



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTHONY MICHAEL
COLLINS

föredraget den 6 juni 2024¹

Mål C-264/23

**Booking.com BV,
Booking.com (Deutschland) GmbH
mot
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,
Dorint GmbH,
Eleazar Novum GmbH,
Empire Riverside Hotel GmbH & Co. KG,
Explorer Hotel Fischen GmbH & Co. KG,
Explorer Hotel Nesselwang GmbH & Co. KG,
Explorer Hotel Schöнау 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,**

¹ Originalspråk: engelska.

**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 e.K.**

(begäran om förhandsavgörande från Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam, Nederländerna))

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Avtal mellan företag – Avtal mellan en onlinebaserad hotellbokningsplattform och hotell – Prisparitetsklausuler – Artikel 101 FEUF – Accessoriska begränsningar – Gruppundantag – Vertikala avtal – Förordning (EU) nr 330/2010 – Marknadsdefinition”

I. Inledning

1. EU-domstolen ombeds i förevarande mål att besvara två nya och viktiga frågor som har uppkommit vid tillämpning av konkurrensrätten på digitala marknader. Utgör breda och snäva prisparitetsklausuler accessoriska begränsningar vid tillämpning av artikel 101.1 FEUF? Vilka rättsliga principer är tillämpliga på definitionen av den relevanta produktmarknaden såvitt gäller tvåsidiga digitala plattformar såsom Booking.com?

II. Tvisten i det nationella målet, begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

2. Booking.com BV är ett företag som bildats 1996 i Nederländerna och som driver en onlinebaserad hotellbokningsplattform² med samma namn. Booking.com fungerar som en förmedlare mellan leverantörer av hotelltjänster och slutkunderna. Det bestämmer inte det pris på vilket hotellrummen tillhandahålls genom dess plattform. Slutkunderna betalar ingen ersättning för att använda Booking.com. När en slutkund gör en bokning genom Booking.com betalar hotellet en provision till denna plattform. Slutkunderna kan boka hotellrum direkt hos hotellet (per telefon, e-post eller på hotellens webbplatser) eller via en fysisk resebyrå. Booking.com erbjuder genom sin plattform hotellrum i mer än 1,2 miljoner hotell i hela världen.

3. När Booking.com trädde in på den tyska marknaden år 2006 var det ovanligt att boka hotell online och de flesta hotellrum bokades direkt hos hotellet. Andra internetresebyråer, inbegripet Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH (nedan kallat HRS) och Expedia Inc., var verksamma i Tyskland. Dessa internetresebyråer införde breda prisparitetsklausuler i sina avtal med hotellet. Dessa klausuler hindrade hotellet från att erbjuda rum till ett lägre pris genom sina egna direkta säljkanaler och alla övriga säljkanaler, inbegripet konkurrerande internetresebyråer.

4. Bundeskartellamt (Federala konkurrensmyndigheten, Tyskland) inledde år 2010 en undersökning av HRS rörande dess användning av breda prisparitetsklausuler. Den antog den 20 december 2013 ett beslut om att de breda prisparitetsklausuler som intagits i avtal mellan HRS och hotellet stred mot artikel 101 FEUF och motsvarande bestämmelse i tysk rätt (nedan kallat HRS-beslutet). Federala konkurrensmyndigheten inledde också år 2013 en undersökning av Booking.com rörande de breda prisparitetsklausuler som det hade infört i sina avtal.

5. Genom dom av den 9 januari 2015 ogillade Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland) en talan om upphävande av HRS-beslutet. HRS överklagade inte detta avgörande, som vann laga kraft.

6. Booking.com övergav i juli 2015, i samråd med de franska, italienska och svenska konkurrensmyndigheterna, användningen av de breda prisparitetsklausuler som det dittills hade infört i alla sina avtal. Dessa klausuler ersattes av snäva prisparitetsklausuler. Dessa hindrar hotellet från att erbjuda rum till ett lägre pris genom deras direkta säljkanaler.

7. Federala konkurrensmyndigheten förklarade den 22 december 2015 att snäva prisparitetsklausuler stred mot artikel 101 FEUF och motsvarande bestämmelse i tysk rätt (nedan kallat Booking.com-beslutet). Den bedömde att sådana klausuler begränsade konkurrensen på

² Onlinebaserade hotellbokningsplattformar kallas ofta "internetresebyråer" och kommer att benämnas på det sättet i förevarande förslag till avgörande.

marknaden för tillhandahållande av tjänster avseende boende på hotell och, i praktiken, på marknaden för tillhandahållande genom plattformar av förmedlingstjänster online avseende hotell.³ På grund av Booking.coms stora andel i den relevanta marknaden var dessa klausuler inte undantagna enligt 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 förfaranden⁴ (nedan kallad den gamla vertikala gruppundantagsförordningen). Inte heller var villkoren uppfyllda för ett individuellt undantag enligt artikel 101.3 FEUF.

8. Genom dom av den 4 juni 2019 förklarade Oberlandesgericht Düsseldorf (Regional överdomstol, Düsseldorf) att snäva prisparitetsklausuler utgjorde en begränsning av konkurrensen men att de var nödvändiga för att förhindra snålskjuts. Dessa klausuler hindrade hotellen från att använda Booking.com för att nå kunder och att därefter förmå dem att boka direkt hos hotellet. Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf) fastslog att dessa klausuler var accessoriska begränsningar som inte stred mot artikel 101.1 FEUF. Den upphävde således Booking.com-beslutet.

9. Bundesgerichtshof (Högsta domstolen, Tyskland) upphävde den 18 maj 2021 denna dom och fastställde Booking.com-beslutet. Den fann att snäva prisparitetsklausuler begränsade konkurrensen på marknaden för tillhandahållande av tjänster avseende hotellboende. Dessa klausuler var inte undantagna enligt den gamla vertikala gruppundantagsförordningen, och inte heller var de accessoriska begränsningar. Avvägningen mellan snäva prisparitetsklausulers för- och nackdelar för konkurrensen ska genomföras i en individuell bedömning enligt artikel 101.3 FEUF. Bundesgerichtshof (Högsta domstolen) fastslog att dessa klausuler inte var objektivt nödvändiga för att genomföra den huvudsakliga verksamheten, då det inte hade visats att Booking.coms lönsamhet skulle äventyras i avsaknad av dem.

10. Hotelverband Deutschland (IHA) eV, som är en sammanslutning som företräder fler än 2 600 hotell, väckte år 2020 en talan om skadestånd mot Booking.com vid Landgericht Berlin (Regiondomstolen i Berlin, Tyskland).

11. Den 23 oktober 2020 väckte Booking.com talan vid Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam, Nederländerna) om fastställelse av att dess prisparitetsklausuler inte stred mot artikel 101 FEUF. I samband med denna talan väckte 62 tyska hotell genkärsmål med yrkande om skadestånd mot Booking.com på grund av överträdelse av artikel 101 FEUF (nedan kallade de genkärande hotellen). Två rättsliga huvudfrågor är omtvistade vid den domstolen.

12. Utgör prisparitetsklausulerna för det första en accessorisk begränsning vid tillämpning av artikel 101.1 FEUF? Booking.com har hävdats att breda och snäva prisparitetsklausuler är accessoriska begränsningar då de hindrar hotellen från att använda dess tjänster utan att betala

³ Enligt Bundeskartellamt (Federala konkurrensmyndigheten) hade hotell begränsat intresse att erbjuda rum till lägre priser genom andra internetresebyråer. De snäva prisparitetsklausuler som Booking.com krävde fungerade så att det blev nödvändigt att erbjuda dessa rum till ett högre pris genom hotellets direkta säljkanaler för att svara mot det pris som erbjöds på Booking.com.

⁴ EUT L 102, 2010, s. 1. Artikel 2.1 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen förklarade att enligt artikel 101.3 FEUF och bestämmelserna i den förordningen var artikel 101.1 FEUF inte tillämplig på vertikala avtal i den mån dessa avtal innehöll vertikala begränsningar. Detta undantag gällde på det villkoret att leverantörens marknadsandel inte översteg 30 procent av den relevanta marknad där denne sålde avtalsvarorna eller avtalstjänsterna och att köparens marknadsandel inte översteg 30 procent av den relevanta marknad där denne köpte avtalsvarorna eller avtalstjänsterna (artikel 3.1 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen). Kommissionens förordning (EU) 2022/720 av den 10 maj 2022 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EUT L 134, 2022, s. 4) (nedan kallad den nya vertikala gruppundantagsförordningen) ersatte den gamla vertikala gruppundantagsförordningen.

för dem och således förhindra att de åker snålskjuts. De genkärande hotellen har hävdatt att avskaffandet av klausulerna år 2016 inte hade någon märkbar negativ inverkan på Booking.coms verksamhet, vilket visar att risken för snålskjuts var begränsad.

13. Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam) har vidare konstaterat att det föreligger motstridiga uppfattningar beträffande behandlingen av prisparitetsklausuler, vilket framgår av de olika ståndpunkter som intagits av Federala konkurrensmyndigheten och Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf). Den har tillagt att nationell lagstiftning i Belgien, Frankrike, Italien och Österrike förbjuder användning av breda och snäva prisparitetsklausuler.

14. För det andra konstaterar Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam) att om prisparitetsklausulerna inte är accessoriska begränsningar är det nödvändigt att definiera den relevanta produktmarknaden för att pröva huruvida den gamla vertikala gruppundantagsförordningen är tillämplig. Den konstaterar att enligt kommissionens gamla tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning⁵ (nedan kallat det gamla tillkännagivandet om definitionen av den relevanta marknaden) är det nödvändigt för definieringen av en relevant produktmarknad att undersöka utbytbarheten på efterfrågesidan och utbytbarheten på utbudssidan.⁶

15. Booking.com har påstått att den relevanta produktmarknaden är marknaden för distribution och bokning av hotellboende, som är en tvåsidig marknad. De olika distributionskanalerna online och offline är utbytbara för hotell och slutkunderna och hör således till samma relevanta produktmarknad. Enligt en ekonomisk rapport som beställts av Booking.com använde 62 procent av tyska slutkunder mellan två och fyra webbplatser för att söka efter hotellboende år 2014. Av de slutkunder som använde internetresebyråer för att söka hotellboende använde 46 procent också metasökmotorer. Under år 2015 gjordes 60 procent av hotellbokningar offline.

16. De genkärande hotellen har däremot hävdatt att internetresebyråer är verksamma på en separat produktmarknad då de erbjuder tjänster för sökning, jämförelse och bokning. Distribution offline av hotelltjänster och hotellens direkta säljkanaler utgör därför inte del av samma relevanta produktmarknad.

17. Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam) anser att det förefaller finnas en motsägelse mellan ståndpunkten att hotellens direkta säljkanaler utgör en separat produktmarknad och påståendet att snäva prisparitetsklausuler begränsar konkurrensen mellan internetresebyråer såsom Booking.com och hotellens direkta säljkanaler. Den konstaterar också att kommissionens beslut K(2011) 3913 slutlig av den 30 maj 2011 (mål nr COMP/M.6163 – AXA / PERMIRA / OPODO / GO VOYAGES / EDREAMS), som innebar att den relevanta produktmarknaden innefattade distribution online genom internetresebyråer och flygbolagens webbplatser, förefaller stödja Booking.coms ståndpunkt.

18. Enligt sammanfattningen av samrådet med berörda intressenter avseende utvärdering av tillkännagivandet av en marknadsdefinition av den 18 december 2020 (nedan kallad sammanfattning av samrådet med berörda intressenter),⁷ föreligger inte någon samstämmighet i den ekonomiska litteraturen eller i konkurrensmyndigheternas beslutspraxis beträffande hur

⁵ EGT C 372, 1997, s. 5.

⁶ Ersatt av kommissionens nya tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (EUT C/2024/1645) (nedan kallat det nya tillkännagivandet om definitionen av den relevanta marknaden).

⁷ Ares(2020)7730543.

flersidiga marknader ska definieras. Det förs en debatt beträffande huruvida de bör definieras som flera relevanta marknader (en för varje sida av plattformen) eller som en enda marknad (som omfattar plattformens samtliga sidor).⁸

19. Under dessa omständigheter beslutade Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam) att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

- ”1. Ska den breda och den snäva paritetsklausulen anses utgöra en accessorisk begränsning vid tillämpning av artikel 101.1 FEUF?
2. Hur ska den relevanta marknaden avgränsas vid tillämpning av förordning ... nr 330/2010 när transaktioner förmedlas av en internetresebyrå på vars plattform hotell kan erbjuda rum och komma i kontakt med resenärer som kan boka rum via plattformen?”

20. Booking.com, de genkärande hotellen, den tyska, den grekiska, den spanska och den österrikiska regeringen samt Europeiska kommissionen har gett in skriftliga yttranden. Vid förhandlingen den 29 februari 2024 yttrade sig Booking.com, de genkärande hotellen, den tyska och den spanska regeringen samt kommissionen muntligt och besvarade frågor som ställts av domstolen.

III. Bedömning

A. Upptagande till sakprövning

21. De genkärande hotellen och den tyska regeringen har bestritt att begäran om förhandsavgörande kan upptas till prövning i sak.

22. För det första har de hävdatt att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning i sak då den inte uppfyller kraven enligt artikel 94 i EU-domstolens rättegångsregler. Begäran innehåller inte alla relevanta omständigheter, det vill säga att Booking.com-beslutet och HRS-beslutet behandlade de två frågor som ställts av den hänskjutande domstolen. De tyska domstolarna fastställde dessa beslut, och de har vunnit laga kraft. Medan de genkärande hotellen anser att den hänskjutande domstolen är bunden av slutsatserna i dessa beslut, har den tyska regeringen hävdatt att dessa beslut åtminstone utgör *prima facie*-bevisning för förekomsten av en överträdelse.

23. För det andra har de genkärande hotellen gjort gällande att frågorna är helt hypotetiska, då den hänskjutande domstolen är bunden av de tyska domstolarnas avgöranden. På samma sätt anser den tyska regeringen att frågorna inte är nödvändiga då Booking.com-beslutet och HRS-beslutet, som fastställdes av de tyska domstolarna, skingrar alla tvivel beträffande tolkningen av unionsrätten.

⁸ Resumé av samråd med berörda intressenter, s. 8. Fastän Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam) hänvisar till kommissionens arbetsdokument om utvärdering av kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning av den 9 december 1997 (Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997) (SWD (2021) 199 final av den 12 juli) (nedan kallat kommissionens arbetsdokument), som innehåller ett liknande konstaterande (se s. 54), återfinns det exakta citatet i sammanfattningen av samrådet med de berörda intressenterna.

24. För det tredje kan frågorna inte prövas i sak såtillvida som de inte rör tolkningen av EU-rätten utan snarare dess tillämpning. Det är inte möjligt att besvara frågan huruvida breda och snäva prisparitetsklausuler är accessoriska begränsningar teoretiskt och oberoende av det faktiska, rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de tillämpas. Definitionen av en relevant produktmarknad är inte ett rättsligt begrepp utan kräver snarare en faktisk bedömning.

25. Det framgår av fast rättspraxis att det förfarande som har införts genom artikel 267 FEUF utgör ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om unionsrättens tolkning som de behöver för att kunna avgöra de mål som de ska pröva. Inom ramen för detta samarbete ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av unionsrätten.⁹

26. Nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten ska således presumeras vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.¹⁰

27. Såvitt gäller den första invändningen mot prövning i sak av begäran om förhandsavgörande innehåller beslutet därom tillräcklig faktisk, rättslig och processuell information för att domstolen ska kunna besvara de frågor som ställts. Det innehåller i synnerhet uppgifter om HRS-beslutet, Booking.com-beslutet och de efterföljande avgörandena av de tyska domstolarna i dessa frågor.

28. Beträffande betydelsen av dessa beslut och de efterföljande avgörandena av de tyska domstolarna för målet vid den hänskjutande domstolen är det materiella tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser¹¹ begränsat till talan om skadestånd som orsakats av överträdelse av konkurrensreglerna. Det är inte tillämpligt på andra typer av talan som avser överträdelser av konkurrensrätten¹² såsom talan om fastställelse att en överträdelse inte har begåtts när sådan talan är möjlig enligt nationell rätt. Det framgår av uppgifter som är tillgängliga för domstolen att medan Booking.com yrkat att den hänskjutande domstolen ska fastställa att dess prisparitetsklausuler inte stred mot konkurrensreglerna har de genkärande

⁹ Dom av den 8 december 2016, Eurosaneamientos m.fl. (C-532/15 och C-538/15, EU:C:2016:932, punkterna 26 och 27 och där angiven rättspraxis).

¹⁰ Ibidem, punkt 28.

¹¹ EUT L 349, 2014, s. 1.

¹² Dom av den 20 april 2023, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (C-25/21, EU:C:2023:298, punkt 31).

hotellen gett in en talan om skadestånd mot Booking.com vid den domstolen. Detta genkäromål vid den hänskjutande domstolen omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2014/104.

29. Enligt artikel 9.1 i direktiv 2014/104 ska en överträdelse av konkurrensrätten som en nationell konkurrensmyndighet eller en överprövningsdomstol har slagit fast i ett slutligt beslut anses vara ett faktum som inte kan vederläggas vid skadeståndstalan som väcks vid denna medlemsstats domstolar.¹³ Artikel 9.2 i direktiv 2014/104 avser en situation som föreligger i samband med förevarande mål. När en talan om skadestånd på grund av en överträdelse av konkurrensrätten förs vid domstolarna i en medlemsstat ska dessa domstolar beakta slutliga beslut som antagits i en annan medlemsstat som *prima facie*-bevisning för att en överträdelse har ägt rum med förbehåll för rätten att lägga fram bevisning om motsatsen.¹⁴ Den hänskjutande domstolen är således inte bunden av prövningen i Booking.com-beslutet, i HRS-beslutet eller i efterföljande domar av de tyska domstolarna. Att dessa beslut kan utgöra *prima facie*-bevisning för att en överträdelse ägt rum medför inte att begäran om förhandsavgörande inte kan prövas i sak.

30. Den andra invändningen mot att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning i sak kan tillbakavisas av liknande skäl. Den hänskjutande domstolens frågor är inte hypotetiska, eftersom de ovannämnda besluten inte är bindande för den. Inte heller innebär förekomsten av dessa frågor att domstolen inte behöver besvara tolkningsfrågorna, då domstolen är den yttersta uttolkaren av unionsrätten.¹⁵

31. Slutligen är domstolen i ett mål enligt artikel 267 FEUF inte behörig att tillämpa de unionsrättsliga bestämmelserna på de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen. Domstolen kan emellertid med utgångspunkt i handlingarna i målet tillhandahålla den nationella domstolen de uppgifter om unionsrättens tolkning som den kan behöva för att bedöma verkningarna av en viss unionsbestämmelse.¹⁶

32. I förevarande mål rör den hänskjutande domstolens frågor tolkningen av unionsrätt, nämligen begreppet accessoriska begränsningar och de rättsliga principer som gäller för definitionen av relevanta produktmarknader på vilka internetresebyråer är verksamma inom hotellsektorn.

33. Av dessa skäl råder jag domstolen att ogilla de olika invändningarna som framställts mot prövning i sak av begäran om förhandsavgörande.

¹³ Samma dom, punkterna 38 och 43.

¹⁴ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Pitruzzella i målet Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (C-25/21, EU:C:2022:659, punkt 107).

¹⁵ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i yttrande 1/17 (Övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada, EU:C:2019:72, punkt 116).

¹⁶ Dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 132).

B. Prövning i sak

1. Den första frågan

– Parternas yttranden

34. Såvitt gäller breda prisparitetsklausuler anser kommissionen att HRS-beslutet och HRS- domen visar att dessa klausuler i princip strider mot artikel 101.1 FEUF, eftersom de begränsar konkurrens både mellan internetresebyråer och mellan hotell. Detta är fallet trots att Booking.com inte var part i dessa förfaranden, varför artikel 9.2 i direktiv 2014/104 inte är tillämplig.

35. Beträffande snäva prisparitetsklausuler har kommissionen gjort gällande att Booking.com-beslutet och det efterföljande avgörandet av Bundesgerichtshof (Högsta domstolen), som fastslog att dessa klausuler begränsar konkurrens mellan hotell och internetsresebyråer, utgör *prima facie*-bevisning enligt artikel 9.2 i direktiv 2014/104 för att överträdelse av konkurrensrätten har ägt rum. Enligt kommissionens uppfattning finns det inget som tyder på att de tyska myndigheternas prövning med avseende på breda och snäva prisparitetsklausuler innefattade oriktig rättslig bedömning eller att den förvanskade bevisningen.

36. Enligt kommissionen anses en begränsning vara accessorisk när den uppfyller två villkor. För det första är begränsningen objektivt nödvändig för genomförande av en huvudverksamhet som inte skulle vara möjlig utan den accessoriska begränsningen. Denna huvudverksamhet måste ha positiva effekter eller åtminstone vara neutrala med avseende på konkurrens. För det andra ska den accessoriska begränsningen vara proportionerlig till de mål som huvudverksamheten eftersträvar. Kommissionens yttranden inriktas på det första av dessa villkor. Den har uppfattningen att huvudverksamheten i förevarande mål, det vill säga tillhandahållande av onlinebaserade förmedlingstjänster av internetresebyråer till hotell, har positiva effekter. Den ökar konkurrensen bland hotell och gör det möjligt för slutanvändare att söka efter och jämföra konkurrerande erbjudanden av hotelltjänster. Kommissionen har vidare påstått att de tyska myndigheterna förefaller ha tillämpat det riktiga rättsliga testet för att fastställa huruvida prisparitetsklausulerna är objektivt nödvändiga. Fastän det inte ankommer på kommissionen att ersätta de nationella myndigheternas och domstolarnas utvärdering med sin egen i ett förfarande för förhandsavgörande förefaller det inte föreligga någon antydning om att i avsaknad av prisparitetsklausuler Booking.coms ekonomiska överlevnad skulle riskeras. Även om snäva prisparitetsklausuler kan vara användbara för att hindra snålskjuts ska den analysen genomföras i samband med tillämpning av artikel 101.3 FEUF på de enskilda omständigheterna.¹⁷

37. Enligt de genkärande hotellen, de österrikiska och de grekiska regeringarna kan prisparitetsklausulerna anses vara accessoriska begränsningar endast om de är oundvikliga för att säkerställa Booking.coms överlevnad. Det är inte tillräckligt att visa att Booking.coms verksamhet kan vara mindre lönsam. De har uppfattningen att prisparitetsklausuler inte är accessoriska begränsningar då de inte är objektivt nödvändiga. För det första införde Booking.com prisparitetsklausuler några år efter dess framgångsrika inträde på den tyska marknaden. För det

¹⁷ Den grekiska regeringen har också framhållit att begreppet accessoriska begränsningar som avser tillämpningen av artikel 101.1 FEUF inte ska blandas samman med beviljande av undantag enligt artikel 101.3 FEUF.

andra fortsatte Booking.com att stärka sin marknadsställning i Tyskland efter det att det hade upphört att använda sådana klausuler.¹⁸ För det tredje har Booking.com hävdats att fastän många hotell inte respekterade prisparitetsklausulerna underlät det att genomdriva dem.

38. De genkärande hotellen och den grekiska regeringen har vidare påstått att prisparitetsklausulerna är oproportionerliga då Booking.com kan försvara sina legitima kommersiella intressen med olika medel. Booking.com kan till exempel ta ut en noteringsavgift av hotellen eller kräva att slutkunderna betalar per klick.

39. De tyska och grekiska regeringarna anser att breda prisparitetsklausuler är uteslutna begränsningar enligt artikel 5.1 d i den nya vertikala gruppundantagsförordningen. Denna bestämmelse visar att sådana klausuler inte är accessoriska begränsningar och att deras förenlighet med konkurrensrätten kräver en individuell bedömning enligt artikel 101.3 FEUF. Snäva prisparitetsklausuler kan emellertid omfattas av tillämpningsområdet för den nya vertikala gruppundantagsförordningen i den mån som trösklarna för marknadsandel och andra tillämpliga villkor uppfylls.

40. Den spanska regeringen har föreslagit en annan bedömning av breda och snäva prisparitetsklausuler. Då breda prisparitetsklausuler har särskilt skadliga effekter på konkurrensen utgör de inskränkningar genom syfte, vilket bör leda till att de behandlas som särskilt allvarliga begränsningar i den mening som avses i artikel 4 i den nya vertikala gruppundantagsförordningen. Den nya vertikala gruppundantagsförordningen kan däremot undanta snäva prisparitetsklausuler när de berörda företagen inte överstiger tröskeln om en marknadsandel på 30 procent. När denna marknadsandelströskel överstigs är det nödvändigt att genomföra en individuell prövning av snäva prisparitetsklausulers förenlighet. Den spanska regeringen utesluter inte att dessa klausuler i detta hypotetiska fall kan anses vara accessoriska begränsningar då de är nödvändiga för att hindra snålskjuts, förutsatt att det inte finns alternativa, mindre inskränkande medel för att nå detta mål.

41. Booking.com har angett två skäl till varför breda och snäva prisparitetsklausuler är accessoriska begränsningar. För det första var prisparitetsklausulerna direkt kopplade till genomförandet av huvudavtalen mellan Booking.com och hotellen, vilket har haft en positiv inverkan på konkurrensen och har medfört fördelar för hotellen och slutkunderna. Tack vare Booking.coms plattform har hotellen erhållit större synlighet och lyckats nå ett större antal slutkunder över hela världen. Slutkunderna får tillgång till ett bredare hotellutbud och kan jämföra och boka boende på ett enkelt och effektivt sätt. Booking.coms plattform har ökat konkurrensen mellan hotell, vilket har lett till lägre priser för slutkunden.

42. För det andra var prisparitetsklausuler på grund av dess betydande investeringar för skapande, utveckling och främjande av dess plattform en objektiv nödvändighet för att skydda Booking.coms affärsmodell. Hotellen betalar inte någon avgift för att erbjuda sina rum genom Booking.coms plattform. De betalar först när en kund bokar ett rum genom Booking.com och inte avbeställer. Slutkunder använder Booking.coms tjänster utan kostnad. Prisparitetsklausuler var oundgängliga för att undvika att hotell åkte snålskjuts genom att annonsera sina rum på Booking.coms plattform samtidigt som de försökte undvika att betala bokningsavgiften genom att erbjuda samma rum till ett lägre pris genom andra säljkanaler. Booking.com har anfört att

¹⁸ Den österrikiska regeringen tillägger att trots förbudet mot användning av prisparitetsklausuler inom dess territorium som en oskälig praxis sedan år 2017 fortsatte internetresebyråer att öka sina marknadsandelar i Österrike.

prisparitetsklausulerna i) utgjorde en lämplig åtgärd för att säkerställa framgång för dess affärsmodell, ii) eftersträfvade ett legitimt mål och iii) utgjorde den minst begränsande åtgärden för att bekämpa snålskjuts.¹⁹

– *Bedömning*

43. Genom sin första fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida breda och snäva prisparitetsklausuler som en internetresebyrå vill införa i avtal med hotell som del av dess affärsvillkor ska anses vara accessoriska begränsningar vid tillämpning av artikel 101.1 FEUF.

44. Den hänskjutande domstolen är skyldig att till följd av artikel 9.2 i direktiv 2014/104 behandla Booking.com-beslutet och de efterföljande tyska domarna som åtminstone *prima facie*-bevisning för att Booking.coms snäva prisparitetsklausuler stred mot konkurrensrätten. Den hänskjutande domstolen kan också behandla HRS-beslutet, som inte rörde Booking.com, och det efterföljande avgörandet av de tyska domstolarna därom, som ”alla andra bevis” om det läggs fram av parterna, för att fastställa om Booking.coms breda prisparitetsklausuler stred mot konkurrensrätten. Den hänskjutande domstolen är inte bunden av slutliga beslut som meddelats i en annan medlemsstat om det visar sig att dessa beslut innebär felaktig rättstillämpning eller innehåller en uppenbart felaktig bedömning, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

45. Det framgår av domstolens praxis att om en viss transaktion eller en viss verksamhet inte omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av dess neutrala karaktär eller positiva effekt på konkurrensen, omfattas en begränsning av det affärsmässiga oberoendet för en eller flera av deltagarna i denna transaktion eller verksamhet inte heller av det principiella förbudet när begränsningen är objektivt nödvändig för genomförandet av transaktionen eller verksamheten och står i proportion till åtgärdens eller verksamhetens syfte.²⁰

46. När det gäller att avgöra huruvida en konkurrensbegränsande inskränkning kan undgå förbudet i artikel 101.1 FEUF då den är accessorisk till en huvudverksamhet som inte har en konkurrensbegränsande karaktär, är det nödvändigt att undersöka huruvida denna verksamhet skulle vara omöjlig att genomföra i avsaknad av denna begränsning. Förhållandet att en verksamhet är svårare att genomföra eller även mindre lönsam utan användning av en begränsning är otillräckligt för att anse att denna begränsning utgör erforderlig ”objektiv nödvändighet” för att den ska klassificeras som accessorisk. Om detta inte vore fallet skulle accessoriska begränsningar omfatta begränsningar som inte är strikt oundgängliga för genomförande av huvudverksamheten. Detta är ett resultat som skulle undergräva den ändamålsenliga verkan av förbudet i artikel 101.1 FEUF.²¹ Kravet på objektiv nödvändighet rör frågan huruvida en huvudverksamhet eller en verksamhet som inte omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF i avsaknad av denna begränsning av det affärsmässiga oberoendet och i förhållande till vilken begränsningen är underordnad, riskerar att inte genomföras eller inte kunna fortsätta.²²

¹⁹ Booking.com avstod från att införa villkor om exklusivitet gentemot hotellen i detta syfte, vilket skulle ha varit en mer begränsande åtgärd.

²⁰ Dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 89), dom av den 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, punkt 69) och dom av den 26 oktober 2023, EDP – Energias de Portugal m.fl. (C-331/21, EU:C:2023:812, punkt 88).

²¹ Dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 91), dom av den 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, punkt 71), och dom av den 26 oktober 2023, EDP – Energias de Portugal m.fl. (C-331/21, EU:C:2023:812, punkt 90).

²² Dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 93).

47. För att undvika sammanblandning av villkoren i rättspraxis för klassificeringen av en begränsning som accessorisk vid tillämpning av artikel 101.1 FEUF och kriteriet avseende nödvändighet som artikel 101.3 FEUF kräver för att undanta en begränsning, genomförs prövningen av den objektiva nödvändigheten för en begränsning på en relativt teoretisk nivå. Medan avvägningen av de konkurrensbefrämjande och konkurrensbegränsande effekterna av ett avtal sker inom ramen för artikel 101.3 FEUF kan endast de begränsningar som är nödvändiga för att huvudverksamheten ska kunna genomföras under alla omständigheter²³ betraktas som accessoriska begränsningar.²⁴

48. I förevarande mål är det tydligt att tillhandahållande av onlinebaserade tjänster avseende bokning av boende av internetresebyråer såsom Booking.com har haft positiva effekter för konkurrensen då denna verksamhet ökar konkurrensen mellan hotellen och gör det möjligt för slutkunder att söka efter och jämföra konkurrerande erbjudanden av boendetjänster. Den verkliga frågan är huruvida breda och/eller snäva prisparitetsklausuler är objektivt nödvändiga och proportionerliga för att genomföra den huvudverksamhet som är under granskning vid den hänskjutande domstolen. Som de flesta av parterna i förevarande mål har påstått förefaller breda och snäva prisparitetsklausuler inte vara oundgängliga. Det förefaller inte föreligga någon inneboende koppling mellan internetresebyråernas huvudverksamhet och åläggande av prisparitetsklausuler. Inte heller förefaller de vara objektivt nödvändiga för att säkra internetresebyråernas ekonomiska bärkraft. För domstolen tillgängliga uppgifter pekar på att internetresebyråer fortsätter att tillhandahålla sina tjänster och till och med är framgångsrika i flera medlemsstater efter det att de förbjudits att använda prisparitetsklausuler. Som flera parter i målet har hävdade kan andra alternativa och mindre begränsande sätt föreligga för att nå det legitima målet att hindra snålshets, exempelvis att ta ut en noteringsavgift av hotellen. Det är därför tveksamt om breda och snäva prisparitetsklausuler uppfyller proportionalitetskriteriet som gäller för accessoriska begränsningar.

49. Föregående överväganden påverkar inte avvägningen av konkurrensbefrämjande och konkurrensbegränsande effekter av sådana begränsningar i samband med en individuell prövning enligt artikel 101.3 FEUF. Förhindrande av snålshets är ett legitimt mål som kan motivera begränsning av konkurrensen när villkoren för tillämpning av artikel 101.3 FEUF är uppfyllda.²⁵ Härav följer att internetresebyråer kan framföra dessa argument inom den ram som anges i artikel 101.3 FEUF i stället för att fastställa förekomsten av accessoriska begränsningar.²⁶

50. Då frågan togs upp på förhandlingen vill jag tillägga att breda och snäva prisparitetsklausuler inte är särskilt allvarliga begränsningar i den mening som avses i artikel 4 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen. Den gamla vertikala gruppundantagsförordningen hänvisar inte till breda eller snäva prisparitetsklausuler. Den särskilt allvarliga begränsningen i artikel 4 a i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen²⁷ rör ”upprätthållande av återförsäljningspris”, det vill säga avtal eller samordnade förfaranden som direkt eller indirekt syftar till fastställande av ett fast eller lägsta försäljningspris. Begreppet upprätthållande av återförsäljningspris avser en

²³ Överväganden avseende konkurrenssituationen på den relevanta marknaden ingår således inte i bedömningen av en begränsnings accessoriska karaktär utan ska snarare beaktas vid tillämpningen av artikel 101.3 FEUF.

²⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 september 2001, M6 m.fl./kommissionen (T-112/99, EU:T:2001:215, punkterna 107 och 109) och dom av den 24 maj 2012, MasterCard m.fl./kommissionen (T-111/08, EU:T:2012:260, punkt 89).

²⁵ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Mazák i målet Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113, punkterna 39 och 40) och förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 123).

²⁶ Punkterna 372–375 i kommissionens nya vertikala riktlinjer (EUT C 248, 2022, s. 1) (nedan kallade de nya vertikala riktlinjerna) ger vägledning beträffande bedömning av prisparitetsskyldigheter enligt artikel 101.3 FEUF i syfte att behandla snålshetsproblemet.

²⁷ Artikel 4 a i den nya vertikala gruppundantagsförordningen har identisk lydelse.

begränsning av köparens möjlighet att bestämma sitt återförsäljningspris.²⁸ Breda och snäva prisparitetsklausuler verkar på ett helt annat sätt. För det första tillhandahåller internetresebyråer förmedlingstjänster till hotell. De tillhandahåller inte boendetjänster som hotellen vidare säljer till slutkunderna. Begreppet upprätthållande av återförsäljningspris passar inte lätt in i denna kontraktuella modell. Även om en analogi skulle dras mellan upprätthållande av återförsäljningspris och en internetresebyrås föreskrift om ett fast eller lägsta försäljningspris för den transaktion som den förmedlar²⁹ hindrar för det andra inte breda och snäva prisparitetsklausuler att hotellen sänker försäljningspriset för de transaktioner som utförts genom den internetresebyrån.³⁰

51. Påståendet att prisparitetsklausuler inte är särskilt allvarliga begränsningar vid tillämpning av den gamla vertikala gruppundantagsförordningen har stöd i två ytterligare överväganden som görs från den nya vertikala gruppundantagsförordningen och riktlinjerna om vertikala begränsningar.³¹ För det första anger artikel 5.1 d i den nya vertikala gruppundantagsförordningen uttryckligt att breda prisparitetsklausuler är ”uteslutna begränsningar”³² snarare än särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 i den nya vertikala gruppundantagsförordningen.³³ Detta förefaller innebära att den nya vertikala gruppundantagsförordningen undantar snäva prisparitetsklausuler som är mindre konkurrensbegränsande.³⁴ För det andra bekräftar de nya vertikala riktlinjerna uttryckligt att snäva prisparitetsklausuler kan omfattas av undantaget som anges i den nya vertikala gruppundantagsförordningen.³⁵

52. Då den gamla vertikala gruppundantagsförordningen inte innehåller en bestämmelse liknande artikel 5.1 d i den nya vertikala gruppundantagsförordningen och prisparitetsklausuler inte är särskilt allvarliga begränsningar förefaller inte något i princip hindra att den gamla vertikala gruppundantagsförordningen är tillämplig på både breda och snäva prisparitetsklausuler förutsatt att övriga villkor som denna förordning fastställer är uppfyllda.

53. Jag anmodar därför domstolen att besvara den första frågan på det sättet att breda och snäva prisparitetsklausuler som en internetresebyrå vill ålägga hotell som del av dess affärsvillkor inte är accessoriska begränsningar vid tillämpning av artikel 101.1 FEUF såvida de inte är nödvändiga och proportionerliga för att säkerställa internetresebyråns ekonomiska bärkraft, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra med förbehåll för dess bedömning enligt artikel 101.3 FEUF.

²⁸ Se punkt 48 i de gamla vertikala riktlinjerna och punkt 185 i de nya vertikala riktlinjerna. Ett exempel på upprätthållande av återförsäljningspriser är när leverantören fastställer det pris till vilket en distributör ska vidareförsälja de produkter som levererats (EUT C 130, 2010, s. 1).

²⁹ Se, för ett liknande resonemang, punkterna 67 c och 194 i de nya vertikala riktlinjerna.

³⁰ En snäv prisparitetsklausul hindrar inte hotell X från att sänka priset för rum Y genom Booking.com. Den kräver endast att om hotell X sänker priset för rum Y genom sin direkta säljkanal (till exempel på dess webbplats) är det skyldigt att sänka priset för detta rum även på Booking.com. På samma sätt hindrar inte heller en bred prisparitetsklausul hotell X från att sänka priset för rum Y genom Booking.com. Det betyder att om hotell X sänker priset för rum Y på en annan internetresebyrås plattform är det skyldigt att sänka priset för detta rum även på Booking.com.

³¹ Till undvikande av tvivel är definitionen av särskilt allvarliga begränsningar i artikel 4 a i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen identisk med den som anges i artikel 4 a i den nya vertikala gruppundantagsförordningen.

³² Artikel 5.1 i den nya vertikala gruppundantagsförordningen utesluter tillämpningen av blockundantaget på varje direkt eller indirekt skyldighet som föranleder en köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster att inte erbjuda, sälja eller återförsälja varor eller tjänster till slutanvändare på gynnsammare villkor via konkurrerande onlinebaserade förmedlingstjänster.

³³ Punkterna 67 d och 253 i de nya vertikala riktlinjerna bekräftar detta påstående uttryckligt.

³⁴ Se, för ett liknande resonemang, punkterna 360 och 374 i de nya vertikala riktlinjerna.

³⁵ Se punkterna 254 a och 359 i de vertikala riktlinjerna.

2. Den andra frågan

– Parternas yttranden

54. Kommissionen konstaterar att enligt Booking.com-beslutet, som har vunnit laga kraft, var den relevanta produktmarknaden tillhandahållande av plattformar av onlinebaserade förmedlingstjänster till hotell. Hotellens direkta säljkanaler och metasökmotorer var inte del av denna relevanta produktmarknad. Kommissionen med instämmande av den tyska regeringen har påstått att inget tyder på att denna bedömning var uppenbart oriktig.³⁶ Detta beslut bör följaktligen utgöra i vart fall *prima facie*-bevisning för den hänskjutande domstolens definition av den relevanta produktmarknaden.

55. Kommissionen har erinrat om att marknadsandelströskeln i artikel 3.1 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen avser den relevanta marknad på vilken leverantören säljer kontraktstjänsterna. Kommissionen och den tyska regeringen hänvisar analogt till punkt 67 i de nya vertikala riktlinjerna.

56. De genkärande hotellen förefaller ifrågasätta den vertikala karaktären av förhållandet mellan Booking.com och hotellen med hänsyn till Booking.coms argument att hotellens direkta säljkanaler konkurrerar med dess plattform. På grundval av det argumentet skulle den gamla vertikala gruppundantagsförordningen inte vara tillämplig. De genkärande hotellen har i vart fall, med stöd från den grekiska, den spanska och den österrikiska regeringen, påstått att metasökmotorer inte är en del av den relevanta produktmarknaden då användarna inte kan göra en bokning genom dem. Hotellens direkta säljkanaler är inte en del av den relevanta produktmarknaden då de inte har funktioner för sökning eller jämförelse.

57. Booking.com har påstått att den relevanta produktmarknaden ska innefatta det konkurrenstryck som utövas direkt och indirekt av säljkanaler offline och online, inbegripet hotellens webbplatser. Förhållandet att kunderna ägnar sig åt *multihoming* när de bokar hotellboende genom säljkanaler offline och online, inbegripet internetresebyråer, metasökmotorer och hotellens direkta säljkanaler, stöder detta påstående. Oavsett säljkanal är den tjänst som erbjuds slutkunderna densamma, det vill säga ett hotellrum. Om det inte förelåg en risk för att kunderna kan boka hotellrum genom andra säljkanaler skulle prisparitetsklausuler inte vara nödvändiga från en kommersiell utgångspunkt.

– Bedömning

58. Genom sin andra fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i hur den relevanta produktmarknaden ska definieras med avseende på en internetresebyrås verksamhet som är en förmedlare mellan hotell och slutkunder vid tillämpning av artikel 3.1 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen.

59. Inledningsvis noterar jag att det argument som de genkärande hotellen har framfört att förhållandet mellan hotellen och Booking.com inte är vertikalt och att den gamla vertikala gruppundantagsförordningen inte är tillämplig på denna typ av situation förefaller vara grundat på en missuppfattning.

³⁶ Kommissionen konstaterar vidare att de franska, italienska och svenska konkurrensmyndigheterna har definierat den relevanta produktmarknaden på ett liknande sätt.

60. Artikel 1.1 a i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen definierar ett ”vertikalt avtal” som ett avtal eller samordnat förfarande som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet eller det samordnade förfarandet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.³⁷ Ett företag som Booking.com som tillhandahåller förmedlingstjänster till hotell för att nå slutkunder som söker tjänster avseende boende på hotell omfattas klart av denna definition, då Booking.com och hotellen verkar på olika nivåer i produktions- och distributionskedjorna vid tillämpningen av detta avtal.

61. En annan rättslig fråga är huruvida den gamla vertikala gruppundantagsförordningen är tillämplig, då Booking.coms plattform konkurrerar med hotellens direkta säljkanaler. Genom artikel 2.4 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen ska undantaget i artikel 2.1 däri inte tillämpas på vertikala avtal som ingås mellan konkurrerande företag. Det finns ett undantag från denna bestämmelse: när konkurrerande företag ingår ett icke ömsesidigt vertikalt avtal och leverantören tillhandahåller tjänster i flera handelsled, medan köparen tillhandahåller sina varor eller tjänster i detaljistledet och inte är ett konkurrerande företag i det handelsled där denne köper avtalstjänsterna.³⁸ Detta undantag avser situationer som rör ”dubbel återförsäljning”, det vill säga när en leverantör inte endast säljer sina tjänster genom oberoende återförsäljare utan också säljer dem direkt till slutkunder i konkurrens med sina oberoende återförsäljare.³⁹ Därav följer att även med antagande av att Booking.coms plattform och hotellens direkta säljkanaler skulle anses vara faktiska eller potentiella konkurrenter på samma relevanta produktmarknad⁴⁰ omfattas situationen i vilken hotell säljer sina rum genom internetresebyråer och även genom sina egna webbplatser av artikel 2.4 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen. Tvärtemot det argument som framförts av de genkärande hotellen är den gamla vertikala gruppundantagsförordningen således tillämplig.

62. Denna slutsats blir till och med klarare när den behandlas i samband med den nya vertikala gruppundantagsförordningen och de nya vertikala riktlinjerna. Artikel 1 e ii) i den nya vertikala gruppundantagsförordningen definierar ”onlinebaserade förmedlingstjänster” som informationssamhällets tjänster vilka gör det möjligt för företag att erbjuda varor eller tjänster till slutkonsumenter, i syfte att underlätta inledandet av direkta transaktioner mellan dessa företag och slutkonsumenter. Artikel 2.4 b i den nya vertikala gruppundantagsförordningen, som rör dubbel återförsäljning, har samma lydelse som artikel 2.4 b i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen. Den nya vertikala gruppundantagsförordningen innehåller emellertid en ny artikel 2.6 som fastslår att de undantag som anges i artikel 2.4 i den nya vertikala gruppundantagsförordningen gäller inte vertikala avtal som rör tillhandahållande av onlinebaserade förmedlingstjänster där leverantören av de onlinebaserade förmedlingstjänsterna är ett konkurrerande företag på den relevanta marknaden för försäljning av de förmedlade varorna eller tjänsterna.⁴¹

³⁷ Artikel 1.1 a i den nya vertikala gruppundantagsförordningen har samma lydelse.

³⁸ Artikel 2.4 b i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen.

³⁹ Se, för ett liknande resonemang, punkt 28 i de gamla vertikala riktlinjerna.

⁴⁰ Det ankommer på den hänskjutande domstolen att göra denna bedömning mot bakgrund av de överväganden som angetts i punkterna 64–74 i förevarande förslag till avgörande.

⁴¹ Undantaget från undantaget betyder att den nya vertikala gruppundantagsförordningen inte är tillämplig i dessa situationer.

63. Punkterna 104–106 i de nya vertikala riktlinjerna klarlägger att syftet med artikel 2.6 i den nya vertikala gruppundantagsförordningen är att minska tillämpningsområdet för gruppundantaget för plattformar som har en ”hybridfunktion”.⁴² Detta kan inträffa när säljare av livsmedel erbjuder sina varor till försäljning på en onlinebaserad marknadsplats medan den som driver den onlinebaserade marknadsplatsen samtidigt erbjuder sina egna produkter i konkurrens med dessa säljare. Syftet med detta undantag är att under sådana omständigheter kan leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster ha incitament att främja sin egen försäljning och möjlighet att påverka utfallet av konkurrensen. Härav följer att den nya vertikala gruppundantagsförordningen fortsätter att föreskriva ett undantag för leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster som inte har en hybridfunktion såsom en internetresebyrå som inte erbjuder sina egna hotellrum genom sin plattform.

64. Beträffande den andra frågan noterar jag att marknadsdefinition är ett verktyg som används för att identifiera och definiera gränserna för konkurrensen mellan företag. Det huvudsakliga syftet med marknadsdefinitionen är att systematiskt identifiera de faktiska och omedelbara konkurrensbegränsningar som de berörda företagen möter när de erbjuder vissa produkter.⁴³

65. Enligt rättspraxis omfattar den relevanta marknaden alla varor och/eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och sin avsedda användning betraktas som utbytbara av konsumenterna. Begreppet relevant marknad innebär att varorna och tjänsterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla varor eller tjänster som tillhör en och samma marknad i tillräcklig grad är utbytbara inom samma användningsområde. Utbytbarheten ska inte bedömas endast med beaktande av varornas eller tjänsternas objektiva egenskaper. Även konkurrensvillkoren samt efterfråge- och utbudsmönstret på marknaden ska beaktas.⁴⁴ Produkters utbytbarhet är dynamisk och definitionen av den relevanta marknaden kan förändras över tiden.⁴⁵

66. Tvåsidiga marknader är sådana där en ekonomisk operatör, ofta en onlinebaserad plattform, knyter samman två olika användargrupper. Under sådana omständigheter har efterfrågan från en användargrupp påverkan på efterfrågan från den andra gruppen som medför indirekta nätverkseffekter.⁴⁶ Exempel på sådana tvåsidiga marknader inbegriper en onlinebaserad marknadsplats där en plattform för samman säljare av produkter och köpare av en produkt och ett professionellt socialt nätverk som kopplar ihop slutanvändare och potentiella arbetsgivare.⁴⁷

67. Enligt det nya tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad kan det i fråga om flersidiga plattformar vara lämpligt att definiera en relevant produktmarknad för de produkter som erbjuds av en plattform som helhet på ett sätt som omfattar alla användargrupper. Det kan vara lämpligt att definiera separata (men sinsemellan relaterade) relevanta produktmarknader för

⁴² Se på samma sätt kommissionens förklarande anmärkning till den nya vertikala gruppundantagsförordningen och nya vertikala riktlinjer på dess webbplats: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf. Se också punkt 67 e i de nya vertikala riktlinjerna.

⁴³ Se punkt 6 i det nya tillkännagivandet om relevant marknad.

⁴⁴ Dom av den 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, punkterna 50 och 51) och dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 129).

⁴⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 130).

⁴⁶ Se, i detta avseende, punkt 94 i det nya tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad.

⁴⁷ Fenomenet indirekta nätverkseffekter är ett resultat av förhållandet att ju fler säljare som erbjuder sina produkter genom denna onlinebaserade marknadsplats, blir desto fler köpare intresserade av denna onlinebaserade marknadsplats, och vice-versa.

de produkter som erbjuds på varje sida av plattformen.⁴⁸ Ett antal faktorer har inverkan på detta avgörande, inbegripet huruvida det är en transaktionsplattform eller inte en transaktionsplattform.⁴⁹

68. Som kommissionen och den tyska regeringen i detta sammanhang riktigt har påstått utgör Booking.com-beslutet och följande avgöranden av de tyska domstolarna åtminstone *prima facie* -bevisning för den hänskjutande domstolen vid definitionen av den relevanta marknaden enligt artikel 9.2 i direktiv 2014/104, i linje med de överväganden som anges i punkt 29 i förevarande förslag till avgörande. Nationella domstolar är emellertid inte bundna av beslut som antagits i en annan medlemsstat, i synnerhet inte när de förefaller innebära felaktig rättstillämpning eller en uppenbart oriktig bedömning, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

69. Det är ostridigt att Booking.com i förevarande mål verkar på en tvåsidig marknad som leverantör av onlinebaserade förmedlingstjänster till både hotell och slutkunder.⁵⁰ Medan det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa huruvida det är riktigt att definiera en enda relevant produktmarknad som omfattar användare på båda sidor av plattformen eller två separata relevanta produktmarknader, en på varje sida av plattformen, anges i de nya vertikala riktlinjerna att såvitt gäller marknadsandelströsklarna i artikel 3.1 i den nya gruppundantagsförordningen⁵¹ kategoriseras den som tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster, såsom Booking.com, som leverantör av dessa tjänster och ett företag som erbjuder eller säljer varor eller tjänster via en onlinebaserad förmedlingstjänst, såsom ett hotell, kategoriseras som köpare med avseende på onlinebaserade förmedlingstjänster.⁵² Till följd härav beräknas marknadsandelen för det företag som tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster med hänvisning till den relevanta marknaden för leverans av dessa tjänster till de företag som kategoriseras som köpare.⁵³ De nya vertikala riktlinjerna anger vidare att omfattningen av den relevanta marknaden beror på graden av utbytbarhet mellan online- och offlinebaserade förmedlingstjänster, mellan förmedlingstjänster som används för olika kategorier av varor eller tjänster och mellan förmedlingstjänster och kanaler för direktförsäljning.⁵⁴

70. För att tillämpa artikel 3.1 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen på förevarande mål är det nödvändigt att beräkna Booking.coms marknadsandel som leverantör av onlinebaserade förmedlingstjänster till hotell. I detta sammanhang kan det vara lämpligt att beakta huruvida andra typer av förmedlingstjänster och andra säljkanaler är utbytbara i fråga om förmedlingstjänster sett ur hotellens synvinkel (på efterfrågesidan av dessa förmedlingstjänster)

⁴⁸ Se punkt 95 i det nya tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad.

⁴⁹ Ibidem. Jag konstaterar att det nya tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad inte har antagit den teori som förespråkas i doktrinen att som en generell princip ska en enda relevant marknad som omfattar alla användargrupper definieras i fråga om transaktionsplattformar (till exempel en onlinebaserad marknadsplats) och separata relevanta marknader ska definieras på varje sida av plattformen i fråga om plattformar som inte är transaktionsplattformar (såsom ett socialt nätverk). Enligt det nya tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad är detta endast en av flera faktorer som ska beaktas. Skälet till denna inställning förefaller vara en brist på samstämmighet i doktrinen och i konkurrensmyndigheternas praxis. Se, i detta avseende, kommissionens arbetsdokument, s. 54. För mer information om denna teori, se Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeld, P., Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice, *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, vol. 10(2), s. 293–339.

⁵⁰ Ur slutkundernas synvinkel består dessa förmedlingstjänster i möjligheten att söka och jämföra hotellerbjudanden och till slut göra en bokning.

⁵¹ Artikel 3.1 i den nya vertikala gruppundantagsförordningen har samma lydelse som artikel 3.1 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen.

⁵² Punkt 67 b i de nya vertikala riktlinjerna.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem.

och slutkundernas (som finns på den andra sidan av denna tvåsidiga plattform).⁵⁵ Det kan således vara lämpligt att beakta utbytbarheten med offlinebaserade resebyråtjänster, hotellens direkta säljkanaler och även andra onlinebaserade tjänster såsom dem som tillhandahålls av metasökmotorer. I detta avseende konstaterar jag att alla parter i målet vid den hänskjutande domstolen med undantag av Booking.com har uppfattningen att det inte föreligger någon utbytbarhet mellan onlinebaserade förmedlingstjänster och de ovannämnda säljkanalerna, i huvudsak då de inte erbjuder samma sök- och jämförelsefunktioner tillsammans med möjligheten att göra en bokning.⁵⁶

71. Det är den hänskjutande domstolens uppgift att definiera den relevanta produktmarknaden mot bakgrund av föregående överväganden med beaktande av Booking.com-beslutet och efterföljande avgöranden av de tyska domstolarna som *prima facie*-bevisning tillsammans med all annan relevant bevisning. Jag vill tillägga att enligt den dom som meddelats av Bundesgerichtshof (Högsta domstolen) avseende Booking.com-beslutet invände inte Booking.com under den rättegången mot definitionen av den relevanta marknaden.

72. Den hänskjutande domstolen kan också söka ledning från avgöranden av andra konkurrensmyndigheter såsom kommissionens beslut C(2023) 6376 final av den 25 september 2023 om att en koncentration är oförenlig med den inre marknaden och med funktionen för avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (mål M.10615 – Booking Holdings/eTraveli Group), som diskuterades vid förhandlingen. Fastän Booking.com har väckt talan om ogiltigförklaring av detta beslut vid tribunalen⁵⁷ uppgav dess företrädare som svar på domstolens frågor att trots vissa reservationer hade det inte specifikt ifrågasatt definitionen av marknaden som gjorts i detta beslut.

73. Slutligen, som kommissionen riktigt har påpekat, föreligger inte någon motsägelse mellan argumentet att hotellens direkta säljkanaler utgör en separat produktmarknad och påståendet att snäva prisparitetsklausuler begränsar konkurrensen mellan internetresebyråer såsom Booking.com och hotellens direkta säljkanaler. Medan definitionen av den relevanta produktmarknaden avser identifiera det mest direkta konkurrenstrycket som upplevs av de berörda företagen kan konkurrensbedömningen också beakta former av mindre direkt konkurrenstryck såsom konkurrensbegränsningar utanför marknaden.

74. Jag föreslår således domstolen att besvara den andra frågan på det sättet att vid tillämpning av artikel 3.1 i den gamla vertikala gruppundantagsförordningen är det nödvändigt att definiera den relevanta produktmarknaden i förhållande till en internetresebyrås verksamhet som förmedlare mellan hotell och slutkunder genom att bedöma huruvida andra säljkanaler är utbytbara ur hotellens och slutkundernas synvinkel för att beräkna en internetresebyrås marknadsandel som leverantör av onlinebaserade förmedlingstjänster till hotell.

⁵⁵ Även om separata relevanta produktmarknader definieras på varje sida av marknaden har som angetts ovan båda sidor ändå ett samband och deras särdrag ska ömsesidigt beaktas för att definiera den relevanta marknaden. Se Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., Affeld, P., Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice, *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, vol. 10(2), s. 293–339.

⁵⁶ Resebyråtjänster offline som tillhandahålls av fysiska operatörer förefaller uppvisa mycket olika särdrag och funktionalitet. Hotellens direkta säljkanaler ger dem inte möjlighet för kunderna att söka och jämföra erbjudanden från olika leverantörer. Metasökmotorer förefaller också ha olika särdrag och funktionalitet i det att de finner erbjudanden av internetresebyråer och leverantörer av hotelltjänster men när kunden klickar på resultaten återvisas han/hon till internetresebyråns webbplats eller hotellet i fråga för att göra en bokning.

⁵⁷ Mål T-1139/23, Booking Holdings/kommissionen (pågående).

IV. Förslag till avgörande

75. Jag föreslår att domstolen besvarar de frågor som ställts av Rechtbank Amsterdam (Distriktsdomstolen, Amsterdam, Nederländerna) för förhandsavgörande på följande sätt:

1. Artikel 101.1 FEUF ska tolkas på det sättet att

breda och snäva prisparitetsklausuler som en internetresebyrå vill ålägga hotell som del av dess affärsvillkor inte är accessoriska begränsningar vid tillämpning av artikel 101.1 FEUF såvida de inte är nödvändiga och proportionerliga för att säkerställa internetresebyråns ekonomiska bärkraft, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra med förbehåll för dess bedömning enligt artikel 101.3 FEUF.

2. Artikel 3.1 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 ska tolkas på det sättet att

det är nödvändigt att definiera den relevanta produktmarknaden i förhållande till en internetresebyrås verksamhet som förmedlare mellan hotell och slutkunder genom att bedöma huruvida andra säljkanaler är utbytbara ur hotellens och slutkundernas synvinkel för att beräkna en internetresebyrås marknadsandel som leverantör av onlinebaserade förmedlingstjänster till hotell.