redogöras för vad fenomenet online-handel innebär. I kapitlet kommer även online-resebyråer och dess distributionsform att introduceras. För att skapa förståelse för vad prisparitetsklausuler innebär kommer kapitlet även behandla definitionen av prisparitetsklausuler och vilka konkurrensrättsliga frågor som väcks i och med tillämpningen av klausulerna.

I kapitel fyra kommer nationella konkurrensmyndigheter och nationella domstolars beslut från länderna Tyskland, Sverige och Frankrike att behandlas för att läsaren ska se vilken inställning olika medlemsländer haft till online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler. Kapitlet kommer avslutas med några sammanfattande synpunkter för att kort sammanfatta vad som beslutats i dessa medlemsländer.

I kapitel fem kommer det konkurrensrättsliga begreppet genuin agent att introduceras. Kraven för att ett genuint agentförhållande ska föreligga enligt EU-kommissionens vertikala riktlinjer kommer tas upp i kapitlet. Även förhandsavgöranden från EU-domstolen gällande genuin agent kommer behandlas i kapitlet för att visa vilka krav EU-domstolen ställt för att ett genuint agentförhållande ska föreligga mellan avtalsparterna.

Uppsatsen avslutas med en analys i sista kapitlet. I analysen kommer uppsatsens frågeställningar att besvaras.

2 Online-resebyråer och konkurrensrätten

2.1 Inledning

Online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler aktualiserar många olika konkurrensrättsliga frågor. För att förstå vilka konkurrensrättsliga bestämmelser som är aktuella för online-resebyråerna och hotellen kommer detta kapitel behandla vilka bestämmelser som är relevanta när avtalsparterna är en online-resebyrå och ett hotell.

En sunt fungerande konkurrens inom EU är grundläggande för att den inre marknaden ska fungera. På grund av att konkurrensrätten påverkar hela den inre marknaden i EU, har EU exklusiv rätt att lagstifta på konkurrensrättens område. Artiklarna 101 och 102 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) innehåller EU:s gemensamma regler om konkurrens och utgör konkurrensrättens mest centrala artiklar.²

Enligt artikel 103 FEUF ska Europeiska rådet, genom ytterligare direktiv och förordningar, anta regler som ser till att artikel 101 och 102 FEUF efterföljs av medlemsstaterna. Förutom dessa artiklar, präglas EU:s konkurrensrätt av såväl bindande som icke-bindande lagstiftning på konkurrensrättsområdet. På engelska kallas dessa för ”hard law” och ”soft law”. Icke-bindande EU-bestämmelser finns bland annat att hitta i rekommendationer, riktlinjer, resolutioner, grönböcker etcetera. Denna icke-bindande lagstiftning är inte rättsligt bindande för medlemsländerna. Dock är skillnaden mellan bindande och icke-bindande hårfin. I praktiken tillämpas icke-bindande rätt som bindande rätt av medlemsländerna.³

2.2 EU-kommissionens och nationella konkurrensmyndigheters roll

Enligt artikel 105 FEUF ska EU-kommissionen säkerställa att principerna i artikel 101 och 102 FEUF tillämpas i Gemenskapen. EU-kommissionen ska på egen hand eller i samarbete med medlemsstaternas behöriga myndigheter undersöka fall av förmodad överträdelse av artikel 101 och artikel 102 FEUF. Detta samarbete återfinns i artiklarna 11-14 i förordning 1/2003. EU-kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna i EU bildar tillsammans European Competition Network.

² U. Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I: konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, s. 61.

³ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 68.

Samarbetet mellan EU-kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna innefattar bland annat processuella regler om fördelning av ärenden och utbyte av information. Samarbetet handlar även om den successiva tillämpningen av EU:s konkurrensrätt av nationella konkurrensmyndigheter.⁴ Med andra ord är det inte enbart EU-kommissionen som kan fatta beslut i konkurrensrättsliga frågor, utan även nationella konkurrensmyndigheter kan göra det.

2.3 Artikel 101 FEUF

Artikel 101 FEUF innehåller tre stycken som behandlar konkurrenshämmande avtal mellan företag inom Gemenskapen. Artikel 101.1 FEUF förbjuder avtal, beslut eller samordnade förfaranden mellan företag, som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den inre marknaden. Det första kriteriet för att artikel 101.1 FEUF ska bli tillämpligt är att det föreligger ett konkurrenshämmande avtal mellan två företag. Begreppet företag definieras inte i förordningen, men EU-domstolen har gett begreppet en vidsträckt innebörd. För att företagskriteriet ska vara uppfyllt, räcker det med att parterna bedriver någon sorts ekonomisk verksamhet. Till ekonomisk verksamhet klassas all sorts verksamhet som erbjuder tjänster eller varor på marknaden, oberoende av vilken företagsform som används.⁵ För att artikel 101.1 FEUF ska vara tillämplig måste alltså företagskriteriet vara uppfyllt. Det innebär att företagskriteriet inte är uppfyllt om avtalsparterna kan likställas som en enda ekonomisk entitet. Detta kan till exempel vara fallet inom koncerner mellan dotter- och moderbolag eller när det föreligger ett genuint agentavtal mellan avtalsparterna.⁶

Det andra kriteriet för att artikel 101.1 FEUF ska aktualiseras, är att avtalet mellan parterna är konkurrensbegränsande. Det räcker inte med att parterna ingått ett avtal med varandra om exempelvis prisreglering, avtalet måste dessutom ha konkurrensbegränsande syfte eller effekt på marknaden.⁷ Syftet med artikel 101.1 FEUF är att försäkra sig om att företag inte ingår avtal med varandra som begränsar konkurrensen på marknaden, vilket i slutändan kan skada konsumenten.⁸

I konkurrensrätten har horisontella avtal mellan företag ansetts mer konkurrensbegränsande än vertikala avtal, eftersom parterna i ett

⁴ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 48.

⁵ Mål C-41/90 *Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, p. 21.

⁶ Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Slutlig rapport om utredning av e-handelsbranschen, s. 5. Se kapitel 5 för genuin agent.

⁷ R. Christou, *International Agency, Distribution and Leasing Agreements*, s. 258.

⁸ Europeiska kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01), paragraf 6.

horisontellt avtalsförhållande agerar på samma marknad och i samma distributionsled.⁹

I artikel 101.2 FEUF anges att avtal som är konkurrenshämmande enligt artikel 101.1 FEUF, automatiskt är förbjudna enligt artikel 101.2 FEUF. I artikel 101.3 FEUF regleras undantaget till artikel 101.1 FEUF. Enligt artikel 101.3 FEUF kan ett avtal, trots att det faller under artikel 101.1 FEUF, ändå vara tillåtet om avtalet bidrar till positiva konkurrensrättsliga effekter som rationell produktion, teknisk utveckling eller liknande på marknaden.¹⁰ Med andra ord kan avtal som faller under artikel 101.1 FEUF ändå tillåtas enligt artikel 101.3 FEUF om de positiva konkurrensrättsliga effekterna på marknaden väger tyngre än de negativa konkurrensrättsliga effekterna.

2.4 Vertikala och horisontella avtal

För att kunna avgöra vilka bestämmelser som aktualiseras på de företag som ingått avtal med varandra, måste avtalsparternas förhållande till varandra fastställas. I konkurrensrätten kan parterna antingen ha ett horisontellt eller ett vertikalt förhållande till varandra. Det avgörande för om två företag har antingen ett horisontellt eller ett vertikalt förhållande är beroende av vilken nivå i leverans-, produktions-, eller distributionskedjan som parterna agerar på. Om företagen agerar på samma nivå i distributionskedjan anses förhållandet vara horisontellt.¹¹ Agerar parterna på olika nivåer i distributionskedjan är förhållandet däremot vertikalt. Ett exempel på ett vanligt förekommande vertikalt förhållande är förhållandet mellan en leverantör och dennes återförsäljare.¹²

2.5 Vertikala gruppundantagsförordningen

På EU-nivå regleras vertikala avtal framförallt i Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (VGUF). Förordningen kallas även för den vertikala gruppundantagsförordningen. Den vertikala gruppundantagsförordningen utgör den mest grundläggande konkurrensrättsförordningen för vertikala avtal.¹³ VGUF kompletteras av EU-kommissionens vertikala riktlinjer.

⁹ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, s. 637. Se stycke 2.4 för förklaring av vertikala och horisontella avtal.

¹⁰ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 44.

¹¹ *Ibid*, s. 79.

¹² U. Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I : konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, s. 125.

¹³ *Ibid*, se fotnot 2 s. 126.

VGUF ger kommissionen befogenhet att tillämpa artikel 101.3 FEUF på vissa grupper av vertikala avtal mellan företag. I förordningen definieras den grupp vertikala avtal som anses uppfylla artikel 101.3 FEUF. De vertikala avtal som uppges i VGUF undantas artikel 101.1 FEUF och faller därför inte under definitionen av konkurrenshämmande avtal mellan företag.¹⁴ I inledningen till VGUF nämns avtal som enligt förordningen brukar falla under undantaget i VGUF. Avtal som faller under undantaget i VGUF föreligger när parterna har ett vertikalt avtalsförhållande och inte konkurrerar med varandra.¹⁵ För att avgöra om ett vertikalt avtal omfattas av VGUF måste en individuell bedömning i varje enskilt fall göras.¹⁶

Orsaken till varför vertikala avtal undantas i artikel 101.3 FEUF är att vertikala avtal kan ha positiva konkurrensrättsliga effekter på marknaden. Effekten av vertikala avtal kan bland annat vara ökad effektivitet på marknaden samt sänkta transaktions- och leveranskostnader för parterna.¹⁷ Dock måste sådana effektivitetsfrämjande effekter väga tyngre än de konkurrenshämmande effekterna som kan uppstå i avtalsbegränsningar i vertikala förhållanden.¹⁸

I artikel 2 VGUF nämns att artikel 101.1 FEUF inte är tillämpligt på vertikala avtal mellan företag. Dock anges i artikel 3 VGUF att undantaget i artikel 2 VGUF inte gäller om någon av avtalsparterna innehar en marknadsandel som överstiger 30 % av marknaden.

Dock gäller inte undantaget i artikel 2 VGUF för alla avtalsbegränsningar i vertikala avtal. En svartlistad avtalssort, som inte undantas artikel 101.1 FEUF, är bland annat om parterna ingått avtal om fasta återförsäljarpriser.¹⁹ Enligt artikel 4 a VGUF får en leverantör i ett vertikalt förhållande inte införa fasta eller lägsta priser för en återförsäljare vid försäljning av varor eller tjänster. Artikeln nämner att leverantören får rekommendera ett lägsta pris för återförsäljaren, samt bestämma ett maximipris som återförsäljaren måste följa vid försäljning av varor. Leverantörens fastställande av maximipris eller rekommenderat cirkapris för återförsäljaren anses inte konkurrenshämmande och är därför tillåtet. Bindande återförsäljarpriser är alltså en svartlistad avtalssort enligt artikel 4 a VGUF.²⁰ Det bör tilläggas att artikel 4 a VGUF är tillämplig på såväl fysisk försäljning som online-handel.²¹

Vissa författare menar att vertikala avtal inte bör vara föremål för utvärdering av nationella konkurrensmyndigheter. Andra författare menar

¹⁴ Inledningen till VGUF.

¹⁵ Ibid, punkt 3.

¹⁶ Ibid, punkt 4.

¹⁷ Ibid, punkt 6.

¹⁸ Ibid, punkt 7.

¹⁹ VGUF artikel 4 a.

²⁰ U. Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I : konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, s. 126-128.

²¹ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 382.

att vertikala avtal enbart bör vara föremål för nationella konkurrensmyndigheter om en eller båda parterna har en dominerande ställning på marknaden.²² Dock är många författare ense om att vertikala konkurrensbegränsningar är mindre allvarliga jämfört med horisontella konkurrensbegränsningar.²³ Vertikala avtal ses inte som lika konkurrenshämmande då parterna inte är verksamma på samma nivå i distributionskedjan och på det viset inte konkurrerar med varandra.²⁴ På grund av detta har tillämpningen av artikel 101.1 FEUF på vertikala avtal setts som något kontroversiellt ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.²⁵

Enligt EU-kommissionen kan konkurrensrättsliga problem i vertikala förhållanden uppstå om en av parterna innehar en dominerande ställning på marknaden. Om marknadsandelen däremot är liten, eller om risken är liten för att avtalsparterna kommer konkurrera ut andra företag på marknaden, föreligger däremot inget konkurrensbegränsande förhållande.²⁶

Avtalsförhållandet mellan online-resebyråer och hotell har i nationella domstolar, nationella konkurrensmyndigheter och i litteraturen behandlats som vertikala förhållanden. På grund av den ökade online-handeln i EU har EU-kommissionen, efter att de senaste årtiondena inte prioriterat vertikala förhållanden, valt att diskutera vertikala förhållanden på EU-nivå.²⁷ EU-kommissionen har bland annat kommit ut med en rapport om utredning av e-handelsbranschen.²⁸ EU-kommissionens rapport ingick i strategin för att skapa en digital inre marknad.²⁹

²² R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, s. 640.

²³ U. Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I : konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, s. 54.

²⁴ *Ibid*, s. 125.

²⁵ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, s. 637.

²⁶ Europeiska kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01), paragraf 111.

²⁷ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 360.

²⁸ Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Slutlig rapport om utredning av e-handelsbranschen.

²⁹ *Ibid*, s. 3.

3 Onlinehandeln - en introduktion

3.1 Inledning

Tack vare internet har slutkunden idag möjlighet att klicka hem varor oberoende av geografiska gränser. Samtidigt som internet ökar konkurrensen på marknaden och ökar utbudet för kunden, väcks även många konkurrensrättsliga frågor. I detta kapitel kommer fenomenet internet att introduceras. I kapitlet kommer även online-resebyråernas distributionsmodell att redogöras för liksom för online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler.

Online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler har diskuterats på konkurrensrättens område. Användningen av prisparitetsklausuler anses ha både positiva och negativa konkurrensrättsliga effekter. Dessa konkurrensrättsliga effekter kommer behandlas i detta kapitel.

3.2 Internet och handeln

Sedan online-handeln blev en del av konsumenters handelsbeteende har konsumenters handelsvanor ändrats markant. Idag kan en konsument nå ut till en vidsträckt marknad, som sträcker sig långt över de geografiska gränserna, med hjälp av bara några knapptryck. Tack vare mobilapplikationer och internetsajter kan nästan vem som helst köpa varor över nationsgränserna.³⁰ Online-handelns räckvidd gör det möjligt för konsumenten att jämföra priser, utbud, bilder och så vidare, med hjälp av bland annat sökmotorer och prisjämförelsessajter. Konsumentens tillgänglighet till ökat utbud bidrar till ökad försäljning inom Gemenskapen, vilket ger positiva effekter på konkurrensen. De positiva konkurrensrättsliga effekterna är något som i slutändan gynnar konsumenten.³¹

Konsumenters förändrade handelsvanor på internet märks även i statistiken. År 2007 uppgav 30 % av de tillfrågade personerna i åldrarna 16 till 74 i EU-kommissionens rapport om e-handelsbranschen, att de beställt varor på internet. År 2016 uppgav samma grupp att 55 % av dem beställt varor online. Slutsatsen var att online-handeln är en snabbt växande bransch. För tillfället utgör EU världens största online-marknad.³²

³⁰ Konkurrens och tillväxt på digitala marknaden, Ett regeringsuppdrag om e-handel och delningsekonomi, Konkurrensverkets rapport 2017:2, s. 13.

³¹ Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Slutlig rapport om utredning av e-handelsbranschen, s. 4.

³² Ibid, s. 3.

För att lättare nå ut till kunder, och för att underlätta för kunder att hitta varorna de efterfrågar, använder sig många leverantörer av en tredje part som innehar en online-plattform. Många av dessa online-plattformar är stora och sträcker sig över nationsgränserna. Online-plattformen har till uppgift att förmedla varor och tjänster till slutkunden.³³

Den ökade konkurrensen som online-handeln skapat har orsakat att många företag infört hårdare kontroll av distributionsnätverk online för att kontrollera priser och kvalitet på produkter och på det viset tackla den hårda konkurrensen på marknaden.³⁴ Enligt EU-kommissionens rapport av utredning av e-handelsbranschen använder sig många online-plattformar av vertikala begränsningar mellan avtalsparterna. Den vanligaste vertikala begränsningen mellan parterna är någon variant av prisreglering mellan parterna.³⁵ Två tredjedelar av de tillfrågade företagen tillade dessutom att de använder sig av mjukvaror som jämför konkurrenters priser för likadana eller liknande produkter.³⁶

3.3 Onlineresebyråer och agentmodellen

I traditionella återförsäljaravtal, köper återförsäljaren varor av leverantören för det pris som leverantören satt, för att senare sälja varan vidare till ett högre pris till slutkunden. Mellanskillnaden mellan inköpspriset och slutpriset på varan är återförsäljarens marginal.³⁷

Online-resebyråer använder sig av en annan distributionsmodell än den klassiska återförsäljarmodellen. En online-resebyrå fungerar som en kombination av sökmotor och hotellbokningssajt genom en online-plattform. Konsumenten kan specificera sin sökning, genom att välja vissa kriterier som hotellets stjärnstatus, antal rum, hotellets platsposition, prisklass och så vidare. Rangordningen av hotellrum på online-resebyråns hemsida bestäms av online-resebyråns parametrar.³⁸

Slutkunden ingår inte ett avtal med online-resebyrån när kunden bokar ett hotellrum via online-resebyrån. Det slutgiltiga avtalet ingås alltid mellan hotellet och slutkunden. Av slutpriset som kunden betalar, går en i förväg fastställd procentuell andel till online-resebyrån i form av provision. Denna distributionsmodell kallas för agentmodellen. Majoriteten av alla online-resebyråer på marknaden använder sig av agentmodellen. Agentmodellen innebär att online-resebyrån varken säljer eller köper produkten som frontas

³³ Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Slutlig rapport om utredning av e-handelsbranschen, s. 5.

³⁴ Ibid, s. 5.

³⁵ Ibid, s. 9.

³⁶ Ibid, s. 5.

³⁷ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 489.

³⁸ Decision of the Bundeskartellamt, B 9-121/13, *Booking.com*, English translation, not authentic, s. 3.

på online-resebyråns hemsida. Online-resebyrån förmedlar enbart hotellrummet till slutkunden.³⁹

Online-resebyråerna gör det möjligt för slutkunden att snabbare bläddra bland ett stort utbud av hotell jämfört med att besöka varje enskilt hotells egen hemsida. På det viset kan slutkunden upptäcka fler erbjudanden på marknaden.⁴⁰ Utan online-resebyråerna skulle det vara svårt för exempelvis små hotell att nå ut till kunderna på internet.⁴¹ Eftersom räckvidden och möjligheten att bli upptäckt på en online-resebyrå är större, gynnas framför allt små hotell av att använda sig av online-resebyråer.⁴²

3.4 Prisparitetsklausler

De senaste åren har online-resebyråer börjat tillämpa så kallade prisparitetsklausuler i avtalsförhållanden med hotellen. När en online-resebyrå använder sig av prisparitetsklausuler innebär det att online-resebyrån och hotellet avtalar om att den ena avtalsparten inte får erbjuda ett förmånligare pris än den andra avtalsparten. Med hjälp av prisparitetsklausuler garanteras det att kunden via online-resebyrån får det förmånligaste priset, jämfört med om kunden skulle boka hotellrummet via hotellets egen hemsida eller via någon annan online-resebyrå.⁴³

Avsikten med online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler har bland annat varit online-resebyråernas vilja att kontrollera priserna online, samt i vissa fall sänka priserna för slutkunden. Avsikten med prisparitetsklausuler har även varit att undvika prisförhandlingar mellan avtalsparterna.⁴⁴ Om kunden redan hittat till en sida som garanterar det lägsta priset, behöver kunden inte besöka fler hemsidor för att hitta ett ännu lägre pris.⁴⁵

Prisparitetsklausuler kan delas upp i två grupper, vertikala prisparitetsklausuler och horisontella prisparitetsklausuler.⁴⁶ De vertikala prisparitetsklausulerna förekommer i vertikala förhållanden mellan avtalsparterna. Mellan en online-resebyrå och ett hotell innebär en vertikal prisparitetsklausul att hotellet förbjuds erbjuda ett mer förmånligt pris på sin egen hemsida i jämförelse med online-resebyråns priser. Horisontella prisparitetsklausuler mellan ett hotell och en online-resebyrå innebär att hotellpriserna inte får vara förmånligare hos andra online-resebyråer i

³⁹ M. Colangelo, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, s. 7.

⁴⁰ *Ibid*, s. 7.

⁴¹ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 495.

⁴² *Ibid*, s. 496.

⁴³ I. Vandenborre, M. Frese, *Most Favoured Nation Clauses Revisited*, s. 589.

⁴⁴ *Ibid*, s. 589.

⁴⁵ O. Billard & P. Honoré, *Most Favored Nation Clauses: A French Perspective on the Booking.com Case*, s. 1.

⁴⁶ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 489.

jämförelse med online-resebyrån som hotellet ingått den horisontella prisparitetsklausulen med. Förhållandet mellan online-resebyrån och andra online-resebyråer är horisontellt vilket innebär att prisparitetsklausulerna som reglerar prissättningen mellan två online-resebyråer är horisontella prisparitetsklausuler.⁴⁷

Prisparitetsklausuler har uppmärksammats mycket i konkurrensrätten sedan online-resebyråerna börjat tillämpa prisparitetsklausuler i avtalsförhållanden med hotellen.⁴⁸ Bland annat nationella konkurrensmyndigheter och nationella domstolar har behandlat online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler. Dock regleras inte prisparitetsklausuler i någon EU-förordning eller i EU-kommissionens vertikala riktlinjer.⁴⁹

EU-kommissionens syn på prisparitetsklausuler framgår av kommissionens arbetsdokument som bifogades till slutrapporten om utredning av e-handelsbranschen. Kommissionens uppfattning om prisparitetsklausuler är att de omfattas av VGUF, eftersom prisparitetsklausuler uttryckligen inte förbjuds enligt artikel 4 a VGUF. EU-kommissionen menar att prisparitetsklausuler inte är tillräckligt allvarliga avtalsbegränsningar för att artikel 4 a VGUF skulle aktualiseras. EU-kommissionen tillägger dock att om en eller båda avtalsparters marknadsandel överstiger 30 %, måste bedömningen göras i det enskilda fallet och de effektivitetsvinster som prisparitetsklausuler kan medföra måste analyseras.⁵⁰

3.5 Snålskjutsproblematiken

Användningen av en online-resebyrå gör det möjligt för slutkunden att innan köpet jämföra olika hotell och priser, och på det viset samla information om produkten innan köpet genomförs. Dock tenderar konsumenter att köpa produkten från den försäljningskanal som erbjuder det förmånligaste priset på produkten.⁵¹

Det är lätt att tro att den huvudsakliga avsikten med online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler är att garantera slutkunden det lägsta priset. Dock är en sådan garanti på det förmånligaste priset inte den främsta orsaken till varför online-resebyråer använder sig av prisparitetsklausuler.

Många online-resebyråer väljer att tillämpa prisparitetsklausuler för att undvika snålskjutsproblematiken. Snålskjutsproblematiken innebär att en kund åker snålskjuts på en leverantörs tjänster och investeringar, för att i ett senare skede köpa varan av en annan leverantör för ett förmånligare pris.

⁴⁷ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten* s. 385, A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 489.

⁴⁸ M. Colangelo, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, s. 5.

⁴⁹ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 385.

⁵⁰ *Ibid*, s. 387.

⁵¹ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 492.

Snålskjuts uppstår exempelvis när en kund provar en vara i en fysisk butik, för att sedan beställa varan förmånligare av en annan leverantör online. I ett sådant fall har kunden åkt snålskjuts på den fysiska butikens tjänster och investeringar, för att i slutändan köpa produkten av en annan leverantör.⁵²

För en online-resebyrå uppstår snålskjutsproblematiken när en kund klickar in sig på en online-resebyrå och använder sig av tjänsterna som frontas på online-resebyråns hemsida, för att sedan boka hotellrummet förmånligare på hotellets egen hemsida eller hos en annan online-resebyrå. Kunden har då åkt snålskjuts på online-resebyråns investeringar och tjänster i form av bland annat prisjämförelsefunktioner och bilder. Eftersom online-resebyrån enbart har rätt till provision när en slutkund genomför en bokning hos online-resebyrån, tjänar online-resebyrån inget på att slutkunden enbart använder sig av hemsidans tjänster. För att motverka snålskjutsproblematiken använder vissa online-resebyråer såväl vertikala som horisontella prisparitetsklausuler.⁵³

Online-resebyråerna anser att användningen av prisparitetsklausuler är nödvändigt för att de ska kunna fortsätta med sin verksamhet. Ifall snålskjutsproblematiken skulle uppstå, skulle det enligt online-resebyråerna innebära att allt färre bokningar genomfördes hos online-resebyråerna. I sådana fall skulle det inte finnas någon garanti för att online-resebyråernas investeringar och verksamhet skulle säkras.⁵⁴

3.6 Kritik mot prisparitetsklausuler

I konkurrensrätten har användningen av prisparitetsklausuler ifrågasatts. Prisparitetsklausuler har bland annat kritiserats för att vara konkurreshämmande och i slutändan höja priserna för slutkunden.

Inom hotellbranschen har det bland annat vittnats om att prisparitetsklausuler använts i rent utpressningssyfte från online-resebyråernas sida. Online-resebyråerna har bland annat hotat med att säga upp avtalen med de hotell som inte godkänt prisparitetsklausulerna.⁵⁵

Eftersom online-resebyråerna erbjuder tjänster i form av bland annat en välutvecklad pris- och produktjämförelsefunktion med stor räckvidd, har hotellen inte haft råd att neka användningen av online-resebyråer. Enligt hotellen skulle alternativet att inte synas hos en online-resebyrå innebära att slutkunden troligtvis inte skulle upptäcka hotellet över huvud taget. Hotellet

⁵² Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Slutlig rapport om utredning av e-handelsbranschen, s. 4.

⁵³ M. Colangelo, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, s. 5, A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 491.

⁵⁴ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 491.

⁵⁵ Decision of the Bundeskartellamt, 20.12.2013, B 9 – 66/10, HRS, English translation, not authentic, s. 19.

skulle då mista en stor andel av sina hotellreservationer. På grund av detta har hotellen inte haft någon annan möjlighet än att godta online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler.⁵⁶

Enligt författaren Ariel Ezrachi skapar horisontella prisparitetsklausuler konkurrenshämmande effekter eftersom nya online-resebyråer får svårigheter att etablera sig på marknaden. Denna konkurrenshämmande effekt uppstår när redan existerande online-resebyråer avtalat om horisontella prisparitetsklausuler med hotellen. En nyetablerade online-resebyrå kan då inte konkurrera med ett lägre pris för samma hotellnatt eftersom hotellet redan ingått ett avtal om horisontella prisparitetsklausuler med en annan online-resebyrå.⁵⁷ Detta kan även leda till att prisbildningen på marknaden blir homogen eftersom många online-resebyråer på marknaden skulle ha samma pris på samma produkter.⁵⁸

De vertikala prisparitetsklausulerna anses dock inte lika konkurrenshämmande eftersom parterna är i ett vertikalt förhållande och inte konkurrerar med varandra. Dock menar Ezrachi att vertikala prisparitetsklausuler hindrar hotellen att fritt sätta sina egna priser på sina egna försäljningskanaler.⁵⁹ Eftersom hotellen inte kan erbjuda ett lägre pris på sin egen hemsida menar Ezrachi att det kan bidra till att online-resebyråerna inte vill sänka sina provisionsnivåer. Eftersom hotellet inte kan ha specialerbjudanden på sin egen hemsida med vad som motsvarar online-resebyråns provision, bidrar det till att hotellens egna hemsidor blir mindre attraktiva för kunden att besöka. Dock menar Ezrachi att denna effekt enbart är märkbar om hotellets egen hemsida driver en stor försäljningsverksamhet. Författaren tillägger att vertikala prisparitetsklausuler samtidigt motverkar snålskjutsproblematiken.⁶⁰

⁵⁶ M. Colangelo, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, s. 78.

⁵⁷ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 498.

⁵⁸ *Ibid*, s. 499.

⁵⁹ *Ibid*, s. 498.

⁶⁰ *Ibid*, s. 500.

4 Rättsfall

4.1 Inledning

Online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler har väckt diskussion hos nationella konkurrensmyndigheter och nationella domstolar inom Gemenskapen. Dock har online-resebyråernas användning av klausulerna inte behandlats av EU-domstolen. De nationella domstolarna och de nationella konkurrensmyndigheterna har dock kommit fram till olika beslut, trots att samtliga utgått ifrån EU-rätten. Vissa författare menar att detta skapar rättsosäkerhet på marknaden.⁶¹

I detta kapitel kommer beslut från nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter i Tyskland, Frankrike och Sverige att behandlas. Dessa länder och beslutsinstanser har fattat olika beslut gällande online-resebyråers tillämpning av prisparitetsklausuler. Jag har valt att behandla dessa beslut för att skapa förståelse för hur invecklad konkurrensrättens tillämpning på prisparitetsklausuler är samt för att framhäva vilka olika tolkningar av EU-rätten som kan uppstå. Besluten kommer redogöras för i kronologisk ordning.

4.2 HRS i Bundeskartellamt

År 2013 tog tyska nationella konkurrensverket Bundeskartellamt ställning till Hotel Reservation Services (HRS) användning av prisparitetsklausuler. HRS är en online-resebyrå som förmedlar hotellrum för ungefär 250 000 hotell världen över. På den tyska marknaden är HRS en av de ledande online-resebyråerna.⁶²

Enligt HRS allmänna villkor med hotellen fick hotellen inte erbjuda förmånligare hotellpriser på hotellens egna hemsidor eller hos andra online-resebyråer.⁶³ Om hotellen inte godkände HRS användning av prisparitetsklausuler hotade HRS med att säga upp avtalen med hotellen.⁶⁴

För att avgöra om prisparitetsklausulerna hade konkurrenshämmande effekt på den relevanta marknaden, började Bundeskartellamt med att fastställa den relevanta marknaden. Trots att HRS hemsida kunde besökas via internet från i stort sett vilket land som helst, bedömde Bundeskartellamt att den relevanta marknaden inte var global eller omfattade hela Europa. Enligt den

⁶¹ P. Akman, *A Competition Law Assessment of Platforms Most-Favored-Customer Clauses*, s. 1.

⁶² Decision of the Bundeskartellamt, 20.12.2013, B 9 – 66/10, HRS, English translation, not authentic, s. 7.

⁶³ *Ibid.*, s. 11.

⁶⁴ *Ibid.*, s. 19.

nationella konkurrensmyndigheten var HRS huvudsakliga inriktning den tyska marknaden på grund av HRS lokala närvaro och starka ekonomiska koppling till Tyskland. HRS hade bland annat tyska lokalkontor, tyskspråkig kundservice samt till övervägande del tyska kunder. Bundeskartellamt drog därför slutsatsen att HRS relevanta produktmarknad var i Tyskland.⁶⁵

Bundeskartellamt menade att förhållandet mellan online-resebyråerna och hotellen var vertikala förhållanden eftersom parterna agerade på olika nivåer i distributionskedjan. Medan hotellen erbjöd hotellrum, hade HRS en annan sorts affärsmodell med prisjämförelsefunktioner och förmedling av flera olika hotellrum. Därmed var HRS och hotellen inte aktiva på samma nivå i distributionsledet.⁶⁶

Enligt den nationella konkurrensmyndigheten var HRS användning av prisparitetsklausuler en svartlistad avtalssort enligt artikel 4 a VGUF trots att online-resebyråerna inte sätter de slutgiltiga priserna för hotellnätterna. Enligt Bundeskartellamt föll användningen av prisparitetsklausuler ändå under artikel 4 a VGUF eftersom prisparitetsklausulerna kunde ha en effekt på minimipriserna. Bundeskartellamt utvecklade dock inte argumentationen för artikel 4 a VGUF då de menade att VGUF inte var tillämplig över huvud taget då online-resebyrån innehade en marknadsandel som översteg 30 %.⁶⁷ Enligt Bundeskartellamt förelåg inga positiva konkurrensrättsliga effekter av prisparitetsklausulerna för att artikel 101.3 FEUF skulle tillämpas.⁶⁸

Den nationella konkurrensmyndigheten menade att HRS användning av prisparitetsklausuler var konkurrenshämmande enligt artikel 101.1 FEUF. Ur en objektiv bedömning kunde Bundeskartellamt dra slutsatsen att HRS huvudsakliga avsikt med användningen av prisparitetsklausulerna var att begränsa hotellens fria prissättning. Hotellen och andra online-resebyråer kunde därför inte konkurrera med lägre priser. Dessutom hade HRS hotat hotellen med att säga upp avtalen om de inte godtog prisparitetsklausulerna i avtalsförhållandet. Bundeskartellamt menade att användningen av prisparitetsklausuler bidrog till att HRS styrte hotellens prissättning mot en negativ riktning i form av högre priser på hotellnätter. Den negativa riktningen märktes bland annat i form av att hotellen inte kunde erbjuda rabatter på sina egna hemsidor. Användningen av prisparitetsklausuler skulle även skapa etableringssvårigheter för nya online-resebyråer eftersom dessa inte skulle kunna konkurrera med lägre priser.⁶⁹

Snålskjutproblematiken ansåg Bundeskartellamt inte vara tillräckligt påtaglig för att HRS skulle få fortsätta med användningen av prisparitetsklausuler. Enligt Bundeskartellamt var de konkurrenshämmande

⁶⁵ Decision of the Bundeskartellamt, 20.12.2013, B 9 – 66/10, HRS, English translation, not authentic, s. 42.

⁶⁶ Ibid, s. 63.

⁶⁷ Ibid, s. 65.

⁶⁸ Ibid, s. 69.

⁶⁹ Ibid, s. 57.

effekterna så pass allvarliga att de vägde tyngre än problemet med snålskjuts.⁷⁰ Dessutom ansågs risken för snålskjuts vara liten eftersom små enskilda hotell inte hade samma räckvidd som HRS, vilket innebar att kunderna ändå skulle reservera hotellrum hos online-resebyrå.⁷¹

Sammanfattningsvis konstaterade Bundeskartellamt att samtliga prisparitetsklausuler var konkurrenshämmande och stred mot artikel 101.1 FEUF och att HRS inte fick fortsätta med användningen av prisparitetsklausuler med hotellen.

HRS försvarade sig bland annat med att hävda att HRS kunde ses som en genuin agent i enlighet med EU-kommissionens vertikala riktlinjer, och därmed skulle artikel 101.1 FEUF inte aktualiseras.⁷² Bundeskartellamt:s inställning till om HRS kunde likställas med att vara en så kallad genuin agent kommer att behandlas mera utförligt i kapitel fem.

4.3 Svenska Konkurrensverkets bedömning

Booking.com är en online-resebyrå från Nederländerna som via sin online-plattform gör det möjligt för konsumenter att reservera lediga hotellrum hos ett flertal olika hotell. Booking.com finns i cirka 200 länder runt om i världen.⁷³

I Skandinavien står hotellens egna online-kanaler för cirka 10 % av hotellets bokningar, medan intäkterna via externa online-resebyråer är cirka 30 %. För att hotellen ska nå ut till en så stor kundkrets som möjligt, har flera hotell valt att ansluta sig till flera olika online-resebyråer.⁷⁴

Svenska Konkurrensverket utförde år 2015 en utredning gällande Booking.com:s användning av prisparitetsklausuler med hotellen. Ärendet gällde Booking.com:s svenska dotterbolag, Booking.com Sverige AB:s, användning av prisparitetsklausuler med hotell i Sverige. I avtalsvillkoren mellan hotellen och Booking.com förekom avtalsklausuler som reglerade att priserna på hotellens egna hemsidor inte fick vara förmånligare än priserna hos Booking.com. Dessutom fick hotellen inte erbjuda förmånligare priser hos andra online-resebyråer.⁷⁵ Ärendet hos Konkurrensverket gällde alltså Booking.com:s användning av såväl vertikala som horisontella prisparitetsklausuler med hotellen.

⁷⁰ Decision of the Bundeskartellamt, 20.12.2013, B 9 – 66/10, HRS, English translation, not authentic, s. 70.

⁷¹ Ibid, s. 72.

⁷² Ibid, s. 5.

⁷³ Konkurrensverkets beslut, 2015-04-15, Dnr 596/2013, s. 2.

⁷⁴ Ibid, s. 3.

⁷⁵ Ibid, s. 6.

Enligt Konkurrensverket var den relevanta marknaden Sverige eftersom Booking.com Sverige AB var verksam i Sverige och hade en stark approach mot den svenska marknaden. Konkurrensverket utvecklade inte argumentationen om den relevanta marknaden.⁷⁶

Konkurrensverket avgjorde att förhållandet mellan online-resebyråerna och hotellen var ett vertikalt förhållande. Förhållandet ansågs vertikalt eftersom parterna var verksamma på olika marknader. Online-resebyråernas marknad var att förmedla hotellrum till kunder, på uppdrag av hotellen. Dessutom erbjöd online-resebyråerna tjänster i form av bland annat jämförelse- och sökfunktioner bland ett flertal olika hotellrum. Hotellens affärsidé skilde sig från online-resebyråernas affärsidé. Hotellen försåg online-resebyråerna med hotellrum som slutkunden kunde boka. Några jämförelse- eller sökfunktioner som online-resebyråerna hade, hade inte hotellen på sina hemsidor. Förhållandet ansågs därför vertikalt. Enligt Konkurrensverket var VGUF inte tillämplig eftersom Booking.com:s marknadsandel på den svenska marknaden översteg 30 %.⁷⁷

Konkurrensverket kom fram till slutsatsen att Booking.com inte fick fortsätta med användningen av horisontella prisparitetsklausuler. Enligt Konkurrensverket var prisparitetsklausulerna som reglerade prissättningen hos andra online-resebyråer en horisontell prisreglering eftersom online-resebyråerna var verksamma på samma nivå i distributionskedjan. Enligt Konkurrensverket hade dessa horisontella prisparitetsklausuler konkurrenshämmande effekt enligt artikel 101.1 FEUF.⁷⁸

De horisontella prisparitetsklausulerna medförde att ingen variation av priser förekom på marknaden eftersom priserna på hotellnätterna var samma hos andra online-resebyråer som hotellen ingått avtal med. Enligt Konkurrensverket skulle det kunna leda till att om Booking.com höjde sina provisionsnivåer skulle effekten bli att priserna hos Booking.com skulle vara samma som hos en konkurrerande online-resebyrå med lägre provision. Detta innebar att Booking.com hade en fördelaktig ställning och kunde höja provisionerna, utan att förlora kunder till konkurrenter. Enligt Konkurrensverket kunde detta leda till att Booking.com inte begränsades att höja sina provisioner, vilket i slutändan kunde leda till högre hotellpriser på marknaden. Detta ansågs inte förenligt med artikel 101.1 FEUF eftersom effekten av de horisontella prisparitetsklausulerna var att andra online-resebyråer inte kunde konkurrera med lägre priser för samma produkt.⁷⁹

Konkurrensverket hade däremot en annan inställning till de vertikala prisparitetsklausulerna. Enligt Konkurrensverket hade de vertikala prisparitetsklausulerna inte någon konkurrensbegränsande effekt på marknaden. Utredningen av Konkurrensverket fann inte något stöd för att de

⁷⁶ Konkurrensverkets beslut, 2015-04-15, Dnr 596/2013, s. 4.

⁷⁷ Ibid, s. 5.

⁷⁸ Ibid, s. 6.

⁷⁹ Ibid, s. 5.

vertikala prisparitetsklausulerna skulle ha konkurrenshämmande effekter på marknaden.⁸⁰

Risken för snålskjuts ansågs vara så pass påtaglig att ett totalförbud mot vertikala prisparitetsklausuler inte skulle införas. Om vertikala prisparitetsklausuler inte fanns, skulle kunden med stor sannolikhet jämföra hotellpriserna hos Booking.com, för att sedan reservera hotellnatten billigare på hotellets egen hemsida.⁸¹ De vertikala prisparitetsklausulerna gav inte upphov till någon märkbar konkurrensbegränsning och Booking.com fick därför fortsätta med tillämpningen av dessa i avtalsförhållanden med hotellen. Enligt Konkurrensverket ansågs existensen av online-resebyråer viktig för att kunden även i fortsättningen skulle ha möjlighet att prisjämföra utbudet på marknaden.⁸²

4.4 Frankrike

Det nationella konkurrensverket i Frankrike, Autorité de la concurrence (ADLC), tillät likt svenska Konkurrensverket, Booking.com:s användning av vertikala prisparitetsklausuler.⁸³ Booking.com skulle dock upphöra med användningen av horisontella prisparitetsklausuler eftersom de ansågs konkurrensbegränsande enligt artikel 101.1 FEUF. Enligt ADLC försvårade de horisontella prisparitetsklausulerna etableringen av nya online-resebyråer på marknaden eftersom dessa inte kunde konkurrera med lägre priser jämfört med Booking.com.⁸⁴

Den franska konkurrensmyndigheten konstaterade att online-resebyråerna och hotellen använde sig av agentmodellen som distributionsform.⁸⁵ ADLC utslöt även tillämpningen av VGUF eftersom Booking.com innehade en marknadsandel som översteg 30 %.⁸⁶

ADLC tillät Booking.com:s användning av vertikala prisparitetsklausuler mellan hotellen och online-resebyråerna. Hotellen hade dock rätt att i fortsättningen erbjuda lägre hotellpriser på deras egna offline-kanaler, till exempel vid hotellbokning per telefon. Hotellen hade även rätt att erbjuda rabatter till vissa kundgrupper via deras offline-kanaler.⁸⁷

⁸⁰ Konkurrensverkets beslut, 2015-04-15, Dnr 596/2013, s. 6.

⁸¹ Ibid, s. 7.

⁸² Ibid, s. 6-7.

⁸³ Press release, 21 April 2015: Online hotel booking sector, Autorité de la concurrence. Mål 15-D-06.

⁸⁴ O. Billard & P. Honoré, *Most Favored Nation Clauses: A French Perspective on the Booking.com Case*, s. 3.

⁸⁵ Ibid, s. 3.

⁸⁶ Ibid, s. 5.

⁸⁷ Press release, 21 April 2015: Online hotel booking sector, Autorité de la concurrence.

Trots att ADLC tillät online-resebyråernas användning av vertikala prisparitetsklausuler, stiftades det kort därefter en lag i Frankrike om förbud mot alla sorters prisparitetsklausuler.⁸⁸

4.5 Booking.com i Bundeskartellamt

Trots att Bundeskartellamt redan förbjudit HRS att använda alla sorters prisparitetsklausuler, valde Booking.com år 2015 att ändå tillämpa vertikala prisparitetsklausuler för samtliga hotell i Europa. De vertikala prisparitetsklausulerna innebar att alla hotell i Europa som var i avtalsförhållande med Booking.com inte fick erbjuda förmånligare hotellpriser på sina egna hemsidor jämfört med Booking.com.⁸⁹

Booking.com menade att de vertikala prisparitetsklausulerna inte var konkurrenshämmande och hänvisade bland annat till länderna Sverige, Italien och Frankrike där vertikala prisparitetsklausuler tillåtits av nationella konkurrensmyndigheter.⁹⁰ Enligt Booking.com kunde de vertikala prisparitetsklausulerna öka konkurrensen på marknaden eftersom snålskjutsproblematiken inte uppstod om parterna tillämpade vertikala prisparitetsklausuler.⁹¹

Bundeskartellamt höll inte med om att Booking.com:s vertikala prisparitetsklausuler inte hade konkurrenshämmande effekt på marknaden och gjorde en annan bedömning än de nationella konkurrensmyndigheterna i Sverige, Italien och Frankrike.

I detta fall gjorde Bundeskartellamt samma bedömning som i målet med HRS och avgjorde att Tyskland var den relevanta marknaden för Booking.com.⁹²

Bundeskartellamt menade även att tillämpningen av VGUF var uteslutet eftersom Booking.com innehade en marknadsandel som översteg 30 %. Enligt Bundeskartellamt förelåg inga positiva konkurrensrättsliga effekter av de vertikala prisparitetsklausulerna för att artikel 101.3 FEUF skulle aktualiseras.⁹³

Den nationella konkurrensmyndigheten menade att de vertikala prisparitetsklausulerna var mindre skadliga än de horisontella prisparitetsklausulerna eftersom de vertikala prisparitetsklausulerna inte hindrade andra online-resebyråer att fritt sätta priser. Dock ansåg

⁸⁸ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 519.

⁸⁹ Decision of the Bundeskartellamt, B 9-121/13, *Booking.com*, English translation, not authentic, s. 12.

⁹⁰ *Ibid*, s. 4.

⁹¹ *Ibid*, s. 31.

⁹² *Ibid*, s. 5.

⁹³ Case Summary from 9 March 2016: 'Best price' clause of online hotel portal Booking also violates competition law, B 9-121/13, s. 5.

konkurrensmyndigheten att de vertikala prisparitetsklausulerna ändå var konkurrenshämmande enligt artikel 101.1 FEUF eftersom hotellen begränsades från att fritt sätta det pris de ville på sina egna hemsidor. Detta skulle enligt Bundeskartellamt leda till att hotellen inte motiverades att sänka hotellrumspriserna. Om hotellen inte hade möjlighet att fritt sätta sina egna priser på sina egna försäljningskanaler skulle de inte kunna öka sin egen försäljning, vilket ansågs konkurrenshämmande. Om hotellen inte skulle kunna sätta sina egna priser skulle de inte kunna konkurrera med andra hotell och deras egna försäljningskanaler.⁹⁴ Bundeskartellamt menade därmed att de vertikala prisparitetsklausulerna bidrog till att hotellen inte hade möjlighet att utveckla sina egna försäljningskanaler och på det viset locka till sig fler kunder.⁹⁵

Enligt Bundeskartellamt förhindrade dessutom de vertikala prisparitetsklausulerna hotellen från att ha kampanjer och specialerbjudanden på sina egna hemsidor. På grund av de vertikala prisparitetsklausulerna var hotellen vid kampanjer och erbjudanden, tvungna att även sänka priserna hos online-resebyrån. Detta bidrog till att hotellens självständighet att sänka priserna inte tillgodosågs.⁹⁶ Bundeskartellamt menade att effekten av detta kunde vara att hotellpriserna generellt steg på marknaden.⁹⁷

Enligt Bundeskartellamt kunde Booking.com inte heller bevisa att småskjutsproblematiken var så pass allvarlig att behovet av vertikala prisparitetsklausuler ansågs föreligga.⁹⁸ Sannolikheten för att småskjutsproblematiken skulle uppstå var ytterst liten. Online-resebyrån erbjöd tjänster i form av bland annat prisjämförelse och bilder på hotellrum, något som inte erbjöds på hotellens egna hemsidor. Sannolikheten för att slutkunden skulle ha tid, vilja eller vetskap att reservera hotellnatten förmånligare på hotellets egen hemsida ansågs vara liten.⁹⁹ Den nationella konkurrensmyndigheten tillade att Booking.com inte kunnat bevisa att försäljningen skulle avta om användningen av vertikala prisparitetsklausuler skulle upphöra.¹⁰⁰

Bundeskartellamt kom fram till slutsatsen att Booking.com uppenbart begränsade konkurrensen på den relevanta marknaden. Bundeskartellamt menade att eftersom hotellen inte fick erbjuda lägre priser på sina egna kanaler, bidrog detta till att attraktionen till hotellens egna hemsidor minskade antalet bokningar. Bundeskartellamt tillade att så länge de vertikala prisparitetsklausulerna tillämpades skulle Booking.com inte heller

⁹⁴ Decision of the Bundeskartellamt, B 9-121/13, *Booking.com*, English translation, not authentic, s. 58.

⁹⁵ Ibid, s. 59.

⁹⁶ Ibid, s. 5.

⁹⁷ Ibid, s. 6.

⁹⁸ Ibid, s. 80.

⁹⁹ Ibid, s. 82.

¹⁰⁰ Ibid, s. 79.

ha någon avsikt att sänka sin provision. Detta skulle innebära att hotellpriserna istället steg på marknaden.¹⁰¹

4.6 Patent- och marknadsdomstolen

Bara tre år efter att svenska Konkurrensverket tillåtit online-resebyråernas användning av vertikala prisparitetsklausuler gjorde Patent- och marknadsdomstolen en annan bedömning i frågan. Bransch- och arbetsgivarorganisationen Visita¹⁰² väckte efter Konkurrensverkets beslut, talan i Patent- och marknadsdomstolen och yrkade att online-resebyråernas användning av vertikala prisparitetsklausuler med hotellen skulle förbjudas eftersom de stred mot artikel 101.1 FEUF.¹⁰³

Patent- och marknadsdomstolen gjorde samma bedömning som Konkurrensverket och avgjorde att den relevanta marknaden för Booking.com var den svenska marknaden.¹⁰⁴ Domstolen höll också med Konkurrensverket om att förhållandet mellan online-resebyråerna och hotellen var ett vertikalt förhållande och att agentmodellen tillämpades mellan parterna.¹⁰⁵

Booking.com menade att om vertikala prisparitetsklausuler inte skulle förekomma i avtalsförhållandet med hotellen skulle snålskjutsproblematiken uppstå. Enligt Visita hade Booking.com inte använt sig av vertikala prisparitetsklausuler när de först etablerade sig i Sverige, vilket tydde på att behovet av vertikala prisparitetsklausuler inte förelåg.¹⁰⁶

Enligt Patent- och marknadsdomstolen räckte det med att avtalet mellan parterna var ägnat att negativt inverka på konkurrensen på marknaden. Vid bedömningen om artikel 101.1 FEUF var aktuell behövdes enligt domstolen ingen verklig negativ konkurrensrättslig verkan ha uppstått på marknaden för att artikel 101.1 FEUF skulle aktualiseras.¹⁰⁷

Booking.com menade att det inte fanns någon konkurrensbegränsande avsikt med användningen av vertikala prisparitetsklausuler. Enligt online-resebyrån var den huvudsakliga avsikten med prisparitetsklausulerna att förhindra snålskjutsproblematiken.¹⁰⁸

Domstolen utgick ifrån en restriktiv tolkning när den skulle avgöra om avsikten med de vertikala prisparitetsklausulerna var konkurrenshämmande.

¹⁰¹ Case Summary from 9 March 2016: 'Best price' clause of online hotel portal Booking also violates competition law, B 9-121/13, s. 3.

¹⁰² Drygt 70 % av Sveriges alla hotell är medlemmar i Visita.

¹⁰³ Visita mot Booking.com 2018-07-20, mål PMT 13013-16, s. 5.

¹⁰⁴ Ibid, s. 33.

¹⁰⁵ Ibid, s. 27.

¹⁰⁶ Ibid, s. 35.

¹⁰⁷ Ibid, s. 38.

¹⁰⁸ Ibid, s. 39.

Enligt domstolen skulle syftet med de vertikala prisparitetsklausulerna kunna vara konkurrenshämmande eftersom den ena avtalspartens möjligheter att sätta ett lägre pris på sin egen försäljningskanal förhindrades. Dock menade domstolen att det inte förelåg något uppenbart syfte att konkurrensbegränsa vid användningen av de vertikala prisparitetsklausulerna.¹⁰⁹

Domstolen övergick därför till att pröva om användningen av vertikala prisparitetsklausuler hade konkurrensbegränsande resultat på marknaden. Enligt Patent- och marknadsdomstolen innebar konkurrensbegränsande resultat, att effekten av avtalet gjorde att konkurrensen verkligen hindrades, begränsades eller snedvreds på den relevanta marknaden.¹¹⁰ Avtalet måste ha haft negativa effekter på priser, produktion, varor och tjänsters kvalitet med en rimlig grad av sannolikhet på den relevanta marknaden.¹¹¹

Booking.com menade att något konkurrensbegränsande resultat inte förelåg eftersom parterna var i ett vertikalt avtalsförhållande.¹¹² Domstolen kom dock fram till en annan slutsats än Konkurrensverket och menade att de vertikala prisparitetsklausulerna hade konkurrensbegränsande resultat på den relevanta marknaden. Som grund för detta hänvisade domstolen till en enkät som upprättats av Visita. I enkäten hade de flesta hotell svarat att de var beredda att sänka priserna på sina egna försäljningssidor om de vertikala prisparitetsklausulerna inte fanns.¹¹³

Enligt Patent- och marknadsdomstolen orsakade de vertikala prisparitetsklausulerna försämrade priskonkurrens avseende hotellrum, vilket enligt domstolen ledde till ett potentiellt konkurrensbegränsande resultat på marknaden. Patent- och marknadsdomstolen argumenterade att konkurrensen försämrades när hotellen inte hade möjligheten att sätta lägre pris än online-resebyråerna. Detta ansågs strida mot artikel 101.1 FEUF. Därför menade domstolen att Booking.com skulle upphöra med användningen av vertikala prisparitetsklausuler.¹¹⁴

Dock menade en skiljaktig ekonomisk expert i Patent- och marknadsdomstolen att Visita inte kunnat bevisa att konkurrensen verkligen förbättrades om vertikala prisparitetsklausuler inte tillämpades. Den skiljaktige hänvisade bland annat till gällande lagstiftning i Frankrike som förbjuder användningen av prisparitetsklausuler och menade att förbudet mot prisparitetsklausuler inte lett till någon positiv konkurrensrättslig effekt i Frankrike.¹¹⁵

¹⁰⁹ Visita mot Booking.com 2018-07-20, mål PMT 13013-16, s. 40.

¹¹⁰ Ibid, s. 40.

¹¹¹ Ibid, s. 41.

¹¹² Ibid, s. 42.

¹¹³ Ibid, s. 48.

¹¹⁴ Ibid, s. 50.

¹¹⁵ Ibid, s. 62.

Artikel 101.3 FEUF ansågs inte relevant eftersom de vertikala prisparitetsklausulerna inte bidrog till några positiva konkurrensrättsliga effekter.¹¹⁶

Booking.com överklagade Patent- och marknadsdomstolens dom. Den 24 september 2018 beviljades Booking.com prövningstillstånd hos Patent- och marknadsöverdomstolen. Utsatt datum för huvudförhandlingen i Patent- och marknadsöverdomstolen är den 5 mars 2019.¹¹⁷ I skrivande stund har ärendet alltså inte prövats hos överklagandeinstansen. Eftersom ärendet inte vunnit laga kraft, har Booking.com fortfarande rätt att tillämpa de vertikala prisparitetsklausulerna med sina avtalsparter.

4.7 Sammanfattande synpunkter

Ett totalförbud mot prisparitetsklausuler kan ha positiva effekter på konkurrensen eftersom hotellen fritt får sätta vilket pris de vill. Dock har ett totalförbud av prisparitetsklausuler även kritiserats eftersom småskjutproblematiken inte försvinner i och med ett totalförbud av prisparitetsklausuler. Som tidigare nämnts, kan småskjutproblematiken leda till förlorade investeringar och minskad lönsamhet för online-resebyråerna. Om online-resebyråerna inte fanns, skulle effekten av det kunna bli att små samt medelstora hotell skulle ha svårigheter att klara sig på hotellmarknaden. Om online-resebyråerna inte skulle existera skulle de mindre hotellen få stå för sina egna marknadsföringskostnader och försäljningskostnader på sina egna hemsidor. Detta skulle i slutändan kunna bli för dyrt för små och medelstora hotell vilket skulle kunna leda till att bara stora hotellaktörer skulle finnas kvar på marknaden. Effekterna av ett totalförbud skulle i slutändan ha negativa effekter för konsumenten.¹¹⁸

Sammanfattningsvis kan man konstatera att utvecklingen går mot en mera restriktiv inställning till prisparitetsklausuler, trots att online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler inte avgjorts på EU-nivå. Någon ny lagstiftning på EU-rättens område gällande prisparitetsklausuler har inte heller introducerats. Vad gäller de vertikala prisparitetsklausuler har utvecklingen gått från en mer tillåtande syn med hänvisning till småskjutsproblematiken till att klausulerna senare har förbjudits. De nationella domstolarna och de nationella konkurrensverkens tidigare argumentation gällande småskjutsproblematiken verkar som bortblåst.

Vad gäller horisontella prisparitetsklausulerna har samtliga nationella domstolar och nationella konkurrensverk bedömt att de horisontella prisparitetsklausulerna fallit under artikel 101.1 FEUF.

¹¹⁶ Visita mot Booking.com 2018-07-20, mål PMT 13013-16, s. 57.

¹¹⁷ Visita mot Booking.com, mål PMT 7779-18. Uppgifterna har kommunicerats genom telefonsamtal med Patent- och marknadsöverdomstolen den 4 januari 2019.

¹¹⁸ A. Ezrachi, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, s. 519.

Samtliga nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter som redovisats ovan har utgått ifrån att den relevanta marknaden för online-resebyråerna är inom de nationella gränserna för det land de är verksamma i. För Booking.com Sverige AB var marknaden i Sverige, för Booking.com i Tyskland var den relevanta marknaden i Tyskland. Samtliga beslutsinstanser är även överens om att VGUF inte är aktuell att tillämpa eftersom online-resebyråerna innehar en marknadsandel som överstiger 30 % av den relevanta marknaden. Dessa nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter är också överens om att förhållandet mellan online-resebyråerna och hotellen är ett vertikalt förhållande och att parterna använder sig av agentmodellen.

Det är enbart i målet gällande HRS och Bundeskartellamt som beslutsinstansen inte delat upp användningen av prisparitetsklausuler i vertikala och horisontella prisparitetsklausuler. I resterande mål har konkurrensmyndigheterna och nationella domstolarna behandlat vertikala prisparitetsklausuler och horisontella prisparitetsklausuler var för sig.

Online-resebyråerna, som HRS och Booking.com, är verksamma runt om i Europa. När besluten mellan de nationella konkurrensmyndigheterna och de nationella domstolarna skiljer sig åt, är online-resebyråerna tvungna att tillämpa olika allmänna villkor i olika länder, trots att beslutsinstanserna utgått ifrån den harmoniserade EU-rätten. Att besluten skiljer sig åt bidrar till att online-resebyråerna måste anpassa sin verksamhet och avtalsvillkor annorlunda beroende på vilket land de är verksamma i.

5 Genuina agenter

5.1 Inledning

I litteraturen har det i viss mån diskuterats ifall online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler kan undantas artikel 101.1 FEUF eftersom online-resebyråerna skulle kunna falla under definitionen för en så kallad genuin agent. Genuina agentförhållande regleras i EU-kommissionens vertikala riktlinjer. Ett genuint agentförhållande innebär att huvudmannen och agenten tillsammans utgör en ekonomisk entitet. Eftersom huvudmannen och den genuina agenten tillsammans utgör en ekonomisk entitet är artikel 101.1 FEUF gällande konkurrenshämmande avtal mellan två företag, inte tillämplig. Huvudmannen har då bland annat rätt att besluta om den genuina agentens försäljningspris av produkter och den geografiska försäljningsplatsen.

Frågan om online-resebyråer kan ses som genuina agenter i enlighet med EU-kommissionens vertikala riktlinjer, har inte avgjorts på EU-nivå. För att skapa förståelse och för att kunna göra bedömningen om online-resebyråerna uppfyller kraven för ett så kallat genuint agentförhållande, kommer några av EU-domstolens förhandsavgöranden gällande genuin agent att redogöras för i detta kapitel. Dessa mål kan vara vägledande för bedömningen om en online-resebyrå skulle falla under definitionen för genuin agent.

Det är enbart den tyska nationella konkurrensmyndigheten Bundeskartellamt, i målet med HRS, som behandlat frågan om online-resebyråer faller under definitionen för genuin agent. Därför kommer även målet med HRS i Bundeskartellamt att redogöras för nedan för att visa vilken inställning en nationell konkurrensmyndighet haft gällande online-resebyråer och genuina agenter.

5.2 Agentavtal i EU-kommissionens vertikala riktlinjer

I inledningen till EU-kommissionens vertikala riktlinjer nämns att syftet med riktlinjerna är att hjälpa företag med att göra en egen bedömning av huruvida deras vertikala avtal faller under EU:s konkurrensregler eller om det vertikala avtalet undantas enligt artikel 101.3 FEUF. I EU-kommissionens vertikala riktlinjer del II, i paragraferna 12–21, regleras agentavtal mellan företag.

Redan i 1962 års tillkännagivande om exklusiva agentavtal med handelsagenter, reglerades att agentförhållanden inte skulle omfattas av EU-

konkurrensbegränsningsregler.¹¹⁹ År 2000 kom EU-kommissionen ut med de första vertikala riktlinjerna som närmre beskrev agentförhållandet och vilka krav som ställdes för att ett agentförhållande skulle anses föreligga.¹²⁰ År 2010 uppdaterades riktlinjerna. Riktlinjerna från år 2010 grundar sig stort på riktlinjerna från år 2000, med beaktan av ny praxis från EU-domstolen.¹²¹

I EU-kommissionens riktlinjer för vertikala avtal från år 2000 gjorde EU-kommissionen skillnad på genuina och icke-genuina agentförhållanden. I de uppdaterade vertikala riktlinjerna från år 2010 gör EU-kommissionen inte samma indelning av agenter. Begreppet ”genuin agent” återfinns inte i EU-kommissionens vertikala riktlinjer från år 2010. Dock används fortfarande begreppet i konkurrensrätten och i litteraturen för agentavtal enligt de nu gällande vertikala riktlinjerna.¹²²

När ett genuint agentförhållande föreligger är artikel 101.1 FEUF gällande förbud av konkurrensbegränsande avtal inte tillämplig mellan parterna. Detta framgår av paragraf 18 i de nu gällande vertikala riktlinjerna. Det innebär att huvudmannen fritt kan bestämma över bland annat prissättningen och försäljningsområdet av produkterna och tjänsterna, till vilken kundkrets som produkterna och tjänsterna ska säljas och vilka villkor som ska tillämpas. Dock uppställs vissa krav för att ett genuint agentförhållande ska anses föreligga.

I EU-kommissionens vertikala riktlinjer paragraf 12 ges följande definition på en agent:

”En agent är en juridisk eller fysisk person med befogenhet att förhandla och/eller ingå avtal på en annan persons vägnar (huvudman), antingen i agentens eller huvudmannens namn, om
— *inköp av varor eller tjänster för huvudmannen eller*
— *försäljning av varor eller tjänster som tillhandahålls av huvudmannen”*

I paragraf 12 regleras alltså att agenten kan ingå avtal på huvudmannens vägnar, antingen i eget namn eller i huvudmannens namn.

Det avgörande för om ett genuint agentförhållande föreligger mellan huvudmannen och agenten framgår av paragraf 13 i EU-kommissionens vertikala riktlinjer. I paragrafen nämns att det avgörande för om ett agentförhållande föreligger, är hur stor ekonomisk eller finansiell risk agenten bär för den verksamhet som huvudmannen utsett agenten till. Nationell lagstiftning som reglerar olika agentförhållanden är irrelevant i

¹¹⁹ Kommissionens tillkännagivande om exklusiva agentavtal med handelsagenter EGT L 139, 24.12.1962, s. 2921 (Endast tillgänglig på tyska, franska, italienska och nederländska. Se därför Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 332).

¹²⁰ Tillkännagivande från kommissionen, riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01).

¹²¹ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, s. 634.

¹²² A. Huyue Zhang, *Towards an Economic Approach to Agency Agreements*, s. 553.

bedömningen av om det föreligger ett agentförhållande enligt de vertikala riktlinjerna. I samma paragraf står det också att det inte är avgörande för bedömningen om agenten agerar som agent för en eller flera huvudmän.

Det finns tre typer av ekonomiska eller finansiella risker som är avgörande för bedömningen om det föreligger ett genuint agentförhållande mellan parterna. Dessa riskgrupper nämns i paragraf 14 i de vertikala riktlinjerna. Om agenten åtar sig någon av riskerna i paragraf 14, föreligger inget genuint agentförhållande. Parterna har då ett klassiskt återförsäljarförhållande och undantas därmed inte artikel 101.1 FEUF.

Den första risktypen som nämns i paragraf 14 är *avtalspecifika risker*. Med avtalspecifika risker menas risker som föreligger i avtalet mellan agenten och huvudmannen. I paragraf 14 räknas vissa avtalspecifika risker upp. Fler exempel på avtalspecifika risker nämns i paragraf 16 i de vertikala riktlinjerna. I paragrafen nämns att ett genuint agentförhållande inte föreligger om agenten står för kostnader i samband med leverans och inköp av avtalsvaror. Ett exempel på en sådan kostnad är transportkostnaderna för avtalsvarorna. Ett annat exempel på en avtalspecifik risk enligt paragraf 16 är lagerhållning av avtalsvarorna samt finansiering och förlust av lagervaror. För att ett genuint agentförhållande ska anses föreligga ska agenten ha möjlighet att utan kostnad lämna tillbaka osålda varor till huvudmannen. Ytterligare en avtalspecifik risk är agentens ansvar gentemot tredje man för skador som tredje man orsakar produkten. Listan i paragraf 16 är inte uttömmande.

Till den andra riskgruppen hör *risker som har samband med marknadsspecifika investeringar*. Till denna riskkategori hör investeringar som specifikt krävs för den verksamhetstyp för vilken huvudmannen har utsett agenten till, det vill säga det som krävs för att agenten ska kunna ingå denna typ av avtal. Dessa investeringar är ofta typiska för just den verksamhet som agenten ska driva för huvudmannen. Dessa investeringar skulle inte kunna användas för annan verksamhet eftersom investeringarna är specifika för just den verksamheten. Exempel på sådana investeringar är om agenten skulle bidra till huvudmannens reklambudget och marknadsföringskampanjer, eller om agenten skulle vara tvungen att införskaffa demoprodukter.

Den tredje och sista riskkategorin är *risker som har samband med andra verksamheter på samma produktmarknad*. Risken föreligger om huvudmannen begär att agenten ska delta i sådan verksamhet men inte som agent på huvudmannens vägnar, utan på egen risk.

I paragraf 17 i de vertikala riktlinjerna nämns att riskerna som räknas upp i de vertikala riktlinjerna inte är uttömmande och att en riskbedömning ska göras från fall till fall.

Det avgörande för bedömningen är alltså vilka finansiella och ekonomiska risker agenten bär för de aktiviteter som agenten ska genomföra åt

huvudmannen.¹²³ Risker som är knutna till agentens egen verksamhet är dock inte av relevans för bedömningen om ett genuint agentförhållande föreligger eftersom dessa risker inte är bundna till den verksamhet som agenten ska utföra för huvudmannen. Exempel på risker som inte påverkar bedömningen för om ett genuint agentförhållande föreligger är agentens generella investeringar i personal, lokaler och kontorsutrustning. Detta framgår av artikel 15 i de vertikala riktlinjerna.

I litteraturen brukar det talas om att huvudmannen och den genuina agenten tillsammans utgör en ekonomisk entitet. På engelska brukar det kallas för ”a single entity”. ”A single entity” är även vanligt förekommande mellan moder- och dotterbolag inom en koncern. Ett genuint agentförhållande påminner om förhållandet mellan ett moder- och dotterbolag eftersom agenten ses som en förlängning av huvudmannens verksamhet. När en agent inte bär någon eller enbart en liten risk för verksamheten som agenten åtar sig för huvudmannen, agerar agenten inte som en självständig marknadsaktör. Marknadsagerandet är på huvudmannens axlar och därför är artikel 101.1 FEUF inte tillämplig, trots att agentens företag är avskilt och inte utgör samma företag som huvudmannens.¹²⁴ Eftersom huvudmannen och den genuina agenten tillsammans utgör en ekonomisk entitet anses det genuina agentförhållandet inte som ett konkurrenshämmande avtal mellan två företag och uppfyller därmed inte kraven i artikel 101.1 FEUF.¹²⁵

5.3 Undantag som gör att ett genuint agentavtal inte föreligger

Av kommissionens vertikala riktlinjer framgår två undantag för när genuina agentförhållande inte anses föreligga och artikel 101.1 FEUF därmed aktualiseras.

Det första undantaget nämns i paragraf 19 i de vertikala riktlinjerna och gäller förhållandet mellan huvudmannen och agenten. I paragrafen förklaras att ett genuint agentförhållande inte anses föreligga om agenten begränsas att enbart agera som agent för en huvudman. Ett genuint agentförhållande anses inte heller föreligga om huvudmannen begränsas till att enbart ha en agent. Detta kallas för exklusiva agentavtal. Eftersom agenten är ett självständigt företag anses den här sortens uppgörelse konkurrensbegränsande enligt artikel 101.1 FEUF.

Ett agentavtal kan också komma att omfattas av artikel 101.1 FEUF trots att huvudmannen bär hela den finansiella och ekonomiska risken. Detta regleras i paragraf 20 i de vertikala riktlinjerna. Enligt paragrafen anses inte ett agentavtal föreligga om exempelvis många huvudmän tillsammans väljer

¹²³ F. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten* s. 336.

¹²⁴ *Ibid*, s. 336.

¹²⁵ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, s. 93-94.

att använda samma agent och på det viset kollektivt utesluta andra agenter från marknaden för att samverka om marknadsstrategier.

Enligt författaren Pinar Akman är dessa paragrafer inte tillämpliga på online-resebyråers användning av prisparitetsklausuler. Enligt Akman skapar prisparitetsklausuler inte begränsningar enligt paragraf 19 och 20 i de vertikala riktlinjerna. Enligt författaren begränsar inte prisparitetsklausulerna hotellen från att ingå avtal med andra online-resebyråer. Inte heller utesluter hotellen kollektivt andra online-resebyråer från marknaden genom att enbart använda sig av en online-resebyrå, varför artikel 20 inte aktualiseras.¹²⁶

5.4 Avgöranden före år 2000

Enligt de nu gällande vertikala riktlinjerna är det främsta kravet för att ett genuint agentförhållande ska föreligga att agenten inte bär någon ekonomisk eller finansiell risk eller enbart en obetydlig risk vid utövandet av agentavtalet. På det viset skapar huvudmannen och den genuina agenten tillsammans en ekonomisk entitet. När EU-kommissionen införde bestämmelserna om att agentförhållanden skulle undantas artikel 101.1 FEUF lade EU-kommissionen och EU-domstolen mycket fokus på om agenten var integrerad i huvudmannens verksamhet. Detta kallades för integreringskravet. Enligt vissa författare påminde integreringskravet om förhållandet mellan en arbetstagare och en arbetsgivare. Integreringskravet ansågs inte vara uppfyllt om agenten drev ytterligare en eller flera verksamheter vid sidan av den verksamhet agenten skulle vidta för huvudmannen.¹²⁷

I EU-domstolens förhandsavgörande *Vlaamse Reisbureaus* ansåg EU-domstolen att integreringskravet inte var uppfyllt och därmed förelåg inte ett genuint agentförhållande. Den belgiska resebyrå *Vlaamse Reisbureaus* sålde resepaket och resor för flera olika researrangörer. Resebyrå ansåg att artikel 101.1 FEUF inte aktualiserades för att resebyrå var en genuin agent till researrangörerna. Enligt EU-domstolen var resebyrå inte tillräckligt integrerad i huvudmannens verksamhet för att ett genuint agentförhållande skulle anses föreligga.¹²⁸ Enligt domstolen var resebyrå inte en genuin agent, utan en självständig återförsäljare eftersom integreringskravet inte var uppfyllt. Eftersom resebyrå agerade för flera researrangörer menade domstolen att resebyrå inte var integrerad med researrangören och därmed inte kunde falla under definitionen för genuin agent. Det innebar att artikel

¹²⁶ P. Akman, *A Competition Law Assessment of Platforms Most-Favored-Customer Clauses*, s. 813, fotnot 173.

¹²⁷ A. Huyue Zhang, *Towards an Economic Approach to Agency Agreements*, s. 565.

¹²⁸ Mål 311/85 *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus mot ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, p. 20.

101.1 FEUF tillämpades på resebyrån. I målet betonade domstolen alltså kravet på integrering.¹²⁹

I EU-domstolens förhandsavgörande *Volkswagen* frångick EU-domstolen integreringskravet och såg istället på vilken finansiell risk som förelåg mellan parterna.

I målet hade biltillverkaren Volkswagen förbjudit sina tyska återförsäljare att agera som mellanmän vid ingående av leasingavtal, om inte leasingbolaget var Volkswagens eget leasingbolag och dotterbolag VAG Leasing. Återförsäljaren skulle även köpa in bilar av Volkswagen för egen räkning för att sedan vidareförsälja fordonen till VAG Leasing. När leasingavtalet med VAG Leasing löpte ut var återförsäljaren förpliktad att köpa tillbaka bilen av VAG Leasing.¹³⁰

Enligt EU-domstolen kunde Volkswagen och återförsäljaren inte likställas med en ekonomisk enhet på grund av de risker som återförsäljaren var tvungen att åta sig vid köp av bilar för egen räkning. Den ekonomiska risken ansågs vara för stor för att ett genuint agentavtal skulle föreligga.¹³¹ Domstolen menade att återförsäljaren nog var integrerad i Volkswagens verksamhet, eftersom återförsäljaren inte fick bedriva leasingverksamhet i eget namn eller för egen räkning, vilket tydde på att återförsäljaren blev en integrerad del av Volkswagens verksamhet.¹³² Den finansiella risken vid tillbakaköpandet av fordonen när leasingkontraktet löpt ut var däremot en för stor finansiell risk för att artikel 101.1 FEUF skulle undantas. Återförsäljaren kunde därmed inte ses som en utsträckning av huvudmannens verksamhet.¹³³

5.5 Avgöranden efter år 2000

Från år 1995 och framåt har EU-kommissionen och EU-domstolens inställning och krav för genuina agentförhållanden ändrats. Istället för integreringskravet har det avgörande för om ett genuint agentavtal föreligger varit beroende på den risk agenten innehar.¹³⁴

Fallet CEPSA är ett förhandsavgörande från EU-domstolen rörande avtal mellan den spanska bensinstationsinnehavaren och dess bränsleleverantör CEPSA. Förhandsavgörandet behandlade ifall bensinstationsinnehavaren kunde ses som en genuin agent till bränsleleverantören. I ett tidigare identiskt förhandsavgörande vid namn CEEES¹³⁵, hade EU-domstolen

¹²⁹ A. Huyue Zhang, *Towards an Economic Approach to Agency Agreements*, s. 566.

¹³⁰ Mål C-266/93 *Bundeskartellamt mot Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH*, p. 5-6.

¹³¹ *Ibid.*, p. 19.

¹³² *Ibid.*, p. 24.

¹³³ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁴ A. Huyue Zhang, *Towards an Economic Approach to Agency Agreements*, s. 567.

¹³⁵ Mål C-217/05 CEEES.

redan uttalat sig. Därför hänvisade EU-domstolen flera gånger till fallet CEEES i målet CEPSA.¹³⁶

Enligt EU-domstolen var det avgörande för om bensinstationsinnehavaren föll under definitionen av genuin agent beroende av det avtal som slutits mellan parterna och vad som reglerades i avtalet. Det var speciellt avgörande vilka klausuler som reglerade fördelning av finansiella och affärsmässiga risker i samband med försäljning till tredje man. Enligt EU-domstolen skulle en bedömning göras i varje enskilt fall, utan inverkan av nationell rätt.¹³⁷

EU-domstolen preciserade de finansiella och affärsmässiga riskerna som var avgörande för om bensinstationsinnehavaren och bränsleleverantören kunde undantas artikel 101.1 FEUF.¹³⁸ När det gällde risken för försäljning av varor, presumerades det enligt EU-domstolen att bensinstationsinnehavaren stod risken om äganderätten för kontraktvarorna övertogs av bensinstationsinnehavaren, om bensinstationsinnehavaren direkt eller indirekt stod kostnaden för distributionen av varor, bland annat transportkostnader, samt om bensinstationsinnehavaren stod för lagerkostnader som bensinstationsinnehavaren var ansvarig för, samt eventuella skador på varorna om de förlorades eller försämrades.¹³⁹ Domstolen påpekade att om bensinstationsinnehavaren enbart bar obetydliga risker i sin verksamhet, innebar det inte att artikel 101.1 FEUF var tillämplig.¹⁴⁰

Domstolen tillade att det enbart var förhållandet mellan bensinstationsinnehavare och tredje man som kunde undantas artikel 101.1 FEUF. Till exempel kunde prissättningen av produkter undantas artikel 101.1 FEUF. Däremot skulle exklusivitetsklausuler och konkurrensklausuler mellan agenten och huvudmannen, som negativt kunde påverka konkurrensen på marknaden mellan huvudmannen och bensinstationsinnehavaren inte undantas artikel 101.1 FEUF.¹⁴¹

I målet *Daimler Chrysler* påstod biltillverkaren Daimler Chrysler att förhållandet till deras tyska agenter var ett genuint agentförhållande och skulle undantas artikel 101.1 FEUF. Enligt biltillverkaren bar de tyska agenterna inga risker i sin verksamhet och var dessutom integrerade i Daimler Chryslers verksamhet.

Tribunalen kom fram till att artikel 101.1 FEUF inte skulle tillämpas på parterna och att förhållandet mellan Daimler Chrysler och de tyska agenterna var ett genuint agentförhållande.¹⁴² Enligt tribunalen åtog sig Daimler Chrysler som huvudman de huvudsakliga riskerna för agentens

¹³⁶ Mål C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA mot LV Tobar e Hijos SL*, punkt 34.

¹³⁷ Ibid, punkt 36.

¹³⁸ Ibid, punkt 37.

¹³⁹ Ibid, punkt 38.

¹⁴⁰ Ibid, punkt 40.

¹⁴¹ Ibid, punkt 41.

¹⁴² Mål T-325/01 *DaimlerChrysler AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, p. 102.

verksamhet. Bland annat hade agenten inget inflytande över slutpriset för kunden. Dessutom fick de tyska agenterna inte bevilja rabatter utan samtycke av Daimler Chrysler. Agenten hade heller aldrig fordonet i sin ägo innan vidareförsäljning till slutkund. Agenten bar inte heller någon risk om fordonen inte blev sålda.¹⁴³ Agenten bar därmed ingen ekonomisk eller finansiell risk för kontraktsvarorna eller lagerkostnaderna eftersom huvudmannen bar de huvudsakliga riskerna. Tribunalen kunde därför inte likställa agentens agerande med en självständig återförsäljares.¹⁴⁴

Att agenterna var tvungna att stå för vissa kostnader, bland annat transportkostnader, ansågs inte vara risker av så pass stor omfattning att ett genuint agentförhållande skulle uteslutas.¹⁴⁵ Tribunalen menade att de tyska agenterna tillsammans med Daimler Chrysler utgjorde en ekonomisk enhet och därmed skulle undantas artikel 101.1 FEUF.¹⁴⁶

Enligt författaren Angela Huyue Zhang påminner förhållandet mellan en huvudman och en genuin agent om ett anställningsförhållande. Enligt Zhang är agenten nästan som en anställd för huvudmannen eftersom agenten enbart bär små kostnader som personal- och lokalkostnader. Vissa författare menar dock att kraven på att agenten inte får åta sig några risker är så pass vidsträckta att man trots förflyttningen från integreringskravet till riskkravet, ändå kan tala om integreringskravet eftersom att kraven är så pass snäva att det i praktiken ändå föreligger ett integreringskrav med huvudmannen.¹⁴⁷

Dock har utvecklingen i EU-domstolen bidragit till att agenten vid sidan av verksamheten hen utför för huvudmannen, kan ha en självständig verksamhet med generella investeringar i lokaler och personal. Detta innebär också att agenten kan agera som agent för flera huvudmän, utan att det påverkar bedömningen för ett genuint agentförhållande.¹⁴⁸

5.6 Bundeskartellamt:s inställning till genuina agentavtal

I ärendet gällande HRS i Bundeskartellamt som behandlades tidigare i uppsatsen, menade HRS att online-resebyrån skulle undantas tillämpningen av artikel 101.1 FEUF eftersom HRS kunde likställas med en genuin agent. Om ett genuint agentförhållande ansågs föreligga skulle HRS därmed ha rätt att använda prisparitetsklausuler med hotellen eftersom artikel 101.1 FEUF inte vore tillämplig.

Bundeskartellamt redogjorde kortfattat att HRS inte kunde likställas med en genuin agent i enlighet med EU-kommissionens vertikala riktlinjer. Enligt

¹⁴³ Mål T-325/01 *DaimlerChrysler AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, p. 97.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 102.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 113.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 113.

¹⁴⁷ A. Huyue Zhang, *Towards an Economic Approach to Agency Agreements*, s. 570.

¹⁴⁸ *Ibid*, s. 569.

Bundeskartellamt bar HRS för stora risker i sin verksamhet för att ett genuint agentavtal skulle aktualiseras. Bundeskartellamt pekade bland annat ut att HRS stod för sina egna marknadsföringskostnader för sitt eget varumärke och sina egna utvecklingskostnader för sin egen hemsida. Enligt Bundeskartellamt var det HRS som bar den fullständiga ekonomiska och finansiella risken, inte hotellet. Den nationella konkurrensmyndigheten påpekade även att huvudmannen, hotellet, inte hade möjlighet att påverka HRS verksamhet. Exempelvis kunde hotellet inte påverka HRS försäljningsområde eller andra aktiviteter relaterades till HRS.¹⁴⁹ Med andra ord ansågs ett genuint agentförhållande inte föreligga för HRS eftersom HRS bar en för stor risk genom att i omfattande utsträckning bära sina egna finansiella och ekonomiska risker.¹⁵⁰

I sin argumentation hänvisade Bundeskartellamt till EU-domstolens förhandsavgörande *Vlaamse Reisbureaus*. Som tidigare nämnts i förhandsavgörandet ansågs ett genuint agentförhållande inte föreligga mellan en resebyrå och en researrangör.¹⁵¹ Enligt Bundeskartellamt innebar detta att online-resebyråer inte heller kunde ses som genuina agenter eftersom online-resebyråerna agerade för flera hotell, och inte enbart för en huvudman.¹⁵²

5.7 Genuina agenter och online-förhållanden i litteraturen

Enligt författaren Pinar Akman kan online-resebyråer ses som genuina agenter i ljuset av EU:s konkurrensrätt. Enligt honom är online-resebyråer genuina agenter eftersom online-resebyrån aldrig köper in produkten för att senare sälja vidare produkterna. Hotellrummen är alltid i hotellens ägo, inte i online-resebyråernas ägo. Dessutom är det hotellet som sätter priset på produkten, inte online-resebyrån, vilket innebär att agenten inte kan påverka prissättningen vid försäljning. Online-resebyrån bär dessutom inget ansvar för om ett hotellrum inte reserveras och kan inte bli ansvarig mot tredje man för dess vårdslöshet. Författaren menar att förhållandet gentemot tredje part intygar att det är frågan om ett genuint agentförhållande.¹⁵³ Enligt författaren är en online-resebyrå och ett hotell därmed en ekonomisk entitet och ska därför undantas artikel 101.1 FEUF.¹⁵⁴ Enligt Akman bär online-resebyråerna ingen ekonomisk eller finansiell risk som faller under paragraf

¹⁴⁹ Decision of the Bundeskartellamt, B 9-121/13, *Booking.com*, English translation, not authentic, s. 54.

¹⁵⁰ P. Akman, *A Competition Law Assessment of Platforms Most-Favored-Customer Clauses*, s. 26.

¹⁵¹ Se stycke 5.4 för redogörelse av fallet *Vlaamse Reisbureaus*.

¹⁵² Decision of the Bundeskartellamt, B 9-121/13, *Booking.com*, English translation, not authentic, s. 54.

¹⁵³ P. Akman, *A Competition Law Assessment of Platforms Most-Favored-Customer Clauses*, s. 30-31.

¹⁵⁴ *Ibid*, s. 3.

14 i de vertikala riktlinjerna. Förhållandet mellan online-resebyrå och hotellet kan därför inte ses som ett klassiskt återförsäljaravtal.¹⁵⁵

Akman har även ifrågasatt Bundeskartellamt:s inställning till genuina agentavtal i fallet med HRS. Akman kritiserar framförallt Bundeskartellamt:s hänvisning till *Vlaamse Reisbureaus*. Akman kritiserar Bundeskartellamt för argumentet att ett genuint agentförhållande inte föreligger när online-resebyrå agerar för många huvudmän. Eftersom de nya vertikala riktlinjerna i artikel 13 inte nämner något integreringskrav är integreringskravet inte längre gällande. I artikel 13 står det uttryckligen att det inte är avgörande för om ett genuint agentförhållande föreligger om agenten agerar agent för en eller flera huvudmän. Därför menar Akman att Bundeskartellamt:s hänvisning till *Vlaamse Reisbureaus* inte är av relevans vid bedömningen för om ett genuint agentförhållande föreligger för en online-resebyrå.¹⁵⁶

Ytterligare en författare som uttalat sig gällande online-plattformar och genuina agentavtal är Julian Nowag. Han menar att det är svårt att se att ett genuint agentförhållande skulle föreligga för en online-resebyrå. För att ett genuint agentförhållande ska föreligga agerar agenten som en förlängning av huvudmannens verksamhet. Agentens huvudsakliga uppgift är att sälja eller förmedla så många varor som möjligt för huvudmannen. Enligt författaren brukar agenter i genuina agentförhållanden begränsas från att sälja konkurrerande produkter för att försäljningen ska gynna huvudmannen så mycket som möjligt. Nowag menar att förhållandet inte ser ut på ovan nämnda sätt när den ena avtalsparten är en online-plattform. För den som innehar en online-plattform är avsikten sällan att sälja enbart en huvudmans produkter. Individuella transaktioner för ett enda varumärke är inte det centrala i online-plattformens verksamhet. Enligt Nowag brukar det centrala i försäljningen på en online-plattform vara mängden bokningar och transaktioner. I sådana fall är det viktigare för en online-plattform att ha fler huvudmän, istället för enbart en huvudman. Enligt Nowag är det i så fall frågan om prisreglering för flera huvudmän, snarare än att de två parterna tillsammans skulle utgöra en ekonomisk entitet.¹⁵⁷

Nowag menar att parterna inte utgör en ekonomisk entitet tillsammans. Vid bedömningen om det föreligger en ekonomisk entitet ska enligt Nowag autonoma, legala och organisationella kopplingar mellan parterna tas i beaktan. Författaren menar att någon ekonomisk entitet inte föreligger för online-plattformar eftersom innehavaren av online-plattformar inte delar kostnader, vinster eller den ekonomiska risken för verksamheten med leverantören. Online-plattformens roll är att koppla samman säljaren och köparen, inte något annat.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Ibid, s. 30.

¹⁵⁶ P. Akman, *A Competition Law Assessment of Platforms Most-Favored-Customer Clauses*, s. 29.

¹⁵⁷ J. Nowag, *When Sharing Platforms Fix Sellers' Prices*, s. 18.

¹⁵⁸ Ibid, s. 9.

6 Analys

6.1 Hur regleras det konkurrensrättsliga förhållandet mellan online-resebyråer och hotell i gällande rätt?

För tillfället finns ingen specifik EU-förordning eller annan EU-reglering som speciellt reglerar vad som gäller i ett avtalsförhållande mellan en online-resebyrå och ett hotell. Istället måste redan existerande EU-rätt tillämpas på avtalsparterna. Vilka EU-rättsliga bestämmelser som blir tillämpliga på parterna beror på hur avtalsförhållandet mellan online-resebyrån och hotellet ser ut. Ett exempel på en omständighet som kan vara avgörande för vilken bestämmelse som aktualiseras på avtalsparterna är parternas marknadsandel på den relevanta marknaden.

Eftersom förhållandet mellan en online-resebyrå och ett hotell inte specifikt finns reglerat i EU-rätten, har nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter i stort sett haft fria händer att applicera EU-rätten på avtalsparterna. Detta har lett till att besluten från de nationella domstolarna och de nationella konkurrensmyndigheterna inte är entydiga eftersom det inte är klart vad som gäller när avtalsparterna är en online-resebyrå och ett hotell.

6.2 Är online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler konkurrensbegränsande enligt artikel 101.1 FEUF?

På grund av att någon exakt reglering för online-resebyråer och hotell inte finns i EU-rätten, har nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter kommit fram till olika slutsatser vad gäller avtalsparternas tillämpning av prisparitetsklausuler.

I vissa fall skiljer sig till och med besluten åt inom samma medlemsland. Exempelvis i Sverige tillät Konkurrensverket vertikala prisparitetsklausuler medan Patent- och marknadsdomstolen inte tillät användningen av vertikala prisparitetsklausuler.

Som vi kan se ur rättsfallen från de nationella domstolarna och de nationella konkurrensmyndigheterna, går utvecklingen mot en mera restriktiv tillämpning av vertikala prisparitetsklausuler. Samtliga domstolar och nationella konkurrensmyndigheter som redovisats i uppsatsen har varit

överens om att horisontella prisparitetsklausuler varit konkurrenshämmande och inte tillåtna enligt artikel 101.1 FEUF.

Det framstår som att de horisontella prisparitetsklausulerna inte ska tillåtas enligt artikel 101.1 FEUF. Som nämnts i kapitel två faller vertikala förhållanden inte lika lätt under artikel 101.1 FEUF eftersom parterna i vertikala avtal inte är verksamma på samma nivå i distributionskedjan och därmed inte konkurrerar med varandra. Horisontella avtal faller dock lättare under tillämpning av artikel 101.1 FEUF eftersom parterna i horisontella avtal är verksamma på samma marknad och på samma nivå i distributionskedjan. Samtliga domstolar och nationella konkurrensmyndigheter har beslutat att tillämpningen av horisontella prisparitetsklausuler där hotellen förhindras att ha lägre priser hos andra online-resebyråer är horisontella förhållanden.

Dessa horisontella prisparitetsklausuler faller under artikel 101.1 FEUF eftersom de har konkurrensbegränsande effekt. Om hotellen förbjuds ha lägre priser hos andra online-resebyråer är det uppenbart att dessa horisontella prisparitetsklausuler gör det svårare för nya online-resebyråer att etablera sig på marknaden då de inte kan konkurrera med lägre priser. De redan existerande online-resebyråerna behöver inte, tack vare de horisontella prisparitetsklausulerna, sänka sina provisioner eftersom priset är identiskt eller högre hos alla andra online-resebyråer som hotellen ingått avtal med. Detta tyder på att horisontella prisparitetsklausuler har konkurrenshämmande effekt på marknaden och att förbudet i artikel 101.1 FEUF aktualiseras.

Eftersom de horisontella prisparitetsklausulerna bidrar till etableringssvårigheter för nya online-resebyråer skulle det i slutändan ha förödande konsekvenser för konsumenten. Om färre online-resebyråer etablerar sig på marknaden, eller om många online-resebyråer blir utkonkurrerade av de redan stora online-resebyråerna, innebär det att konkurrensen på marknaden blir lidande. Om enbart de stora online-resebyråerna är kvar på marknaden kan det bidra till negativa konkurrensrättsliga effekter i form av högre priser på hotellrum. Syftet med artikel 101.1 FEUF är att det ska föreligga en sunt fungerande konkurrens inom EU, något som inte föreligger om online-resebyråerna får fortsätta med tillämpningen av horisontella prisparitetsklausuler. Eftersom VGUF inte är tillämpbar på horisontella förhållanden, utan enbart på vertikala, är undantaget i artikel 2 VGUF inte aktuellt för horisontella prisparitetsklausuler.

Det är inte lika lätt att avgöra om vertikala prisparitetsklausuler snedvrider konkurrensen så artikel 101.1 FEUF aktualiseras. Något klart svar för vad som gäller i den frågan har inte heller kunnat ges av nationella domstolar eller nationella konkurrensmyndigheter med tanke på hur besluten skiljer sig åt. Det intressanta är att utvecklingen gått mot en restriktivare inställning av vertikala prisparitetsklausuler, trots att något avgörande på EU-nivå eller någon EU-förordning som reglerar prisparitetsklausuler inte uppkommit

sedan nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter började uttala sig gällande vertikala prisparitetsklausuler.

Som tidigare nämnts är VGUF den centrala förordningen för vertikala avtal. Dock har samtliga nationella domstolar och nationella konkurrensmyndigheter som redogjorts i uppsatsen inte tillämpat VGUF för att online-resebyråerna haft en marknadsandel som överstigit 30 %. Med andra ord har domstolarna och konkurrensmyndigheterna endast tagit ställning till om online-resebyråer med en marknadsställning som överstiger 30 % har rätt att tillämpa vertikala prisparitetsklausuler. Dessa beslutsinstanser har inte beslutat om mindre online-resebyråer ska ha rätt att tillämpa vertikala prisparitetsklausuler och hur VGUF kan aktualiseras för sådana online-resebyråer.

Enligt artikel 2 i VGUF är artikel 101.1 FEUF inte tillämplig på vertikala förhållanden. Dock gäller inte undantaget i artikel 2 VGUF om parterna enligt artikel 4 a VGUF avtalat om återförsäljarpriser. Det intressanta är att EU-kommissionen i arbetsdokumentet som bifogades till slutrapporten om utredning av e-handelsbranschen uttalat att artikel 4 a VGUF inte är tillämplig på prisparitetsklausuler om parterna innehar en marknadsandel som understiger 30 %. Dock har Bundeskartellamt i målet med HRS, uttalat att prisparitetsklausuler kan falla under artikel 4 a VGUF eftersom prisparitetsklausuler kan påverka minimipriser. Dock tillade Bundeskartellamt att det inte var frågan om något fastställande av priser i ett återförsäljarförhållande eftersom online-resebyråernas tillämpning av prisparitetsklausuler inte fastställer några priser. Bundeskartellamt utvecklade inte sin talan desto mera eftersom Bundeskartellamt konstaterade att VGUF inte var tillämplig på grund av att online-resebyråen innehade en marknadsandel som översteg 30 %.

Om parterna innehar en marknadsandel som understiger 30 % i vertikala förhållanden är VGUF tillämplig på avtalsparterna. Jag kan inte annat än gå på EU-kommissionens linje i denna fråga. Vertikala prisparitetsklausuler förbjuds inte uttryckligen i artikel 4 a VGUF och borde därför vara tillåtna. Undantaget i artikel 2 i VGUF är tillämpligt eftersom parterna innehar en marknadsandel som är under 30 %. Konkurrensbegränsningar på vertikala avtal ska tillämpas ytterst försiktigt. Eftersom enbart vertikala avtal faller under VGUF är undantaget enbart aktuellt på vertikala prisparitetsklausuler, inte på horisontella prisparitetsklausuler. Dessa vertikala prisparitetsklausuler har ingen konkurrenshämmande effekt på marknaden. Snarare tvärtom, de bidrar till positiva konkurrensrättsliga effekter eftersom snålskjutsproblematiken inte uppstår.

Med andra ord faller mindre online-resebyråer med en marknadsandel som understiger 30 %, under undantaget i artikel 2 VGUF och vertikala prisparitetsklausuler är därmed tillåtna för dessa online-resebyråer.

För större online-resebyråer, som innehar en marknadsandel som överstiger 30 %, är som tidigare nämnts inte VGUF tillämplig. När det gäller de större

online-resebyråerna är avvägningen mellan snålskjutsproblematiken och hotellens rätt till fri prissättning det avgörande för om artikel 101.1 FEUF aktualiseras eller inte. Snålskjutsproblematiken skulle kunna leda till att online-resebyråernas investeringar och framtida verksamhet inte skulle kunna garanteras eftersom slutkunden i slutändan skulle reservera hotellrummet via hotellets egen hemsida.

Det är inte lätt att avgöra om vertikala prisparitetsklausuler är konkurrenshämmande eftersom besluten i de nationella konkurrensmyndigheterna och de nationella domstolarna skiljer sig åt. Det knepiga med vertikala prisparitetsklausuler är att bland annat att väga de negativa konkurrensrättsliga effekterna mot snålskjutsproblematiken.

I de senare avgörandena, bland annat från Patent- och marknadsdomstolen samt målet med Booking.com i Bundeskartellamt, har beslutsinstanserna ansett att snålskjutsproblematiken inte varit tillräckligt allvarlig för att online-resebyråerna ska få fortsätta med användningen av prisparitetsklausuler.

Argumenten för att snålskjutsproblematiken inte skulle föreligga har inte alla gånger varit övertygande. I ärendet gällande Booking.com i Bundeskartellamt menade Bundeskartellamt att snålskjutsproblematiken troligtvis inte skulle uppstå. Bundeskartellamt menade bland annat att sannolikheten var liten för att en kund skulle ha tid eller vetskap att klicka sig in på hotellens hemsidor för att hitta ett billigare erbjudande.

Bundeskartellamt:s argument för att snålskjutsproblematiken inte skulle uppstå för att människor inte vet hur man klickar sig in på en annan hemsida låter inte som ett övertygande argument. Som redogjorts i kapitel tre är online-handeln en ständigt växande bransch och EU utgör för tillfället den största marknaden för online-handel. Att påstå att kunder inte har vetskap om hur man använder internet är att vara naiv mot konsumenters internetvanor. Dagens tekniska utveckling där internet blir en allt större del av våra liv, skulle påståendet att slutkunden inte har kapacitet att på egen hand titta in på hotellets hemsida vara att underskatta slutkundens förmåga. Idag är det möjligt att enkelt byta mellan olika hemsidor med hjälp av några knapptryck.

Vertikala prisparitetsklausuler hindrar hotellen från att fritt sätta vilket pris de vill på sina egna hemsidor, utan de måste se till att samma eller lägre pris erbjuds hos online-resebyrån. Detta kränker hotellens rätt att fritt sätta priser på sina egna hemsidor vilket Bundeskartellamt och Patent- och marknadsdomstolen påpekade i målen. De vertikala prisparitetsklausulerna skapar även svårigheter för hotellen att ha egna erbjudanden på sina egna hemsidor. Hotellen kan inte fritt sätta vilket pris de vill på sina egna hemsidor, utan måste se till att samma pris eller lägre pris erbjuds hos online-resebyråerna. Detta kan leda till konkurrenshämmande effekter eftersom hotellen därmed inte kan erbjuda en rabatt som motsvarar online-resebyråns provision. Eftersom hotellen inte kan konkurrera med lägre

priser i deras egna försäljningskanaler kan det innebära att priserna på marknaden blir högre.

Dock måste jag gå på Konkurrensverkets linje vad gäller online-resebyråernas tillämpning av vertikala prisparitetsklausuler. Konkurrensverkets beslut var väldigt kort jämfört med avgöranden från Bundeskartellamt och Patent- och marknadsdomstolen. Dock gjorde Konkurrensverket sin slutsats tydlig. Enligt Konkurrensverket skulle ett förbud av vertikala prisparitetsklausuler innebära negativa konkurrensrättsliga effekter eftersom snålskjutsproblematiken skulle uppstå.

Jag kan inte annat än hålla med Konkurrensverket om att vertikala prisparitetsklausuler inte är konkurrenshämmande, snarare tvärtom – vertikala prisparitetsklausuler skulle ha positiv konkurrensrättslig effekt på marknaden jämfört med om de vertikala prisparitetsklausulerna inte fanns.

Om hotellen skulle få sätta lägre priser än online-resebyråerna skulle snålskjutsproblematiken troligtvis uppstå. Priset är det centrala för när konsumenten väljer sin produkt och utför sitt köp, vilket innebär att kunden skulle välja att boka hotellrummet via hotellets hemsidor för ett lägre pris. Om snålskjutsproblematiken skulle uppstå på marknaden skulle det ha förödande konsekvenser. En påtaglig snålskjutsproblematik skulle innebära att online-resebyråerna inte skulle kunna fortsätta med att bedriva deras verksamhet eftersom bokningarna huvudsakligen skulle genomföras hos hotellen. Detta skulle troligtvis drabba mindre hotell.

Som tidigare nämnts är alternativet att inte synas hos en online-resebyrå inte aktuellt för de flesta hotell eftersom hotellen inte kan erbjuda de prisjämförelsefunktioner, sökfunktioner och räckvidd som online-resebyråerna har. Online-resebyråernas tjänster är speciellt viktiga för mindre hotell för att de mindre hotellen ska kunna fortsätta driva sin verksamhet. De mindre hotellen som inte har tillgångarna att driva dyra marknadsföringskampanjer eller dyra hemsidor behöver använda sig av online-resebyråernas tjänster för att nå ut till slutkunden. Sannolikheten för att upptäckas av konsumenten minskar om hotellet inte exponeras hos online-resebyråerna. Om online-resebyråerna inte skulle finnas skulle troligtvis de mindre hotellen konkurreras ut av de större hotellen som har resurser att marknadsföra sig och nå ut till kunderna i en större grad. I slutändan skulle detta drabba slutkunden negativt eftersom utbudet av hotell skulle sjunka drastiskt på marknaden. Ett mindre utbud av hotell skulle därmed även kunna leda till högre hotellpriser för att konkurrensen på marknaden vore mindre. De negativa konkurrensrättsliga effekterna kan motverkas med hjälp av tillämpningen av vertikala prisparitetsklausuler.

Det kan därför ifrågasättas varför inställningen till vertikala prisparitetsklausuler blivit mera restriktiv, med tanke på att risken för snålskjuts förfarande finns samt att konsekvenserna av snålskjutsproblematiken skulle ha negativa konkurrensrättsliga effekter.

Vid en avvägning mellan hotellens rätt att fritt sätta sina egna priser eller risken för snålskjutsproblematik vid användningen av vertikala prisparitetsklausuler, väger argumentet för snålskjuts tyngre. Ett totalförbud, likt Frankrike, är alltså inte rätt väg att gå.

Än har online-resebyråernas användning av prisparitetsklausuler inte avgjorts av EU-domstolen. På grund av att medlemsländerna beslutat olika gällande användningen av prisparitetsklausuler innebär det att online-resebyråerna tillämpar prisparitetsklausuler på olika vis i olika länder inom EU, trots att EU-rätten är harmoniserad. Detta skapar rättsosäkerhet och är inget eftersträfvansvärt i EU. Det återstår att se hur online-resebyråernas framtid gällande användningen av prisparitetsklausuler kommer se ut.

6.3 Kan online-resebyråerna undantas artikel 101.1 FEUF eftersom de faller under den konkurrensrättsliga definitionen av genuin agent?

Frågan om online-resebyråer faller under den konkurrensrättsliga definitionen av genuin agent har inte diskuterats i någon större omfattning i litteraturen eller hos nationella konkurrensmyndigheter och nationella domstolar.

EU-domstolen har inte heller behandlat denna fråga. Bundeskartellamt har däremot i målet med HRS uttalat att online-resebyrå inte kunde likställas med en genuin agent enligt EU-kommissionens vertikala riktlinjer.

Bundeskartellamt fattar sig väldigt kort i frågan om HRS kan ses som en genuin agent. I sina argument för att ett genuint agentförhållande inte föreligger för HRS hänvisar Bundeskartellamt till målet *Vlaamse Reisbureaus*. Det kan ifrågasättas att Bundeskartellamt hänvisar till målet *Vlaamse Reisbureaus* som betonar integreringskravet, när EU-kommissionen i de vertikala riktlinjerna paragraf 13, särskilt framhäver att det inte är avgörande i bedömningen om agenten agerar som agent för en eller flera huvudmän. Enligt paragraf 13 i de vertikala riktlinjerna är det avgörande för om ett genuint agentförhållande föreligger beroende av vilken ekonomisk eller finansiell risk agenten åtar sig för verksamheten han utför för huvudmannen. Eftersom paragraf 13 i de vertikala riktlinjerna uttryckligen nämner att det inte är av relevans om agenten agerar för flera huvudmän, håller jag med författaren Pinar Akman om att Bundeskartellamt argument med hänvisning till *Vlaamse Reisbureaus* inte är aktuell för bedömningen om HRS faller under definitionen för en genuin agent.

Det avgörande för om ett genuint agentförhållande föreligger i enlighet med de nuvarande vertikala riktlinjerna är den ekonomiska eller finansiella risk som agenten åtar sig i verksamheten hen utför för huvudmannen.

Bundeskartellamt menar i målet med HRS att online-resebyrån åtagit sig en för stor risk i sin verksamhet, bland annat i form av egna marknadsföringskostnader, och kan därmed inte ses som en genuin agent.

Dock nämns det i paragraf 15 i de vertikala riktlinjerna att kostnader som är hänförliga till agentens egen verksamhet inte påverkar bedömningen för ett genuint agentförhållande. Detta framkommer även i EU-domstolens förhandsavgörande CEPSA. I målet nämndes det bland annat att agentens kostnader för egen lokal och egen personal inte var av relevans vid bedömningen om ett genuint agentförhållande förelåg. Bundeskartellamt:s bedömning om att HRS åtagit sig en för stor risk är något jag inte håller med om med hänvisning till målet CEPSA och de vertikala riktlinjerna paragraf 15. Kostnaderna som HRS haft, har enbart varit HRS egna kostnader för att online-resebyrån ska kunna bedriva sin egen verksamhet. Att online-resebyråerna står för sina egna kostnader i form av bland annat kostnaderna för online-plattformen, personallöner och marknadsföringskostnader är inget som påverkar bedömningen för om online-resebyrån kan ses som en genuin agent. Kostnaderna som HRS haft har alltså inte varit ekonomiska eller finansiella risker som är hänförliga till verksamheten agenten ska bedriva för huvudmannen.

Som Pinar Akman argumenterade, åtar sig online-resebyråerna inga avtalsspecifika risker när online-resebyrån förmedlar hotellbokningarna för hotellen. Bland de avtalsspecifika riskerna i paragraf 14 och 16 i de vertikala riktlinjerna bär online-resebyrån exempelvis inga lagerkostnader för hotellen. Online-resebyrån bär inte heller någon ekonomisk eller finansiell risk för om hotellrummet inte blir bokat. Samtidigt övergår ingen äganderätt till online-resebyrån utan äganderätten av hotellrummet är hela tiden hos hotellet. Online-resebyrån är inte heller ansvarig om slutkunden skulle vara vårdslös med hotellrummet som online-resebyrån förmedlat. Online-resebyrån åtar sig därmed inga avtalsspecifika risker vid förmedling av hotellen till slutkunden. Ifall hotellet däremot skulle ha hotellrummet i sin ägo skulle det likt fallet *Volkswagen* inte bli aktuellt med ett genuint agentförhållande eftersom agentens finansiella och ekonomiska risk vore för stor.

Online-resebyrån åtar sig inte heller några marknadsspecifika risker i enlighet med paragraf 14 i de vertikala riktlinjerna. Exempelvis har online-resebyrån inte behövt införskaffa demoprojekter eller investera i utrustning som enbart passar ett specifikt hotell. Online-resebyrån står inte heller för några kostnader för hotellen. Exempelvis behöver online-resebyrån inte betala för hotellens egna marknadsföringskostnader eller för hotellens personal.

I målet *Daimler Chrysler* satte huvudmannen priserna på produkterna och de genuina agenterna hade rätt till provision vid försäljning av bilar. För online-resebyråer som använder sig av agentmodellen fungerar det på liknande vis. Hotellen sätter de slutgiltiga priserna för hotellrummen och online-resebyrån har rätt till en provision för varje genomförd bokning.

Likt målet *Daimler Chrysler*, där de tyska agenterna inte hade någon äganderätt till bilarna som skulle förmedlas, har online-resebyråerna inte någon äganderätt till hotellrummen de förmedlar för hotellen. Istället tjänar online-resebyråernas sina pengar på provision för varje genomförd bokning.

Eftersom online-resebyråerna inte åtar sig några finansiella eller ekonomiska risker enligt paragraf 13 i de vertikala riktlinjerna har jag kommit fram till samma slutsats som Akman och menar att online-resebyråerna faller under definitionen för en genuin agent i paragraf 12 i de vertikala riktlinjerna och ska därmed undantas artikel 101.1 FEUF.

Undantaget i paragraf 19 i de vertikala riktlinjerna är enligt min bedömning inte tillämpligt på online-resebyråer eftersom online-resebyråerna inte begränsar hotellen från att använda andra online-resebyråer. Inte heller undantaget i paragraf 20 i de vertikala riktlinjerna aktualiseras för online-resebyråerna eftersom något kollektivt uteslutande av agenter inte förekommer bland hotellen.

Det är dock förståeligt att det är svårt att se att online-resebyråerna kan likställas med genuina agenter i enlighet med EU-kommissionens vertikala riktlinjer. I förhandsavgörandena från EU-domstolen som redovisats i uppsatsen, har inga av parterna varit verksamma online. I målen har parterna varit verksamma i den klassiska fysiska handeln där geografiska gränser och fysisk överflyttning av varor är mer konkreta. Även i EU-kommissionens vertikala riktlinjer behandlas många fysiska fenomen, som lagerkostnader och transportkostnader. Online-förhållanden var kanske inte i åtanke när EU-kommissionens vertikala riktlinjer upprättades. Det kan därför vara svårt att tillämpa de vertikala riktlinjerna på online-resebyråer för att deras sätt att göra affärer skiljer sig från den traditionella fysiska handeln.

Förhållandet mellan en online-resebyrå och ett hotell kanske inte liknar ett klassiskt agentförhållande som EU-kommissionen nämner i de vertikala riktlinjerna eller i EU-domstolens förhandsavgöranden. Dock uppfyller online-resebyråerna kraven för att ett genuint agentförhållande ska föreligga enligt EU-kommissionens vertikala riktlinjer. Det innebär bland annat att prisreglering mellan parterna inte faller under artikel 101.1 FEUF gällande konkurrensbegränsande avtal. Om EU-kommissionen menar att online-resebyråer inte ska falla under definitionen för genuin agent i de vertikala riktlinjerna borde EU-kommissionen uttryckligen undanta online-resebyråer i de vertikala riktlinjerna.

Eftersom online-resebyråerna faller under definitionen för genuin agent är artikel 101.1 FEUF inte tillämplig vilket innebär att avtalsparterna kan tillämpa prisparitetsklausuler för att klausulerna inte faller under förbudet av konkurrenshämmande avtal.

Sammanfattningsvis går det att konstatera att det är problematiskt att det inte finns någon EU-rättslig reglering för när avtalsparterna är en online-resebyrå och ett hotell. Detta avtalsförhållande är ett relativt nytt fenomen

tack vare internets spridning. På grund av att det är oklart för vad som gäller mellan en online-resebyrå och ett hotell orsakar det rättsosäkerhet i EU i form av bland annat icke entydiga beslut i medlemsländerna.

Det finns inget som tyder på att konsumenters online-användning kommer avta. Att konsumenter väljer att boka hotellrum, produkter och tjänster via internet lär därmed inte minska i popularitet. Det är därför upp till EU att klargöra för vad som ska gälla mellan en online-resebyrå och ett hotell och på det viset garantera rättssäkerheten inom Gemenskapen.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur och artiklar

Akman, Pinar (2016), *A Competition Law Assessment of Platforms Most-Favored-Customer Clauses*, i: *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford University Press.

Bernitz, Ulf (2015), *Svensk och europeisk marknadsrätt I : konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, Norstedts Juridik.

Billard, Olivier & Honoré, Pierre (2015), *Most Favored Nation Clauses: A French Perspective on the Booking.com Case*, Competition Policy International.

Christou, Richard (2008), *International Agency, Distribution and Leasing Agreements*, Sweet & Maxwell.

Colangelo, Margherita (2017), *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, i: *8 (1) Journal of European Competition Law & Practice* 3-14.

Ezrachi, Ariel (2015), *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, i: *European Competition Journal*.

Huyue Zhang, Angela (2012), *Towards an Economic Approach to Agency Agreements*, i: *Journal of Competition Law & Economics*, King's College London Law School Research Paper No. 2013-5.

Nowag, Julian (2018), *When Sharing Platforms Fix Sellers' Prices*, i: *Journal of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press.

Vandenborre, Ingrid & Frese, Michael J. (2014), *Most Favoured Nation Clauses Revisited*, i: *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell.

Whish, Richard & Bailey David (2018), *Competition Law*, Oxford University Press.

Wijckmans, Franck m.fl. (2018), *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, Karnov Group.

EU-kommissionen

Kommissionens tillkännagivande om exklusiva agentavtal med handelsagenter EGT L 139, 24.12.1962

Tillkännagivande från kommissionen, riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01)

Europeiska kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01)

Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Slutlig rapport om utredning av e-handelsbranschen

Material från nationella myndigheter

Konkurrens och tillväxt på digitala marknaden, Ett regeringsuppdrag om e-handel och delningsekonomi, Konkurrensverkets rapport 2017:2

Case Summary from 9 March 2016: 'Best price' clause of online hotel portal Booking also violates competition law, B 9-121/13

Press release, 21 April 2015: Online hotel booking sector, Autorité de la concurrence, mål 15-D-06

Rättsfallsförteckning

Förhandsavgöranden från EU-domstolen

Mål C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* mot *Compañía Española de Petróleos*, EU:C:2006:784

Mål C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA* mot *LV Tobar e Hijos SL*, EU:C:2008:485

Mål C-266/93 *Bundeskartellamt* mot *Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH*, EU:C:1995:345

Mål T-325/01 *Daimler Chrysler AG* mot *Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:2005:322

Mål 311/85 *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisebureaus* mot *ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, EU:C:1987:418

Mål C-41/90 *Klaus Höfner och Fritz Elser* mot *Macrotron GmbH*, EU:C:1991:161

Nationella domar

Visita mot Booking.com 2018-07-20, mål PMT 13013-16

Beslut från nationella konkurrensverk

Decision of the Bundeskartellamt on 20.12.2013, B 9 – 66/10, HRS, English translation, not authentic

Konkurrensverkets beslut, 2015-04-15, Dnr 596/2013

Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne

Decision of the Bundeskartellamt, B 9-121/13, *Booking.com*, English translation, not authentic