

Er MFN-klausuler i avtaler mellom  
hoteller og OTAer i strid med  
konkurranseloven § 10?

*Med hovedfokus på mulige  
konkurransbegrensende virkninger av MFN-  
klausuler.*

Kandidatnummer:

21

Antall ord:

14906



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3 juni 2019

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
<b>1. Innledning .....</b>	<b>4</b>
1.1 Oppgavens tema og problemstilling.....	4
1.2 Begrepsavklaring.....	5
1.2.1 OTAer.....	5
1.2.2 MFN-klausuler .....	5
1.3 Metode.....	6
1.3.1 Generell metode for norsk konkurranserett.....	6
1.3.2 Særskilt metode i relasjon til MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer..	7
1.4 Avgrensning av oppgavens tema og fremstillingen videre .....	8
<b>2. Rettslige utgangspunkter .....</b>	<b>9</b>
2.1 Den norske konkurranselovgivningen.....	9
2.1.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i krrl. § 10 .....	9
2.1.2 Legislative hensyn.....	9
2.2 MFN-klausuler i EU/EØS-retten.....	11
2.2.1 Mangel på presedens .....	11
2.2.2 Sprikende praksis innad i EØS-området .....	11
<b>3. Det relevante marked .....</b>	<b>14</b>
3.1 Rettslig utgangspunkt.....	14
3.2 Markedsavgrensningen.....	15
3.2.1 Praksis .....	15
3.2.2 Markedet for online formidlingstjenester for hoteller i Norge.....	16
3.2.3 Markedet for hotellovernattinger i Norge .....	16
<b>4. Den rettslige vurderingen av om MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er i strid med krrl. § 10 første ledd .....</b>	<b>18</b>
4.1 Innledende bemerkninger .....	18
4.2 Foretaksbegrepet i krrl. § 10 første ledd.....	18
4.2.1 Vilkåret “avtale mellom foretak”, jf. krrl. § 10 første ledd.....	18
4.2.2 Agentunntaket – faller agentmodellen mellom hoteller og OTAer utenfor virkeområdet til krrl. § 10?.....	19
4.3 Kravet til konkurransebegrensende ”formål eller virkning” i krrl. § 10 første ledd .....	20

4.3.1 Innledende bemerkninger .....	20
4.3.2 Har MFN-klausuler et konkurransebegrensende ”formål”, jf. krrl. § 10 første ledd? .....	21
4.3.3 Har MFN-klausuler en konkurransebegrensende ”virkning”, jf. krrl. § 10 første ledd? .....	23
4.3.4 Horisontale MFN-klausuler.....	24
4.3.4.1 Skadehypotese 1: Horisontale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAene på provisjon .....	24
4.3.4.2 Skadehypotese 2: Horisontale MFN-klausuler skaper etableringshindringer på markedet for OTAer .....	28
4.3.4.3 Skadehypotese 3: Horisontale MFN-klausuler fører til økt prislikhet .....	29
4.3.4.4 Skadehypotese 4: Horisontale MFN-klausuler begrenser innovasjon og investeringer .....	30
4.3.4.5 Oppsummering .....	31
4.3.5 Vertikale MFN-klausuler .....	31
4.3.5.1 Skadehypotese 1: Vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen på pris mellom hoteller og OTAer. ....	32
4.3.5.2 Skadehypotese 2: Vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjon.....	34
4.3.5.3 Skadehypotese 3: Vertikale MFN-klausuler skaper høyere etableringshindringer for OTAer.....	39
4.3.5.4 Oppsummering .....	40
4.6 Merkbarehetskravet innfortolket i krrl. § 10 første ledd.....	41
4.7 Læren om aksessoriske begrensninger .....	42
<b>5. Kan MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer likevel tillates?.....</b>	<b>44</b>
5.1 Innledende bemerkninger .....	44
5.2 Effektivitetsforsvaret i konkurranseloven § 10 tredje ledd .....	45
5.2.1 Innledende bemerkninger .....	45
5.2.2 Vilkåret om at avtalen må føre til effektivitetsgevinster.....	46
5.2.3 Vilkåret om at avtalen må ”sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd” .....	48
5.2.4 Vilkåret om at bruken av MFN-klausulene må være ”absolutt nødvendige” for å oppnå effektivitetsgevinstene .....	49
5.2.5 Vilkåret om å ikke ”utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer samarbeidet gjelder” .....	50
5.2.6 Oppsummering .....	52

<b>6. Konklusjon og avsluttende bemerkninger .....</b>	<b>53</b>
Litteraturliste .....	54

# 1. Innledning

## 1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema er bruken av Most Favoured Nation-klausuler ("MFN-klausuler") i avtaler mellom nettbaserte bookingplattformer ("OTAer") og hoteller innenfor norsk konkurranserett. Klausulene vil kunne rammes av konkurranseloven ("krrl.") §§ 10 og 11, som forbyr konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling.

Den digitale utviklingen har muliggjort utviklingen av nye markeder innen salg av varer og tjenester på nett. Innen kjøp av hotellovernatting ("online hotell booking") har plattformer som samler en rekke substituerbare tilbud på en og samme nettside spilt en særlig rolle. Fremveksten av plattformene har skapt nye muligheter for både forbrukere og tjenestetilbydere, men det har også ført til nye konkurranserettslige utfordringer. Vanlig praksis innebærer at OTAene har operert med MFN-klausuler som forbyr hotellene å tilby bedre vilkår, enten på egne nettsider ("vertikale MFN-klausuler"), eller der hoteller også forbys å tilby bedre vilkår overfor andre OTAer ("horisontale MFN-klausuler"), enn det som tilbys via den aktuelle plattformen. Klausulene innebærer dermed at bookingplattformene sikrer seg beste pris fra det enkelte hotell.

Klausulene har i de senere år kommet i søkelyset til flere konkurransemyndigheter i EU og i USA. Dette gjelder innen sektorer som blant annet salg av hotelltjenester, bøker og forsikring. Dette har til en viss grad ført til sprikende praksis i forskjellige EU-land. Det er i dag uklart om slike klausuler samlet sett har negativ eller positiv effekt på konkurransen i markedet. Oppgavens problemstilling er om bruken av vertikale og/eller horisontale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er i strid med krll. § 10.

## 1.2 Begrepsavklaring

For å oppnå klarhet er det hensiktsmessig å definere hvordan enkelte sentrale begreper vil bli brukt i denne oppgaven.

### 1.2.1 OTAer

Betegnelsen OTAer står for “online travel agents”, på norsk referert til som nettbaserte bookingplattformer. OTAer er leddet mellom kundene og leverandørene. OTAer omfatter internettsider der forbrukere kan søke, sammenligne og bestille hotellrom. Booking.com og Hotels.com er eksempler på nettsider som omfattes av betegnelsen OTAer. I oppgaven vil jeg forholde meg til denne definisjonen av OTAer.

### 1.2.2 MFN-klausuler

Bruken av ”Most Favoured Nation” klausuler eller såkalte bestevilkårsklausuler som det kalles på norsk, er på ingen måte en nyvinning i avtaleretten. Historisk sett ble MFN-klausuler ofte brukt av stater ved inngåelse av handelsavtaler. MFN-klausulen innebar at stat A til enhver tid hadde krav på de beste handelsvilkårene overfor stat B. Dersom stat B inngikk en handelsavtale på bedre vilkår med stat C, medførte dette at stat B også var forpliktet til å gi stat A de samme og mer gunstige handelsvilkårene som ble gitt til stat C.<sup>1</sup>

I dag benyttes MFN-klausuler i kommersielle avtaler og omfatter den samme kontraktsrettslig forpliktelsen. En MFN-klausul innebærer at en leverandør forplikter seg til ikke å tilby bedre vilkår til andre, enn den distributøren det er inngått avtale med.<sup>2</sup> I avtaler mellom hoteller og OTAer kan MFN-klausulene innebære en forpliktelse til å ikke tilby lavere pris, bedre romtilgjengelighet eller bedre avbestillingsvilkår. Oppgaven fokuserer på tilfellet der hoteller forbys å tilby lavere pris på egne nettsider og tilfellet der hotellet også forbys å tilby lavere pris overfor andre OTAer.

Innenfor online hotell booking er det vanlig å skille mellom ”smale”/”vertikale” MFN-klausuler på den ene siden og ”vide”/”horisontale” MFN-klausuler på den andre.

”Smale”/”vertikale” MFN-klausuler innebærer at hoteller forbys å tilby bedre vilkår på sine egne nettsider, mens ”vide”/”horisontale” MFN-klausuler omfatter tilfellet der hoteller også

---

<sup>1</sup> Ezrachi, s. 489.

<sup>2</sup> Ibid.

forbys å tilby bedre vilkår overfor andre OTAer.<sup>3</sup> I det følgende skal ”vertikale” MFN-klausuler benyttes om klausuler som kun legger begrensninger på hotellens egne nettsider, og ”horisontale” MFN-klausuler vil benyttes om klausuler som også legger begrensninger overfor andre OTAer.

MFN-klausuler kan benyttes i ulike typer avtaler. MFN-klausuler vil kunne inngå i en distribusjonsmodell eller en agentmodell.<sup>4</sup> Agentmodellen innebærer at den enkelte online plattformen opptrer som en videreformidler av hotellens hotellrom. I distribusjonsmodellen vil derimot hotellrommet selges til den enkelte OTA, som deretter videreselger hotellrommet. MFN-klausuler vil i dette tilfellet garantere plattformen beste innkjøpspris. Ettersom det primært er agentmodellen som blir brukt innen online hotell booking, vil det i det følgende avgrenses mot bruken av MFN-klausuler i en distribusjonsmodell.<sup>5</sup>

## 1.3 Metode

### 1.3.1 Generell metode for norsk konkurranserett

Den norske konkurranseretten kjennetegnes av at internasjonale rettskilder har en spesielt stor rettskildemessig betydning. Dette er fordi den norske konkurranseretten er basert på EØS-rettens konkurranseregler, som igjen er basert på EU-rettens konkurranseregler. Det overordnede formålet i den norske konkurranseloven er effektiv ressursbruk, og konkurranse er et virkemiddel for å oppnå dette.<sup>6</sup> Økonomiske analyser vil inngå i vurderingen av om tiltakene kan ha negative virkninger på konkurransen og ressursbruken.<sup>7</sup>

De fleste konkurranselover har i dag som formål å sørge for en effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>8</sup> Dette er tilfellet for EØS-rettens konkurranseregler.<sup>9</sup> Parallelliteten i lovenes overordnede formål gjør at det kan forventes en ensartet tilnærming til hvordan konkurranserettslige problemstillinger identifiseres og reguleres.<sup>10</sup>

---

<sup>3</sup> Ezrachi, s. 489.

<sup>4</sup> Ibid, s. 489.

<sup>5</sup> Ibid, s. 489.

<sup>6</sup> Kolstad, ”Norsk konkurranserett”, s. 50.

<sup>7</sup> Ibid, s. 128.

<sup>8</sup> Kolstad, ”Norsk lovkommentar”, note 1.

<sup>9</sup> Ibid, note 1.

<sup>10</sup> Ibid, note 2.

I tillegg har konkurranselovene i EØS-området et tilnærmet likelydende forbud mot konkurransebegrensende atferd etter mønster av Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV).<sup>11</sup> De norske forbudsbestemmelsene i krrl. §§ 10 og 11 er utformet med sikte på å harmonisere den norske konkurranselovgivningen med EØS-avtalens artikkel 53 og 54, som igjen tilsvarer TEUV-artikkel 101 og 102.<sup>12</sup> Som følge av at den norske konkurranseretten er basert på EØS-retten, og har et felles overordnet formål og lignende forbudsbestemmelser, vil både EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalens konkurranseregler og EU-domstolens tolkning av EU-rettens konkurranseregler, være viktige rettskilder ved tolkning av den norske konkurranseloven.<sup>13</sup> Det samme gjelder både EFTAs overvåkingsorgan ("ESA") og EU-Kommisjonens (Kommisjonen) avgjørelser, retningslinjer og tolkninger, vedrørende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og TEUV artikkel 101 og 102.<sup>14</sup> Det fremgår også eksplisitt av forarbeidene, og lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3, at bestemmelsene skal tolkes i samsvar med praksis fra EU/EØS.<sup>15</sup>

Derimot er utgangspunktet at praksis knyttet til tolkningen land utenfor EØS-områdets konkurranselover, ikke har status som rettskilder.<sup>16</sup> Det kan imidlertid være tilfeller der utenlandsk praksis vedrørende likeartede forbudsbestemmelser, vil kunne tjene som tolkningsmoment i den norske konkurranselovgivningen.

### **1.3.2 Særskilt metode i relasjon til MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer**

Bruken av MFN-klausuler har i de senere år kommet i søkelyset til konkurransemyndighetene i EU og USA. Likevel er situasjonen per dags dato at verken EU-domstolen eller Kommisjonen har tatt endelig stilling til om MFN klausuler pålagt av OTAer overfor hoteller, er i strid med EU-rettens konkurranseregler. Fraværet av presedens har ført til en sprikende praksis i ulike EU-land. Fraværet av andre rettskilder medfører at utenlandsk praksis knyttet til tolkningen av likeartede forbudsbestemmelser vil bli tillagt større vekt enn normalt. Ved bruken av utenlandsk praksis foreligger det en språkbarriere. Jeg vil kun forholde meg til engelske oversettelser, som ofte ikke anses som offisielle versjoner. Bruken av MFN-

---

<sup>11</sup> Ibid, note 2.

<sup>12</sup> NOU 2003: 12, s. 61.

<sup>13</sup> NOU 2003: 12, s. 49.

<sup>14</sup> NOU 2003: 12, s. 49.

<sup>15</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004), s. 225.

<sup>16</sup> Kolstad, "Norsk Lovkommentar", note 2.



klausuler generelt er omfattende behandlet i juridiske- og økonomiske artikler. Det er også en økende behandlingen av MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer. Det er likevel mangel på tilstrekkelige empiriske undersøkelser om MFN-klausulers potensielle virkninger på det relevante markedet. Dette har betydning for vurderingen av om MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkninger etter krrl. § 10 første ledd, ettersom det er parten som hevder at klausulene har konkurransebegrensende virkninger som har bevisbyrden.

## **1.4 Avgrensning av oppgavens tema og fremstillingen videre**

Bruken av MFN-klausuler er et omfattende tema med flere ulike sider som kunne vært behandlet. Oppgaven vil kun ta for seg bruken av MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer. Det har foreløpig ikke vært behandlet noen saker i Norge. Konkurransetilsynet følger imidlertid nøye med på problemstillingen. Jeg skal dermed vurdere om klausulene bør forbys.

Videre vil jeg kun foreta en rettslig vurdering av om bruken av horisontale og/eller vertikale MFN-klausuler er i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i krrl. § 10. Jeg avgrenser dermed mot en vurdering av krrl. § 11 om utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Det avgrenses også mot sanksjonsmuligheter ved et eventuelt brudd på krrl. § 10, ettersom hovedfokuset er om klausulene har konkurransebegrensende virkninger etter krrl. § 10 første ledd.

Fremstillingen videre vil først ta for seg rettslige utgangspunkter i punkt 2. Videre vil det i punkt 3 foretas en avgrensning av det relevante markedet, ettersom dette er helt avgjørende for den følgende konkurranserettslige vurderingen av om bruken av MFN-klausulene i avtaler mellom hoteller og OTAer er i strid med krrl. § 10. Deretter vil det i punkt 4 vies mest plass til oppgavens hovedproblemstilling om bruken av horisontale og vertikale MFN-klausuler er i strid med krrl. § 10 første ledd. Videre vil det i punkt 5 tas stilling til om det er mulig å gjøre unntak grunnet effektivitetsgevinster etter krrl. § 10 tredje ledd. Avslutningsvis i punkt 6 vil jeg konkludere og komme med avsluttende bemerkninger.

## 2. Rettslige utgangspunkter

### 2.1 Den norske konkurranselovgivningen

#### 2.1.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i krrl. § 10

Krrl. § 10 første ledd forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Fire vilkår må være oppfylt for at § 10 første ledd skal anses overtrådt. Det må foreligge en avtale eller samordnet opptreden, avtalen må være inngått mellom uavhengige foretak og avtalen må ha et konkurransebegrensende formål eller virkning. I tillegg har EU-domstolen innfortolket et merkbarhetskrav i TEUV-artikkel 101 (1) som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.<sup>17</sup> Det fremgår av forarbeidene at tilsvarende krav også må innfortolkes i § 10 første ledd.<sup>18</sup>

Dersom det konstateres at § 10 første ledd er overtrådt, som følge av et konkurransebegrensende samarbeid, kan avtalen likevel unntas fra første ledd dersom vilkårene i tredje ledd er oppfylt. Krrl. § 10 tredje ledd oppstiller en unntaksregel for avtaler som skaper effektivitetsgevinster. Unntak kan etter tredje ledd gis etter en vurdering av den enkelte avtale, eller for grupper av avtaler ("gruppefritak"), jf. § 10 fjerde ledd.

Den rettslige konsekvensen av at en avtale er i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i krrl. § 10, er at avtalen er uten rettsvirkning, jf. annet ledd. Dette innebærer blant annet at avtalen er ugyldig og kan dermed ikke gjøres gjeldene eller håndheves.

#### 2.1.2 Legislative hensyn

Det fremgår av krrl. § 1 første ledd at lovens formål er "å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser". Dette innebærer at konkurranse ikke er et mål i seg selv, men et virkemiddel for å bidra til samfunnseffektiv ressursbruk. Hovedideen er at konkurranse skal gi bedriftene incentiver til innovasjon og investeringer for derigjennom å utvikle produkter, produsere til lavest mulig kostnader og

---

<sup>17</sup> Se *Société Technique Minière* s. 216 og *Völk vs. Verwaecke*.

<sup>18</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004), s. 225.

lede til kostnadsbaserte priser.<sup>19</sup> Bedriftenes ønske om å maksimere inntjening er i utgangspunktet ikke problematisk, forutsatt at det er gunstig for både bedriftens kunder og samfunnet som helhet. Konkurranseloven skal regulere konkurransen ved å beskytte denne mot tiltak som setter markedsmekanismens funksjon i fare. Det er konkurransen ”som sådan” konkurransereglene skal beskytte, og ikke den enkelte markedsaktør.<sup>20</sup> På denne måten legger loven til rette for en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Det overordnede formålet legger føringer på rettsanvenderen ved tolkningen og anvendelsen av loven. Det er den konkurranse som under gitte markedsvilkår gir den mest effektive ressursbruken konkurranseloven skal fremme. En konkurransebegrensning er derfor i utgangspunktet ikke nok til å fastslå at lovens overordnede formål ikke fremmes. Dette innebærer at dersom et tiltak gir effektivitetsgevinster som oppveier de negative virkningene av en konkurransebegrensning, kan tiltaket være i overenstemmelse med lovens overordnede formål.

Hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser har tre dimensjoner.<sup>21</sup> For det første skal ressursene fordeles effektivt. Dette er en form for statisk effektivitet hvor det fokuseres på hvordan de ressurser som foreligger på det relevante markedet brukes. Den andre dimensjonen fokuserer på innovasjon i form av nye produkter som gjør det mulig å bruke ressursene mer effektivt. Dette er den dynamiske dimensjonen av effektivitet.

Markedsaktørene må gis incentiver til innovasjon og investeringer. Dette innebærer at man noen ganger må akseptere redusert konkurranse for å legge til rette for innovasjon og investeringer. Den tredje dimensjonen er effektiv utnyttelse av ressursene i bedriftene. Dette kan for eksempel være kostnadsbesparelser i form av stordriftsfordeler som også vil gi samfunnet en gevinst, selv om de isolert sett begrenser konkurransen.<sup>22</sup> Når rettsanvenderen skal ta stilling til om et tiltak er i overenstemmelse med konkurranselovens overordnede formål, må det foretas en avveining av de tre dimensjonene av hensynet til effektiv ressursbruk.

Det er imidlertid ikke slik at hensynet til effektiv ressursbruk er det eneste relevante hensynet ved anvendelsen av konkurranseloven. Det fremgår av krrl. § 1 annet ledd at det ”tas særlig hensyn til forbrukernes interesser”. Konkurranseloven stenger heller ikke for at andre hensyn

---

<sup>19</sup> Hjelmeng og Sørgård, s. 20.

<sup>20</sup> EU-domstolen, *T-Mobile Netherlands*, avsnitt 38-39.

<sup>21</sup> Kolstad, ”*Norsk konkurransepolitikk*”, s. 50

<sup>22</sup> *Ibid*, s. 50.

kan tillegges vekt, men det er klart at hensynet til effektiv ressursbruk må tillegges betydelig vekt.

## **2.2 MFN-klausuler i EU/EØS-retten**

### **2.2.1 Mangel på presedens**

Bruken av MFN-klausuler er ikke noe særpreget for online hotell booking. Kommisjonen har for eksempel behandlet saker vedrørende MFN-klausuler i andre digitale markeder som for eksempel e-bøker. Hovedbekymringene til Kommisjonen var at bruken av MFN-klausulene kunne begrense konkurransen mellom plattformene, redusere utgivers og andre plattformers incentiver til innovasjon og føre til høyere priser for forbrukerne.<sup>23</sup> Derimot har verken EU-domstolen eller Kommisjonen tatt endelig stilling til om MFN-klausuler pålagt av OTAer overfor hoteller er i strid med EU-rettens konkurranseregler. Fraværet av presedens kombinert med usikkerheten vedrørende MFN-klausulenes virkninger på konkurransen i markedet, har ført til en viss sprikende praksis i EØS-området.

### **2.2.2 Sprikende praksis innad i EØS-området**

Svenske, italienske og franske konkurransemyndigheter var bekymret for at MFN-klausuler i avtaler mellom OTAer og hoteller var i strid med EU-rettens- og nasjonale konkurranseregler. Hovedbekymringen til konkurransemyndighetene var at klausulene begrenset konkurransen mellom OTAer, og klausulene skapte høyere etableringshindringer for nye OTAer. Som en følge av dette initierte Kommisjonen i 2014 en koordinert etterforskning av bruken av MFN-klausuler innenfor online hotell booking.<sup>24</sup>

Resultatet av dette ble at svenske, italienske og franske konkurransemyndigheter i 2015, i parallelle avgjørelser, aksepterte identiske bindende tilsagn fra Booking.com.<sup>25</sup> Bindende tilsagn innenfor EU-retten er en prosedyre der foretak forplikter seg til å endre atferden i bytte mot at konkurransemyndighetene henlegger saken uten å ta endelig stilling til om konkurransereglene er overtrådt.<sup>26</sup> Booking.com forpliktet seg til å opphøre bruken av

---

<sup>23</sup> EU-Kommisjonens pressemelding, 6 desember, 2011.

<sup>24</sup> Ibid, 15 desember, 2014.

<sup>25</sup> Konkurrentverket pressemelding: 21 april, 2015.

<sup>26</sup> Forordning 1/2003 art. 9.

horisontale MFN-klausuler og en begrensning av omfanget av bruken av vertikale MFN-klausuler. Endringen Booking.com sin bruk av MFN-klausulene ble senere tilsluttet av andre OTAer og gjennomført i flere europeiske land.<sup>27</sup>

I etterkant av Kommisjonens initiativ ble det i 2016 gjennomført en overvåkning av markedet for online hotell booking, for å måle effekten av endringene i bruken av MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer. Overvåkningen ble ledet av the European Competition Network ("ECN"), og gjennomført av elleve europeiske konkurransemyndigheter. Resultatet ble tilgjengeliggjort i den såkalte "Monitoring report" fra 2016.<sup>28</sup>

Det tyske Bundeskartellamt ("BkA") gikk imidlertid lenger enn å kun forby horisontale MFN-klausuler. Først ble horisontale MFN-klausuler forbudt i HRS-saken i 2013<sup>29</sup>. Denne avgjørelsen ble i 9 januar 2015 opprettholdt av Oberlandesgericht Düsseldorf (tingretten).<sup>30</sup> Deretter ble vertikale MFN-klausuler forbudt i avgjørelsen mot Booking.com i 2015.<sup>31</sup> I tillegg har blant annet Frankrike, Østerrike og Sveits vedtatt lovgivning som oppstiller et absolutt forbud mot alle former for bruk av MFN-klausuler innen online hotell booking.<sup>32</sup> Dette viser at det er en sprikende praksis innad i EØS-området.

I Sverige saksøkte Visita, som tilsvarende NHO Reiseliv i Norge, Booking.com for bruk av vertikale MFN-klausuler i sine avtaler med hoteller. Den svenske Patent- og marknadsdomstolen (heretter tingretten) forbød vertikale MFN-klausuler i dom av 20.07.2018 *Visita vs. Booking.com*.<sup>33</sup> Den svenske tingretten konkluderte med at bruken av vertikale MFN-klausuler var i strid med det svenske forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak og TEUV-artikkel 101.<sup>34</sup> Avgjørelsen ble påanket, og i ankerunden opphevd imidlertid den svenske Patent- og marknadsöverdomstolen (heretter överretten) forbudet mot vertikale MFN-klausuler i dom av 09.05.2019.<sup>35</sup> Ankeinstansen konkluderte med at vertikale MFN-klausuler ikke har konkurransebegrensende virkninger, slik at klausulene dermed ikke i strid med det svenske forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak eller

---

<sup>27</sup> Ezrachi, s. 512.

<sup>28</sup> Kommisjonens "Monitoring report", (2016).

<sup>29</sup> BkA, "HRS-saken".

<sup>30</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, "HRS-saken".

<sup>31</sup> BkA, "Booking.com".

<sup>32</sup> Hunold, m.fl., s.2.

<sup>33</sup> Tingretten, "Visita vs. Booking.com".

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Överretten, "Visita vs. Booking.com".

TEUV-artikkel 101. Dommen kan ikke ankes og er dermed rettskraftig, noe som medfører at Sverige ikke opererer med et forbud mot vertikale MFN-klausuler.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Ibid, s. 26.

## 3. Det relevante marked

### 3.1 Rettslig utgangspunkt

For å kunne foreta en konkurranserettslig vurdering av om MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er i strid med krrl. § 10, må det først tas stilling til hva som utgjør det relevante markedet. Ved å avgrense det relevante markedet fastlegges de faktiske rammene for den rettslige analysen etter krrl. § 10.<sup>37</sup> Dette er fordi vurderingen av konkurransebegrensende virkninger nettopp er en vurdering av virkninger i et marked. Hovedformålet med avgrensingen av det relevante markedet er å identifisere de begrensningene i den konkurransemessige handlefriheten som de berørte foretakene står overfor.<sup>38</sup> Markedsavgrensingen er derfor helt avgjørende for å kunne foreta en vurdering av om MFN-klausulene har konkurransebegrensende virkninger etter krrl. § 10 første ledd, og vurderingen av om det er rettslig grunnlag for unntak etter krrl. § 10 tredje ledd.<sup>39</sup>

Ved avgrensingen av det relevante markedet tas det utgangspunkt i kjøperens muligheter til å velge alternative varer eller tjenester.<sup>40</sup> En kjøper vil velge tilbyder på bakgrunn av egenskaper ved produktene og tilbydernes lokalisering. Det relevante markedet har derfor en produktdimensjon og en geografisk dimensjon.<sup>41</sup> Det relevante produktmarkedet omfatter alle varer eller tjenester som etter forbrukerens syn er substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde.<sup>42</sup> Det relevante geografiske markedet omfatter området der de berørte foretakene tilbyr varer eller tjenester.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> Kolstad, "Norsk konkurranserett", s. 267.

<sup>38</sup> ESAs, "Avgrensning av det relevante marked", punkt 2.

<sup>39</sup> Kolstad, "Norsk konkurranserett", s. 267.

<sup>40</sup> ESAs, "Avgrensning av det relevante marked", punkt 7.

<sup>41</sup> Ibid, punkt 8.

<sup>42</sup> Ibid, punkt 7.

<sup>43</sup> Ibid, punkt 8.

## 3.2 Markedsavgrensningen

### 3.2.1 Praksis

Verken EU-domstolen eller Kommisjonen har uttalt seg konkret om det relevante markedet i saker om bruken av MFN klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer. Annen praksis fra Kommisjonen er likevel egnet til å gi veiledning. Det fremgår av Kommisjonens avgjørelse i sak M.8231 Kuoni Travel Holdings/MTS Globe (2016) at hotellovernattinger utgjør et separat produktmarked som omfatter både hotellkjeder og enkeltstående hoteller.<sup>44</sup> Når det gjelder avgrensningen av det geografiske markedet uttalte Kommisjonen at det enten er tale om EØS- eller nasjonalt marked.<sup>45</sup> Videre holdt Kommisjonen det åpent om det eksisterer et eget marked for formidlingstjenester for hoteller.<sup>46</sup>

I sak M.8416 The Priceline Group/Momondo Group Holdings (2017) drøftet Kommisjonen om online formidlingstjenester innenfor reiselivsbransjen utgjør et eget produktmarked eller om det inngår i et større marked med andre tjenester innenfor reiselivsbransjen. Det fremgår av avsnitt 19 at: ”the Commission found evidence pointing towards the existence of a separate market for the online intermediation of travel services”.<sup>47</sup> Kommisjonen lot likevel problemstillingen stå åpen.

Videre drøftet Kommisjonen om det foreligger et eget produktmarked for online formidlingstjenester for hoteller. I denne sammenheng viste Kommisjonen til at: ”in their antitrust decisions assessing most-favoured nation clauses in contracts for the online distribution of hotel accommodation, the German, French, Italian, Swedish and Swizz competition authorities and the Düsseldorf appeal court in Germany treated OTAs specialising in the distribution of hotel accommodation as belonging to a distinct market”.<sup>48</sup> Kommisjonen valgte imidlertid også her å la problemstillingen stå åpen.

Det er nærliggende å se hen til hvordan markedsavgrensningen ble foretatt av de nevnte europeiske konkurransemyndigheter. Det tyske BkA har både i HRS-saken og Booking.com konkludert med at det i avtaler mellom hoteller og OTAer er tale om to relevante markeder

---

<sup>44</sup> ”*Kuoni Travel Holdings/MTS Globe*”, avsnitt 19.

<sup>45</sup> *Ibid*, avsnitt 20.

<sup>46</sup> *Ibid*, avsnitt 16.

<sup>47</sup> ”*The Priceline Group/Momondo Group Holdings*”, avsnitt 19.

<sup>48</sup> *Ibid*, avsnitt 27.



hvor det kan oppstå konkurransebegrensninger: (I) markedet for online formidlingstjenester og (II) markedet for hotellovernattinger.<sup>49</sup> Når det gjelder den geografiske markedsavgrensningen konkluderte BkA med at det er tale om nasjonale markeder.<sup>50</sup>

Avgrensningen av det relevante markedet samsvarer også med markedsavgrensningen foretatt av den svenske tingretten og överretten i *Visita vs. Booking.com*.<sup>51</sup> På grunn av mangel på nasjonal praksis og likheter ved markedene, vil det være relevant å se hen til avgjørelsene ved fastsettelsen av markedsavgrensningen også i Norge.

Basert på praksis kan det derfor være grunn til å definere følgende markeder: (I) markedet for online formidlingstjenester for hoteller i Norge og (II) markedet for hotellovernattinger i Norge. Oppgaven vil ta utgangspunkt i denne avgrensningen. I det følgende vil det gis en kort beskrivelse av de nevnte markedene.

### **3.2.2 Markedet for online formidlingstjenester for hoteller i Norge**

Et sentralt kjennetegn ved markedet for online formidlingstjenester for hoteller er at OTAer opererer i et såkalt tosidig markedet. Det betyr at de betjener to kundegrupper. For det første tilbyr OTAer tjenester til hotellene i form av formidling av hotellrom og markedsføring. For det andre tilbyr OTAer forbrukerne en nettside hvor man kan søke, sammenligne og bestille hotellrom.<sup>52</sup> Både BkA og den svenske tingretten konkluderte med at markedet for online formidlingstjenester for hoteller ikke omfatter såkalte metasøksider som Trivago.<sup>53</sup> Det ble lagt avgjørende vekt på at slike metasøksider både selger tjenester til hoteller og OTAer, og at bestilling av hotellrom ikke blir foretatt direkte på metasøksiden.

### **3.2.3 Markedet for hotellovernattinger i Norge**

Det andre relevante markedet er markedet for hotellovernattinger i Norge. På markedet for hotellovernattinger konkurrerer hotellene med hverandre via forskjellige distribusjonskanaler. Dette innebærer at både hoteller og OTAer er aktive på markedet for hotellovernattinger. Vi har dermed en situasjon der OTAer kun konkurrerer med andre OTAer på markedet for online

---

<sup>49</sup> BkA, "Bookin.com", avsnitt 6.

<sup>50</sup> Se BkA, "Booking.com", avsnitt 152.

<sup>51</sup> Tingretten, s. 32-33 og överretten s. 7-8.

<sup>52</sup> BkA, "Booking.com", s. 143-145.

<sup>53</sup> Se blant annet BkA, "Booking.com" s. 143-145.

formidlingstjenester til hotellene, mens OTAer også konkurrerer direkte med hotellene på markedet for hotellovernattinger.

# 4. Den rettslige vurderingen av om MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er i strid med krrl. § 10 første ledd

## 4.1 Innledende bemerkninger

I denne delen av oppgaven skal jeg ta stilling til om bruken av MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er i strid med krrl. § 10 første ledd. Det fremgår av punkt 2.1.1 at fire vilkår må være oppfylt for at § 10 første ledd skal anses overtrådt.

I punkt 4.2 foretar jeg en vurdering av vilkåret ”avtale mellom foretak”. Deretter i punkt 4.3 tar jeg stilling til om MFN-klausulene har til ”formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. Til slutt tar jeg stilling til om en eventuell konkurransebegrensning oppfyller merkbarhetskravet utviklet i EU-domstolens praksis. Endelig i punkt 4.7 vurderer jeg om bruken om MFN-klausuler faller utenfor virkeområdet til krrl. § 10 i medhold av læren om aksessoriske begrensninger.

## 4.2 Foretaksbegrepet i krrl. § 10 første ledd

### 4.2.1 Vilkåret “avtale mellom foretak”, jf. krrl. § 10 første ledd

Ordlyden av ”avtale mellom foretak” tilsier at avtalen må være inngått mellom to selvstendige foretak. ”Foretak” er definert i krrl. § 2 og omfatter ”enhver som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet”. Foretaksdefinisjonen er i overenstemmelse med foretaksbegrepet i EØS-konkurranseretten.<sup>54</sup> Det omfatter enhver som utøver virksomhet av økonomisk art, uten hensyn til enhetens rettslige status og hvordan den er finansiert.<sup>55</sup> Videre fremgår det av EU-domstolens praksis at samarbeid som skjer innenfor samme økonomiske enhet ikke rammes av forbudet. Forbudet rammer kun samarbeid som er inngått mellom to eller flere ”uavhengige foretak”.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> NOU 2003: 12 s. 61-62.

<sup>55</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 34.

<sup>56</sup> Hjelmeng og Sørgård, ”Konkurransopolitikk”, s. 465.

Hoteller og OTAer utøver begge virksomhet av økonomisk art og anses følgelig som foretak, jf. krrl. § 10. Oppgaven behandler tilfellene hvor hoteller og OTAer ikke opptrer i en såkalt agentmodell. Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis og Kommisjonens retningslinjer at såkalte ”ekte agentavtaler” ikke omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUV-artikkel 101 (1) og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.<sup>57</sup> Dette blir begrunnet med at avtalen i slike tilfeller ikke anses for å være inngått mellom ”uavhengige foretak”. Unntaket gjelder tilsvarende for krrl. § 10 første ledd. Spørsmålet blir følgelig om agentmodellen i avtaler mellom hoteller og OTAer anses som ”ekte agentavtaler”, slik at avtaleforholdet faller utenfor virkeområdet til krrl. § 10 første ledd.

#### **4.2.2 Agentunntaket – faller agentmodellen mellom hoteller og OTAer utenfor virkeområdet til krrl. § 10?**

I Kommisjonens retningslinjer er en agent definert som en juridisk eller fysisk person som er gitt myndighet til å inngå avtaler på vegne av en annen, enten i agentens eget eller i hovedmannens navn om salg av varer eller tjenester levert av hovedmannen.<sup>58</sup> Det avgjørende for om en agentavtale unntas fra virkeområdet til krrl. § 10, er hvilken kommersiell risiko agenten løper i forbindelse med den virksomhet vedkommende er utpekt som agent for av hovedmannen.<sup>59</sup> Det er ikke avgjørende om agenten opptrer på vegne av en eller flere hovedmenn eller hvilken betegnelse avtaleforholdet har etter nasjonal lovgivning.<sup>60</sup> I de tilfellene agenten ikke tar en tilstrekkelig grad av kommersiell risiko, anses agenten å utgjøre den samme økonomiske enheten som prinsipalen. Avtaleforholdet anses dermed ikke for å være inngått mellom ”uavhengige foretak”.

I agentmodellen mellom hoteller og OTAer kjøper ikke OTAene hotellrom av hotellene, men opptrer kun som en formidler for hotellene. Dette innebærer at OTAer ikke bærer risikoen for usolgte hotellrom. OTAer er imidlertid avhengige av å investere i markedsføring, programvare og kundesupport for å kunne formidle hotellrom på vegne av hotellene.<sup>61</sup> Dette medfører at OTAer tar en tilstrekkelig grad selvstendig kommersiell risiko. Dette tilsier at agentmodellen som benyttes av hoteller og OTAer ikke kan anses som en ”ekte agentavtale”.

---

<sup>57</sup> Kommisjonen, ”*Guidelines on Vertical Restraints*”, punkt 12.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid, punkt 13.

<sup>61</sup> Colangelo, s. 12.

Det er uansett slik at ikke alle restriksjoner faller utenfor forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i krrl. § 10 selv om det er tale om en ”ekte agentavtale”.<sup>62</sup> EU-domstolen har fastsatt at agentunntaket kun gjelder restriksjoner som kan pålegges i kraft av at prinsipalen beholder eierskapet til varen.<sup>63</sup> Dette innebærer for eksempel at prinsipalen kan pålegge agenten restriksjoner når det gjelder hvilken pris varen kan selges videre for, uten at restriksjonen omfattes av krrl. § 10. Prinsipalen vil derimot ikke kunne hindre agenten å påta seg oppdrag for andre.

Bruken av MFN-klausulene innebærer at OTAer begrenser hotellenes kommersielle handlefrihet. Det er dermed tale om en motsatt situasjon av det agentunntaket er ment å omfatte, nemlig restriksjoner pålagt av prinsipalen overfor agenten. I avtaleforholdet mellom hoteller og OTAer er det derimot OTAene som pålegger prinsipalen restriksjoner.

Basert på at OTAer løper en tilstrekkelig grad kommersiell risiko i forbindelse med investeringer i markedsføring, og det faktum at det er agenten som pålegger restriksjoner overfor prinsipalen, kan ikke bruken av MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer falle utenfor virkeområdet til krrl. § 10 første ledd på grunnlag av unntaket for ”ekte agentavtaler”. Det er dermed tale om en avtale inngått mellom ”uavhengige foretak”. Følgelig oppfyller avtaleforholdet mellom hoteller og OTAer vilkåret om ”avtale mellom foretak”, jf. krrl. § 10 første ledd.

## **4.3 Kravet til konkurransebegrensende ”formål eller virkning” i krrl. § 10 første ledd**

### **4.3.1 Innledende bemerkninger**

Forbudsprinsippet i krrl. § 10 første ledd inneholder to alternative vilkår. Bestemmelsen forbyr en avtale dersom den enten anses å ha et konkurransebegrensende ”formål” eller en konkurransebegrensende ”virkning”. EU-domstolen har fastslått at vilkårene må leses separat, og at det først må undersøkes hva som er avtalens formål.<sup>64</sup> Dersom et samarbeid anses for å

---

<sup>62</sup> Kommisjonen, ”Guidelines on vertical restraints”, punkt 2.2.

<sup>63</sup> ”CEPSA”, avsnitt 48.

<sup>64</sup> ”Societe Technique Miniere mot Maschinenbau”.

ha konkurransebegrensende formål er det ikke nødvendig å påvise at samarbeidet også har konkurransebegrensende virkninger.<sup>65</sup>

I det følgende skal jeg kort vurdere om MFN-klausuler kan tenkes å ha et konkurransebegrensende formål. Deretter skal jeg vurdere om MFN-klausuler kan ha konkurransebegrensende virkninger.

### **4.3.2 Har MFN-klausuler et konkurransebegrensende ”formål”, jf. krnl. § 10 første ledd?**

Ordlyden av ”formål” tilsier at avtalen må ha blitt inngått med hensikt å begrense konkurransen. Hvorvidt avtalen har et konkurransebegrensende formål avhenger av en objektiv tolkning av avtalens ordlyd sett på bakgrunn av den rettslige og økonomiske sammenhengen avtalen skal fungere i.<sup>66</sup> Partenes subjektive oppfatning er dermed ikke avgjørende.<sup>67</sup> EU-domstolen har fastsatt at formålskategorien kun er ment å omfatte avtaler som ”by their very nature” er konkurranseskadelige.<sup>68</sup> Vilkåret skal dermed tolkes snevert.<sup>69</sup> Prissamarbeid og priskarteller er eksempler på avtaler som faller innenfor formålskategorien.<sup>70</sup>

Kommisjonen har tidligere undersøkt bruken av MFN-klausuler i andre digitale markeder som for eksempel e-bøker. I E-books-saken undersøkte Kommisjonen bruken av MFN-klausuler i avtaleforholdet mellom Apple og forhandlere av e-bøker. Kommisjonens oppfatning var at bruken av MFN-klausuler, kombinert med Apple sin overgang fra engroshandel til en agentmodell, hadde et konkurransebegrensende formål i henhold til TEUV-artikkel 101. Kommisjonen var bekymret for at det forelå en koordinert strategi for å øke prisen på e-bøker.<sup>71</sup>

Kommisjonens synspunkt kan ved første øyekast tale for at også OTAers bruk av MFN-klausuler overfor hoteller har et konkurransebegrensende formål. E-book-saken endte imidlertid med at Kommisjonen aksepterte bindende tilsagn fra Apple og forhandlerne. Det

---

<sup>65</sup> Kommisjonen, ”Guidelines on article 101 (3)”, punkt 21.

<sup>66</sup> EU-domstolen ”Allianz Hungari”, avsnitt 36.

<sup>67</sup> Rt. 2012 s. 1556.

<sup>68</sup> ”T Mobile”, avsnitt 29.

<sup>69</sup> EU-domstolen ”Cartes Banacires”, avsnitt 58.

<sup>70</sup> Kolstad, ”Norsk konkurranserett”, s. 271.

<sup>71</sup> Kommisjonens pressemelding, 19. September, 2012.

ble dermed ikke tatt endelig stilling til om bruken av MFN-klausulene var i strid med EU-rettens konkurranseregler.

Nasjonale europeiske konkurransemyndigheter har så langt ikke ansett MFN-klausuler for å ha et konkurransebegrensende formål. Det tyske BkA uttalte imidlertid i HRS-saken i relasjon til horisontale MFN-klausuler at: "Even though it is arguable whether the MFN agreements between HRS and its hotel partners bring about significant restraints of competition by object, they certainly do so by effect."<sup>72</sup> BkA åpner dermed opp for at horisontale MFN-klausuler kan omfattes av formålskategorien.

I Booking.com som gjaldt vertikale MFN-klausuler gikk derimot BkA rett på vurderingen av om MFN-klausulene har konkurransebegrensende virkninger.<sup>73</sup> Det er derfor nærliggende at BkA legger til grunn at vertikale MFN-klausuler ikke har et konkurransebegrensende formål. I *Visita vs. Booking.com* drøfter imidlertid den svenske tingretten om vertikale MFN-klausuler har et konkurransebegrensende formål. Domstolen problematiserer at klausulen begrenser hotellenes mulighet til å sette en lavere pris i en viss salgskanal, selv om OTAer og hoteller til en viss grad kan anses å konkurrere med hverandre.<sup>74</sup> Basert på at formålskategorien skal tolkes snevert ble det imidlertid konkludert med at klausulene ikke har et konkurransebegrensende formål. I ankebehandlingen kom også överretten frem til at klausulene ikke hadde et konkurransebegrensende formål. Överretten la avgjørende vekt på at formålskategorien skal tolkes snevert.<sup>75</sup>

I den juridiske teorien argumenterer Fletcher og Hviid (2017) for at horisontale MFN-klausuler må anses for å ha et konkurransebegrensende formål.<sup>76</sup> Fletcher og Hviid viser til at horisontale MFN-klausuler kan ha tilsvarende virkninger som bindende minimumspriser. Bindene minimumspriser anses for å ha et konkurransebegrensende formål, og Fletcher og Hviid argumenterer for at horisontale MFN-klausuler bør behandles tilsvarende.<sup>77</sup> Det er imidlertid ikke konsensus i den juridiske og økonomiske litteraturen om horisontale MFN-klausuler omfattes av formålskategorien.<sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> BkA, "HRS-saken", avsnitt 137.

<sup>73</sup> BkA, "Booking.com", avsnitt 164.

<sup>74</sup> Tingretten, s. 38-40.

<sup>75</sup> Överretten, s. 15.

<sup>76</sup> Fletcher og Hviid, s. 98.

<sup>77</sup> Ibid, s. 98.

<sup>78</sup> Colangelo, s. 14.

Det er slik at MFN-klausuler begrenser hotellere adgang til å sette pris på egne nettsider og/eller overfor andre OTAer. Det er likevel ikke tale om en direkte begrensning av hotellere prissetting overfor forbrukerne. Dette er fordi det i agentmodellen er hotellene som bestemmer salgsprisen overfor forbrukerne. Dette tilsier at MFN-klausulene ikke har et konkurransebegrensende formål. Dette forsterkes ytterligere av at MFN-klausuler kan ha positive virkninger på konkurransen ved blant annet å stimulere til investeringer og innovasjon.<sup>79</sup> Det er også høyst omdiskutert om MFN-klausuler er tilstrekkelig skadelige til å falle inn under formålsalternativet. Det foreligger heller ikke tilstrekkelige empiriske undersøkelser som konstaterer at MFN-klausulene er såpass skadelige for konkurransen at det ikke er nødvendig å foreta en vurdering av klausulenes virkninger.

Det er argumenter som trekker i begge retninger, men basert på at det er en høy terskel for at en restriksjon omfattes av formålskategorien, vil MFN-klausuler etter min vurdering falle utenfor formålskategorien. Det må dermed foretas en vurdering av om horisontale og/eller vertikale MFN-klausuler har en konkurransebegrensende ”virkning”.

### **4.3.3 Har MFN-klausuler en konkurransebegrensende ”virkning”, jf. krrl. § 10 første ledd?**

#### **4.3.3.1 Rettslig utgangspunkt**

Ordlyden av ”virkning” tilsier at det avgjørende er om MFN-klausulene faktisk begrenser konkurransen på det relevante markedet. Hvorvidt avtalen har en konkurransebegrensende virkning må avgjøres på bakgrunn av en analyse av den juridiske og økonomiske konteksten avtalen fungerer i.<sup>80</sup> Virkningsanalysen etter konkurranseloven er derfor et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger.<sup>81</sup>

Det må foretas en konkret vurdering av hvordan markedsforholdene ville utviklet seg i fravær av avtalen.<sup>82</sup> Dette innebærer at den faktiske situasjonen må sammenlignes med et kontrafaktisk scenario.<sup>83</sup> Konkurransesituasjonen på det relevante markedet må sammenlignes med en situasjon der hoteller ikke er bundet av MFN-klausuler. Det kreves imidlertid ikke at

---

<sup>79</sup> Ezrachi, s. 488.

<sup>80</sup> Kolstad, ”Norsk Lovkommentar”, note 67.

<sup>81</sup> EFTA-domstolen, ”Hegelstad mot Hydro Texaco”, avsnitt 27.

<sup>82</sup> EU-domstolen, ”Remia”, avsnitt 18.

<sup>83</sup> EU-domstolen, ”MasterCard” avsnitt 161.



de konkurransebegrensende virkninger på markedet, og årsakssammenheng mellom disse og MFN-klausulene, fastlegges faktisk og konkret.<sup>84</sup> Det er tilstrekkelig at MFN-klausulene har potensielle konkurransebegrensende virkninger.<sup>85</sup> Det må likevel fremstå som sannsynlig at samarbeidet faktisk eller potensielt begrenser konkurransen.<sup>86</sup>

I det følgende vil jeg foreta vurderinger av om det fremstår som sannsynlig at horisontale og/eller vertikale MFN-klausuler har en konkurransebegrensende ”virkning” på det relevante markedet. Jeg skal vurdere utvalgte skadehypoteser som er oppstilt i juridisk- og økonomisk litteratur, og som er anvendt av blant annet BkA og den svenske tingretten og överretten. Det kan også tenkes andre mulige virkninger under § 10, men oppgaven vil fokusere på enkelte sentrale skadehypoteser.

#### **4.3.4 Horisontale MFN-klausuler**

Horisontale MFN-klausuler innebærer at hotellet er forpliktet til å ikke tilby lavere pris på egen nettside og til andre OTAer, sammenlignet med den OTAen det er inngått avtale med. I det følgende skal det tas stilling til fire mulige skadevirkninger av horisontale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer.

##### **4.3.4.1 Skadehypotese 1: Horisontale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAene på provisjon**

Den første skadehypotesen går ut på at bruken av horisontale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjonen som hotellet betaler til OTAene. Dette skyldes at hotellet ikke kan prisdifferensiere mellom OTAer. Det er tale om en konkurransebegrensning på markedet for online formidlingstjenester for hoteller. Det fremgår av økonomisk og juridisk teori at redusert konkurranse mellom OTAer på provisjon kan føre til høyere priser på hotellrom, enn i fravær av klausulene.<sup>87</sup>

Det fremgår av EFTAs overvåkingsorgan (ESA) sine retningslinjer for vertikale begrensninger at redusert konkurranse mellom OTAer kan utgjøre en konkurransebegrensende virkning i

---

<sup>84</sup> EU- domstolen, ”*John Deere Ltd vs. Kommisjonen*”, avsnitt 77.

<sup>85</sup> EU-domstolen, ”*Maxima Latvija*”, avsnitt 30.

<sup>86</sup> ESA, ”*Retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3*”, avsnitt 26.

<sup>87</sup> Johnsen, s. 27.

medhold av krrl. § 10 første ledd.<sup>88</sup> Redusert konkurranse kan skade forbrukerne særlig ved å øke prisene på produktene, og redusere kvaliteten og fornyelse på distribusjonsnivå.<sup>89</sup>

BkA konkluderte i HRS-saken med at horisontale MFN-klausuler begrenser konkurransen mellom OTAer på provisjonen som hotellene betaler OTAene.<sup>90</sup> Den direkte virkningen av horisontale MFN-klausuler er at de begrenser hotellenes kommersielle handlefrihet ved at de ikke kan prisdifferensiere mellom OTAer. Dersom et hotell ønsker å senke prisen overfor en OTA, i bytte mot et lavere provisjonsnivå, vil hotellet også være forpliktet til å senke prisen overfor samtlige OTAer. Effekten av dette er at OTAene ikke vil ha incentiver til å konkurrere med hverandre på provisjon overfor hotellene, da hotellene uansett er forpliktet til å operere med identiske priser. Hotellenes manglende mulighet til å prisdifferensiere mellom OTAer bidrar dermed til å redusere konkurransen mellom OTAer på provisjon.<sup>91</sup>

I tillegg fremgår det av BkA sin avgjørelse i HRS-saken at horisontale MFN-klausuler kan legge til rette for koordinering mellom OTAer, og at OTAer kan øke provisjonsnivået uten å risikere å miste kunder til andre OTAer.<sup>92</sup>

Dette kan illustreres nærmere ved et eksempel. I eksempelet forutsettes det at hotellet er bundet av en horisontal MF-klausul i avtaleforholdet med OTA I. OTA I velger å øke provisjonsnivået overfor hotellet. I fravær av horisontale MFN-klausuler kan hotellet svare på økningen i provisjonsnivå med å øke prisen overfor OTA I. Prisøkningen ville ført til at OTA I ikke lenger ville vært konkurransedyktig på markedet for hotellovernattinger, ettersom OTA I ville mistet kunder til andre OTAer. Hotellet ville sannsynligvis også ha mistet bestillinger foretatt via OTA I, men hotellet ville derimot fortsatt ha vært konkurransedyktige på markedet for hotellovernattinger via bestillinger fra resterende OTAer. I en slik situasjon er det nærliggende at OTA I, i frykt for å miste kunder til andre OTAer, ville unnlatt å øke provisjonsnivået overfor hotellet.

Ved bruk av horisontale MFN-klausuler er situasjonen annerledes. Hotellet vil ikke kunne svare på økt provisjon med kun å øke prisen overfor OTA I. Klausulen innebærer jo nettopp at hotellet ikke kan prisdifferensiere mellom OTAer, slik at hotellet da må sette opp prisen

---

<sup>88</sup> ESA, ”Retningslinjer for vertikale begrensninger”, avsnitt 100.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> BkA, ”HRS-saken”, avsnitt 156.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Ibid, avsnitt 157.

overfor samtlige OTAer. Dette fører til en annen situasjon for hotellet og OTA I, sammenlignet med tilfellet i fravær av klausulen. Selv om OTA I øker provisjonsnivået vil de fortsatt være konkurransedyktige overfor andre OTAer, ettersom alle OTAene vil operere med identiske priser. Derimot vil det faktum at hotellet øker prisen overfor samtlige OTAer føre til at de ikke lenger er konkurransedyktige på markedet for hotellovernattinger.

Det er nærliggende at hotellet i en slik situasjon velger å ikke øke prisen som svar på økt provisjonsnivå fra OTA I. Det må imidlertid påpekes at hotellet også kan velge å slutte å bruke OTAen. Det er likevel nærliggende at OTAer kan heve provisjonsnivået, opp til et visst nivå, uten å risikere å miste kunder til andre OTAer. På denne måten legger horisontale MFN-klausuler til rette for horisontal koordinering mellom OTAene på provisjonen som hotellene betaler. Slik koordinering av provisjon er antatt å øke prisen på hotellrom for forbrukeren.<sup>93</sup>

Det er mangel på praksis vedrørende horisontale MFN-klausuler innen online hotell booking. Bruken av MFN-klausuler har imidlertid blitt etterforsket i andre digitale markeder. I 2012 gjennomførte det engelske Competition and Market Authority (CMA) en etterforskning av online markedet for bilforsikring. Markedet bestod av online plattformer hvor man kunne sammenligne og bestille bilforsikringer. Plattformene opererte på et tosidig-marked ved at de tilbød tjenester til både forsikringsselskaper og kunder. Plattformene mottok i likhet med OTAer provisjon per salg.

CMA konkluderte med at horisontale MFN-klausuler reduserte konkurransen mellom plattformene på provisjonen som forsikringsselskapene betalte, og fant det bevist at dette medførte høyere priser på bilforsikring for forbrukerne.<sup>94</sup> Det ble også her begrunnet med at plattformene ikke hadde incentiver til å tilby forsikringsselskapene et lavere provisjonsnivå i bytte mot lavere pris på bilforsikring.<sup>95</sup> Ettersom det er tale om digitale markeder, og at OTAer også opererer på to-sidige markeder, kan CMA sin etterforskning tas til inntekt for at horisontale MFN-klausuler vil kunne redusere konkurransen mellom OTAer på provisjon.

Konkurransesituasjonen må imidlertid sammenlignes med situasjon der hoteller ikke er bundet av horisontale MFN-klausuler. Det må fremstå som sannsynlig at skadehypotesen gjelder seg gjeldene. Dette beror blant annet på hvor omfattende bruken av horisontale MFN-

---

<sup>93</sup> Johnson, s. 27.

<sup>94</sup> CMA, "Private Motor Insurance Investigation", punkt 58-59.

<sup>95</sup> Ibid.

klausuler er.<sup>96</sup> Jo flere OTAer som benytter seg av horisontale MFN-klausuler, jo større sannsynlighet er det for at skadehypotesen gjør seg gjeldene. Transparente markeder er helt avgjørende for om aktører vil benytte seg av MFN-klausuler. Dette er fordi jo høyere grad av transparens i markedet, jo lavere er kostnadene med å overvåke og håndheve at MFN-klausulene blir overholdt. Etersom markedet for online hotellbooking er preget av en høy grad av transparens, er det sannsynlig at OTAer vil benytte seg av horisontale MFN-klausuler. Dette tilsier at det er sannsynlig at horisontale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjonen som hotellene betaler.

Johansen og Vergé (2017) sin økonomiske analyse indikerer imidlertid at MFN-klausulers konkurransebegrensende effekt kan motvirkes dersom det foreligger en høy grad av konkurranse mellom hotellene og dersom salg fra hotellets egne nettsider utgjør en viktig omsetningskanal.<sup>97</sup> I et slik tilfelle hevder forfatterne at klausulene ikke vil ha en konkurransebegrensende virkning.

I Norge er det høy konkurranse på markedet for hotellovernattinger. I tillegg viser tall fra NHO Reiseliv at 20-30 % av norske hotellkjeders bestillinger blir gjennomført gjennom OTAer.<sup>98</sup> Dette innebærer at 70-80 % av hotellovernattinger blir bestilt via andre salgskanaler. Dette innebærer at norske hotellkjeder er aktive med salg fra egne nettsider. Johansen og Vergé sin analyse trekker i retning av at det kan tenkes tilfeller der horisontale MFN-klausuler ikke fører til økte priser på hotellrom.

Basert på praksisen ovenfor og at OTAer opererer i et transparent marked der de enkelt kan overvåke og håndheve at klausulene blir overholdt, taler de beste grunner etter min vurdering for at det fremstår som sannsynlig at horisontale MFN-klausuler, i hvert fall potensielt, begrenser konkurransen gjennom å redusere konkurransen mellom OTAer på provisjon, jf. krrl. § 10 første ledd.

---

<sup>96</sup> Ezrachi, s. 499.

<sup>97</sup> Johansen og Vergé, s. 32.

<sup>98</sup> Tall innhentet direkte fra NHO Reiseliv, og brukt i Hjelmengs utredning om ”Price parity-klausuler”.

#### 4.3.4.2 Skadehypotese 2: Horisontale MFN-klausuler skaper etableringshindringer på markedet for OTAer

Den andre skadehypotesen går ut på at horisontale MFN-klausuler skaper høyere etableringshindringer på markedet for OTAer.<sup>99</sup> Det er tale om en konkurransebegrensning på markedet for online formidlingstjenester for hoteller.

Det fremgår av ESAs retningslinjer for vertikale begrensninger at etableringshindringer kan utgjøre en konkurransebegrensende virkning i medhold av krrl. § 10 første ledd.<sup>100</sup> Hvorvidt etableringshindringer er tilstrekkelig til å omfattes av bestemmelsen avhenger av om de innebærer ugjenkallelige kostnader eller ikke.<sup>101</sup> Ugjenkallelige kostnader er kostnader som kreves for å etablere seg eller være aktiv på et marked, men som går tapt når virksomheten trekker seg tilbake. Reklamekostnader for å tiltrekke seg kunder er vanligvis ugjenkallelige.

Når OTAer skal etablere seg på markedet er det naturlig å konkurrere på pris. Den muligheten finnes imidlertid ikke dersom horisontale MFN-klausuler benyttes av eksisterende OTAer.<sup>102</sup> I HRS-saken konkluderte BkA med at horisontale MFN-klausuler hindrer etablering av nye OTAer, da hotellene vil være forpliktet til å ikke prisdifferensiere mellom OTAer.<sup>103</sup> Klausulene hindrer dermed OTAer i å motta en lavere pris fra hotellene, i bytte mot lavere provisjonsnivå eller gjennom en ny og kostnadssparende salgsstrategi. Dette gjør det vanskeligere for nye OTAer å etablere seg på markedet.<sup>104</sup>

Sannsynligheten for at horisontale MFN-klausuler skaper etableringshindringer forsterkes av at OTAer opererer i et tosidig marked. Tosidige markeder kjennetegnes av at bedrifter betjener to ulike kundegrupper. OTAene betjener hoteller på markedet for online formidlingstjenester og forbrukere på markedet for hotellovernattinger. Markedsstrukturen på tosidige markeder fører til nettverkseffekter i den forstand at antallet kunder på den ene siden av markedet (f. eks. forbrukerne) påvirker nytten for kundene på den andre siden av markedet (hotellene), og omvendt. Det er antatt at terskelen for å ta etablere seg på markeder med nettverkseffekter vanligvis er høyere enn på et marked uten slike effekter.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> Ezrachi s. 498.

<sup>100</sup> ESA, ”Retningslinjer for vertikale begrensninger”, avsnitt 117.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> BkA, ”HRS-saken”, avsnitt 160-162.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Hjelmeng og Sørgård, ”Konkurransepolitikk”, s. 644.

Skadehypotesen forsterkes ytterligere av at det norske markedet for online formidlingstjenester for hoteller består av relativt få og store aktører.<sup>106</sup> Det kan være ekstra vanskelig for nye aktører å etablere seg i markeder med få aktører. Tall fra NHO Reiseliv viser at OTAene Booking.com og Hotels.com står for til sammen ca. 70-90 % av bestillingene for norske hotell, mens andre OTAer ligger under 10 %.

Det kan likevel stilles spørsmålstegn ved om etableringshindringene skyldes bruken av horisontale MFN-klausuler eller den allerede etablerte markedsstrukturen. Selv i fravær av klausulene vil markedet preges av nettverkseffekter og få og store aktører.

Det fremstår likevel etter min vurdering som tilstrekkelig sannsynlig at horisontale MFN-klausuler, i hvert fall potensielt, kan begrense konkurransen ved å skape høyere etableringshindringer for nye OTAer, jf. krrl. § 10 første ledd.

#### **4.3.4.3 Skadehypotese 3: Horisontale MFN-klausuler fører til økt prislikhet**

Den tredje skadehypotesen er at horisontale MFN-klausuler fører til økt prislikhet.<sup>107</sup> I motsetning til de foregående skadehypotesene er det tale om en konkurransebegrensning på markedet for hotellovernattinger. Horisontale MFN-klausuler innebærer at hotellene ikke kan tilby lavere priser på egen nettside eller til andre OTAer. Det er lagt til grunn i juridisk og økonomisk teori at økt prislikhet kan føre til at prisen for hotellovernattinger blir høyere for forbrukeren.<sup>108</sup> BkA konkluderte i HRS-saken med at bruken av horisontale MFN-klausuler førte til økt prislikhet, og at den økonomiske effekten var ”similar to direct collusion between hotel portals”.<sup>109</sup>

I hvilken grad klausulene fører til økt prislikhet er igjen avhengig hvor utbredt bruken av horisontale MFN-klausuler er i avtaler mellom hoteller og OTAer. Den transparente markedsstrukturen gjør det enklere for OTAer å overvåke og håndheve at klausulene blir overholdt av hotellene. Det er dermed sannsynlig at OTAer benytter seg av horisontale MFN-klausuler, og at klausulene dermed fører til økt prislikhet.

---

<sup>106</sup> Tall fra NHO Reiseliv.

<sup>107</sup> Ezrachi s. 499.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> BkA, ”HRS-saken”, avsnitt 157.

Skadevirkningene som følge av økt prislikhet hos OTAer kan imidlertid kompenseres, dersom det er høy konkurranse mellom hoteller på markedet for hotellovernattinger.<sup>110</sup> Ved høy konkurranse mellom hotellene på markedet for hotellovernattinger, vil hotellene ha incentiver til å tilby samtlige OTAer lavere priser, til tross for MFN-klausulene. Dette fører igjen til en lavere pris for forbrukerne. Dette innebærer at økt prislikhet ikke nødvendigvis er i strid med konkurranserettens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. I Norge er det en høy grad av konkurranse på markedet for hotellovernattinger.<sup>111</sup> Det kan dermed tenkes at økt prislikhet på markedet for hotellovernattinger likevel ikke anses å begrense konkurransen i medhold av krrl. § 10 første ledd.

Ettersom hoteller og OTAer opererer i et transparent marked, fremstår det etter min vurdering som sannsynlig at horisontale MFN-klausuler, i hvert fall potensielt, begrenser konkurransen ved å føre til økt prislikhet, jf. krrl. § 10 første ledd. Gjennomgangen viser likevel at det er ingen automatikk i at økt prislikhet for det enkelte hotell anses som en konkurransebegrensende virkning etter krrl. § 10 første ledd.

#### **4.3.4.4 Skadehypotese 4: Horisontale MFN-klausuler begrenser innovasjon og investeringer**

Den fjerde skadehypotesen går ut på at horisontale MFN-klausuler begrenser innovasjon og investeringer. Tanken bak skadehypotesen er at OTAers incentiver til innovasjon og investeringer for å tiltrekke seg kunder, reduseres fordi hoteller ikke kan prisdifferensiere mellom OTAer.<sup>112</sup> Det er tale om en konkurransebegrensning på markedet for formidlingstjenester.

Det er en rekke svakheter ved denne skadehypotesen. For det første tas det ikke hensyn til at pris ikke er den eneste konkurransefaktoren som gir incentiver til innovasjon og investeringer. OTAer har for eksempel mulighet til å tiltrekke seg nye kunder ved å konkurrere på kvalitet og kundeservice.<sup>113</sup> OTAer kan dermed likevel ha incentiver til å foreta investeringer for å tiltrekke seg nye kunder.

---

<sup>110</sup> Johansen og Vergé, s. 32.

<sup>111</sup> Tall fra NHO Reiseliv.

<sup>112</sup> Ezrachi s. 500.

<sup>113</sup> Ezrachi, s. 500.

For det andre stimulerer faktisk horisontale MFN-klausuler til innovasjon og investeringer ved at OTAer blir beskyttet mot såkalt free-riding. OTAer foretar en rekke investeringer blant annet i plattformens funksjonalitet og i markedsføring. I fravær av MFN-klausuler kan hotellet fritt sette en lavere pris på sin egen nettsider sammenlignet med OTAen. Dette innebærer at kunden kan benytte seg av OTAen til å finne og sammenligne hoteller, for deretter å bestille hotellrom til en lavere pris direkte fra hotellets egen nettside. Dette medfører at hotellene free-riker på OTAers investeringer. MFN-klausulene forhindrer free-riding, og skal på denne måten gi OTAer trygghet og incentiver til å investere. Hvor reelt free-riding faktisk er vil det bli redegjort for under punkt 5.3. Argumentet trekkes likevel inn her ettersom jeg mener det ville vært kunstig å konkludere med at horisontale MFN-klausuler begrenser innovasjon og investeringer, når klausulene faktisk legger til rette for det motsatte. Etter min vurdering er det ikke sannsynlig at horisontale MFN-klausuler, faktisk eller potensielt, har en konkurransebegrensende virkning ved å begrense innovasjon og investeringer, jf. krrl. § 10 første ledd.

#### **4.3.4.5 Oppsummering**

Horisontale MFN-klausuler kan potensielt ha konkurransebegrensende virkninger i medhold av krrl. § 10 første ledd ved å:

- I. redusere konkurransen mellom OTAer på provisjon (jf. skadehypotese 1),
- II. skape høyere etableringshindringer for OTAer (jf. skadehypotese 2), og
- III. føre til økt prislikhet (jf. skadehypotese 3).

Det er dermed tale om potensielle konkurransebegrensende virkninger både på markedet for hotellovernattinger i Norge og markedet for online formidlingstjenester for hoteller i Norge.

#### **4.3.5 Vertikale MFN-klausuler**

Vertikale MFN-klausuler innebærer at hotellet er forpliktet til å ikke tilby lavere pris på sin egen nettside sammenlignet med den OTAen det er inngått avtale med. I det følgende vil det tas stilling til tre skadehypoteser vedrørende vertikale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer.



#### **4.3.5.1 Skadehypotese 1: Vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen på pris mellom hoteller og OTAer.**

Den første skadehypotesen går ut på at vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen på pris mellom hoteller og OTAer.<sup>114</sup> Det er tale om en konkurransebegrenset virkning på markedet for hotellovernattinger. Redusert konkurranse kan som nevnt i punkt 4.3.4.1 skade forbrukerne blant annet ved å føre til økte priser på produktene.

Den direkte virkningen av vertikale MFN-klausuler er at hoteller ikke kan tilby lavere pris på sin egen nettside enn på den OTAen det er inngått avtale med. Hvordan dette kan redusere konkurransen mellom hoteller og OTAer illustreres med følgende eksempel. OTAer krever ca. 15 % i provisjon av totalprisen for en hotellovernatting, mens driftskostnadene knyttet til hotellets egen nettside ligger på 4-6 %.<sup>115</sup> Hoteller har dermed en mulighet selge hotellovernattinger til en lavere pris på egne nettsider, sammenlignet med på OTAer. Vertikale MFN-klausuler innebærer derimot at hotellet ikke kan selge til lavere pris på sin egen nettside sammenlignet med OTAer. Det er dermed klart at vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen på pris mellom hoteller og OTAer. Redusert konkurranse mellom hoteller og OTAer antas å føre til høyere priser på hotellrom for forbrukerne.<sup>116</sup>

Det må imidlertid tas stilling til hvordan markedsforholdene ville utviklet seg i fravær av klausulene. Hunhold m.fl. (2017) har foretatt en empirisk undersøkelse av effektene av vertikale MFN-klausuler pålagt av OTAer overfor hoteller. Undersøkelsen ble gjennomført ved bruk av metasøk-prisdata av nærmere 30 000 hoteller i forskjellige land.

Rapporten indikerer at hotellets egen nettside oftere opererer med lavere priser sammenlignet med Booking.com i Tyskland og Frankrike, sammenlignet med hva tilfellet er i Canada.<sup>117</sup> Dette er interessant fordi undersøkelsen er foretatt i perioden etter at vertikale MFN-klausuler ble forbudt i Tyskland og Frankrike, mens Canada på sin side fortsatt opererte med vertikale MFN-klausuler.

Et av formålene med undersøkelsen var å se på effektene av Booking.com sitt opphør av vertikale MFN-klausuler i den tyske hotellbransjen. Rapporten indikerte at tyske hotellkjeder i økende grad opererer med lavere pris på egne nettsider sammenlignet med prisen på OTAer.

---

<sup>114</sup> Ezrachi s. 509.

<sup>115</sup> Eksempel hentet fra tingrettens avgjørelse i "Visita vs. Booking.com", s. 50.

<sup>116</sup> Johnsen, s. 27.

<sup>117</sup> Hunhold, m.fl., s. 21.

Rapporten viste imidlertid ikke den samme utviklingen for enkeltstående hoteller. Dette kan forklares med at rapporten indikerer at enkeltstående hoteller i utgangspunktet ikke overholdt MFN-klausulene. Rapporten kan dermed tas til inntekt for at vertikale MFN-klausuler faktisk reduserer konkurransen på pris mellom hoteller og OTAer.

Hvorvidt redusert konkurranse mellom hoteller og OTAer fører til høyere priser for forbrukerne, er imidlertid avhengig av graden av konkurransen mellom hoteller på markedet for hotellovernattinger.<sup>118</sup> Agentmodellen mellom hoteller og OTAer innebærer at det ikke er OTAene, men hotellene som bestemmer prisen på hotellovernattingen. Ved høy konkurranse har hotellene incentiver til å senke prisene på samtlige OTAer, for å forbli konkurransedyktige på markedet for hotellovernattinger. Høy konkurranse mellom hoteller kan dermed utjevne den negative virkningen av redusert konkurranse på pris mellom hoteller og OTAer.<sup>119</sup> Det norske hotellmarkedet er preget av høy konkurranse mellom hoteller.<sup>120</sup> Dette trekker i retning av at skadehypotesen ikke gjør seg gjeldene. Dette tilsier at redusert konkurranse ikke nødvendigvis fører til høyere priser for forbrukerne.

Den svenske överretten konkluderte med at redusert konkurranse mellom hoteller og OTAer ikke nødvendigvis anses som en konkurransebegrensende virkning. Domstolen viste til at hotellene i utgangspunktet er frie til selv å bestemme prisen på OTAer sine hjemmesider. Överretten viste videre til at selv om hoteller, i fravær av vertikale MFN-klausuler, ville operert med lavere priser på sin egen nettside enn på OTAer, er det ikke bevist at dette ville ledet til lavere priser for forbrukerne.<sup>121</sup>

Selv om hoteller, i fravær av vertikale MFN-klausuler, kan sette lavere pris på egen nettside, utelukker ikke dette at hotellet øker prisen på OTAer. Dette innebærer at redusert konkurranse mellom hoteller og OTAer, ikke nødvendigvis fører til høyere priser på hotellrom for forbrukerne. Det er viktig å belyse at dette er en maktkamp mellom hoteller og OTAer når det gjelder prissetting. Konkurranselovens formål er derimot å legge til rette for ”effektiv bruk av samfunnets ressurser”, slik at konsekvensene for bestemte grupper av markedsaktører ikke er relevante når det gjelder konkurranselovens formål.

---

<sup>118</sup> Johansen og Vergé, s. 32.

<sup>119</sup> Bellamy og Child, s. 156.

<sup>120</sup> Tall fra NHO Reiseliv.

<sup>121</sup> Överretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 23.

Det er argumenter som trekker i begge retninger, men ettersom det er høy konkurranse på markedet for hotellovernatting i Norge, er det etter min vurdering ikke tilstrekkelig bevist at markedsforholdene ville utviklet seg annerledes i fravær av klausulene.

Følgelig fremstår det ikke som sannsynlig at vertikale MFN-klausuler, faktisk eller potensielt, har en konkurransebegrensende virkning ved å redusere konkurransen på pris mellom hoteller og OTAer, jf. krrl. § 10 første ledd.

#### **4.3.5.2 Skadehypotese 2: Vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjon**

Den andre skadehypotesen er identisk med den første skadehypotesen for horisontale MFN-klausuler. Det er dermed tale om en konkurransebegrensning på markedet for formidlingstjenester. I punkt 4.3.4.1 fremgår det at redusert konkurranse mellom OTAer kan utgjøre en konkurransebegrensende virkning i medhold av krrl. § 10 første ledd.

I motsetning til horisontale MFN-klausuler vil ikke vertikale MFN-klausuler direkte påvirke konkurransen mellom OTAer på provisjon. Dette er fordi vertikale MFN-klausuler ikke begrenser hotellenes mulighet til å tilby bedre vilkår til andre OTAer. OTAer har dermed incentiver til å konkurrere med hverandre på provisjon overfor hotellene. Formelt sett reduserer ikke vertikale MFN-klausuler konkurransen mellom OTAer på provisjon.

BkA konkluderer i *Booking.com* med at vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjon, og at det utgjør en konkurransebegrensende virkning.<sup>122</sup> BkA argumenterer for at effekten av vertikale MFN-klausuler langt på vei samsvarer med bruken av horisontale MFN-klausuler. Dette begrunner BkA med at hoteller ikke har incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer, og at dette igjen reduserer OTAers incentiver til å konkurrere på provisjon.<sup>123</sup>

Den svenske tingretten argumenterer tilsvarende. I *Visita vs. Booking.com* legger domstolen til grunn at hoteller som utgangspunkt ikke vil senke prisen hos en OTA uten å senke prisen på sin egen nettside.<sup>124</sup> Dette innebærer at hoteller som er bundet av vertikale MFN-klausuler mangler incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer.

---

<sup>122</sup> BkA, ”*Booking.com*”, avsnitt 213.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> Tingretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 48.

Dette kan illustreres ved et eksempel der hotellet er bundet av vertikale MFN-klausuler i avtaleforholdet med OTA I. Hotellet kan velge å tilby en lavere pris til OTA II, i bytte mot at OTA II operere med et lavere provisjonsnivå sammenlignet med andre OTAer. Hotellet har anledning til å prisdifferensiere på denne måten, selv om OTAene benytter seg av vertikale MFN-klausuler. Den vertikale MFN-klausulen innebærer at hotellet ikke kan selge hotellrom til en lavere pris på sin egen nettside sammenlignet med prisen på OTA I. Dette innebærer imidlertid at prisen på hotellets egen nettside vil være høyere enn prisen på OTA II. Hotellet er dermed ikke konkurransedyktig overfor OTA II på markedet for hotellovernattinger. En naturlig løsning ville vært at hotellet senket prisen på egen nettside for å bli konkurransedyktig overfor OTA II. Hotellet vil imidlertid ikke kunne senke prisen på egen nettside uten å også senke prisen overfor OTA I, og overfor andre OTAer som opererer med vertikale MFN-klausuler. Det er derfor nærliggende at hotellet istedenfor ville latt være å tilbudt OTA II en lavere pris. Dette innebærer videre at OTAers incentiver til å konkurrere på provisjon reduseres. Eksempelet illustrerer hvordan virkningen av vertikale MFN-klausuler langt på vei kan tilsvare virkningen av horisontale MFN-klausuler.<sup>125</sup>

Den svenske tingretten fant det også bevist at booking.com sitt provisjonsnivå hadde vært uforandret over en lang periode.<sup>126</sup> Dette kan skyldes at det ikke er vanlig praksis å prisdifferensiere mellom OTAer eller at OTAer ikke har incentiver til å konkurrerer på provisjon. Selv om överretten konkluderte motsatt kan sikre observasjoner om OTAers provisjonsnivå være egnet til å gi veiledning vedrørende markedsaktørens praksis. Det svenske hotellmarkedet kan i tilstrekkelig grad sammenlignes med det norske, slik at argumentet kan ha overføringsverdi til det norske hotellmarkedet.

Hvor sannsynlig det er at skadehypotesen gjør seg gjeldene avhenger for det første av i hvilken grad salg fra egne nettsider utgjør en viktig omsetningskanal for hotellene.<sup>127</sup> Jo større andel av salget som skjer gjennom hotellets egen nettside, jo mer sannsynlig er det at hotellets incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer reduseres.<sup>128</sup> Tall fra NHO Reiseliv viser at 20-30 % av norske hotellkjeders bestillinger blir gjennomført gjennom OTAer.<sup>129</sup> Norske hotellkjeder er følgelig aktive med salg fra egne nettsider. Dermed er det sannsynlig at vertikale MFN-klausuler redusere hotellenes incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer.

---

<sup>125</sup> Ezrachi s. 499.

<sup>126</sup> Tingretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 44.

<sup>127</sup> Johansen og Vergé s. 32.

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Tall fra NHO Reiseliv.

Undersøkelser i BkA sin avgjørelse i Booking.com viser at tendensen i det tyske hotellmarkedet er at hoteller ønsker å styrke sin egen nettside. Selv om det tyske hotellmarkedet ikke er identisk med det norske, kan det likevel tas til inntekt for vertikale MFN-klausuler reduserer hotellenes incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer.

I tillegg avhenger skadehypotesen av hvor omfattende bruken av MFN-klausuler er i avtaler mellom hoteller og OTAer. Ettersom OTAer opererer på et transparent marked, er det sannsynlig at OTAer vil benytte seg av og håndheve vertikale MFN-klausuler.

Vurderingen av om vertikale MFN-klausuler har en konkurransebegrensende virkning i medhold av krrl. § 10 første ledd, må imidlertid foretas i lys av hvordan markedsforholdene ville utviklet seg i fravær av avtalen.<sup>130</sup> Dette betyr at dersom markedsforholdene ville vært de samme i fravær av vertikale MFN-klausuler vil ikke skadehypotesen føre frem etter krrl. § 10 første ledd grunnet manglende årsakssammenheng.

I ankebehandlingen av *Visita vs. Booking.com* kom överretten frem til at *Visita* ikke hadde bevist at bruken av vertikale MFN-klausuler hadde en konkurransebegrensende virkning på markedet, ved å redusere konkurransen mellom OTAer på provisjon. Domstolen hevdet at det fantes flere forklaringer på at hoteller i utgangspunktet ikke vil senke prisen hos en OTA, uten å senke prisen på sin egen nettside.<sup>131</sup> Det var dermed ikke bevist at manglende prisdifferensiering skyldtes bruken av vertikale MFN-klausuler.<sup>132</sup>

I denne anledning er det interessant å se på Kommisjonen ”Monitoring report” fra 2017. Rapporten undersøkte virkningene av Booking.com sine bindende tilsagn fra 2015, og en kartlegging av praksisen mellom hoteller og OTAer. Det ble innhentet informasjon fra elektroniske spørreundersøkelser og prisinformasjon fra metasøk nettsider.

Hele 79 % av hotellene som svarte på undersøkelsen hadde ikke prisdifferensiert siden Booking.com og Expedia gikk fra horisontale til vertikale MFN-klausuler.<sup>133</sup> Dette tilsier at det i utgangspunktet ikke er vanlig å prisdifferensiere mellom OTAer.

Det var imidlertid ikke samsvar mellom den elektroniske undersøkelsen og prisdataen innhentet fra metasøk nettsidene. Det fremgikk av prisdataen at nesten 80 % av hotellene

---

<sup>130</sup> EU-domstolen, ”*Remia*”, avsnitt 18.

<sup>131</sup> Överretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 20.

<sup>132</sup> *Ibid*, s. 22.

<sup>133</sup> ”*Monitoring report*”, avsnitt 19.

hadde prisdifferensiert mellom OTAer. I tillegg indikerer rapporten at det var en økning i prisdifferensiering mellom OTAer i hele åtte av ti medlemsland.<sup>134</sup>

Et av formålene med Kommisjonens rapport var å undersøke effekten av lovforbudet i Frankrike mot vertikale MFN-klausuler, og BkA sitt forbud mot Booking.com sin bruk av vertikale MFN-klausuler i Tyskland. Rapporten indikerer en økning i prisdifferensiering mellom hoteller etter innføringen av lovforbudet i Frankrike, og etter forbudet mot Booking.com i Tyskland. Dette indikerer at MFN-klausuler reduserer hotellers incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer.

Det fremgår imidlertid at hele 90 % av hotellene som svarte på undersøkelsen ikke hadde merket noen endring i OTAers provisjonsnivå. I tillegg svarte kun 3 % av hotellene at de hadde tilbudt en OTA lavere pris i bytte mot lavere provisjonsnivå.<sup>135</sup> Det tilsier at det uansett ikke er vanlig å tilby OTAer lavere pris i bytte mot et lavere provisjonsnivå.

Etttersom det ikke er samsvar mellom funnene, er det vanskelig å trekke endelige konklusjoner på bakgrunn av rapporten. Det må også påpekes at det er flere begrensninger knyttet til resultatene i rapporten. For det første var til dels lav deltagelse, og undersøkelsen var overrepresentert av kjedehoteller. For det andre var det svakheter vedrørende prisdataen samlet inn via metasøk nettsidene ved at forskjell i pris kunne skyldes forskjellige romtyper eller bestillingsvilkår.<sup>136</sup>

I tillegg opererer fortsatt en av de tre store OTAer i Tyskland med vertikale MFN-klausuler, mens det er usikkerhet knyttet til virkeområdet av lovforbudet i Frankrike.<sup>137</sup> Undersøkelsen fant også sted kort tid etter forbudet i Frankrike og Tyskland. Det er derfor en mulighet for at hotellbransjen ennå ikke har tilpasset seg forbudene, slik at det er for tidlig å se den endelige effekten på konkurransen. Den svenske överretten mente derimot at effektene av forbudet mot vertikale MFN-klausuler på det tyske og franske markedet burde vises etter kort tid. Dette var fordi konkurransen på markedet for hotellovernattinger er relativt høy og prisene justeres ofte.<sup>138</sup> Det er dermed usikkerhet knyttet til funnene i rapporten og Kommisjonens

---

<sup>134</sup> Ibid, avsnitt 11, bokstav a.

<sup>135</sup> Ibid, avsnitt 20.

<sup>136</sup> Ibid, avsnitt 15, bokstav d.

<sup>137</sup> Ibid, avsnitt 15, bokstav e.

<sup>138</sup> Överretten, "Visita vs. Booking.com", s. 20.

konkluderte uansett med at resultatene fra overvåkingen alene, ikke ga grunnlag for konkrete håndhevingstiltak.<sup>139</sup>

Det er også interessant å se på resultatene av Hunhold m.fl. (2017) sin empiriske undersøkelse av effektene av MFN-klausuler innenfor online hotell booking. Her ble det konkludert med at provisjonsnivået hos OTAer ikke hadde endret seg etter de ulike forbudene mot horisontale og/eller vertikale MFN-klausuler i Europa.<sup>140</sup> Dette kan skyldes at virkningene av MFN-klausuler er begrensede. Hunold m.fl. argumenterer derimot med at flere hoteller uansett ikke overholdt klausulene, slik at det er naturlig med en begrenset effekt.<sup>141</sup>

Basert på Kommisjonens rapport og Hunhold m.fl. (2017) sin empiriske undersøkelse er det vanskelig å trekke endelige konklusjoner om bruken av vertikale MFN-klausuler reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjon.

Under tingrettens behandlingen av *Visita vs. Booking.com* kom en økonomisk ekspert med en særmerknad knyttet til domsresultatet.<sup>142</sup> Eksperten var uenig med domsresultatet, ettersom han ikke fant det bevist at vertikale MFN-klausuler faktisk eller potensielt begrenset konkurransen. Eksperten fant det ikke bevist at vertikale MFN-klausuler verken førte til et høyt provisjonsnivå eller reduserte konkurransen mellom OTAer provisjon. Eksperten la avgjørende vekt på at det kun forelå teoretiske resonnementer uten tilstrekkelig empirisk støtte. Denne argumentasjonen ble senere tilsluttet av överretten under ankebehandlingen.<sup>143</sup> Överretten fant det heller ikke bevist at hotellere manglende incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer skyldtes bruken av vertikale MFN-klausuler.

Ettersom bevisbyrden påhviler parten som hevder at vertikale MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkninger, vil mangelen på tilstrekkelige empiriske undersøkelser som støtter opp under teoretiske resonnementer trekke i retning av at vertikale MFN-klausuler ikke reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjon.

Ettersom norske hoteller er aktive med salg fra egne nettsider fremstår det som sannsynlig at bruken av vertikale MFN-klausuler kan redusere hotellere incentiver til å prisdifferensiere

---

<sup>139</sup> Se skriftlig spørsmål og svar, dokument nr. 15:410 (2018-2019), tilgjengelig her: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=74184>

<sup>140</sup> Hunhold, m.fl., s. 39-40.

<sup>141</sup> Ibid s. 40.

<sup>142</sup> Tingretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 62.

<sup>143</sup> Överretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 16-22.

mellom OTAer, noe som igjen reduserer konkurransen mellom OTAer på provisjon. Per dags dato foreligger det imidlertid ikke et tilstrekkelig entydig empirisk grunnlag, som innebærer at vertikale MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkning ved å redusere konkurransen mellom OTAer på provisjon. Etter min vurdering taler de beste grunner for at det ikke er sannsynlig at vertikale MFN-klausuler, faktisk eller potensielt, begrenser konkurransen ved å redusere konkurransen mellom OTAer på provisjon, jf. krrl. § 10 første ledd.

#### **4.3.5.3 Skadehypotese 3: Vertikale MFN-klausuler skaper høyere etableringshindringer for OTAer**

Den tredje skadehypotesen går ut på at vertikale MFN-klausuler skaper høyere etableringshindringer på markedet for formidlingstjenester til hoteller. I punkt 4.3.4.2 ble det vist til når etableringshindringer kan utgjøre en konkurransebegrensende virkning i medhold av krrl. § 10 første ledd.

I *Visita vs. Booking.com* konkluderte tingretten med at vertikale MFN-klausuler skaper høyere etableringshindringer for OTAer. Dette blir begrunnet med følgende tre argumenter: (I) vertikale MFN klausuler reduserer hotellens incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer, (II) OTAer opererer på et marked med nettverkseffekter og (III) markedet for OTAer består av få aktører.<sup>144</sup>

I punkt 4.3.5.2 er det tatt utgangspunkt i at vertikale MFN-klausuler teoretisk sett kan redusere hotellens incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer. Jeg konkluderte imidlertid med at det ikke er tilstrekkelig bevist at hotellens manglende incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer skyldes bruken av vertikale MFN-klausuler. Dette trekker i retning av at skadehypotesen ikke gjør seg gjeldene.

Det ble nevnt i punkt 4.3.4.2 at OTAer opererer i et tosidig marked med nettverkseffekter, og at terskelen for å etablere seg på markeder med nettverkseffekter vanligvis er høyere enn på markeder uten slike effekter.<sup>145</sup> I tillegg er det antatt at det er ekstra vanskelig å ta seg inn på et marked bestående av få og store aktører. I punkt 4.3.5.2 ble det vist til at norske hotellkjeder i snitt har ca. 20-30 % bestillinger gjennomført gjennom OTAer. OTAene Booking.com og Hotels.com står for til sammen ca. 70-90 % av bestillingene, mens andre

---

<sup>144</sup> Tingretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 48.

<sup>145</sup> Hjelmeng og Sørgård, ”*Konkurransepolitikk*”, s. 644.



OTAer ligger under 10 %.<sup>146</sup> Det norske markedet for formidlingstjenester for hotell består dermed av få aktører. Dette tas til inntekt for at vertikale MFN-klausuler skaper høyere etableringshindringer for OTAer.

Vurderingen av om klausulene har en konkurransebegrensende virkning må imidlertid foretas i lys av hvordan markedsforholdene ville utviklet seg i fravær av avtalen.<sup>147</sup>

Den svenske överretten konkluderte med at vertikale MFN-klausuler ikke skaper høyere etableringshindringer for OTAer. Domstolen var enig med tingrettens vurdering av at det er vanskeligere å etablere seg på markeder med få aktører og på markeder med nettverkseffekter. Domstolen konkluderte likevel med at det verken er holdepunkter for at oligopol-situasjonen eller nettverkseffektene skyldes bruken av vertikale MFN-klausuler. Domstolen argumenterer for at markedsforholdene heller er et resultat av selve oppbyggingen av tjenestene på digitale plattformer. Videre argumenterer domstolen for at de OTAene som først lyktes med å etablere seg på markedet vil ha et stort konkurransefortrinn sammenlignet med nye OTAer. Domstolen fant det dermed ikke bevist at nettverkseffektene skyldes bruken av vertikale MFN-klausuler.

Basert på hotellernes manglende incentiver til å prisdifferensiere mellom OTAer, at OTAer opererer på et marked med nettverkseffekter og at markedet for online formidlingstjenester for hoteller i Norge består av få aktører, vil bruken av vertikale MFN-klausuler teoretisk sett bidra til å skape høyere etableringshindringer for OTAer. Gjennomgangen viser likevel at det per dags dato ikke foreligger tilstrekkelige empiriske undersøkelser som støtter at etableringshindringene skyldes bruken av vertikale MFN-klausuler. Etter min vurdering er det dermed ikke tilstrekkelige holdepunkter for at vertikale MFN-klausuler, faktisk eller potensielt, har en konkurransebegrensende virkning ved å skape høyere etableringshindringer for OTAer, jf. krrl. § 10 første ledd.

#### **4.3.5.4 Oppsummering**

Gjennomgangen av de ulike skadehypotesene viser at vertikale MFN-klausuler i teorien kan ha samme konkurransebegrensende virkninger som horisontale MFN-klausuler. Etter min vurdering fremstår det likevel ikke sannsynlig at vertikale MFN-klausuler, faktisk eller potensielt, har konkurransebegrensende virkninger i medhold av krrl. § 10 første ledd. Jeg har

---

<sup>146</sup> Tall fra NHO Reiseliv.

<sup>147</sup> EU-domstolen, ”*Remia*”, avsnitt 18.

lagt avgjørende vekt på at det mangler entydig empiri som i tilstrekkelig grad sannsynliggjør at de ulike skadehypotesene skyldes bruken av vertikale MFN-klausuler.

Jeg har følgelig konkludert med at vertikale MFN-klausuler ikke har konkurransebegrensende virkninger i medhold av krrl. § 10 første ledd.

De resterende drøftelsene vil dermed, i lys av konklusjonen, ikke være relevant for vertikale MFN-klausuler. I den videre drøftelsen vil jeg likevel forutsette at vertikale MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkninger etter krrl. § 10 første ledd. Dette gjelder følgende vurderinger: merkbarhetskravet (punkt 4.6), læren om aksessoriske begrensninger (punkt 4.7) og vurderingen av om MFN-klausuler likevel kan tillates (punkt 5).

## **4.6 Merkbarhetskravet innfortolket i krrl. § 10 første ledd**

I punkt 4.3.4.5 konkluderte jeg med at horisontale MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkninger i medhold av krrl. § 10 første ledd. Det forutsettes også at vertikale MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkninger etter krrl. § 10 første ledd.

I tråd med EU-retten er det innfortolket et merkbarhetskrav i krrl. § 10 første ledd.<sup>148</sup> Vilkåret innebærer at konkurransen må begrenses merkbart for å omfattes av virkeområdet til krrl. § 10 første ledd. Spørsmålet om en avtale påvirker konkurransen merkbart vil etter EU-domstolens praksis bero på en helhetsvurdering i det konkrete tilfellet.<sup>149</sup>

ESAs ”bagatellkunngjøring”, som samsvarer med Kommisjonens ”bagatellkunngjøring”, omhandler når en avtale faller utenfor EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 (tilsvarende krrl. § 10 første ledd), fordi den ikke begrenser konkurransen merkbart.<sup>150</sup> Kunngjøringen har ingen formell status i medhold av konkurranseloven, men tillegges i praksis stor vekt i vurderingen av om en avtale har for liten innvirkning på konkurransen til å falle inn under virkeområdet til § 10 første ledd. Kunngjøringen setter opp terskler for partenes markedsandeler. For avtaler mellom konkurrerende foretak er terskelen 10 % markedsandel hos partene på de relevante markedene, mens terskelen for ikke-konkurrerende foretak er 15 %.<sup>151</sup> Avtaler mellom hoteller og OTAer er en vertikal avtale og anses i utgangspunktet som en avtale mellom ikke

---

<sup>148</sup> EU-domstolen, ”*Völk Verwaecke*”.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> ESAs, ”*Bagatellkunngjøring*”, s. 11-14.

<sup>151</sup> Ibid.

konkurrerende foretak, ettersom de i utgangspunktet opererer på ulike markeder. Hoteller og OTAer konkurrer imidlertid med hverandre på markedet for hotellovernattinger. I tilfeller der det er vanskelig å klassifisere en avtale som inngått mellom konkurrerende foretak eller ikke, får 10 % terskelen anvendelse.<sup>152</sup>

Gjennomgangen viser at horisontale MFN-klausulers potensielt kan ha konkurransebegrensende virkninger på markedet for online formidlingstjenester for hoteller og på markedet for hotellovernattinger. Det forutsettes også at vertikale MFN-klausuler har tilsvarende konkurransebegrensende virkninger. Booking.com og Hotels.com sine respektive markedsandeler vil alene innebære at de oppfyller merkbarhetskravet. Kravet vil dermed som oftest være oppfylt for bruken av horisontale og vertikale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer.

## 4.7 Læren om aksessoriske begrensninger

Læren om aksessoriske begrensninger innebærer at et avtalevilkår som isolert sett utgjør en konkurransebegrensning, likevel ikke rammes av forbudet i krrl. § 10 første ledd, forutsatt at vilkåret er nødvendig for å realisere et ikke-konkurransesstridig samarbeid.<sup>153</sup> EU-domstolen har fastsatt at for å kunne anse konkurransebegrensningen som nødvendig eller proporsjonal, må samarbeidet i fravær av restriksjonen være ”impossible”.<sup>154</sup> Det at det blir vanskeligere å gjennomføre, eller til og med mindre lønnsomt, kan ikke føre til at MFN-klausuler er nødvendige.<sup>155</sup> Terskelen er følgelig høy.

Forutsetningen for at MFN-klausuler i det hele tatt kan anses som en aksessorisk begrensning er at samarbeidet mellom hoteller og OTAer anses som et ikke-konkurransesstridig samarbeid. Det er uomtvistet at samarbeidet i seg selv ikke er konkurransestridig. Det avgjørende er om bruken av MFN-klausuler anses som nødvendige for samarbeidet mellom hoteller og OTAer.

Det er begrenset med norske rettskilder og det er dermed relevant å se hen til praksis fra andre europeiske konkurransemyndigheter og domstoler. I *Visita vs. Booking.com* behandlet den svenske tingretten spørsmålet om vertikale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer kunne anses som aksessorisk begrensning. Domstolen konkluderte med at vertikale

---

<sup>152</sup> Kolstad, ”*Norsk konkurranseret*”, s. 293.

<sup>153</sup> Hjelmeng og Sørgård, ”*Konkurransopolitikk*”, s. 583.

<sup>154</sup> EU-domstolen, ”*MasterCard*”, avsnitt 89-90.

<sup>155</sup> EU-domstolen, ”*Hoffmann LA-Roche*” s. 71.

MFN-klausuler ikke var nødvendig for å realisere samarbeidet mellom hoteller og OTAer. Domstolen la avgjørende vekt på at Booking.com ikke benyttet seg av vertikale MFN-klausuler da de etablerte seg på det svenske markedet, at Booking.com hadde hatt en økning på 30-40 % på antall bookinger for Nordic Choice, til tross for at hotellet til dels ikke hadde overholdt klausulen. Videre la de vekt på at Booking.com fortsatt er aktive i Tyskland og Frankrike der det er forbudt med vertikale MFN-klausuler. Ettersom flertallet i den svenske överretten kom frem til at vertikale MFN-klausuler ikke har en konkurransebegrensende virkning, ble det ikke tatt stilling til om klausulene kunne anses som en aksessorisk begrensning. Mindretallet sa seg imidlertid enig med tingrettens konklusjon om at vertikale MFN-klausuler ikke anses som en aksessorisk begrensning. Ettersom flertallet i ankeinstansen ikke behandlet problemstillingen er argumentene fra tingretten egnet til å gi veiledning. Den rettskildemessige vekten er likevel svært begrenset.

Ettersom Booking.com etablerte seg og fortsatt er aktive på markedet i Sverige, til tross for fravær av vertikale MFN-klausuler, er det nærliggende at det finnes alternative forretningsmodeller mellom hoteller og OTAer. I tillegg er Booking.com fortsatt aktive i Tyskland og Frankrike uten å benytte seg av verken horisontale eller vertikale MFN-klausuler.<sup>156</sup>

Basert på samarbeidet må være ”impossible” i fravær av restriksjonen, kan ikke bruken av horisontale og vertikale MFN-klausuler anses som nødvendige for samarbeidet mellom hoteller og OTAer. Bruken av MFN-klausuler faller dermed ikke utenfor virkeområdet til krrl. § 10 første ledd på grunnlag av læren om aksessoriske begrensninger.

---

<sup>156</sup> Kommisjonen, ”Monitoring report”.

# 5. Kan MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer likevel tillates?

## 5.1 Innledende bemerkninger

Jeg har konkludert med at horisontale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er i strid med krrl. § 10 første ledd. I de følgende drøftelsene forutsettes det også at vertikale MFN-klausuler omfattes av krrl. § 10 første ledd.

I krrl. § 10 tredje ledd er det gjort unntak fra forbudet i første ledd. Videre er det gitt forskrifter, såkalte gruppefritak, for enkelte typer samarbeid som normalt faller inn under unntaket i § 10 tredje ledd.

I sakene som har versert for konkurransemyndigheter i ulike EU-land har det ikke vært drøftet om gruppefritaket for vertikale avtaler faktisk er anvendelig. Svenske, italienske og franske konkurransemyndigheter har implisitt anerkjent at gruppefritaket kommer til anvendelse.<sup>157</sup> Det samme ble fastlagt i Kommisjonens ”Preliminary e-commerce report”.<sup>158</sup> BkA og Oberlandesgericht Düsseldorf har imidlertid eksplisitt stilt spørsmålstegn ved anvendelsen av gruppefritaket på avtaler mellom hoteller og OTAer.<sup>159</sup>

For at gruppefritaket for vertikale avtaler skal komme til anvendelse må blant annet ingen av partenes markedsandel overstige 30 % av det relevante marked der leverandøren selger varene og der kjøperen kjøper varene som omfattes av avtalen.<sup>160</sup> Tall fra NHO reiseliv medfører at Booking.com og Hotels.com antagelig ikke vil omfattes av gruppefritaket grunnet sine høye markedsandeler i Norge. Markedet for formidlingstjenester for hoteller består av få og store aktører, noe som innebærer at OTAers høye markedsandeler alene medfører at avtaler mellom hoteller og OTAer i praksis ikke vil omfattes av gruppefritaket. I tillegg er det kun OTAer med en viss markedsrett som kan tvinge igjennom bruken av MFN-klausuler i avtaler med hoteller. Det avgrenses dermed mot en vurdering av om avtaler mellom hoteller og OTAer kan unntas fra krrl. § 10 første ledd etter gruppefritaket for vertikale avtaler.

---

<sup>157</sup> Se for eksempel det svenske Konkursverketts avgjørelse i ”*Booking.com*”, avsnitt 18.

<sup>158</sup> Kommisjonens, ”*Preliminary e-commerce report*”, avsnitt 568.

<sup>159</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, ”HRS-saken”, avsnitt 164-165.

<sup>160</sup> Gruppefritaket for vertikale avtaler, § 3. I tillegg må det være tale om en vertikal avtale og avtalen må ikke inneholde noen særlige alvorlige begrensninger. I tillegg et krav om terskelverdi for omsetning.

I det følgende vil det dermed foretas en vil det en individuell vurdering av om horisontale og vertikale MFN-klausuler kan unntas i medhold av krrl. § 10 tredje ledd.

## 5.2 Effektivitetsforsvaret i konkurranseloven § 10 tredje ledd

### 5.2.1 Innledende bemerkninger

I krrl. § 10 tredje ledd er det gjort unntak fra første ledd. Dette er fordi avtalen i så fall vil anses for å ha positiv innvirkning på markedet, til tross for de konkurransebegrensende virkningene under § 10 første ledd. Etter første ledd som forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak er det konkurransemyndighetene som har bevisbyrden, mens det etter tredje ledd er partene som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.<sup>161</sup> Følgende fire kumulative vilkår må være oppfylt: (I) avtalen må ”bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”, (II) avtalen må ”sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”, (III) partene må ved avtalen ikke pålegges restriksjoner som ikke er ”absolutt nødvendige” for å nå disse mål og (IV) partene må ikke gis mulighet for ”å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer samarbeidet gjelder”.

Det er mangel på praksis hvor det foretas en grundig vurdering av om MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer oppfyller vilkårene for unntak etter tredje ledd. I *Visita vs. Booking.com* avviste den svenske tingretten samtlige vilkår ut fra bevisbildet. I ankebehandlingen tok ikke flertallet i överretten stilling til problemstillingen, ettersom de konkluderte med at MFN-klausulene ikke begrenset konkurransen. Mindretallet sa seg imidlertid enig med tingrettens vurdering.<sup>162</sup> BkA konkluderte også i HRS-saken og *Booking.com* med at det ikke var tilstrekkelig bevist at de tre første vilkårene for unntak var oppfylt. Når det gjaldt det fjerde vilkåret lot BkA problemstillingen stå åpen.<sup>163</sup>

Etttersom det er mangel på praksis vedrørende MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er det nærliggende å se hen til praksis vedrørende MFN-klausuler i andre digitale markeder. I CMA sin etterforskning av markedet for bilforsikring ble vertikale MFN-

---

<sup>161</sup> Rådsforordning 1/2003, artikkel 2.

<sup>162</sup> Överretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 28.

<sup>163</sup> BkA, ”*Booking.com*”, avsnitt 253.

klausuler ansett å oppfylle vilkårene for unntak etter TEUV-artikkel 101 (3).<sup>164</sup> Det samme kunne derimot ikke sies om horisontale MFN-klausuler.<sup>165</sup>

### 5.2.2 Vilkåret om at avtalen må føre til effektivitetsgevinster

Det fremgår av krrl. § 10 tredje ledd at avtalen mellom hoteller og OTAer må ”bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen”.

Det fremgår av ESAs retningslinjer at det kun er samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som er relevante etter § 10 tredje ledd. Slike samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster kan realiserer i form av enten kostnadsbesparelser eller nye og bedre produkter.<sup>166</sup> Dette innebærer at en bedriftsøkonomisk gevinst bare er relevant dersom den samtidig medfører gevinster ut over det enkelte foretak.<sup>167</sup> Sannsynligheten for at avtalen medfører effektivitetsgevinster, og årsakssammenhengen mellom den konkurransebegrensede avtalen og gevinstene, må i tilstrekkelig grad dokumenteres.<sup>168</sup> Endelig må effektivitetsgevinstene kompensere for konkurransebegrensningene.

Tjenesten som OTAer leverer bidrar til å bedre søketjenesten og tilgangen til informasjon for forbrukerne.<sup>169</sup> Avtalen gir derfor forbrukerne mulighet til enkelt å finne rimeligere hotellrom, noe som igjen reduserer søkekostnadene hos forbrukerne.<sup>170</sup> Det innebærer både en kostnadsbesparelse og en forbedring av OTAers tjenester. Dette medfører at hotellrommene fordeles bedre mellom forbrukerne, da de har lettere adgang til et bredt spekter med tilbud. Dette kan igjen medføre økt produksjon av tjenesten fordi det er enklere å nå ut til forbrukerne.

Videre bidrar avtalen mellom hoteller og OTAer til å lette markedsdagen for hoteller.<sup>171</sup>

Hoteller kan gjennom OTAer bli synlige på markedet for hotellovernattinger, uten at de selv må bære risikoen for kostnadene knyttet til markedsføring.<sup>172</sup> Dette gjelder særlig små

---

<sup>164</sup> CMA, ”*Private Motor Insurance*”, punkt. 8.106.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> ESAs, ”*Retningslinjer for EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3*”, punkt 3.2.

<sup>167</sup> Kolstad, ”*Norsk konkurranseret*”, s. 297.

<sup>168</sup> ESAs, ”*Retningslinjer for EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3*”, punkt 3.2.

<sup>169</sup> Ezrachi, s. 492.

<sup>170</sup> Ibid, s. 493.

<sup>171</sup> Ibid, s. 494.

<sup>172</sup> Ibid.

hoteller som kanskje ikke selv ville tatt risikoen ved å investere i markedsføring. I tillegg gjør OTAer markedet for hotellovernattinger mer gjennomiktig for forbrukerne. Samlet sett fører dette til økt konkurranse mellom hotellene på markedet for hotellovernattinger, noe som også er positivt for forbrukerne i form av billigere hotellrom.<sup>173</sup>

Avtalen fører dermed til relevante effektivitetsgevinster som kommer både forbrukerne og hotellene til gode. Det må videre vurderes om det er årsakssammenheng mellom effektivitetsgevinstene og bruken av MFN-klausulene, og deretter om effektivitetsgevinstene kompenserer for MFN-klausulenes potensielle konkurransebegrensende virkninger.

MFN-klausuler beskytter OTAer mot at hoteller free-rider på OTAers investeringer. Klausulene legger derfor til rette for at OTAer skal investere i plattformen. Spørsmålet er om hotellene, i fravær av MFN-klausulene, vil free-ride på OTAers investeringer, slik at OTAers incentiver til å investere i plattformen reduseres. Dette ville medført at OTAer ikke kunne tilbyd tjenestene med tilsvarende kvalitet. Forbrukernes tilgang til informasjon ville dermed svekkes, noe som igjen ville redusert konkurransen mellom hoteller på markedet for hotellovernattinger.

Det svenske Konkurrensverket har anerkjent at vertikale MFN-klausuler kan hindre at hoteller free-rider på OTAers investeringer.<sup>174</sup> I *Visita vs. Booking.com* fant derimot ikke den svenske tingretten at free-riding var bevist.<sup>175</sup> BKA har også avvist free-riding på grunnlag av bevisbildet. I *Booking.com* fant BKA det verken bevist: (I) eksistensen av free-riding, (II) at free-riding reduserer OTAers incentiver til å investere i plattformen og (III) negative konsekvenser av free-riding på OTAers investeringer.<sup>176</sup>

I CMA sin etterforskning ble det derimot bevist at leverandører av bilforsikringer, i fravær av vertikale MFN-klausuler, kunne free-ride på plattformenes investeringer.<sup>177</sup>

I mangel på praksis og det faktum at både den svenske tingretten og BKA hovedsakelig avviste at vilkåret var oppfylt ut i fra bevisbildet, kan det i lys av CMA sin etterforskning ikke utelukkes at effektivitetsgevinstene som avtalen genererer skyldes bruken av MFN-klausuler.

---

<sup>173</sup> Ezrachi, s. 492.

<sup>174</sup> Konkurrensverket, ”*Booking.com*”, avsnitt 30.

<sup>175</sup> Tingretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 56.

<sup>176</sup> BKA, ”*Booking.com*”, avsnitt 261-281.

<sup>177</sup> CMA, ”*Private Motor Insurance*”, avsnitt 8.89-8.107.



I slike tilfeller vil vilkåret være oppfylt dersom effektivitetsgevinstene kompenserer for MFN-klausulenes konkurransebegrensende virkninger. Dette beror på en individuell og konkret vurdering i den enkelte sak, og ligger utenfor oppgavens ramme.

Etter min vurdering taler de beste grunner for at det det kan tenkes effektivitetsgevinster, og at free-riding kan medføre at det er årsakssammenheng mellom effektivitetsgevinstene og bruken av MFN-klausulene. Det må likevel foretas en individuell vurdering i den enkelte sak for å konkludere på om vilkåret er oppfylt.

### **5.2.3 Vilkåret om at avtalen må ”sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”**

Det fremgår av ESAs retningslinjer at det må foretas en avveining av samarbeidets positive og negative virkninger for forbrukerne.<sup>178</sup> Forbrukerne må sikres en ”rimelig andel” av de fordeler som er oppnådd. Dette innebærer at forbrukerne som et minimum ikke må stilles dårligere, enn i fravær av det konkurransebegrensende samarbeidet.<sup>179</sup> For å ta stilling til om vilkåret er oppfylt, må de relevante konkurransebegrensningene og effektivitetsgevinstene identifiseres.<sup>180</sup>

CMA konkluderte med at effektivitetsgevinstene kommer forbrukerne til gode, ettersom MFN-klausulene fører til økt konkurranse mellom leverandører av bilforsikring. Dette fører igjen til reduserte priser for forbrukerne, forutsatt høy konkurranse mellom plattformene.<sup>181</sup> BkA og den svenske tingretten fant det derimot ikke bevist at vilkåret var oppfylt.<sup>182</sup>

Det kan dermed ikke utelukkes at vilkåret kan anses oppfylt, men det må foretas en individuell og konkret vurdering i den enkelte sak for å konkludere på om effektivitetsgevinstene kommer forbrukerne til gode i medhold av krrl. § 10 tredje ledd.

---

<sup>178</sup> ESAs, ”Retningslinjer for EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3”, punkt 3.4.

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> CMA, ”Private Motor Insurance”, avsnitt 8.7.

<sup>182</sup> BkA, ”Booking.com”, s. 86 og Tingretten, ”Visita vs. Booking.com”, s. 57.

## 5.2.4 Vilkåret om at bruken av MFN-klausulene må være ”absolutt nødvendige” for å oppnå effektivitetsgevinstene

Ordlyden av ”absolutt nødvendig” tilsier at MFN-klausulene må være helt avgjørende for at effektivitetsgevinstene skal realisere seg. Hvorvidt vilkåret anses oppfylt beror på en todelt vurdering.<sup>183</sup> Først må den konkurransebegrensende avtalen være objektivt nødvendig for at partene skal kunne realisere effektivitetsgevinstene. Deretter må konkurransebegrensningen som er avtalt ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å realisere effektivitetsgevinstene.<sup>184</sup>

I CMA sin etterforskning ble vertikale MFN-klausuler ansett å være nødvendige for å beskytte mot at leverandørene av bilforsikringer free-rider på PCWs investeringer, og for å beskytte PCWs troverdighet.<sup>185</sup> CMA åpnet for at det fantes alternative forretningsmodeller for å beskytte mot free-riding. Derimot ble det ikke bevist at det fantes alternative forretningsmodeller for å beskytte PCWs troverdighet.<sup>186</sup> Det ble funnet bevist at dersom forbrukerne ikke stoler på PCWs vil de slutte å bruke dem. Dette vil føre til en økning i forbrukernes søkekostnader, og en reduksjon i konkurransen mellom plattformene.<sup>187</sup>

BkA argumenterte for at det fantes alternative forretningsmodeller og avviste at nødvendighetsvilkåret var oppfylt.<sup>188</sup> Den svenske tingretten konkluderte også med at vilkåret ikke var oppfylt. Det ble lagt vekt på at vertikale MFN-klausuler ikke ble benyttet da Booking.com etablerte seg på det svenske markedet, og at Booking.com fortsatt holder virksomheten gående i Tyskland og Frankrike til tross for at det er forbudt med både horisontale og vertikale MFN-klausuler.

Basert på at MFN-klausuler ikke ble benyttet da OTAer startet sin virksomhet, og at Booking.com fortsatt holder virksomheten gående i Tyskland og Frankrike, er det nærliggende at det finnes alternative forretningsmodeller. Hotellene kan for eksempel betale en fast avgift til OTAene, istedenfor å betale provisjon per salg. Horisontale og vertikale MFN-klausuler vil dermed ikke være objektivt nødvendige for at partene skal kunne realisere effektivitetsgevinstene.

---

<sup>183</sup> ESAs, ”Retningslinjer for EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3”, punkt 3.3.

<sup>184</sup> Kolstad, ”Norsk Lovkommentar”, note 98.

<sup>185</sup> CMA, ”Private Motor Insurance” avsnitt 8.102.

<sup>186</sup> Ibid.

<sup>187</sup> Ibid, avsnitt 8.83.

<sup>188</sup> BkA, ”Booking.com”, avsnitt 289.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at markedsforholdene endrer seg slik at MFN-klausulene anses som objektivt nødvendige. I en slik tenkt situasjon ville horisontale MFN-klausuler uansett ikke anses som ”absolutt nødvendige”, ettersom de går lenger enn det som er nødvendig for å realisere effektivitetsgevinstene.

Etter min vurdering er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at verken horisontale eller vertikale MFN-klausuler er ”absolutt nødvendige” for å oppnå effektivitetsgevinstene, jf. krrl. § 10 tredje ledd. Dette medfører at horisontale og vertikale MFN-klausuler ikke oppfyller vilkårene for unntak etter krrl. § 10 tredje ledd.

### **5.2.5 Vilkåret om å ikke ”utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer samarbeidet gjelder”**

Det fremgår av ESAs retningslinjer at det stilles minstekrav til konkurranse som ikke kan fravikes selv ved betydelige effektivitetsgevinster som vil komme forbrukerne til gode.<sup>189</sup> Det må være en viss grad av faktisk og/eller potensiell restkonkurranse på markedet med det konkurransebegrensende samarbeidet.<sup>190</sup> I vurderingen av hvor stort konkurransepress deltagerne i samarbeidet vil møte, vil vurderingen av markedsandeler stå sentralt.<sup>191</sup>

BkA har holdt det åpent om konkurransen utelukkes for en vesentlig del.<sup>192</sup> BkA viste til at både horisontale og vertikale MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkninger på både markedet for online formidlingstjenester for hoteller og markedet for hotellovernattinger.

I *Visita vs. Booking.com* fant den svenske tingretten det ikke bevist at vertikale MFN-klausuler ikke utelukker en vesentlig del av konkurransen.<sup>193</sup> Det ble vist til *Booking.com* sin høye markedsandel, og at den nest største OTAen i Sverige også benyttet seg av klausulene i sine avtaler.

CMA konkluderte derimot med at bruken av vertikale MFN-klausuler ikke ville utelukke konkurransen for en vesentlig del. CMA uttalte at: ”if there are any anticompetitive effects from narrow MFNs in the PMI market, these effects are unlikely to be significant”.<sup>194</sup> Dette ble

---

<sup>189</sup> ESAs, ”Retningslinjer for EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3”, punkt 3.5

<sup>190</sup> Ibid.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> BkA, ”*Booking.com*” avsnitt 300.

<sup>193</sup> Tingretten, ”*Visita vs. Booking.com*”, s. 57.

<sup>194</sup> CMA, ”Private Motor Insurance”, avsnitt 8.118.

blant annet begrunnet med at leverandørene av bilforsikring, til tross for vertikale MFN-klausuler, ville tilby lavere pris til plattformene i bytte mot lavere provisjon.<sup>195</sup>

Det foreligger imidlertid ikke tilstrekkelig økonomisk empiri som understøtter teorien om at hoteller, til tross for horisontale eller vertikale MFN-klausuler, vil tilby lavere pris til plattformene i bytte mot lavere provisjon fra OTAene. Dette innebærer at vilkåret vanskelig kan anses oppfylt for horisontale og vertikale MFN-klausuler.

Markedet for online formidlingstjenester for hoteller består også av relativt få og store aktører. Dersom markedsaktørene har høye markedsandeler trekker det i retning av at vilkåret ofte ikke vil anses oppfylt, ettersom klausulene vil binde aktører som samlet sett innehar en større del av markedet.

Vurderingen avhenger likevel av konklusjonen vedrørende hvilke faktiske og/eller potensielle konkurransebegrensende virkninger bruken av MFN-klausulene har på det relevante markedet etter krrl. § 10 første ledd.

Oppgaven har vist at det fremstår som sannsynlig at horisontale MFN-klausuler har potensielle konkurransebegrensende virkninger på (I) markedet for online formidlingstjenester for hoteller og (II) på markedet for hotellovernattinger. Dette innebærer at horisontale MFN-klausuler normalt medfører at konkurransen ”utelukkes for en vesentlig del”. Etter min vurdering har ikke vertikale MFN-klausuler konkurransebegrensende virkninger i medhold av krrl. § 10 første ledd. Dersom det motsatte forutsettes, avhenger vurderingen av hvilke skadehypoteser som anses oppfylt. Det er dermed slik at vurderingen kan stille seg annerledes for henholdsvis horisontale og vertikale MFN-klausuler.

Gjennomgangen viser at det må foretas en individuell og konkret vurdering av hvilke faktisk og/eller potensielle konkurransebegrensende virkninger MFN-klausulene har på det relevante markedet. Det kan dermed ikke utelukkes at MFN-klausulene ikke utelukker konkurransen for ”en vesentlig del”, jf. krrl. § 10 tredje ledd.

---

<sup>195</sup> Ibid.

## 5.2.6 Oppsummering

Det kan vanskelig konkluderes med at horisontale og vertikale MFN-klausuler anses som ”absolutt nødvendig” for å oppnå effektivitetsgevinstene av samarbeidet mellom hoteller og OTAer, jf. krrl. § 10 tredje ledd. Etter min vurdering omfattes dermed ikke horisontale og vertikale MFN-klausuler av effektivitetsforsvaret i krrl. § 10 tredje ledd.

Avtaler mellom hoteller og OTAer fører imidlertid til relevante effektivitetsgevinster etter krrl. § 10 tredje ledd. Spørsmålet om effektivitetsgevinstene skyldes bruken av MFN-klausulene, avhenger av om det blir tilstrekkelig bevist at hoteller, i fravær av MFN-klausuler, vil free-ride på OTAers investeringer. Det kan dermed ikke utelukkes at vilkår (I) er oppfylt ved bruk av MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer. Det kan heller ikke utelukkes at vilkår nr. (II) og nr. (IV) kan anses oppfylt. Dette beror på en individuell vurdering av en den enkelt avtale og de konkrete markedsforholdene.

## 6. Konklusjon og avsluttende bemerkninger

I oppgaven har jeg behandlet horisontale og vertikale MFN-klausuler separat. Jeg har konkludert med at horisontale MFN-klausuler har konkurransebegrensende virkninger i medhold av krrl. § 10 første ledd ved å: (I) føre til økt prislikhet, (II) redusere konkurransen mellom OTAer og (III) skape høyere etableringshindringer for OTAer. Det er heller ikke grunnlag for unntak etter krrl. § 10 tredje ledd, ettersom klausulene ikke kan anses som ”absolutt nødvendige”. Horisontale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er dermed i strid med krrl. § 10. Det vil derfor være rettslig grunnlag for å forby horisontale MFN-klausuler ved forskrift etter krrl. § 14.

Videre viser oppgaven at vertikale MFN-klausuler teoretisk sett kan ha de samme konkurransebegrensende virkningene som horisontale MFN-klausuler. Etter min vurdering foreligger det imidlertid ikke, per dags dato, tilstrekkelig entydig empiri for at vertikale MFN-klausuler kan anses for å ha konkurransebegrensende virkninger etter krrl. § 10 første ledd. Vertikale MFN-klausuler i avtaler mellom hoteller og OTAer er følgelig ikke i strid med krrl. § 10.

Til tross for at vertikale MFN-klausuler ikke er i strid med krrl. § 10, betyr det likevel ikke at klausulene aldri bør forbys. Det er særlig behov for nærmere undersøkelser av de vertikale MFN-klausulenes effekter på OTAers provisjonsnivå. Dersom det vises at provisjonsnivået til OTAer er uendret i fravær av vertikale MFN-klausuler, vil majoriteten av skadehypotesene ikke gjøre seg gjeldene. Jeg synes imidlertid det virker fornuftig å vente til tilstrekkelig kunnskap foreligger, istedenfor å innføre et forbud mot vertikale MFN-klausuler basert på mer eller mindre rene teoretiske resonnerer.

# Litteraturliste

## Norske lover:

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven), lov 27 november 1992 nr. 109

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), lov av 5 mars 2004 nr. 12

## Forskrifter:

Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordned opptreden, forskrift av 21 juni 2010 nr. 898

## Forarbeider:

Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

NOU 2003:12 Ny konkurranselov

## Norske rettsavgjørelser:

Rt. 2012 s. 1556 (Gran & Ekran)

## Konvensjoner:

*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, document 120012E/TXT, 26. november 2012

*Agreement in the European Economic Area – Final Act – Joint Declarations – Declarations by the Governments of the Member States of the Community and the EFTA States – Arrangements – Agreed Minutes – Declarations by one or several of the Contracting Parties of the Agreement on the European Economic Area*, document 21994A0103(01), 3. januar 1994

## **EFTA-domstolens avgjørelser:**

*Hegelstad mot Hydro Texaco*, 18 oktober 2002

## **Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA):**

### **1996/EØS/43/03**

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Kunngjøringen om avtaler av mindre betydning av 12. januar 1994

### **1998/EØS28/01**

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensingen av det relevante marked innen konkurranseretten i det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)

### **2007/EØS/42/01**

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Kunngjøring – Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3

### **2012/EØS/65/01**

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer for vertikale begrensninger

### **2013/EØS/69/01**

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens 53 på horisontale samarbeidsavtaler

## **EU-domstolen avgjørelser:**

Sak 56/65, *Société Technique Minière*, 13. juni 1966

Sak 5/69, *Völk mot Verwaecke*, 9. juni 1969

Sak 85/76, *Hoffmann LA-Roche mot Kommisjonen*, 13. februar 1979

Sak 42/84, *Remia mot Kommisjonen*, 11. juli 1985

Sak C-7/95 P, *John Deere mot Kommisjonen*, 28. mai 1998

Sak C-279/06, *CEPSA*, 11. september 2008



Sak C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, 4. juni 2009

Sak C-32/11, *Allianz Hungária*, 14. mars 2013

Sak C-382/12 P, *MasterCard m.fl. mot Kommisjonen*, 11. september 2014

Sak C-67/13 P, *Cartes Bancaires mot Kommisjonen*, 11. september 2014

Sak, C-345/14, *Maxima Latvija*, 26. november 2015

### **EU-Kommisjonens avgjørelser:**

Sak COMP/AT.39847, *E-BOOKS*, 12. desember 2012

Sak M.8231, *Kuoni Travel Holdings/MTS Globe*, 15. november 2016

Sak M.8416, *The Priceline Group/Momondo Group Holdings*, 17. juli 2017

### **EU-Kommisjonens forordninger og pressemeldinger:**

EU-Kommisjonen, *Guidelines on the application of Article 101 (3) TFEU (formerly Article 81 (3) TEC)*, 27. april 2004

EU-Kommisjonen, *Guidelines on Vertical Restraints*, 2010/C 130/01, 19. mai 2010

EU-Kommisjonen, pressemelding, *Antitrust: Commission opens formal proceedings to investigate sales of e-books*, Brussel, 6. Desember 2011

EU-Kommisjonen, pressemelding, *Antitrust: Commission market tests commitments proposed by Simon & Schuster, Harper, Collins, Hachette, Holtzbrinck and Apple for the sale of e-books*, Brussel, 19. september 2012

EU-Kommisjonen, pressemelding, *Antitrust: Commission announces the launch of market tests in investigations in the online hotel booking sector by the Franch, Swedish and Italian competition authorities*, Brussel, 15. desember 2014

EU-Kommisjonen, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWP(2016) 312 final, Commission staff working document, Brussel 15.09.2016

## **Rådsforordninger:**

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. Desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene fastsatt i traktatens artikkel 81 og 82

## **Svensk praksis:**

Konkurrensverket, avgjørelse: Dnr 596/2013, *Booking.com*, 15. april 2015

Stockholms Tingrätt, Patent og marknadsdomstolen, sak nr. PMT 13013/16, *Visita vs. Booking.com*, 20. juli 2018

Svea Hovrätt, Patent og marknadsöverdomstolen, sak nr. PMT 7779-18, *Visita vs. Bookning.com*, 9. mai 2019

## **Tysk praksis:**

Bundelskartellamt (BkA), *Sak B 9-66/10 - HRS-saken*, 2013, engelsk versjon er tilgjengelig her:[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

Oberlandesgericht Düsseldorf, *VI-Kart-1/14(V)*, 9. januar 2015, se pressemelding fra BkA her:[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09\\_01\\_2015\\_hrs.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html)

Bundeskartellamt (BkA), *Sak B 9-121/13*, 2015, engelsk versjon er tilgjengelig her:[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

## **Litteratur:**

### Bøker:

#### **Kolstad og Ryssdal**

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett – Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, 1. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2007

## **Bellamy og Child**

Bellamy, Christopher og Graham D. Child, *European Union Law of Competition*, Oxford University press, 8. utgave, 2008

## **Evensen og Sæveraas**

Evensen, Harhald og Eiving Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer*, Gyldendal, 1. Utgave, 2009

## **Hjelmeng og Sørgård**

Hjelmeng, Erling og Lars Sørgård, *Konkurranspolitik – rettslig og økonomisk analyse*, 1. utgave, Fagbokforlaget, 2014

## Artikler:

### **Fletcher og Hviid**

Fletcher, Amelia og Morten Hviid, *Borad retail price MFN Clauses: Are they RPM "At its worst"?*, Working paper 14-5, ESRC Centre for Competition Policy University of East Anglia, 2014, tilgjengelig her:

[https://ueaeprints.uea.ac.uk/60189/7/at\\_journal\\_81i1\\_fletcher\\_hviid.authcheckdam.pdf](https://ueaeprints.uea.ac.uk/60189/7/at_journal_81i1_fletcher_hviid.authcheckdam.pdf)

### **Ezrachi**

Ezrachi, Ariel, *The competitive effects of parity clauses on online commerce*, European Competition Journal, Vol. 11, Nos. 2-3. 488-419, 2015, tilgjengelig her:

<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17441056.2016.1148870>

### **Hunold, m.fl.**

Hunhold, Matthias, Ulrich Laitenberger, Frank Schlütter og Reinhold Kesler, *Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Booking*, Discussion Paper No 271, Düsseldorf Institute for Competition Economics, 2017, tilgjengelig her:

[http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche\\_Fakult\\_aet/DICE/Discussion\\_Paper/278\\_Hunold\\_Kesler\\_Laitenberger\\_Schluetter.pdf](http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakult_aet/DICE/Discussion_Paper/278_Hunold_Kesler_Laitenberger_Schluetter.pdf)

## **Johnsen**

Johnsen, Justin P, *The Agency Model and MFN Clauses*, 2017, tilgjengelig her:

<https://ssrn.com/abstract=2217849>

## **Johansen og Vergé**

Johansen, Bjørn Olav og Thibaud Vergé, *Platform Price Parity Clauses with Direct Sales*, Working Paper in Economics No. 1/17, Universitetet i Bergen, 2017, tilgjengelig her:

[http://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/working\\_paper\\_01-17\\_revidert.pdf](http://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/working_paper_01-17_revidert.pdf)

## **Hjelmeng**

Hjelmeng, Erling, *Price parity-klausuler – reguleringsbehov og –muligheter etter norsk rett*, Oslo, 11. februar 2018, tilgjengelig her:

[https://www.nhoreiseliv.no/contentassets/687cf2ee31b04be0bc78ad96426154ff/juridisk-betenkning\\_prisparitet.pdf](https://www.nhoreiseliv.no/contentassets/687cf2ee31b04be0bc78ad96426154ff/juridisk-betenkning_prisparitet.pdf)

## **Colangelo**

Colangelo, Margherita, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, 8 (1) *Journal of European Competition Law & Practice* 3-14, 2018, tilgjengelig her: <https://ssrn.com/abstract=2963503>

## **Diverse:**

Kolstad, Olav, *Kommentarer til konkurranseloven*, Hentet i Norsk lovkommentar, 4. Februar 2019, sist hovedrevidert 19. August 2014, tilgjengelig her: [www.min.rettsdata.no](http://www.min.rettsdata.no)

Competition & Market Authority (CMA), *Private motor insurance market investigation*, Final report, 2014, tilgjengelig her: <https://www.gov.uk/cma-cases/private-motor-insurance-market-investigation#final-report>

Det svenske Konkurrensvetkets pressemelding, *Commitments given by Booking.com benefit consumers*, 21. april 2015, tilgjengelig her:

<http://www.konkurrensvetket.se/en/news/commitments-given-by-booking-com-benefit-consumers/>

Skriftlig spørsmål fra Geir Pollestad (SP) til næringsministeren og svar fra næringsminister Torbjørn Røe Isaksen, dokument nr. 15:410 (2018-2019), tilgjengelig her:

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=74184>