



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

A.M. COLLINS

fremsat den 6. juni 2024<sup>1</sup>

**Sag C-264/23**

**Booking.com BV,  
Booking.com (Deutschland) GmbH  
mod  
25hours Hotel Company Berlin GmbH,  
Aletto Kudamm GmbH,  
Air-Hotel Wartburg Tagungs- & Sporthotel GmbH,  
Andel's Berlin Hotelbetriebs GmbH,  
Angleterre Hotel GmbH & Co. KG,  
Atrium Hotelgesellschaft mbH,  
Azimut Hotelbetrieb Köln GmbH & Co. KG,  
Barcelo Cologne GmbH,  
Business Hotels GmbH,  
Cocoon München GmbH,  
DJC Operations GmbH,  
Dorit GmbH,  
Eleazar Novum GmbH,  
Empire Riverside Hotel GmbH & Co. KG,  
Explorer Hotel Fischen GmbH & Co. KG,  
Explorer Hotel Nesselwang GmbH & Co. KG,  
Explorer Hotel Schönaa GmbH & Co. KG,  
Fleming's Hotel Management und Servicegesellschaft mbH & Co. KG,  
G. Stürzer GmbH Hotelbetriebe,  
Hotel Bellevue Dresden Betriebs GmbH,  
Hotel Europäischer Hof W.A.L. Berk GmbH & Co KG,  
Hotel Hafen Hamburg. Wilhelm Bartels GmbH & Co. KG,  
Hotel John F GmbH,  
Hotel Obermühle GmbH,  
Hotel Onyx GmbH,  
Hotel Rubin GmbH,  
Hotel Victoria Betriebs- und Verwaltungs GmbH,  
Hotel Wallis GmbH,**

<sup>1</sup> – Originalsprog: engelsk.

**i31 Hotel GmbH,  
IntercityHotel GmbH,  
ISA Group GmbH,  
Kur-Cafe Hotel Allgäu GmbH,  
Lindner Hotels AG,  
M Privathotels GmbH & Co. KG,  
Maritim Hotelgesellschaft mbH,  
MEININGER Shared Services GmbH,  
Oranien Hotelbetriebs GmbH,  
Platzl Hotel Inselkammer KG,  
prize Deutschland GmbH,  
Relexa Hotel GmbH,  
SANA BERLIN HOTEL GmbH,  
SavFra Hotelbesitz GmbH,  
Scandic Hotels Deutschland GmbH,  
Schlossgarten Hotelgesellschaft mbH,  
Seaside Hotels GmbH & Co. KG,  
SHK Hotel Betriebsgesellschaft mbH,  
Steigenberger Hotels GmbH,  
Sunflower Management GmbH & Co. KG,  
The Mandala Hotel GmbH,  
The Mandala Suites GmbH,  
THR Hotel am Alexanderplatz Berlin Betriebs- und Management GmbH,  
THR III Berlin Prager-Platz Hotelbetriebs- und Beteiligungsgesellschaft mbH,  
THR München Konferenz und Event Hotelbetriebs- und Management GmbH,  
THR Rhein/Main Hotelbetriebs- und Beteiligungs-GmbH,  
THR XI Berlin Hotelbetriebs- und Beteiligungsgesellschaft mbH,  
THR XXX Hotelbetriebs- und Beteiligungs-GmbH,  
Upstalsboom Hotel + Freizeit GmbH & Co. KG,  
VI VADI HOTEL Betriebsgesellschaft mbH & Co. KG,  
Weissbach Hotelbetriebsgesellschaft mbH,  
Wickenhäuser & Egger AG,  
Wikingerhof GmbH & Co. KG,  
Hans-Hermann Geiling Hotel Präsident,  
Karl Herfurtner, Hotel Stadt München eK**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam, Nederlandene))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – aftaler mellem virksomheder – kontrakter mellem en onlineplatform til hotelreservationer og hoteller – prisparitetsklausuler – artikel 101 TEUF – accessoriske begrænsninger – gruppefritagelse – vertikale aftaler – forordning (EU) nr. 330/2010 – afgrænsning af markedet«

## I. Indledning

1. I den foreliggende sag er der behov for, at Domstolen besvarer to nye og væsentlige spørgsmål, der er opstået ved anvendelse af konkurrenceretten på digitale markeder. Er brede og smalle prisparitetsklausuler accessoriske begrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF? Hvilke retlige principper finder anvendelse ved afgrænsningen af det relevante produktmarked for en tosidet digital platform som Booking.com?

## II. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

2. Virksomheden Booking.com BV, der blev stiftet i Nederlandene i 1996, driver en onlineplatform under samme navn til hotelreservationer<sup>2</sup>. Booking.com fungerer som formidler mellem udbydere af hotel tjenesteydelser og kunder. Virksomheden fastsætter ikke prisen for de hotelværelser, der udbydes på dennes platform. Slutkunder betaler ikke gebyr for at anvende Booking.com. Når en slutkunde foretager en reservation gennem Booking.com, betaler hotellet en provision til platformen. Slutkunder kan reservere hotelværelser direkte hos hotellerne (via telefon, e-mail eller hotellernes websteder) eller gennem et »fysisk« rejsbureau. Via sin platform udbyder Booking.com hotelværelser på mere end 1,2 mio. hoteller over hele verden.

3. Da Booking.com begav sig ind på det tyske marked i 2006, var onlinereservation af hoteller usædvanlig, og de fleste hotelværelser blev booket direkte hos hotellet. Andre onlinerejsbureauer, herunder Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH (herefter »HRS«) og Expedia Inc., var etableret i Tyskland. Disse onlinerejsbureauer anvendte brede prisparitetsklausuler i deres kontrakter med hotellerne. Disse klausuler forhindrede hotellerne i at tilbyde værelser til en lavere pris gennem deres egne direkte salgskanaler og øvrige salgskanaler, herunder konkurrerende onlinerejsbureauer.

4. Bundeskartellamt (forbundskonkurrencemyndigheden, Tyskland) indledte i 2010 en undersøgelse af HRS' anvendelse af brede prisparitetsklausuler. Den 20. december 2013 traf denne myndighed en afgørelse, hvorved den fastslog, at de brede prisparitetsklausuler, der blev anvendt i kontrakter mellem HRS og hoteller, var i strid med artikel 101 TEUF og den tilsvarende bestemmelse i tysk ret (herefter »HRS-afgørelsen«). I 2013 indledte bundskonkurrencemyndigheden tillige en undersøgelse af Booking.com for så vidt angår de brede prisparitetsklausuler, som virksomheden anvendte i sine kontrakter.

5. Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf, Tyskland) frifandt ved dom af 9. januar 2015 den sagsøgte i et annulationssøgsmål, der var anlagt til prøvelse af HRS-afgørelsen (herefter »HRS-dommen«). HRS appellerede ikke afgørelsen, der er blevet endelig.

6. I juli 2015 indstillede Booking.com, efter konsultation med de franske, de italienske og de svenske konkurrencemyndigheder, anvendelsen af de brede prisparitetsklausuler, som virksomheden indtil da havde anvendt i samtlige kontrakter. Booking.com erstattede disse klausuler med smalle prisparitetsklausuler. Sidstnævnte hindrer hoteller i at tilbyde værelser til en lavere pris via deres direkte salgskanaler.

<sup>2</sup> – Onlineplatforme, der benyttes til hotelreservationer, kaldes ofte »onlinerejsbureauer« og vil blive betegnet således i dette forslag til afgørelse.

7. Den 22. december 2015 afgjorde Bundeskartellamt (forbundskonkurrencemyndigheden), at smalle prisparitetsklausuler er i strid med artikel 101 TEUF og den tilsvarende bestemmelse i tysk ret (herefter »Booking.com-afgørelsen«). Bundeskartellamt fandt, at klausulerne begrænsede konkurrencen på markedet for udbud af hotelopholdsydelser og, i praksis, konkurrencen på markedet for levering af onlineformidlingstjenester via platforme for hoteller<sup>3</sup>. Som følge af Booking.coms store andel af det relevante marked var klausulerne ikke fritaget i medfør af Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis<sup>4</sup> (herefter »den tidligere gruppefritagelsesforordning«). Betingelserne for anvendelse af en individuel fritagelse efter artikel 101, stk. 3, TEUF var heller ikke opfyldt.

8. Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf) fastslog ved kendelse af 4. juni 2019, at smalle prisparitetsklausuler begrænser konkurrencen, men at de er nødvendige med henblik på at undgå parasitisk adfærd. Klausulerne forhindrede hotellerne i at anvende Booking.com til at opnå kontakt med kunderne og herefter anspore disse til at booke direkte hos hotellerne. Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf) fandt, at klausulerne er at anse for accessoriske begrænsninger, der ikke er i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF. Retten annullerede derfor Booking.com-afgørelsen.

9. Den 18. maj 2021 ophævede Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) dommen og stadfæstede Booking.com-afgørelsen. Forbundsdomstolen fastslog, at smalle prisparitetsklausuler begrænser konkurrencen på markedet for levering af hotelopholdsydelser. I den tidligere fritagelsesforordning var klausulerne hverken fritaget eller at anse for accessoriske begrænsninger. Afvejningen af konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger af smalle prisparitetsklausuler skal udøves på grundlag af en konkret vurdering efter artikel 101, stk. 3, TEUF. Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) fandt, at klausulerne ikke var objektivt nødvendige med henblik på at gennemføre en hovedtransaktion, da det ikke var godtgjort, at Booking.coms rentabilitet ville blive kompromitteret uden disse klausuler.

10. I 2020 anlagde organisationen Hotelverband Deutschland (IHA) eV, der repræsenterer over 2 600 hoteller, et erstatningssøgsmål mod Booking.com ved Landgericht Berlin (den regionale ret i første instans i Berlin, Tyskland).

11. Booking.com har den 23. oktober 2020 anlagt sag ved Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam, Nederlandene) med påstand om, at det fastslås, at virksomheden ved anvendelsen af prisparitetsklausulerne ikke handlede i strid med artikel 101 TEUF. I forbindelse med sagsanlægget har 62 tyske hoteller fremsat et modkrav om erstatning fra Booking.com som følge af virksomhedens overtrædelse af artikel 101 TEUF (herefter »hotellerne, der har fremsat modkrav«). To væsentlige retlige problemstillinger er omtvistede ved retten.

<sup>3</sup> – Ifølge forbundskonkurrencemyndigheden havde hotellerne ingen egentlig interesse i at tilbyde værelser til en lavere pris gennem andre onlinerejsebureauer. De smalle prisparitetsklausuler, som Booking.com anvendte, medførte, at de pågældende værelser skulle udbydes til højere priser på hotellernes direkte salgskanaler, hvorved priserne svarede til de priser, der blev udbudt via Booking.com.

<sup>4</sup> – EUT 2010, L 102, s. 1. Det fremgik af den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 2, stk. 1, at artikel 101, stk. 1, TEUF i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF og med forbehold af denne forordnings bestemmelser var uanvendelig på vertikale aftaler, for så vidt som disse aftaler indeholdt vertikale begrænsninger. Fritagelsen gjaldt efter den tidligere gruppefritagelsesforordning (artikel 3, stk. 1) under forudsætning af, at leverandørens markedsandel ikke oversteg 30% af det relevante marked, hvor denne solgte aftalevarerne eller -tjenesterne, og af at køberens markedsandel ikke oversteg 30% af det relevante marked, hvor denne købte aftalevarerne eller -tjenesterne. Kommissionens forordning (EU) 2022/720 af 10.5.2022 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EUT 2022, L 134, s. 4; herefter »den nye gruppefritagelsesforordning«) erstattede den tidligere gruppefritagelsesforordning.

12. For det første skal det afklares, om en prisparitetsklausul er at anse for en accessorisk begrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF? Booking.com har gjort gældende, at brede og smalle prisparitetsklausuler er accessoriske begrænsninger, idet de hindrer hoteller i at benytte førstnævntes ydelser uden betaling og dermed imødegår parasitisk adfærd. Hotellerne, der har fremsat modkrav, har gjort gældende, at den ophørte anvendelse af klausulerne i 2016 ikke var forbundet med mærkbare negative konsekvenser for Booking.coms aktiviteter, og at der således alene forelå en begrænset risiko for parasitisk adfærd.

13. Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam) har tillige anført, at der foreligger uklarhed vedrørende behandlingen af prisparitetsklausuler, hvilket afspejles i de forskellige vurderinger, der er foretaget ved Bundeskartellamt (forbundskonkurrencemyndigheden) og Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf). Retten har tilføjet, at der i national lovgivning i Belgien, Frankrig, Italien og Østrig er forbud mod anvendelse af brede og smalle prisparitetsklausuler.

14. Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam) har for det andet bemærket, at der, hvis prisparitetsklausuler ikke er at anse for accessoriske begrænsninger, er behov for en afgrænsning af det relevante produktmarked med henblik på at afklare, om den tidligere gruppefritagelsesforordning finder anvendelse. Retten har bemærket, at der ifølge Kommissionens tidligere meddelelse om afgrænsning af det relevante marked som omhandlet i Unionens konkurrenceret<sup>5</sup> er behov for at vurdere efterspørgselssubstitution og udbudssubstitution med henblik på afgrænsning af det relevante produktmarked<sup>6</sup>.

15. Booking.com har gjort gældende, at det relevante produktmarked er markedet for distribution og booking af hotelophold, der er et tosidet marked. De forskellige online- og offlinedistributionskanaler er substituerbare for hoteller og slutkunder, og de tilhører således det samme relevante produktmarked. Ifølge en økonomisk rapport, der er udarbejdet på Booking.coms foranledning, anvendte 62% af de tyske slutkunder i 2014 mellem to og fire websteder, når de bookede hotelophold. 46% af de slutkunder, der anvendte onlinerejsebureauer, benyttede tillige metasøgemaskiner. I 2015 blev 60% af hotelreservationerne gennemført offline.

16. Ifølge hotellerne, der har fremsat modkrav, fungerer onlinerejsebureauer til reservation af hoteller derimod på et andet produktmarked, da de udbyder søgning, sammenligning og reservation. Offline-distribution af hotelydelser og hotellernes direkte salgskanaler fungerer således på et andet relevant produktmarked.

17. Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam) har antydnet en modsætning mellem argumentet, hvorefter hotellernes direkte salgskanaler udgør et afgrænset produktmarked, og argumentet, hvorefter smalle prisparitetsklausuler begrænser konkurrencen mellem onlinerejsebureauer, såsom Booking.com, og hotellernes direkte salgskanaler. Retten har tillige bemærket, at Kommissionens afgørelse K(2011) 3913 endelig af 30. maj 2011 (sag nr. COMP/M.6163 – AXA/PERMIRA/OPODO/GO VOYAGES/EDREAMS), hvorefter det relevante produktmarked omfatter onlinesalg af flybilletter via onlinerejsebureauer og luftfartsselskabernes egne websteder, synes at understøtte Booking.coms opfattelse.

<sup>5</sup> – EFT 1997, C 372, s. 5.

<sup>6</sup> – Meddelelsen er efterfølgende erstattet af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C, C/2024/1645; herefter »den seneste meddelelse om afgrænsning af det relevante marked«).

18. Ifølge sammenfatningen af interessenthøringen i forbindelse med evalueringen af meddelelsen om markedsafgrænsning af 18. december 2020 (herefter »sammenfatningen af interessenthøringen«)<sup>7</sup> er der hverken i den økonomiske litteratur eller i konkurrencemyndighedernes afgørelsespraksis enighed om afgrænsningen af flersidede markeder. Der er uenighed om, hvorvidt de bør afgrænses som flere relevante markeder (på grundlag af platformens særskilte dimensioner) eller som et enkelt marked (der omfatter alle platformens dimensioner)<sup>8</sup>.

19. Under disse omstændigheder har Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal den brede og den smalle paritetsklausul anses for en tillægsaftale inden for rammerne af artikel 101, stk. 1, TEUF?
- 2) Hvordan skal det relevante marked afgrænses i forbindelse med anvendelsen af forordning [nr. 330/2010], hvis transaktioner afvikles via [et onlinerejsebureau], hvor hoteller tilbyder værelser og kan komme i kontakt med rejsende, som kan booke et værelse via platformen?«

20. Booking.com, hotellerne, der har fremsat modkrav, den tyske, den græske, den spanske og den østrigske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Booking.com, hotellerne, der har fremsat modkrav, den tyske og den spanske regering samt Kommissionen har fremsat mundtlige indlæg og besvaret Domstolens spørgsmål i retsmødet den 29. februar 2024.

### III. Bedømmelse

#### A. Formaliteten

21. Hotellerne, der har fremsat modkrav, og den tyske regering har rejst formalitetsindsigelse vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse.

22. De har for det første gjort gældende, at anmodningen om præjudiciel afgørelse bør afvises, da den ikke opfylder betingelserne i henhold til artikel 94 i Domstolens procesreglement. Forelæggelsen omfatter ikke alle relevante faktiske omstændigheder, nemlig at begge de spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, er behandlet ved Booking.com-afgørelsen og HRS-afgørelsen. De tyske retter har stadfæstet afgørelserne, og de er nu endelige. Hotellerne, der har fremsat modkrav, har gjort gældende, at den forelæggende ret er bundet af konklusionerne i disse afgørelser, mens den tyske regering har anført, at afgørelserne i det mindste udgør prima facie-bevis for, at der foreligger en overtrædelse.

<sup>7</sup> – Ares(2020)7730543.

<sup>8</sup> – Sammenfatningen af interessenthøringen, s. 8. Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam) har henvist til et arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene med titlen »Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law« af 9.12.1997 (SWD(2021) 199 final; herefter »arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene«), der drager en lignende konklusion (jf. s. 54), idet det nøjagtige citat findes i sammenfatningen af interessenthøringen.

23. Hotellerne, der har fremsat modkrav, har for det andet anført, at spørgsmålene alene er hypotetiske, da den forelæggende ret er bundet af de tyske retters afgørelser. På tilsvarende måde har den tyske regering anført, at der ikke er grundlag for forelæggelsen, da Booking.com-afgørelsen og HRS-afgørelsen, der er stadfæstet af de tyske retter, har fjernet enhver tvivl om fortolkningen af EU-retten.

24. For det tredje bør spørgsmålene afvises, da de ikke vedrører fortolkning af EU-retten, men snarere dennes anvendelse. Det er ikke muligt på teoretisk grundlag at besvare spørgsmålet om, hvorvidt brede og smalle prisparitetsklausuler er accessoriske begrænsninger uden inddragelse af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de indgår. Definitionen af et relevant produktmarked er ikke et retligt begreb, men forudsætter snarere en konkret bedømmelse.

25. Det fremgår af fast retspraksis, at proceduren efter artikel 267 TEUF er et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af EU-retten, som er nødvendige for, at de kan afgøre de for dem verserende tvister. Inden for rammerne af dette samarbejde tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom<sup>9</sup>.

26. Det følger heraf, at der gælder en formodning for, at de spørgsmål om EU-rettens fortolkning, som den nationale ret har forelagt på baggrund af de retlige og faktiske omstændigheder, som den har ansvaret for at fastlægge – og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve – er relevante. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er hypotetisk, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål<sup>10</sup>.

27. For så vidt angår den første formalitetsindsigelse vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse fastlægges med forelæggelseskendelsen de nødvendige faktiske, retlige og processuelle oplysninger, hvorved Domstolen kan besvare de stillede spørgsmål. Forelæggelseskendelsen omfatter navnlig detaljerede oplysninger om HRS-afgørelsen, Booking.com-afgørelsen og de efterfølgende afgørelser, der er truffet ved de tyske retter, vedrørende de to førstnævnte afgørelser.

28. For så vidt angår betydningen af de administrative afgørelser og de efterfølgende afgørelser ved de tyske retter under sagen ved den forelæggende ret er det materielle anvendelsesområde for Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret<sup>11</sup> begrænset til at omfatte erstatningssøgsmål anlagt for overtrædelser af konkurrencereglerne. Det omfatter derfor ikke andre former for søgsmål, der vedrører overtrædelser af konkurrencereglerne<sup>12</sup>, såsom søgsmål med påstand om, at det fastslås, at der ikke foreligger en lovovertrædelse, hvor en national ret

<sup>9</sup> – Dom af 8.12.2016, Eurosaneamientos m.fl. (C-532/15 og C-538/15, EU:C:2016:932, præmis 26 og 27 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>10</sup> – Ibidem, præmis 28.

<sup>11</sup> – EUT 2014, L 349, s. 1.

<sup>12</sup> – Dom af 20.4.2023, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (C-25/21, EU:C:2023:298, præmis 31).

giver mulighed for sådanne. Selv om Booking.com ønsker en afgørelse ved den forelæggende ret, hvoraf det fremgår, at virksomhedens prisparitetsklausuler ikke var i strid med konkurrencereglerne, fremgår det af Domstolens sagsakter, at hotellerne, der har fremsat modkrav, har indgivet et erstatningskrav mod Booking.com ved denne ret. Som følge af dette modkrav er sagen ved den forelæggende ret omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2014/104.

29. Artikel 9, stk. 1, i direktiv 2014/104, opstiller en formodning for, at en overtrædelse af konkurrenceretten, der er konstateret ved en endelig afgørelse fra en national konkurrencemyndighed eller ved en afgørelse fra en klageinstans, skal anses for at være uomtvistelig i forbindelse med et erstatningssøgsmål for overtrædelse af konkurrenceretten, der er anlagt for en ret i samme medlemsstat<sup>13</sup>. Artikel 9, stk. 2, i direktiv 2014/104 omfatter omstændigheder som i den foreliggende sag. Når et erstatningssøgsmål for overtrædelse af konkurrenceretten anlægges ved en ret i en medlemsstat, skal retten tage endelige afgørelser, der er truffet i en anden medlemsstat, i betragtning som *prima facie*-bevis for, at konkurrenceretten er overtrådt, uden at det berører muligheden for at fremlægge beviser for det modsatte<sup>14</sup>. Den forelæggende ret er således ikke bundet af konklusionerne i Booking.com-afgørelsen, i HRS-afgørelsen eller i de efterfølgende afgørelser ved de tyske retter. Det forhold, at afgørelserne kan udgøre et *prima facie*-bevis for, at der er sket en overtrædelse, medfører ikke, at anmodningen om præjudiciel afgørelse skal afvises.

30. Den anden formalitetsindsigelse vedrørende forelæggelsen kan forkastes på et lignende grundlag. Den forelæggende rets spørgsmål er ikke hypotetiske, idet de ovennævnte afgørelser ikke er bindende for retten. Det forhold, at disse afgørelser eksisterer, medfører heller ikke, at det er unødvendigt for Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, da Domstolen er den, der fastlægger den endelige fortolkning af EU-retten<sup>15</sup>.

31. Endelig anvender Domstolen inden for rammerne af proceduren efter artikel 267 TEUF ikke EU-retlige regler på et bestemt tilfælde, da det tilkommer den forelæggende ret. Domstolen kan imidlertid på grundlag af sagens akter forsyne en national ret med de EU-retlige fortolkningselementer, der kan være hensigtsmæssige for retten ved vurderingen af den ene eller den anden EU-retlige bestemmelses virkninger<sup>16</sup>.

32. I den foreliggende sag vedrører spørgsmålene, som den forelæggende ret har forelagt, fortolkning af EU-retten, nærmere bestemt begrebet accessoriske begrænsninger og de retlige principper, der har betydning for afgrænsningen af det relevante produktmarked for onlinerejsebureauer i hotelsektoren.

33. Med disse begrundelser vil jeg foreslå Domstolen at forkaste de anførte formalitetsindsigelser vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse.

<sup>13</sup> – Ibidem, præmis 38 og 43.

<sup>14</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (C-25/21, EU:C:2022:659, punkt 107).

<sup>15</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Bots forslag til afgørelse Udtalelsessag 1/17 (CETA EU-Canada) (EU:C:2019:72, præmis 116).

<sup>16</sup> – Dom af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Den øverste domstols disciplinærafdelings uafhængighed) (C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 132).

## **B. Realiteten**

### *1. Det første spørgsmål*

#### *– Parternes bemærkninger*

34. For så vidt angår brede prisparitetsklausuler er det Kommissionens opfattelse, at HRS-afgørelsen og HRS-dommen tyder på, at klausulerne principielt strider mod artikel 101, stk. 1, TEUF, idet de begrænser konkurrencen både mellem onlinerejsebureauer og mellem hotellerne. Det er tilfældet, selv om Booking.com ikke var part i sagen, og artikel 9, stk. 2, i direktiv 2014/104 finder dermed ikke anvendelse.

35. Med hensyn til smalle prisparitetsklausuler har Kommissionen anført, at Booking.com-afgørelsen og den efterfølgende afgørelse ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol), hvorefter klausulerne begrænser konkurrencen mellem hoteller og onlinerejsebureauer, udgør et prima facie-bevis i henhold til artikel 9, stk. 2, i direktiv 2014/104 for, at konkurrenceretten er overtrådt. Ifølge Kommissionen tyder intet på, at de tyske myndigheders afgørelser vedrørende brede og smalle prisparitetsklausuler hviler på fejlagtige retlige vurderinger eller en urigtig gengivelse af beviserne.

36. En begrænsning skal ifølge Kommissionen anses for accessorisk, når to betingelser er opfyldt. For det første skal begrænsningen være objektivt nødvendig for gennemførelsen af en hovedtransaktion, som ikke ville være mulig uden den accessoriske begrænsning. Denne hovedtransaktion skal have en positiv indvirkning på eller i det mindste fungere uden påvirkning af konkurrencen. For det andet skal den accessoriske begrænsning være forholdsmæssig i relation til de mål, der forfølges med hovedtransaktionen. Kommissionen fokuserer i bemærkningerne på den første af disse betingelser. Det er dens opfattelse, at hovedaktiviteten i den foreliggende sag, dvs. onlinerejsebureauers levering af onlineformidlingstjenester til hoteller, har en positiv indvirkning. Den øger konkurrencen mellem hoteller og giver slutkunder mulighed for at søge og sammenligne konkurrerende tilbud om hotelydelser. Det er tillige Kommissionens opfattelse, at de tyske myndigheder har anvendt de relevante retlige kriterier under vurderingen af, om prisparitetsklausulerne er objektivt nødvendige. Selv om det ikke i forbindelse med præjudicielle forelæggelser tilkommer Kommissionen at sætte dennes egen vurdering i stedet for nationale konkurrencemyndigheders og nationale retters vurderinger, tyder intet på, at Booking.coms rentabilitet vil være i fare, hvis prisparitetsklausulerne ikke anvendes. Selv om smalle prisparitetsklausuler kan være hensigtsmæssige med henblik på at imødegå parasitisk adfærd, skal vurderingen foretages på grundlag af en konkret vurdering af faktiske omstændigheder efter artikel 101, stk. 3, TEUF<sup>17</sup>.

37. Ifølge hotellerne, der har fremsat modkrav, og den tyske, den græske og den østrigske regering kan prisparitetsklausuler alene anses for accessoriske begrænsninger, hvis de er nødvendige for at sikre Booking.coms rentabilitet. Det er ikke tilstrækkeligt at godtgøre, at Booking.coms indtægter mindskes. Efter deres opfattelse er prisparitetsklausulerne ikke accessoriske begrænsninger, idet de ikke er objektivt nødvendige. For det første begyndte Booking.com at anvende prisparitetsklausuler nogle år efter, at virksomheden med succes var trådt ind på det tyske marked. For det andet styrkede Booking.com fortsat sin markedsposition i Tyskland, da

<sup>17</sup> – Den græske regering har tillige angivet, at begrebet accessoriske begrænsninger, der vedrører anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke bør forveksles med en opnået fritagelse efter artikel 101, stk. 3, TEUF.

virksomheden var ophørt med at anvende disse klausuler<sup>18</sup>. For det tredje har Booking.com tilkendegivet, at virksomheden ikke har iværksat håndhævelse af prisparitetsklausulerne, selv om mange hoteller ikke overholder klausulerne.

38. Hotellerne, der har fremsat modkrav, og den græske regering har tillige gjort gældende, at prisparitetsklausulerne ikke står i rimeligt forhold til målet hermed, da Booking.com kunne beskytte virksomhedens retmæssige kommercielle interesser på anden måde. Virksomheden kunne f.eks. afkræve hotellerne et gebyr for annoncering eller opkræve betaling for slutkunders anvendelse.

39. Den tyske og den græske regering er af den opfattelse, at brede prisparitetsklausuler er at anse for begrænsninger, der falder uden for fritagelsen i medfør af den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 5, stk. 1, litra d). Bestemmelsen viser, at klausulerne ikke er at anse for accessoriske begrænsninger, og det skal vurderes på grundlag af en konkret bedømmelse i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, om de er i overensstemmelse med konkurrenceretten. Smalle prisparitetsklausuler kan dog være omfattet af anvendelsesområdet for den nye gruppefritagelsesforordning, hvis markedsandelstærsklen og øvrige gældende betingelser ikke er til hinder herfor.

40. Den spanske regering har argumenteret for en anden vurdering af brede og smalle prisparitetsklausuler. De brede prisparitetsklausuler er særligt skadelige for konkurrencen, idet de har til formål at begrænse denne, og de bør derfor anses for alvorlige konkurrencebegrænsninger som omhandlet i den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 4. Ifølge den nye gruppefritagelsesforordning kan smalle prisparitetsklausuler imidlertid fritages, hvis de relevante virksomheders markedsandel ikke overstiger 30% af det relevante marked. Hvis markedsandelstærsklen overskrides, er der behov for en konkret vurdering af, om de smalle prisparitetsklausuler er i overensstemmelse med konkurrenceretten. Den spanske regering udelukker ikke, at klausulerne i dette potentielle tilfælde kan anses for accessoriske begrænsninger, hvis de er nødvendige med henblik på at undgå parasitisk adfærd, såfremt der ikke findes andre mindre indgribende midler til at nå dette mål.

41. Booking.com har anført to begrundelser for, at brede og smalle prisparitetsklausuler er at anse for accessoriske begrænsninger. For det første indgik prisparitetsklausulerne i de grundlæggende kontrakter mellem Booking.com og hotellerne, der har haft en positiv indvirkning på konkurrencen og har medført fordele for hoteller og slutkunder. Hotellerne har som følge af Booking.coms platform opnået større synlighed og har opnået kontakt til et større antal slutkunder over hele verden. Slutkunder får adgang til et bredere udvalg af hoteller og mulighed for at sammenligne og reservere overnatning på en simpel og effektiv måde. Booking.coms platform har øget konkurrencen mellem hoteller, hvilket har ført til lavere priser for slutkunder.

42. For det andet var prisparitetsklausulerne objektivt nødvendige med henblik på at beskytte Booking.coms forretningsmodel efter betydelige investeringer i oprettelse, udvikling og promovering af platformen. Hotellerne betaler ikke gebyr for annoncering af deres værelser på Booking.coms platform. De betaler alene, hvis en kunde reserverer et værelse via Booking.com og ikke aflyser. Slutkunder anvender Booking.coms ydelser uden betaling. Prisparitetsklausulerne var nødvendige med henblik på at undgå, at hoteller benyttede sig af parasitisk adfærd ved at reklamere for deres værelser på Booking.coms platform uden at betale provision ved at tilbyde de samme værelser til en lavere pris gennem andre salgskanaler. Booking.com har anført, at

<sup>18</sup> – Den østrigske regering har tilføjet, at onlinerejsebureauer fortsat har øget deres markedsandele i Østrig, selv om anvendelse af prisparitetsklausuler har været underlagt et forbud som urimelig praksis siden 2017.

prisparitetsklausulerne i) udgjorde en foranstaltning med henblik på at sikre virksomhedens forretningsmodel, ii) forfulgte et legitimt formål og iii) udgjorde den mindste indgribende foranstaltning med henblik på at imødegå parasitisk adfærd<sup>19</sup>.

– *Bedømmelse*

43. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret svar på, om de brede og smalle prisparitetsklausuler, som onlinerejsebureauer ønsker at anvende i deres forretningsbetingelser over for hoteller, skal anses for accessoriske begrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

44. Den forelæggende ret er i medfør af artikel 9, stk. 2, i direktiv 2014/104 forpligtet til i det mindste at behandle Booking.com-afgørelsen og de efterfølgende afgørelser ved de tyske retter som prima facie-bevis for, at Booking.coms smalle prisparitetsklausuler strider mod konkurrenceretten. Den forelæggende ret kan tillige inddrage HRS-afgørelsen, der ikke involverede Booking.com, og efterfølgende afgørelser ved de tyske retter vedrørende denne afgørelse, hvis parterne henviser hertil, når den forelæggende ret vurderer, om Booking.coms brede prisparitetsklausuler strider mod konkurrenceretten. Den forelæggende ret er ikke bundet af endelige afgørelser, der er truffet i en anden medlemsstat, i tilfælde, hvor afgørelserne er behæftede med retlige fejl eller åbenbart urigtige skøn, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

45. Det fremgår af fast retspraksis, at hvis en bestemt transaktion eller aktivitet ikke er omfattet af forbuddet fastsat i artikel 101, stk. 1, TEUF, fordi den ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå, er en begrænsning af den kommercielle selvstændighed for en eller flere af deltagerne i denne transaktion eller denne aktivitet heller ikke omfattet af nævnte forbud, hvis denne begrænsning er objektivt nødvendig for gennemførelsen af nævnte transaktion eller aktivitet og står i rimeligt forhold til formålene med disse<sup>20</sup>.

46. Når det skal undersøges, om en konkurrencebegrænsning, fordi den er accessorisk til en hovedtransaktion, der slet ikke er konkurrencebegrænsende, ikke er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF skal det undersøges, om gennemførelsen af denne transaktion ville være umulig uden den pågældende begrænsning. Det forhold, at nævnte transaktion blot bliver vanskeligere at gennemføre eller mindre rentabel uden den pågældende begrænsning, kan ikke anses for at gøre denne begrænsning »objektivt nødvendig«, således som det kræves, for at den kan kvalificeres som accessorisk. Hvis det ikke var tilfældet, ville begrebet blive udstrakt til at omfatte begrænsninger, der ikke er strengt nødvendige for gennemførelsen af hovedtransaktionen. Et sådant resultat er til skade for den effektive virkning af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF<sup>21</sup>. Kriteriet om objektiv nødvendighed som omhandlet i disse præmisser vedrører således spørgsmålet, om – i mangel af en begrænsning af den kommercielle

<sup>19</sup> – Booking.com undlod i den forbindelse at pålægge hotellerne eksklusivitetsforpligtelser, der ville have en mere indgribende karakter.

<sup>20</sup> – Dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 89), af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 69), og af 26.10.2023, EDP – Energias de Portugal m.fl. (C-331/21, EU:C:2023:812, præmis 88).

<sup>21</sup> – Dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 91), af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 71), og af 26.10.2023, EDP – Energias de Portugal m.fl. (C-331/21, EU:C:2023:812, præmis 90).

selvstændighed – en hovedtransaktion eller hovedaktivitet, der ikke er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, og med hensyn til hvilken nævnte begrænsning er sekundær, risikerer ikke at gennemføres eller ikke at kunne fortsættes<sup>22</sup>.

47. Med henblik på at undgå en sammensmeltning af de betingelser, der er fastsat gennem retspraksis som forudsætning for at anse en begrænsning for accessorisk efter artikel 101, stk. 1, TEUF, og kriteriet om nødvendighed, der ifølge artikel 101, stk. 3, TEUF er en forudsætning for at fritage en begrænsning, vil vurderingen af, om begrænsningen er objektivt nødvendig være forholdsvist abstrakt. Mens afvejningen af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger foretages på grundlag af artikel 101, stk. 3, TEUF, er alene de begrænsninger, der er nødvendige for, at hovedtransaktionen kan fungere under ethvert forhold<sup>23</sup> omfattet af anvendelsesområdet for læren om accessoriske begrænsninger<sup>24</sup>.

48. I den foreliggende sag er det åbenbart, at udbud af hotelopholdsydelser foretaget af onlinerejsebureauer som Booking.com har haft positiv indvirkning på konkurrencen, idet denne aktivitet øger konkurrencen blandt hoteller og giver slutbrugere mulighed for at søge og sammenligne konkurrerende tilbud om overnatningstjenester. Det egentlige spørgsmål er, om brede og/eller smalle prisparitetsklausuler er objektivt nødvendige og står i rimeligt forhold til målet med udøvelsen af den hovedaktivitet, der er omtvistet ved den forelæggende ret. Som de fleste af parterne i den foreliggende sag har anført, synes de brede og smalle prisparitetsklausuler ikke at være nødvendige. Der ses ikke en iboende forbindelse mellem onlinerejsebureauets hovedaktivitet og anvendelsen af prisparitetsklausuler. De synes heller ikke at være objektivt nødvendige med henblik på at sikre onlinerejsebureauernes rentabilitet. Domstolens sagsakter tyder på, at onlinerejsebureauer fortsat drives med succes i flere medlemsstater efter indførelse af forbud mod anvendelse af prisparitetsklausuler. Som anført af flere parter i sagen for Domstolen findes der andre og mindre indgribende foranstaltninger med henblik på at opnå det legitime formål at imødegå parasitisk adfærd, f.eks. opkrævning af et oprettelsesgebyr for hotellerne. Det er således tvivlsomt, om de brede og smalle prisparitetsklausuler er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, der finder anvendelse for accessoriske begrænsninger.

49. De foregående overvejelser er uden forbehold for afvejningen af begrænsningernes konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger efter en konkret vurdering i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF. Imødegåelse af parasitisk adfærd er et legitimt mål, der kan begrunde begrænsninger af konkurrencen, når betingelserne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, TEUF er opfyldt<sup>25</sup>. Som følge heraf kan onlinerejsebureauer snarere gøre disse argumenter gældende i relation til anvendelsen af artikel 101, stk. 3, TEUF end med henblik på at konstatere accessoriske begrænsninger<sup>26</sup>.

50. Da problemstillingen blev drøftet i retsmødet, bør det tilføjes, at brede og smalle prisparitetsklausuler ikke anses for alvorlige konkurrencebegrænsninger i den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 4. I den tidligere gruppefritagelsesforordning henvises ikke

<sup>22</sup> – Dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 93).

<sup>23</sup> – Overvejelser om konkurrencesituationen på det pågældende marked er således ikke relevante for vurderingen af, om begrænsningen er af accessorisk karakter, men er derimod relevante i forbindelse med anvendelsen af artikel 101, stk. 3, TEUF.

<sup>24</sup> – Jf. i denne retning dom af 18.9.2001, M6 m.fl. mod Kommissionen (T-112/99, EU:T:2001:215, præmis 107 og 109), og af 24.5.2012, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (T-111/08, EU:T:2012:260, præmis 89).

<sup>25</sup> – Jf. i denne retning generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113, punkt 39 og 40) og generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 123).

<sup>26</sup> – Punkt 372-375 de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger (EUT 2022, C 248, s. 1; herefter »de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger«) indeholder vejledning vedrørende betingelserne efter artikel 101, stk. 3, TEUF for anvendelse af prisparitetsklausuler med henblik på at imødegå problemstillingen om parasitisk adfærd.

til brede og smalle prisparitetsklausuler. Den alvorlige konkurrencebegrænsning i den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 4, litra a)<sup>27</sup>, omfatter »aftaler om fastholdelse af videresalgspriser«, dvs. aftaler eller samordnet praksis, der, direkte eller indirekte, har til formål at fastsætte en fast videresalgspris eller en minimumssalgspris i forbindelse med videresalg. En aftale om fastholdelse af videresalgspriser medfører begrænsninger af køberens mulighed for at fastsætte dennes egen videresalgspris<sup>28</sup>. Brede og smalle prisparitetsklausuler fungerer på helt andre måder. For det første leverer onlinerejsebureauer formidlingstjenester til hotellerne. De udbyder ikke overnatningstjenester, som hoteller videresælger til slutkunder. Begrebet aftale om fastholdelse af videresalgspriser passer ikke ind i den aftaleretlige sammenhæng. Selv hvis det var muligt at sidestille aftaler om fastholdelse af videresalgspriser og onlinerejsebureauernes fastsættelse af faste priser eller minimumspriser for de transaktioner, platformene formidler<sup>29</sup>, hindrer brede og smalle prisparitetsklausuler for det andet heller ikke hotellerne i at nedsætte prisen for de transaktioner, der gennemføres via dette onlinerejsebureau<sup>30</sup>.

51. Antagelsen om, at prisparitetsklausuler ikke er at anse for alvorlige konkurrencebegrænsninger efter den tidligere gruppefritagelsesforordning, understøttes af to supplerende bemærkninger i den nye gruppefritagelsesforordning og de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger<sup>31</sup>. For det første fremgår det direkte af den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 5, stk. 1, litra d), at brede prisparitetsklausuler er »begrænsninger, der falder uden for fritagelsen«<sup>32</sup>, og ikke alvorlige konkurrencebegrænsninger efter den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 4<sup>33</sup>. Det synes at følge heraf, at den nye gruppefritagelsesforordning fritager smalle prisparitetsklausuler, der er mindre begrænsende for konkurrencen<sup>34</sup>. For det andet følger det direkte af de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger, at fritagelsen i medfør af den nye gruppefritagelsesforordning kan gælde for smalle prisparitetsklausuler<sup>35</sup>.

52. Idet den tidligere gruppefritagelsesforordning ikke indeholder en bestemmelse, der svarer til den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 5, stk. 1, litra d), og idet prisparitetsklausuler ikke er at anse for alvorlige konkurrencebegrænsninger, er der principielt intet til hinder for at anvende den tidligere gruppefritagelsesforordning på både brede og smalle prisparitetsklausuler, såfremt de øvrige betingelser i forordningen er opfyldt.

53. Jeg foreslår således Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål således, at de brede og smalle prisparitetsklausuler, som et onlinerejsebureau ønsker at anvende i dets forretningsbetingelser over for hoteller, ikke er at anse for accessoriske begrænsninger som

<sup>27</sup> – Den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 4, litra a), har samme ordlyd.

<sup>28</sup> – Jf. punkt 48 i de tidligere retningslinjer for vertikale begrænsninger (EUT 2010, C 130, s. 1) og punkt 185 i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger. Som et eksempel på fastholdelse af videresalgspriser kan nævnes et tilfælde, hvor leverandøren fastsætter den pris, som forhandleren skal anvende i forbindelse med videresalg.

<sup>29</sup> – Jf. i denne retning præmis 67, litra c), og punkt 194 i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>30</sup> – En smal prisparitetsklausul er ikke til hinder for, at hotel X nedsætter prisen for værelse Y gennem Booking.com. Det følger alene af klausulen, at hotel X, hvis dette nedsætter prisen på værelse Y ved reservation gennem hotellets direkte salgskanal (f.eks. dets websted), er forpligtet til tillige at nedsætte prisen på samme værelse på Booking.com. På samme måde hindrer en bred prisparitetsklausul heller ikke hotel X i at nedsætte prisen på værelse Y gennem Booking.com. Hvis hotel X nedsætter prisen på værelse Y på et andet onlinerejsebureaus platform, skal hotellet således tillige nedsætte prisen på samme værelse hos Booking.com.

<sup>31</sup> – For at undgå enhver tvivl skal det bemærkes, at definitionen af alvorlige konkurrencebegrænsninger efter den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 4, litra a), svarer til den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 4, litra a).

<sup>32</sup> – Ifølge den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 5, stk. 1, gælder fritagelsen ikke for enhver direkte eller indirekte forpligtelse, der foranlediger en køber af onlineformidlingstjenester til at undlade at udbyde, sælge eller videresælge varer eller tjenester til endelige brugere på mere favorable vilkår ved at anvende konkurrerende onlineformidlingstjenester.

<sup>33</sup> – Det bekræftes udtrykkeligt i punkt 67, litra d), og punkt 253 i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>34</sup> – Jf. i denne retning punkt 360 og 374 i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>35</sup> – Jf. præmis 254, litra a), og punkt 359 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger.

omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, medmindre de er nødvendige og står i rimeligt forhold til målet om at sikre onlinerejsebureauernes rentabilitet, hvilket det, med forbehold af den forelæggende rets vurdering i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, tilkommer den nævnte ret at afgøre.

## *2. Det andet spørgsmål*

### *– Parternes bemærkninger*

54. Kommissionen har påpeget, at det relevante produktmarked ifølge Booking.com-afgørelsen, der nu er endelig, omfatter platformes levering af onlineformidlingstjenester til hoteller. Hotellernes direkte salgskanaler og metasøgesider er ikke en del af det relevante produktmarked. Ifølge Kommissionen, der støttes af den tyske regering, tyder intet på, at afgørelserne er behæftede med åbenbart urigtige skøn<sup>36</sup>. Afgørelsen bør således i det mindste udgøre et prima facie-bevis i forbindelse med den forelæggende rets afgrænsning af det relevante marked.

55. Ifølge Kommissionen angår markedsandelstærsklen i den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 3, stk. 1, det relevante marked, hvorpå leverandøren sælger aftalevarerne eller -tjenesterne. Kommissionen og den tyske regering har henvist analogt til punkt 67 i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger.

56. Hotellerne, der har fremsat modkrav, sætter tilsyneladende gennem en henvisning til Booking.coms anbringende om, at hotellernes direkte salgskanaler er i konkurrence med dennes platform, spørgsmålstejn ved, om forholdet mellem Booking.com og hotellerne er af vertikal karakter. Hvis dette argument lægges til grund, finder den tidligere gruppefritagelsesforordning ikke anvendelse. Hotellerne, der har fremsat modkrav, har med støtte fra den græske, den spanske og den østrigske regering under alle omstændigheder anført, at metasøgesider er en del af det relevante produktmarked, da brugere ikke kan foretage en booking derigennem. Hotellernes direkte salgskanaler er ikke en del af det relevante produktmarked, idet de ikke udbyder søge- og sammenligningsfunktioner.

57. Booking.com har anført, at det relevante produktmarked omfatter det konkurrencetryk, der opstår direkte og indirekte gennem online- og offlinesalgskanaler, herunder hotellernes websteder. Denne opfattelse understøttes af den omstændighed, at kunder søger gennem flere kanaler, dvs. at de booker hotelophold via online- og offlinesalgskanaler, herunder onlinerejsebureauer, metasøgesider og hotellernes direkte salgskanaler. Uanset hvilken salgskanal, der anvendes, tilbydes slutkunder den samme tjenesteydelse, nemlig et hotelværelse. Hvis der ikke er nogen risiko for, at kunder reserverer hotelværelser gennem andre salgskanaler, er prisparitetsklausulerne unødvendige ud fra et kommercielt synspunkt.

### *– Bedømmelse*

58. Den forelæggende ret ønsker med det andet spørgsmål svar på, hvordan det relevante produktmarked skal afgrænses i forbindelse med anvendelsen af den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 3, stk. 1, på et onlinerejsebureaus aktiviteter, der består af formidling mellem hoteller og slutkunder.

<sup>36</sup> – Kommissionen har tillige bemærket, at de franske, de italienske og de svenske konkurrencemyndigheder har defineret det relevante produktmarked på tilsvarende måde.

59. Indledningsvist skal det anføres, at det argument som hotellerne, der har fremsat modkrav, har anført, hvorefter forholdet mellem hotellerne og Booking.com ikke er vertikalt, og hvorefter den tidligere gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse under omstændigheder som i den foreliggende sag, synes at bero på en misforståelse.

60. Den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 1, stk. 1, litra a), definerer en »vertikal aftale« som aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester<sup>37</sup>. En virksomhed som Booking.com, der udbyder formidlingsydelser til hoteller med henblik på kontakt med slutkunder, der ønsker hotelopholdsydelser, er utvivlsomt omfattet af denne definition, da Booking.com og hotellerne virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled.

61. En anden retlig problemstilling er spørgsmålet om, hvorvidt den tidligere gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse, fordi Booking.coms platform er i konkurrence med hotellernes direkte salgskanaler. Ifølge den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 2, stk. 4, finder fritagelsen efter artikel 2, stk. 1, ikke anvendelse på vertikale aftaler, der er indgået mellem konkurrerende virksomheder. Der er en undtagelse til denne bestemmelse: Gruppefritagelsen finder anvendelse i tilfælde, hvor konkurrerende virksomheder indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og leverandøren er udbyder af tjenesteydelser i flere omsætningsled, mens køberen leverer varer og tjenesteydelser i detailsalgsledet og ikke er en konkurrerende virksomhed i det omsætningsled, hvor denne køber aftaletjenesteydelserne<sup>38</sup>. Denne undtagelse gælder tilfælde med »parallel distribution«, dvs. hvor en leverandør ikke alene sælger sine ydelser gennem uafhængige distributører, men tillige direkte til slutkunder i konkurrence med leverandørens uafhængige distributører<sup>39</sup>. Selv hvis man antager, at Booking.coms platform og hotellernes direkte salgskanaler er faktiske eller potentielle konkurrenter på samme relevante produktmarked<sup>40</sup>, er omstændigheder, hvor hotellerne sælger deres tjenester via onlinerejsebureauer og via hotellernes egne websteder, tillige omfattet af den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 2, stk. 4. I modsætning til hvad hotellerne, der har fremsat modkrav, har anført, finder den tidligere gruppefritagelsesforordning således anvendelse.

62. Den konklusion bliver endnu klarere, når den vurderes inden for rammerne af den nye gruppefritagelsesforordning og de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger. I den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 1, stk. 1, litra e), nr. ii), defineres »onlineformidlingstjenester« som informationssamfundstjenester, som gør det muligt for virksomheder at udbyde varer eller tjenester til endelige forbrugere med henblik på at facilitere indledningen af direkte transaktioner mellem disse virksomheder og de endelige forbrugere. Den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 2, stk. 4, litra b), der vedrører parallel distribution, har samme ordlyd som den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 2, stk. 4, litra b). Den nye gruppefritagelsesforordning indeholder dog en ny artikel 2, stk. 6, hvorefter fritagelserne efter den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 2, stk. 4, ikke gælder for vertikale aftaler vedrørende levering af onlineformidlingstjenester, når udbyderen af disse tjenester er en konkurrerende virksomhed på det relevante marked for salg af de formidlede varer eller tjenesteydelser<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> – Den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 1, stk. 1, litra a), har samme ordlyd.

<sup>38</sup> – Den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 2, stk. 4, litra b).

<sup>39</sup> – Jf. i denne retning punkt 28 i de tidligere retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>40</sup> – Det tilkommer den forelæggende ret at foretage denne vurdering på grundlag af overvejelserne i punkt 64-74 i det foreliggende forslag til afgørelse.

<sup>41</sup> – Undtagelsen af fritagelsen medfører, at den nye gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse i sådanne tilfælde.

63. Det fremgår klart af punkt 104-106 i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger, at formålet med artikel 2, stk. 6, i den nye gruppefritagelsesforordning er at begrænse anvendelsesområdet for fritagelser for så vidt angår platforme, der har en »hybrid« funktion<sup>42</sup>. Det er f.eks. tilfældet, når fødevarer udbydes af sælgere på en online-markedsplads, mens operatøren af denne markedsplads samtidig udbyder egne produkter i konkurrence med de førstnævnte sælgere. Rationalet bag fritagelsen er, at udbydere af onlineformidlingstjenester under sådanne omstændigheder kan have et incitament til at promovere deres eget salg og en mulighed for at påvirke konkurrencen. Som følge heraf foreskriver den nye gruppefritagelsesforordning fortsat fritagelse for leverandører af onlineformidlingstjenester, der ikke har en hybrid funktion, såsom et onlinerejsebureau, der ikke udbyder sine egne hotelværelser på platformen.

64. For så vidt angår det andet spørgsmål skal det bemærkes, at markedsafgrænsning er et middel til at identificere og definere konkurrencen mellem virksomheder. Hovedformålet med markedsafgrænsningen er at foretage en systematisk identifikation af de faktiske og umiddelbare konkurrencebegrænsninger, som virksomheder står over for ved salget af visse produkter<sup>43</sup>.

65. Det fremgår af retspraksis, at det relevante produktmarked omfatter samtlige produkter og/eller ydelser, som forbrugeren på grundlag af deres kendetegn, priser og tilsigtede anvendelse anser for udskiftelige eller substituerbare. Begrebet det relevante marked indebærer, at der kan være effektiv konkurrence mellem de produkter og tjenesteydelser, der indgår i markedet. Det forudsætter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed ved samme anvendelse af alle de produkter eller tjenesteydelser, som indgår i samme marked. Muligheden for alternativer eller substitutioner vurderes ikke kun i forhold til produkternes eller tjenesteydelsernes objektive kendetegn. Konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked må også tillægges betydning<sup>44</sup>. Opfattelsen af hvilke produkter, der er udskiftelige eller substituerbare, er dynamisk, og afgrænsningen af det relevante marked kan udvikle sig over tid<sup>45</sup>.

66. Tosidede markeder er markeder, hvor en økonomisk aktør, ofte i form af en onlineplatform, skaber kontakt mellem to forskellige brugergrupper. Under sådanne omstændigheder kan efterspørgsel fra en gruppe brugere føre til efterspørgsel fra en anden gruppe brugere, hvorved der kan opstå indirekte netværkseffekter<sup>46</sup>. Som eksempler på sådanne to-sidede markeder kan nævnes onlinemarkedspladser, hvor en platform skaber kontakt mellem sælgere og købere af produkter, og sociale netværk til erhvervsformål, der skaber forbindelse mellem slutbrugere og potentielle arbejdsgivere<sup>47</sup>.

67. Ifølge den seneste meddelelse om afgrænsning af det relevante marked kan det i tilfælde af flersidede platforme være hensigtsmæssigt at afgrænse et relevant produktmarked for samtlige produkter, der udbydes på platformen, hvorved samtlige brugergrupper bliver omfattet. Det kan være formålstjenstligt at afgrænse særskilte, om end indbyrdes forbundne, relevante

<sup>42</sup> – Jf. i denne retning Kommissionens forklarende note om den nye gruppefritagelsesforordning og de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger, som er tilgængelige på Kommissionens websted: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory\\_note\\_VBER\\_and\\_Guidelines\\_2022.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf). Jf. tillige punkt 67, litra e), i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>43</sup> – Jf. præmis 6 i den seneste meddelelse om afgrænsning af det relevante marked.

<sup>44</sup> – Dom af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 50 og 51) og af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 129).

<sup>45</sup> – Jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 130).

<sup>46</sup> – Jf. i denne retning præmis 94 i den seneste meddelelse om afgrænsning af det relevante marked.

<sup>47</sup> – Fænomenet indirekte netværkseffekter er opstået som følge af, at antallet af købere, der er interesserede i en platform, afhænger af antallet af sælgere, der udbyder deres varer via onlinemarkedsplads, og omvendt.

produktmarkeder for de produkter, der udbydes på hver side af platformen<sup>48</sup>. Forskellige faktorer har indflydelse på vurderingen, herunder spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en platform med eller uden transaktioner<sup>49</sup>.

68. I den sammenhæng udgør Booking.com-afgørelsen og de efterfølgende afgørelser ved de tyske retter, som Kommissionen og den tyske regering med rette har anført, i det mindste et *prima facie*-bevis, når den forelæggende ret skal afgrænse det relevante marked efter artikel 9, stk. 2, i direktiv 2014/104, som angivet i punkt 29 i det foreliggende forslag til afgørelse. Nationale retsinstanser er imidlertid ikke bundet af afgørelser, der er truffet i en anden medlemsstat, og det gælder navnlig i tilfælde, hvor afgørelserne er behæftede med retlige fejl eller åbenbart urigtige skøn, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

69. Det er i den foreliggende sag uomtvistet, at Booking.com agerer på et tosidet marked som leverandør af onlineformidlingsydelser til både hoteller og slutkunder<sup>50</sup>. Selv om det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om der er grundlag for at afgrænse et enkelt relevant produktmarked med brugere på begge sider af platformen eller to særskilte relevante produktmarkeder på hver side af platformen, fremgår det af de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger, at en udbyder af onlineformidlingstjenester som Booking.com klassificeres som leverandør af disse tjenester i relation til markedsandelstærsklen i den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 3, stk. 1<sup>51</sup>, mens en virksomhed, der tilbyder eller sælger varer eller tjenesteydelser via en leverandør af onlineformidlingstjenester, som et hotel, klassificeres som en køber af onlineformidlingstjenester<sup>52</sup>. Som følge heraf beregnes markedsandelen for virksomheden, der leverer onlineformidlingstjenester med henvisning til det relevante marked for levering af disse tjenester til virksomheder, der klassificeres som købere<sup>53</sup>. Det fremgår endvidere af de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger, at afgrænsningen af det relevante produktmarked afhænger af, om der kan ske substitution mellem online- og offlineformidlingstjenester, mellem formidlingstjenester, der anvendes til forskellige kategorier af varer og tjenester og mellem formidlingstjenester og direkte salgskanaler<sup>54</sup>.

70. En anvendelse af den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 3, stk. 1, i den foreliggende sag forudsætter en beregning af Booking.coms markedsandel som udbyder af onlineformidlingstjenester for hoteller. Det kan i den sammenhæng være hensigtsmæssigt at overveje, om andre former for formidlingstjenester og andre salgskanaler ifølge hotellerne (som efterspørger formidlingstjenesterne) og slutkunderne (der befinder sig på den anden side af

<sup>48</sup> – Jf. præmis 95 i den seneste meddelelse om afgrænsning af det relevante marked.

<sup>49</sup> – Ibidem. Det bør bemærkes, at der i den seneste meddelelse om afgrænsning af det relevante marked ikke er støtte til den antagelse, som visse forskere er fortalere for, hvorefter et særskilt relevant marked som en transaktionsplatform (f.eks. en onlinemarkedsplads) principielt bør afgrænses gennem inddragelse af samtlige brugergrupper, mens særskilte relevante markeder, hvor der ikke er tale om non-transaktionsplatforme (som sociale netværk), bør afgrænses på hver side af platformen. Ifølge den seneste meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, er det blot en af flere faktorer, der bør inddrages. Denne tilgang synes at være begrundet i uoverensstemmelse i akademisk litteratur og i konkurrencemyndighedernes praksis. Jf. i denne retning arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene, s. 54. For yderligere oplysninger om denne teori, jf. L. Filistrucchi, D. Geradin, E. van Damme og P. Affeldt, »Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice«, *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, bind 10(2), s. 293-339.

<sup>50</sup> – For slutkunderne består denne formidlingstjeneste i muligheden for at kunne søge efter og sammenligne hoteltilbud og i sidste ende foretage en reservation.

<sup>51</sup> – Den nye gruppefritagelsesforordnings artikel 3, stk. 1, svarer til den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 3, stk. 1.

<sup>52</sup> – Punkt 67 i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>53</sup> – Punkt 67, litra b), i de nye retningslinjer for vertikale begrænsninger.

<sup>54</sup> – Ibidem.

denne tosidede platform) er substituerbare med de relevante formidlingstjenester<sup>55</sup>. Der kan således være grund til at vurdere, om fysiske rejsebureauer, hotellernes direkte salgskanaler og eventuelt øvrige onlinetjenester som metasøgesider er substituerbare. I den sammenhæng skal det bemærkes, at samtlige parter med undtagelse af Booking.com under den foreliggende sag har givet udtryk for den opfattelse, at onlineformidlingstjenester og de ovennævnte salgskanaler ikke er substituerbare, navnlig fordi de hverken udbyder samme søge- og sammenligningsfunktion eller mulighed for at foretage en reservation<sup>56</sup>.

71. Det tilkommer den forelæggende ret, med inddragelse af Booking.com-afgørelsen og de efterfølgende afgørelser fra de tyske retter som prima facie-bevis samt anden relevant dokumentation, at afgrænse det relevante produktmarked i lyset af de foregående overvejelser. Det bør bemærkes, at det kan udledes af afgørelsen ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) angående Booking.com-afgørelsen, at Booking.com ikke under denne retssag har gjort indsigelse mod afgrænsningen af det relevante marked.

72. Den forelæggende ret kan tillige finde vejledning i tilsvarende afgørelser fra andre konkurrencemyndigheder, herunder Kommissionens afgørelse C(2023) 6376 final af 25. september 2023, hvorved fusionen blev erklæret uforenelig med det indre marked og Aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS-aftalen) (Sag M.10615 – Booking Holdings/eTraveli Group), som blev drøftet i retsmødet. Selv om Booking.com har anlagt søgsmål ved Retten med henblik på annullation af denne afgørelse<sup>57</sup>, har virksomhedens repræsentanter som svar på spørgsmål fra Domstolen anført, at Booking.com, på trods af visse forbehold, ikke direkte har gjort indsigelse mod den markedsafgrænsning, der er en del af afgørelsen.

73. Endelig er der, som Kommissionen med rette har anført, ingen modsætning mellem anbringendet om, at hotellernes direkte salgskanaler udgør et særskilt produktmarked, og argumentet, hvorefter smalle prisparitetsklausuler begrænser konkurrencen mellem onlinerejsebureauer, som Booking.com, og hotellernes direkte salgskanaler. Mens formålet med en afgrænsning af det relevante produktmarked er at identificere det direkte konkurrencetryk, som de relevante virksomheder oplever, kan også mere indirekte konkurrencetryk såsom konkurrencebegrænsninger, der opstår uden for markedet, inddrages under vurderingen af konkurrencen.

74. Jeg foreslår således Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål således, at det med henblik på anvendelsen af den tidligere gruppefritagelsesforordnings artikel 3, stk. 1, er nødvendigt, at det relevante produktmarked for aktiviteterne for et onlinerejsebureau, der formidler kontakt mellem hoteller og slutkunder, skal afgrænses ved en bedømmelse af, om andre salgskanaler for hotellerne og slutkunderne er substituerbare med henblik på en beregning af onlinerejsebureauets markedsandel som leverandør af onlineformidlingstjenester til hoteller.

<sup>55</sup> – Som anført ovenfor er begge sider, selv når særskilte relevante produktmarkeder afgrænses på hver sin side af markedet, imidlertid indbyrdes forbundne, og deres indbyrdes karakteristika skal inddrages i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked. Jf. L. Filistrucchi, D. Geradin, E. van Damme og P. Affeldt, »Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice«, *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, bind 10(2), s. 293-339.

<sup>56</sup> – Det synes åbenbart, at offline-rejsebureauvirksomhed, der drives af fysiske aktører, har ganske anderledes karakteristika og funktioner. Hotellernes direkte salgskanaler giver ikke kunder mulighed for at søge og sammenligne forskellige udbydere. Metasøgesider har umiddelbart også andre karakteristika og funktioner, idet de finder tilbud på onlinerejsebureauer og udbydere af hotelydelser, og idet en kunde, der klikker på et resultat, omdirigeres til onlinerejsebureauets eller hotellets websted med henblik på at foretage reservationen.

<sup>57</sup> – Sag T-1139/23, Booking Holdings mod Kommissionen (verserende).

#### IV. Forslag til afgørelse

75. Jeg foreslår Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Rechtbank Amsterdam (retten i første instans i Amsterdam, Nederlandene), således:

»1) Artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at

de brede og smalle prisparitetsklausuler, som et onlinerejsebureau ønsker at anvende i dets forretningsbetingelser over for hoteller, ikke er at anse for accessoriske begrænsninger, medmindre de er nødvendige og står i rimeligt forhold til målet om at sikre onlinerejsebureauets rentabilitet, hvilket det, med forbehold af den forelæggende rets vurdering i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, tilkommer den nævnte ret at afgøre.

2) Artikel 3, stk. 1, i Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis skal fortolkes således, at

det er nødvendigt, at det relevante produktmarked for aktiviteterne for et onlinerejsebureau, der formidler kontakt mellem hoteller og slutkunder, skal afgrænses ved en bedømmelse af, om andre salgskanaler for hotellerne og slutkunderne er substituerbare med henblik på en beregning af onlinerejsebureauets markedsandel som leverandør af onlineformidlingstjenester til hoteller.«