



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020109

DOM
2019-05-09
Stockholm

Mål nr
PMT 7779-18

Sid 1 (29)

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens dom 2018-07-20 i mål PMT 13013-16, se bilaga A

PARTER

Klagande

1. Booking.com B.V.
Herengracht 597
NL-1017 Ce Amsterdam
Nederländerna

2. Bookingdotcom Sverige AB, 556733-1706
Magnus Ladulåsgatan 65
118 27 Stockholm

Ombud för 1 och 2: Advokaterna M.E. och C.M.
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

Motpart

Visita, 802000-1841
Sveavägen 25
111 34 Stockholm

Ombud: Advokaten E.E.
Advokat Eric Ericsson AB
Box 108
134 22 Gustavsberg

Ombud: Advokaten L.S.
Skarp Stockholm Advokatbyrå AB
Box 5216
102 45 Stockholm

SAKEN

Åläggande enligt konkurrenslagen

Dok.Id 1470196

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 675 00

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.patentochmarknadsoverdomstolen.se

Telefax
08-21 93 27

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00–16:30

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen ändrar Patent- och marknadsdomstolens dom och

- a. ogillar käromålet,
- b. befriar Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB från skyldigheten att utge ersättning för Visitas rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen, och
- c. förpliktar Visita att ersätta Booking.com B.V. för rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen med 5 200 000 kr, 1 084 EUR och 156 478 GBP, varav 5 200 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta på de tre förstnämnda beloppen enligt 6 § räntelagen från den 20 juli 2018 till dess betalning sker.

2. Visita ska ersätta Booking.com B.V. för rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 198 200 kr, varav 1 162 500 kr avser ombudsarvode, jämte ränta på det förstnämnda beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom till dess betalning sker.

3. Visita ska ersätta Bookingdotcom Sverige AB för rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 198 200 kr, varav 1 162 500 kr avser ombudsarvode, jämte ränta på det förstnämnda beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom till dess betalning sker.

YRKANDEN

Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB (fortsättningsvis gemensamt benämnda Booking) har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ogilla käromålet, befria Booking från skyldigheten att utge ersättning för Visitas rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen och istället förpliktiga Visita att ersätta Booking för deras rättegångskostnader där.

Visita har motsatt sig att Patent- och marknadsdomstolens dom ändras, dock med den justeringen att de av Patent- och marknadsdomstolen beslutade åläggandena ska fullgöras senast tre månader från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

PARTERNAS TALAN

Parterna har åberopat samma omständigheter och utvecklat sin talan på i huvudsak samma sätt som i Patent- och marknadsdomstolen.

Visita har dock förtydligat sin talan i Patent- och marknadsöverdomstolen vad gäller yrkandet som motsvaras av punkten 2. b) i Patent- och marknadsdomstolens domslut på följande sätt. Vissa hotell, nämligen hotellkedjorna Nordic Choice och Scandic, är inte avtalsrättsligt bundna av de omtvistade avtalsvillkoren, förutom med avseende på tilläggstjänsten "Preferred". Yrkandet som motsvaras av punkten 2. b) i domslutet tar sikte på de åtgärder som Booking vidtar och de påtryckningar som Booking utövar mot hotell som inte är avtalsrättsligt bundna av de omtvistade villkoren i syfte att förmå hotellen att i stället frivilligt åta sig att iaktta pris- och villkorsparitet. Eftersom Nordic Choices och Scandics marknadsandel baserat på antalet rum uppgår till cirka 25 % innebär detta att cirka 75 % av marknaden för hotellövernattningar omfattas av de omtvistade avtalsvillkoren som yrkandet som motsvaras av punkten 2. a) i domslutet tar sikte på.

Booking har till följd av Visitas förtydligande anfört följande. De hotell som ingått avtal med Booking är bundna av paritetsvillkoren. En annan sak är att hotellkedjorna Nordic Choice och Scandic inte följer paritetsvillkoren. Oavsett hur det förhåller sig med den saken, har Booking inte vidtagit de av Visita påstådda åtgärderna i syfte att förmå hotell att i stället frivilligt åta sig att iaktta paritetsvillkoren. Eftersom det yrkande som motsvaras av punkten 2. b) i Patent- och marknadsdomstolens domslut tar sikte på en situation som inte har inträffat, kan yrkandet redan av det skälet inte bifallas. Booking kan inte vitsorda att marknaden för hotellövernattningar till cirka 75 % täcks av paritetsvillkoren.

UTREDNING

Parterna har lagt fram samma utredning i Patent- och marknadsöverdomstolen som i Patent- och marknadsdomstolen.

Visita har tydliggjort att de i Patent- och marknadsöverdomstolen aktuella villkoren är Bookings standardavtalsvillkor i den version som var gällande mellan Booking och hotellen vid tidpunkten för huvudförhandlingen i Patent- och marknadsöverdomstolen. Visita har dock påpekat att den aktuella versionen inte innehåller några förändringar av betydelse för prövningen, vilket Booking har bekräftat.

DOMSKÄL

Ramen för prövningen av Visitas talan

Visita har i målet framställt två huvudyrkanden. Det första är ett yrkande om att Booking ska upphöra med tillämpningen av klausuler om s.k. pris- och villkorsparitet i avtal med hotell i Sverige. Det andra är ett yrkande om att Booking ska upphöra med att erbjuda hotell lägre provisionssatser eller andra incitament som är villkorade av att hotellen iakttar pris- och villkorsparitet. Som Visita har förtydligat sin talan i Patent- och marknadsöverdomstolen avser det sistnämnda yrkandet att träffa Bookings erbjudanden i förhållande till hotell som visserligen har ingått avtal med Booking, men

som enligt Visita kommit överens med Booking om att inte tillämpa pris- och villkorsparitet.

Visitas talan vilar på den grunden att de avtalsvillkor om vertikal pris- och villkorsparitet som finns i punkterna 2.2.1 och 5.1 (iii) i de standardavtal som Booking ingått med hotell (de snäva paritetsvillkoren) har till syfte och resultat att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen dels på marknaden för online-bokningstjänster för hotell i Sverige, dels på marknaden för hotellövernattningar i Sverige. Visita har gjort gällande att avtalsvillkoren därför är förbjudna enligt bestämmelserna i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) och artikel 101.1 FEUF. Visita har vidare gjort gällande att vissa andra avtalsvillkor och ageranden, bl.a. villkor om viss rumstillgång och ranking, förstärker de snäva paritetsvillkorens konkurrensbegränsande syfte och resultat.

Det som således utgör ramen för Visitas talan och som därmed är föremål för Patent- och marknadsöverdomstolens prövning är alltså frågan om de snäva paritetsvillkoren *i sig* är konkurrensbegränsande och därmed förbjudna enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller 101.1 FEUF. Detta innebär att övriga avtalsvillkor och ageranden som Visita gjort gällande är ägnade att förstärka den konkurrensbegränsande effekten av de snäva paritetsvillkoren inte ska prövas som självständiga grunder för Visitas talan.

Dispositionen av domskälen

Patent- och marknadsöverdomstolen kommer att inleda sin prövning med att ta ställning till frågan om de relevanta marknadernas avgränsning och till frågan om avtalsvillkoren kan påverka handeln mellan EU:s medlemsstater.

Booking har i målet gjort gällande att de snäva paritetsvillkoren är nödvändiga för att hotellen inte ska kunna åka snålskjuts på Bookings investeringar. Booking har härvid fört fram att om villkoren förbjöds skulle det på sikt undergräva bolagets möjligheter att erbjuda sina tjänster med samma kvalitet och på sikt även hota verksamhetens existens. Patent- och marknadsdomstolen har, före prövningen av om de snäva paritetsvillkoren *i sig* har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, valt att ta ställning

till om villkoren är objektivt nödvändiga för genomförandet av Bookings verksamhet och därmed till frågan om villkoren redan av detta skäl inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 FEUF i enlighet med principen om accessoriska begränsningar. Som lagstiftningen är uppbyggd är det Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning att frågorna bör prövas i en annan ordning.

Den första frågan Patent- och marknadsöverdomstolen tar ställning till – efter bedömningen av marknadsavgränsningarna och samhandelseffekten – är därför om de snäva paritetsvillkoren över huvud taget utgör en konkurrensbegränsning enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 FEUF. Beroende på utfallet av denna bedömning, prövar Patent- och marknadsöverdomstolen först därefter om en eventuell konkurrensbegränsning kan undgå att träffas av konkurrensreglernas förbud till följd av principen om accessoriska begränsningar.

Patent- och marknadsöverdomstolen kommer således, efter det att domstolen har tagit ställning till frågorna om relevanta marknader och samhandelseffekt, gå över till att bedöma om avtalsvillkoren har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen på de relevanta marknaderna. Eftersom kriterierna om konkurrensbegränsande syfte eller resultat är alternativa och eftersom det inte är nödvändigt att undersöka vad ett avtal har för resultat, om det redan framgår att det har ett konkurrensbegränsande syfte (se t.ex. EU-domstolens dom den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands, C-8/08, EU:C:2009:343, punkterna 28 och 30) prövar Patent- och marknadsöverdomstolen först frågan om avtalsvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen. Om så inte bedöms vara fallet kommer domstolen i det efterföljande avsnittet att, i den mer fördjupade prövning som då ska göras, ta ställning till frågan om avtalets villkor har ett konkurrensbegränsande resultat på de relevanta marknaderna. Om Patent- och marknadsöverdomstolen finner att de snäva paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning, kommer domstolen att gå vidare i sin prövning. Först i detta led blir det aktuellt att ta ställning till frågan om den konstaterade konkurrensbegränsningen bedöms vara accessorisk till parternas huvudavtal på ett sådant sätt att förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF inte är tillämpliga. Beroende på utfallet i denna

bedömning kan det därefter bli aktuellt att pröva de skäl för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och 101.3 FEUF som Booking har fört fram i målet.

Relevanta marknader och samhandelseffekt

Parterna har – på ett i huvudsak samstämmigt sätt – beskrivit hur Bookings tjänst fungerar och hur avtalsrelationen mellan Booking och hotellen ser ut. Parterna har även beskrivit marknaden för online-resebyråer och vilka huvudsakliga aktörer som finns på denna marknad. Patent- och marknadsdomstolen har också utförligt redogjort för dessa förhållanden i sin dom (se under rubriken Bookings tjänst och parternas avtalsrelation m.m., sidorna 25–27 i domen). Patent- och marknadsöverdomstolen utgår från denna redogörelse i sin fortsatta prövning med det tillägget att Booking enligt villkoren har möjlighet att ge vissa rabatter på de priser som hotellen har bestämt.

Visita har som grund för sin talan gjort gällande att de omtvistade avtalsvillkoren begränsar konkurrensen på två olika marknader, dels den marknad på vilken Booking och andra aktörer som erbjuder liknande tjänster som Booking är verksamma, dels den marknad på vilken hotell som erbjuder övernattningar är verksamma. För att kunna ta ställning till Visitas talan är det således nödvändigt för prövningen att avgränsa dessa två marknader.

Vad gäller den första marknaden fann Patent- och marknadsdomstolen att avgränsningen kunde göras i linje med parternas uppfattning och i enlighet med den preliminära bedömning som Konkurrensverket hade gjort i sitt beslut att godta Bookings åtagande (se Konkurrensverkets beslut 2015-04-15, Dnr 596/2013, punkterna 15–16). Konkurrensverkets bedömningen innebar bl.a. dels att bara sådana tjänster som möjliggör bokning direkt på webbplatsen omfattas av marknadsdefinitionen och dels att hotellen och online-resebyråerna inte är verksamma på samma relevanta marknad. Ingen av parterna har haft någon invändning mot Patent- och marknadsdomstolens marknadsavgränsning i denna del. Patent- och marknadsdomstolen har benämnt denna marknad för marknaden för tillhandahållande av online-resebyråtjänster avseende

hotell i Sverige (förkortat benämnd marknaden för online-resebyråtjänster). Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i de överväganden som Patent- och marknadsdomstolens har gjort i denna del och ansluter sig till domstolens bedömning av hur denna marknad bör avgränsas och benämnas.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen innebär denna avgränsning att även s.k. metasöksidor med bokningsfunktion ingår i den relevanta marknaden, något som parterna också är ense om (jfr dock Patent- och marknadsdomstolens motsatta bedömning i frågan om metasöksidor ingår i den relevanta marknaden på sidan 43 i Patent- och marknadsdomstolens dom). Patent- och marknadsöverdomstolen återkommer till betydelsen av denna avgränsning i anslutning till domstolens överväganden under rubriken Frågan om de snäva paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom syfte.

Vad gäller den marknad som hotellen är verksamma på, nämligen den marknad som Patent- och marknadsdomstolen har benämnt och avgränsat som marknaden för hotellövernattningar i Sverige, delar Patent- och marknadsöverdomstolen bedömningen att en sådan marknadsavgränsning är tillräcklig för den prövning som ska göras i målet och att den ska benämnas på det sätt Patent- och marknadsdomstolen har gjort.

När det gäller frågan om de omtvistade avtalsvillkoren skulle kunna ha samhandels-effekt konstaterar Patent- och marknadsöverdomstolen – i likhet med Patent- och marknadsdomstolen – att eftersom aktörerna på marknaden för online-resebyråer är verksamma inom EU (och EES för den delen också) och eftersom hotellens kunder kan komma från andra stater inom EU än Sverige, kan villkoren om paritet i Bookings standardavtal även påverka handeln mellan medlemsstaterna. Detta innebär att inte bara konkurrenslagens bestämmelser, utan även artikel 101 FEUF ska tillämpas i målet (liksom artikel 53 i EES-avtalet).

Konkurrensbegränsning genom syfte

Utgångspunkter för prövningen

Frågan om en s.k. syftesöverträdelse föreligger, dvs. om ett avtal eller en samordning mellan företag redan till sin art är skadlig för konkurrensen, ska bedömas med beaktande av alla relevanta omständigheter, inbegripet de aktuella tjänsternas beskaffenhet, de faktiska villkoren på marknaderna och deras struktur, samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller samordningen ingår i. Det saknar betydelse om dessa omständigheter är hänförliga till den relevanta marknaden. (Se t.ex. EU-domstolens dom den 11 september 2014, *Cartes bancaires* (CB), C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 78 och PMÖD 2017:2)

För att avgöra om ett avtal eller samordnat förfarande har till syfte att begränsa konkurrensen i det avseende som avses i de aktuella bestämmelserna ska ledning sökas främst i innehållet i avtalets bestämmelser och i de objektiva mål som dessa bestämmelser strävar efter att uppnå (se t.ex. EU-domstolens dom den 20 november 2008, *Beef Industry*, C-209/07, EU:C:2008:643, punkterna 16 och 21).

Även om det kan visas att parterna i ett avtal inte har haft någon subjektiv avsikt att begränsa konkurrensen utan att syftet har varit ett annat, kan avtalet ändå strida mot förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF. Ett avtal kan nämligen anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det har andra fullt legitima syften. Sådana legitima syften kan dock endast beaktas specifikt inom ramen för bestämmelserna om undantag från förbudet i 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 70 och EU-domstolens dom i *Beef Industry*, C-209/07, EU:C:2008:643, punkten 21). Det ska också tilläggas att även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för att fastställa ett avtals konkurrensbegränsande syfte, så föreligger det i och för sig inte något hinder för att beakta densamma (se EU-domstolens dom den 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKlein*, i de förenade målen C-501/06 P m.fl., EU:C:2009:610 punkten 58 och EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 54).

Det viktigaste kriteriet för att avgöra huruvida ett avtal eller en samordning mellan företag innebär en konkurrensbegränsning genom syfte är om det kan fastställas att ett sådant avtal eller en sådan samordning i sig själv uppvisar tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 57). Begreppet konkurrensbegränsning genom syfte kan endast tillämpas på vissa typer av avtal eller samordningar mellan företag som är så skadliga för konkurrensen att någon bedömning av avtalets eller samordningens effekter inte behöver göras (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 58).

Vid bedömningen är det väsentligt att en sammanblandning inte sker med den analys som ska göras då eventuella konkurrensbegränsande effekter av ett avtal eller förfarande ska konstateras. Den analys som ska göras för att kunna fastställa om ett avtal eller samordnat förfarande utgör en s.k. syftesöverträdelse får följaktligen inte bli så omfattande och djupgående att den rätteligen ska göras vid en analys av ett eventuellt konkurrensbegränsande resultat. Att det inte kan uteslutas att ett visst avtal eller förfarande kan vara konkurrensbegränsande är således inte tillräckligt för att konstatera en syftesöverträdelse. Den mer omfattande och djupgående prövningen ska istället göras vid bedömningen av avtalets eller förfarandets verkan och alltså inte vid bedömningen av dess syfte (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 81, med hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande i målet, punkten 131).

Av de nu redovisade rättsliga utgångspunkterna följer att begreppet att avtalet eller förfarandet "har till syfte" att begränsa konkurrensen ska tolkas restriktivt och endast tillämpas för vissa typer av samordning mellan företag som är så pass skadliga för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av resultatet inte behöver göras (se EU-domstolens dom den 26 november 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punkten 18 med där gjord hänvisning till tidigare avgöranden). Utrymmet är således snävt för att fastställa att ett avtal eller ett förfarande innebär en konkurrensbegränsning genom syfte (se PMÖD 2017:2).

I ljuset av dessa rättsliga utgångspunkter går Patent- och marknadsöverdomstolen över till att pröva om de omtvistade snäva paritetsvillkoren innebär en konkurrensbegränsning genom syfte.

Frågan om de snäva paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom syfte

Visita har gjort gällande att villkoren hämmar konkurrensen mellan online-resebyråer och tillkomsten av ny konkurrens eftersom villkoren får till följd att online-resebyråer får svårare att använda pris som konkurrensmedel för att träda in på marknaden. Eftersom de i målet omtvistade snäva paritetsvillkoren hindrar hotellen från att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida än de pris som hotellen har valt att sätta på Bookings hemsida, medför detta dessutom enligt Visita ett inneboende tryck uppåt för priser på hotellövernattningar. Visitas uppfattning är därför att de snäva paritetsvillkoren objektivt sett har till syfte att begränsa konkurrensen såväl på marknaden för online-resebyråtjänster som på marknaden för hotellövernattningar.

Booking å sin sida har anfört att de snäva paritetsvillkoren inte har något konkurrensbegränsande syfte. Booking har gjort gällande att villkorens syfte är att säkerställa dels att den jämförelsetjänst som Booking erbjuder konsumenterna ska bli ett trovärdigt och tillförlitligt verktyg för bl.a. prisjämförelse, dels att Booking ska kunna tillämpa den valda betalningsmodellen för Bookings tjänster i förhållande till hotellen och att hotellen inte ska ha möjlighet att åka snålskjuts på Bookings investeringar. Enligt Booking är det en förutsättning för att kunna uppnå dessa mål att hotellen inte erbjuder lägre priser till allmänheten på sin egen hemsida än vad hotellen erbjuder allmänheten via Bookings hemsida samt att de snäva paritetsvillkoren syftar till att säkerställa detta.

Som framgår av den praxis från EU-domstolen som Patent- och marknadsöverdomstolen redogjort för ovan kräver en prövning av om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, utöver en analys av avtalet i sig, att en bedömning görs med utgångspunkt i det juridiska och ekonomiska sammanhang som avtalet tillämpas i.

De omtvistade avtalsvillkoren ska således sättas in, inte bara i sitt avtalsrättsliga sammanhang, utan även i den större juridiska och ekonomiska kontext som avtalen tillämpas i, dock utan att analysen blir så djupgående att den övergår i en bedömning av avtalens effekter på konkurrensen.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan först konstatera att digitala plattformar för bokning av hotell skapar vad som inom ekonomisk teori brukar benämnas tvåsidiga marknader. Genom plattformen förs hotellen och potentiella hotellgäster samman på ett enkelt sätt. Plattformar av denna typ ger också fördelar för brukarna genom de nätverkseffekter som skapas av att plattformen lyckas attrahera tillräckligt många aktörer på båda sidor (se t.ex. Katz, M. L., & Shapiro, C. (1985), Network Externalities, Competition, and Compatibility, The American Economic Review, 75(3), sidorna 424–440, samt Jean-Charles Rochet och Jean Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association, vol. 1, n. 4, juni 2003, sidorna 990–1029).

Av utredningen i målet framgår följande. Digitala bokningsplattformar är idag en viktig marknadsföringskanal för hotellen och ett ofta enkelt och tidseffektivt verktyg för konsumenter att hitta och jämföra ett stort antal hotell med varandra. Den betalningsmodell som Booking använder för sina tjänster – vilken också tillämpas av den andra stora aktören på marknaden – är den att hotellen betalar för bokningsplattformens tjänster enbart då ett hotellrum hyrs ut via plattformen medan konsumenten inte betalar något för att använda själva söktjänsten. Betalning utgår i form av en provision som hotellet betalar till online-resebyrån på det via plattformen uthyrda rummet. En digital bokningsplattform som tillämpar den nu beskrivna betalningsmodellen gör det lättare inte minst för små och medelstora hotell att nå ut till potentiella hotellgäster över i princip hela världen och på så sätt konkurrera även med större hotell på ett sätt som annars inte vore möjligt. Online-resebyråernas sökverktyg medför att konsumenterna snabbt och enkelt kan jämföra många olika hotellerbjudanden. Den transparens som sökverktyget möjliggör innebär typiskt sett att konkurrensen mellan hotellen främjas.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening står det således klart att digitala bokningsplattformar och de nätverkseffekter som de skapar ger såväl konsumenter som hotell fördelar. Denna slutsats får också tydligt stöd av de uppgifter som de representerar från hotellbranschen som hörts på Visitas begäran lämnat.

Av utredningen i målet framgår att det på marknaden för online-resebyråtjänster råder i det närmaste en oligopolsituation och att Booking är en av de största aktörerna på marknaden. Visita har gjort gällande att Bookings marknadsandel uppgår till närmare 60 %. Booking har å sin sida vitsordat att dess marknadsandel uppgår till i vart fall 30 %.

När det gäller att bestämma Bookings marknadsandel på marknaden för online-resebyråtjänster och vilka aktörer som i övrigt finns på denna marknad är parterna i och för sig ense om att metasöksidor med bokningsfunktion bör ingå i den relevanta marknaden. Som framgår ovan delar Patent- och marknadsöverdomstolen parternas bedömning. Någon mer konkret utredning om vilka dessa aktörer är och hur stora de idag är på marknaden har dock inte presenterats i målet. Även om det alltså råder viss osäkerhet i denna fråga, har det inte framkommit något i målet som ger anledning att anta att styrkeförhållandena på marknaden har förändrats i någon betydande omfattning under senare tid. I likhet med Patent- och marknadsdomstolen finner Patent- och marknadsöverdomstolen att den utredning som Visita har åberopat ger ett klart stöd för att Bookings marknadsandel är hög och att den i vart fall uppgår till cirka hälften av marknaden. Av utredningen framgår vidare att Expedia, som är omkring hälften så stor som Booking, är marknadens näst största aktör och att marknaden i övrigt är fragmenterad.

När det gäller marknaden för hotellövernattningar finns det ett mycket stort antal aktörer och konkurrensen mellan aktörerna kan sägas vara hög. Av utredningen framgår att de två största hotellkedjorna i Sverige, Scandic och Nordic Choice, tillsammans har en marknadsandel på omkring 25 %. Som redogjorts för ovan är Scandic och Nordic Choice enligt Visita inte bundna av de snäva paritetsvillkoren

(med undantag för tilläggstjänsten ”Preferred”), medan Booking menar att hotellkedjorna ensidigt väljer att inte tillämpa villkoren.

Frågan är om den begränsning av hotellens affärsmässiga frihet som de omtvistade villkoren utgör typiskt sett skadar konkurrensen. Hotellen är som framgått förhindrade att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida än på Bookings hemsida, men fria att sätta vilket pris de vill på sina hotellrum på Bookings hemsida. Det antal rum som hotellen genom avtalet åtar sig att marknadsföra via Bookings hemsida är dessutom begränsat till ett minimum. Hotellen har således en relativt stor frihet vad gäller prissättning och antal rum som tillgängliggörs via Bookings hemsida. I någon mån kan Bookings förhållande till hotellen sägas utgöras av en sorts mellanmansavtal. Frågan är därför om den relativa begränsningen i prissättningen mellan Bookings hemsida och hotellens egna hemsidor under dessa förhållanden skadar konkurrensen på någon av de relevanta marknaderna.

Det kan alltså redan här konstateras att det inte är fråga om sådan vertikal prisstyrning som i praxis ansetts ha till syfte att begränsa konkurrensen, såsom exempelvis överenskommelser som påbjuder fasta eller lägsta återförsäljarpris. Svårigheterna att bedöma de nu omtvistade avtalsvillkoren kan i stor utsträckning hänföras till det faktum att det ofta krävs komplexa analyser för att kunna ta ställning till och bedöma om en viss enskild faktor medför en konkurrensbegränsning på den typ av tvåsidig marknad med stora nätverkseffekter som det här är fråga om. De prissättningsmekanismer som råder på denna typ av marknad bidrar också till komplexiteten och kräver särskild och fördjupad analys.

Dessa omständigheter talar starkt för att det inte är möjligt att på denna typ av komplexa tvåsidiga marknad bedöma om de snäva paritetsvillkoren har en skadlig inverkan på konkurrensen utan en fördjupad analys av de konkreta förhållandena på de relevanta marknaderna, och då särskilt hur marknaden för online-resebyråtjänster och marknaden för hotellövernattningar interagerar i fråga om prissättningen.

De paritetsvillkor som online-resebyråer tillämpar har dessutom, efter gemensam samordning på EU-nivå, utretts och bedömts av ett flertal europeiska konkurrensmyndigheter. Särskilt att notera är att Konkurrensverket efter genomförd utredning av den svenska marknaden kom till den slutsatsen att Bookings åtagande att avstå från att tillämpa s.k. vida paritetsvillkor var tillräckligt för att undanröja de konkurrensproblem som enligt Konkurrensverkets utredning orsakas av paritetsvillkoren i Bookings avtal med svenska hotell (se Konkurrensverkets beslut 2015-04-15, Dnr 596/2013, punkten 50). Det kan också konstateras att det sätt på vilket frågan bedömts och hanterats av myndigheter och domstolar varierar mellan EU:s medlemsstater (för en kort redogörelse av detta se Leslie, W., Online booking platforms, MFNs and the Vertical Block Exemption: the need for certainty, (2018) 39 European Competition Law Review, Issue 7).

Även i den juridiska och ekonomiska litteraturen är frågan om paritetsvillkorens skadliga inverkan på konkurrensen och dess förenlighet med konkurrensrätten föremål för diskussion och olika uppfattningar (se t.ex. Colangelo, M., Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking, (2017) 8(1) Journal of European Competition Law & Practice, sidorna 3–14). Någon tydlig och enhetlig ledning från tidigare erfarenhet och ekonomisk teori finns således inte att hämta till stöd för att de nu omtvistade avtalsvillkoren redan till sin art är så skadliga att de utgör en syftesöverträdelse.

Detta leder Patent- och marknadsöverdomstolen till slutsatsen att det i och för sig inte kan uteslutas att de snäva paritetsvillkoren hämmar konkurrensen på de relevanta marknaderna. Sammantaget går det dock inte med utgångspunkt i den ekonomiska och juridiska kontext som villkoren tillämpas i att dra några säkra slutsatser om dess skadlighet på konkurrensen. Enligt domstolens bedömning finns det därför – med den restriktiva tillämpning som ska ske – inte tillräckligt stöd för att de snäva paritetsvillkoren redan till sin art kan anses vara så skadliga för konkurrensen på någon av de i målet relevanta marknaderna att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras.

Patent- och marknadsöverdomstolen går därför över till att pröva om Visita har visat att de snäva paritetsvillkoren har ett konkurrensbegränsande resultat.

Konkurrensbegränsning genom resultat

Utgångspunkter för prövningen

Som Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterat vid prövningen av om villkoren utgör en begränsning genom syfte kan det alltså i och för sig inte uteslutas att villkoren skulle kunna ha en konkurrensbegränsande effekt. Ett sådant antagande är dock som redan framkommit inte i sig tillräckligt för att Visita ska anses ha uppfyllt sin bevisbörda. För att de omtvistade avtalsvillkoren ska träffas av förbudet krävs att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits (se EU-domstolens dom i CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 52). Utredningen måste således ge stöd för att avtalet kan medföra en märkbar negativ inverkan på konkurrensparametrar som exempelvis priser samt varors och tjänsters kvantitet och kvalitet (se EU-domstolens dom den 11 september 2014, MasterCard, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkten 93). Förbudet är dock inte avsett att enbart skydda konkurrenters eller konsumenters direkta intressen, utan förbudet ska skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan (se EU-domstolens dom den 19 mars 2015, Dole Food Company, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkten 125).

Förbudets tillämpningsområde får inte utsträckas på ett sådant sätt att det på ett teoretiskt och otydligt sätt utvidgas till att omfatta alla avtal som begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna (se EU-domstolens dom den 19 februari 2002, Wouters, C-309/99, EU:C:2002:98, punkten 97 och Förstainstansrättens dom den 18 september 2001, Métropole télévision (M6), T-112/99, EU:T:2001:215, punkten 77).

Vid prövningen av ett avtals konkurrensbegränsande effekter och resultat krävs därför att hänsyn tas till det konkreta sammanhang i vilket avtalet ingår, det vill säga bland

annat det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de aktuella tjänsternas beskaffenhet samt strukturen och de faktiska villkoren på den marknad eller de marknader som är i fråga. Att avtalet vid prövningen sätts i den kontext som det ska tillämpas i innebär dock inte att domstolen redan i detta skede av prövningen ska göra en avvägning mellan avtalets konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande effekter (se EU-domstolens dom i MasterCard, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkterna 180–181 och Förstainstansrättens dom i Métropole télévision (M6), T-112/99, EU:T:2001:215, punkten 77).

Vid prövningen av huruvida ett avtal ska anses förbjudet på grund av sin inverkan på konkurrensen, ska företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om det omtvistade avtalet inte fanns, det s.k. kontrafaktiska scenariot. Det scenario som ska tas i beaktande när man föreställer sig en situation utan det aktuella avtalet måste vara realistiskt. Det är således tillåtet att, i förekommande fall, beakta den händelseutveckling som troligen skulle ha ägt rum på marknaden om avtalet eller samordningen inte hade funnits. (Se EU-domstolens dom i MasterCard, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkterna 161 och 165–166.)

Att ett avtal eller en samordning företag emellan har en konkurrensbegränsande effekt kan slås fast genom utredning som visar faktiska effekter som redan har inträffat på marknaden eller potentiella effekter, dvs. effekter som sannolikt kommer att inträffa i framtiden (se EU-domstolens dom den 28 maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, punkten 77 och Whish & Bailey, Competition Law, 9:e uppl., 2018, s. 133). Det följer av EU-domstolens fasta praxis att den bedömning som ska göras enligt artikel 101.1 FEUF inte ska begränsas till endast de faktiska resultaten som redan visat sig på marknaden, utan den ska även ta hänsyn till ett avtals eller en samverkans potentiella inverkan på konkurrensen (se EU-domstolens dom i Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punkten 30).

Det är Visita som ska visa att de snäva paritetsvillkoren faktiskt eller potentiellt begränsar konkurrensen på de relevanta marknaderna. Som Patent- och marknadsöverdomstolen redan konstaterat saknas en allmänt accepterad ekonomisk teori som ger

stöd för att det i regel finns anledning att dra slutsatsen att den typ av avtalsvillkor som är föremål för prövning i detta mål till sin art kan anses skadliga för konkurrensen. Under sådana förhållanden är det inte tillräckligt att Visita presenterar en eller flera ekonomiska teorier som stöder Visitas sak för att Visita ska anses ha uppfyllt beviskravet. För att få framgång med sin talan ankommer det på Visita att visa att de antaganden som förs fram till stöd för talan följer av de faktiska omständigheterna i målet. Att det finns möjlighet att föra bevisning om förekomsten av faktiska effekter på marknaden, exempelvis för att det omtvistade avtalet eller förfarandet redan tillämpats på marknaden under så lång tid när saken prövas att det är rimligt att anta att eventuella konkurrensbegränsande effekter uppstått, talar också enligt principen om bästa tillgängliga bevisning starkt för att sådan utredning bör läggas fram av käranden för att beviskravet ska anses vara uppfyllt. Det är dock inte uteslutet att käranden kan föra fram annan tillräckligt robust bevisning om villkorens faktiska eller potentiella effekter som skulle kunna uppfylla beviskravet.

Med dessa utgångspunkter går Patent- och marknadsöverdomstolen över till att pröva om den utredning som Visita åberopat i målet visar att de omtvistade snäva paritetsvillkoren innebär en konkurrensbegränsning genom resultat på marknaden för online-resebyråtjänster respektive marknaden för hotellövernattningar.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för online-resebyråtjänster

Visitass talan vilar på den grunden att de snäva paritetsvillkoren hämmar förutsättningarna till priskonkurrens mellan de online-resebyråer som är verksamma på marknaden. Visita har gjort gällande att de snäva paritetsvillkoren motverkar drivkraften hos online-resebyråerna att konkurrera med varandra genom att sänka sina provisionsnivåer. Om en online-resebyrå skulle försöka konkurrera med pris, dvs. genom att i utbyte mot lägre provision förmå hotellen att sätta lägre priser till slutkund i online-resebyråns kanal i syfte att attrahera kunden att också genomföra bokningen i den kanalen, skulle hotellen enligt Visita ha ett starkt incitament att sänka priset på sina egna hemsidor i motsvarande mån. Detta eftersom hotellen helst vill att bokningar sker via deras egna hemsidor som inte belastas av någon provisionskostnad. Om hotellen

enligt Visitas antagande också skulle sänka priset för hotellrum på den egna hemsidan skulle hotellen till följd av de snäva paritetsvillkoren vara tvungna att sänka priset för motsvarande hotellrum även hos Booking, trots att Booking inte har behövt sänka sin egen provisionsnivå. Enligt Visita medför detta att hotellen inte har något incitament att prisdifferentiera mellan online-resebyråerna, vilket i sig medför att online-resebyråerna saknar incitament att konkurrera med provisionsnivåerna.

Visita stöder sig på Copenhagen Economics beräkningar enligt vilka det inte är lönsamt för hotell som är bundna av snäva paritetsvillkor att prisdifferentiera mellan online-resebyråerna (se Copenhagen Economics Utlåtande 2: Vertikal prisparitet och effekterna på konkurrensen, sidan 21, Figur 5, Hotellens genomsnittliga provisions-/distributionskostnader samt andel bokningar i onlinebokningskanalerna, 2015). Enligt Visita ger denna beräkning stöd åt antagandet att hotellen som utgångspunkt inte skulle välja att sätta ett lägre pris på en online-resebyrås hemsida än på sin egen hemsida och att detta på grund av paritetsvillkoren leder till att hotellen sätter samma pris hos alla online-resebyråer.

Copenhagen Economics har stött sina beräkningar på Visitas hotellenkät, vilken endast täcker in 16 % av alla hotell i Sverige. Av de 318 hotell som medverkade i enkäten tillhör vidare 235, dvs. 74 %, någon av de större hotellkedjor som finns i Sverige. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen ger enkätsvaren därför varken ett tillräckligt eller tillförlitligt underlag för slutsatser kring hur hotellen skulle sätta sina priser och i övrigt agera på marknaden paritetsvillkoren förutan.

Även om de företrädare för hotellen som hörts på Visitas begäran har gett tydligt uttryck för att hotellen önskar sätta ett lägre pris på den egna hemsidan än på Bookings hemsida kan bevekelsegrunderna för hotellens prissättning enligt Patent- och marknadsöverdomstolen dock ha flera förklaringar än de snäva paritetsvillkoren.

Dessutom framgår det av den av Booking återopade hotellenkäten från 2016 att hotell i viss om än begränsad utsträckning faktiskt prisdifferentierar mellan online-resebyråer. Det faktum att hotell inte i större utsträckning sätter olika priser på

hotellrum hos de olika online-resebyråerna kan enligt Patent- och marknadsöverdomstolen ha flera förklaringar. Genom vittnesförhören med hotellföreträdare har framkommit att hotellen som utgångspunkt gärna vill ha samma pris hos olika online-resebyråer. Att det finns en sådan strävan hos hotellen kan ha sin förklaring i de förhållanden och mekanismer som styr prissättningen på den digitala plattformsmarknaden som online-resebyråmarknaden är. Den höga pristransparensen på marknaden kan också antas vara en sådan faktor som bidrar till att hotellen i dagsläget inte prisdifferentierar mellan de stora online-resebyråerna i större utsträckning.

Enligt RBB Economics genomförda analys prisdifferentierar hotell som inte är bundna av paritetsvillkor dessutom inte mellan online-resebyråer i större utsträckning än hotell som är bundna av sådana villkor. Detta förhållande synes även gälla hotell verksamma i Tyskland och Frankrike där snäva paritetsvillkor huvudsakligen är förbjudna genom lagstiftning och domstolsbeslut. Med hänsyn till att konkurrensen på hotellmarknaden är relativt hög och att priserna på denna marknad justeras frekvent torde effekterna på hotellpriserna av att de snäva paritetsvillkoren inte längre är tillåtna på de tyska och franska marknaderna ha fått genomslag relativt kort tid efter besluten. Ett sådant genomslag borde även ha visat sig på marknaderna i dessa länder när det gäller provisionsnivåer och möjligheter för nya online-resebyråer att träda in på marknaden. Någon utredning om detta har dock inte presenterats av Visita.

Vidare har vid vittnesförhöret med N.H. framkommit att det hotell där han är marknads- och försäljningschef, Memory Hotel, i stor utsträckning är styrd i sin prissättning av det digitala prissättningsverktyg, Channel Manager, som används inom branschen och där priset sätts enhetligt i samtliga de kanaler som verktyget hanterar. Enligt vad som kommit fram i målet togs verktyget fram under den period då även de vida paritetsvillkoren tillämpades. Några uppgifter om hur utbredd användningen av detta IT-verktyg för prissättning är inom hotellbranschen har inte lagts fram i målet, men uppgiften att ett sådant verktyg finns och används är en faktor som domstolen inte heller kan bortse från vid bedömningen av orsakerna till att prisdifferentieringen på hotellrum mellan olika online-resebyråer inte är större än den är.

Visitass talan bygger på antagandet att de snäva paritetsvillkoren undergräver de reella möjligheterna för online-resebyråer att konkurrera sinsemellan genom priset på den tjänst som de erbjuder hotellen. Detta antagande vinner enligt Visita stöd dels i de provisionsnivåer som tillämpas på marknaden, vilka enligt Visitass uppfattning är höga, dels i de hinder som råder för nya aktörer som vill träda in på marknaden.

Av utredningen i målet har framkommit att standardprovisionsnivåerna på marknaden för online-resebyråtjänster ligger på cirka 15–18 %. Det är vidare utrett att Bookings standardprovision ligger på 15 %. Som Patent- och marknadsöverdomstolen uppfattat Visita är denna nivå att bedöma som hög eftersom traditionella resebyråer erbjuder sina tjänster till en lägre provisionsnivå som ligger på cirka 10 %.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening kan enbart det förhållandet att provisionsnivåerna hos traditionella resebyråer är lägre än hos online-resebyråer inte tas till intäkt för att de provisionsnivåer som online-resebyråer tillämpar är höga eller t.o.m. för höga till följd av bristande konkurrens. Någon utredning om exempelvis de kostnader som online-resebyråerna och de traditionella resebyråerna har för att kunna erbjuda sina tjänster har inte presenterats i målet. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen möjliggör således inte utredningen att jämföra de ekonomiska förhållandena för dessa aktörer. Det är därmed inte heller möjligt att slå fast att provisionsnivåerna hos online-resebyråerna är för höga.

När det gäller frågan om inträdeshinder på den aktuella marknaden har Patent- och marknadsöverdomstolen redan tidigare konstaterat att det råder närmast vad som kan betecknas som en oligopolsituation på marknaden för online-resebyråtjänster. Detta förhållande ger stöd för att det är förenat med betydande ansträngningar för en ny aktör att träda in på marknaden.

Utredningen ger dock inte stöd för att detta förhållande har skapats eller vidmakthålls av de snäva paritetsvillkoren. Mycket talar för att förhållandena på marknaden till stora delar är resultatet av de aktuella tjänsternas uppbyggnad utifrån digitala plattformar.

För att kunna skapa de nätverkseffekter som bl.a. bidrar till attraktiviteten i de tjänster som online-resebyråerna kan erbjuda, krävs att tjänsten lyckas attrahera en viss kritisk massa av hotell som ansluter sig till tjänsten och att tjänsten når ett så stort antal potentiella kunder som möjligt som önskar boka hotellövernattningar. Detta medför i sig att de aktörer som var först att etablera sig på marknaden och som lyckats knyta ett stort antal hotell till sin bokningsplattform har ett avsevärt försteg i förhållande till nya aktör som vill träda in på marknaden. Inte heller marknadens struktur i sig ger enligt Patent- och marknadsöverdomstolen därför tillräckligt stöd för att inträdessvårigheterna skulle skapas av de snäva paritetsvillkoren.

Utöver de antaganden som Copenhagen Economics gjort i sina beräkningar har inte Visita lagt fram någon utredning som på ett mer konkret sätt – med utgångspunkt i de faktiska förhållandena på marknaden – ger stöd för att de snäva paritetsvillkoren faktiskt eller potentiellt begränsar konkurrensen. Patent- och marknadsöverdomstolen kan härvid konstatera att det gått ett antal år sedan Konkurrensverket beslutade att godta Bookings åtagande och att det har funnits goda möjligheter att faktiskt analysera hur prissättningen fungerar och hur förutsättningarna för nyetablering ser ut på den svenska marknaden för online-resebyråtjänster exempelvis i jämförelse med hur förhållandena ser ut och hur utvecklingen har varit på de franska och tyska marknaderna där de omtvistade villkoren i princip förbjudits. Någon sådan utredning har dock inte Visita presenterat i målet.

Sammantaget finner Patent- och marknadsöverdomstolen därför att den utredning som Visita presenterat i målet inte är tillräckligt robust för att domstolen av den ska kunna dra slutsatsen att de snäva paritetsvillkoren, faktiskt eller potentiellt, begränsar konkurrensen på marknaden för online-resebyråtjänster.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för hotellövernattningar

Visitas talan vilar i denna del på den grunden att de snäva paritetsvillkoren indirekt begränsar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar. Eftersom de snäva paritetsvillkoren förbjuder hotellen att sätta lägre priser på den egna hemsidan än de

priser som hotellen sätter på Bookings hemsida kan hotellen enligt Visita inte föra vidare till konsumenter de fördelar som uppkommer av sådana mer kostnadseffektiva bokningar på hotellens egna hemsidor. Enligt Visita skulle alltså hotellens priser för hotellövernattningar bli lägre om pris- och paritetsvillkoren förbjöds.

Visita stöder sig bl.a. på sin hotellenkät. Som Patent- och marknadsöverdomstolen funnit ger dock enkätsvaren med hänsyn till det underlag som de baseras på varken ett tillräckligt eller tillförlitligt underlag för slutsatser kring hur hotellen skulle sätta sina priser och i övrigt agera på marknaden paritetsvillkoren förutan. Det kan också konstateras att utredningen i målet inte heller i övrigt är entydig och som Patent- och marknadsöverdomstolen redogjort för ovan har det framkommit uppgifter i målet som tydligt ger stöd för att hotellen önskar sätta eller de facto sätter samma pris för ett hotellrum i samtliga kanaler av skäl som saknar koppling till de snäva paritetsvillkoren. Att så är fallet stöds även av RBB Economics analys av hur prisdifferentieringen ser ut på marknader där snäva paritetsvillkor har tillåtits respektive förbjudits. Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar också att Visita inte har lagt fram utredning om hur priserna på hotellövernattningar har påverkats av snäva paritetsvillkor med utgångspunkt från erfarenheterna i Tyskland och Frankrike trots att detta måste ha varit möjligt.

Även om man skulle anta att många hotell skulle sätta lägre priser på sina egna hemsidor än på Bookings hemsida i ett kontrafaktiskt scenario utan pris- och paritetsvillkoren kan det antagandet enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte heller ensamt leda till slutsatsen att priskonkurrensen mellan hotellen försämras av de aktuella villkoren. Hotellen är fria att själva bestämma vilket pris de önskar sätta på de hotellrum som marknadsförs på Bookings hemsida. Redan i utgångsläget kan de alltså i viss mån beakta de olika kostnaderna de har i Bookings kanal jämfört med sin egen genom att anpassa det gemensamma priset. I avsaknad av snäva paritetsvillkor skulle hotellen förvisso med större frihet och i större utsträckning kunna beakta de olika kostnaderna för bokning och marknadsföring som följer i de olika kanalerna. Visita har dock inte fört fram någon utredning som ger stöd för att ett förbud mot snäva paritetsvillkor skulle leda till generellt lägre priser för hotellövernattningar. Att hotellen önskar hålla

ett lägre pris på den egna hemsidan än på Bookings hemsida utesluter ju inte en höjning av priset på Bookings hemsida, för det fall hotellen inte var bundna av de aktuella paritetsvillkoren.

Vertikala avtal kan begränsa konkurrensen såväl mellan distributörer av en produkt från en och samma leverantör, den s.k. inom-märkeskonkurrensen, som mellan leverantören av en produkt och leverantörer av konkurrerande produkter, den s.k. mellan-märkeskonkurrensen. Om mellan-märkeskonkurrensen är hög, vilket den torde vara på marknaden för hotellövernattningar till följd av den höga pristransparensen, brukar en generell utgångspunkt erfarenhetsmässigt vara att det är mindre sannolikt att begränsningar i inom-märkeskonkurrensen leder till skadliga effekter på konkurrensen i stort (se Bellamy & Child, European Union Law of Competition, 8:e upplagan, 2018, s. 156).

Mot denna bakgrund är det svårt att dra slutsatsen att just det förhållandet att hotellen är förhindrade att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida i förhållande till det pris som marknadsförs på Bookings hemsida skulle leda till konkurrensbegränsningar hotellen emellan med bl.a. högre priser för hotellövernattningar som följd. Detta inte minst när den begränsning som följer av de snäva paritetsvillkoren bedöms i ljuset av det konkurrenstryck som råder på marknaden för hotellövernattningar, vilken rymmer ett stort antal aktörer av olika storlek. Vissa av hotellkedjorna på marknaden framstår dessutom som starka aktörer även i förhållande till Booking eftersom de redan i nuläget inte tillämpar de omtvistade avtalsvillkoren. Därtill kommer att marknaden för hotellövernattningar även innefattar hotellbokningar som sker via andra kanaler än online-resebyråerna.

Patent- och marknadsöverdomstolens slutsats är därför även i denna del att den utredning som Visita har åberopat i målet inte är tillräckligt robust för att visa att de snäva paritetsvillkoren, faktiskt eller potentiellt begränsar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar.

Sammanfattning

Patent- och marknadsöverdomstolen har funnit att Visita inte har visat att de snäva paritetsvillkoren har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen varken på marknaden för online-resebyråtjänster eller på marknaden för hotellövernattningar. De omtvistade villkoren utgör därmed inte en förbjuden konkurrensbegränsning enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 FEUF.

Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning innebär att Visitas talan inte kan vinna bifall. Patent- och marknadsdomstolens dom ska därför ändras.

Rättegångskostnader

I mål som avses i 3 kap. 2 § konkurrenslagen tillämpas 18 kap. rättegångsbalken i frågan om rättegångskostnader (8 kap. 15 § andra stycket konkurrenslagen). Vid nu angiven utgång är Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB således berättigade till ersättning för sina rättegångskostnader, såväl i Patent- och marknadsdomstolen som i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Booking.com B.V., vilket bolag enligt den ingivna kostnadsräkningen i Patent- och marknadsdomstolen belastats med samtliga svarandesidans rättegångskostnader där, yrkade i Patent- och marknadsdomstolen ersättning med 5 200 000 kr för ombudsarvode, 1 084 EUR för parts eget arbete och 156 478 GBP för utlägg.

Visita överlämnade i Patent- och marknadsdomstolen till rätten att bedöma skäligheten av yrkade belopp och anmärkte särskilt att Bookings ombudsarvode var väsentligt högre än Visitas. I övrigt hade Visita inte några konkreta invändningar mot de yrkade beloppen.

I Patent- och marknadsöverdomstolen har Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB, yrkat ersättning med sammanlagt 2 396 400 kr, varav 2 325 000 kr avser ombudsarvode och 71 400 kr avser utlägg. Eftersom Booking här inte har angett något

annat får kostnadsanspråket i Patent- och marknadsöverdomstolen anses fördela sig lika mellan de två bolagen.

Visita har vitsordat kostnaderna för utlägg, men överlämnat åt Patent- och marknadsöverdomstolen att bedöma skäligheten av kostnaden för ombudsarvode.

Med hänsyn till målets karaktär och komplexitet samt till den betydelse som utgången i tvisten har för parterna bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att de kostnader som Booking begärde ersättning för i Patent- och marknadsdomstolen och kostnaderna för ombudsarvode i Patent- och marknadsöverdomstolen har varit skäligen motiverade för tillvaratagande av Bookings rätt. Om kostnaden för utlägg i Patent- och marknadsöverdomstolen råder inte tvist. Booking ska således tillerkännas begärd ersättning för sina kostnader både i Patent- och marknadsdomstolen och i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Överklagande

Det saknas skäl att göra undantag från huvudregeln att Patent- och marknadsöverdomstolens domar inte får överklagas (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar). Denna dom får därför inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Christine Lager, hovrättsrådet Kerstin Norman, referent, och tf. hovrättsassessorn Carl Johan Sundqvist (skiljaktig) samt de ekonomiska experterna Jonas Häckner och Frans Prenkert.

Skiljaktig mening, se nästa sida.

Skiljaktig mening

Tf. hovrättsassessorn Carl Johan Sundqvist är skiljaktig i fråga om de snäva paritetsvillkoren indirekt begränsar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar och anför följande.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för hotellövernattningar

Mot bakgrund av att hotellen har en lägre genomsnittskostnad för bokningar i sin egen kanal än den provision som Booking tar vid bokningar på sin hemsida anser jag att det är sannolikt att hotellen, om de aktuella avtalsvillkoren inte fanns, skulle ha incitament att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida än på Bookings hemsida. Denna slutsats vinner stöd i RBB Economics rapport ”Vertical price parity and the impact on competition”, de uppgifter som hotellföreträdarna har lämnat i förhör samt i viss mån resultatet i Visitas hotellenkät.

Av RBB Economics rapport framgår även att en stor del av konsumenterna, om hotellen sänkte priset på sin hemsida, skulle välja att göra bokningar på hotellens hemsida i stället för på Bookings hemsida. Detta är även sannolikt mot bakgrund av den pris-transparens som finns på marknaden. Enligt RBB Economics kan dock dessa effekter inte separeras från den snålskjutsproblematik som Booking gör gällande.

När det gäller frågan om hotellen skulle åstadkomma denna prisskillnad mellan kanalerna genom att i huvudsak höja priset hos Booking anser jag att Booking skulle vara en viktig försäljningskanal för hotellen även i frånvaro av de aktuella avtalsvillkoren, bl.a. mot bakgrund av de fördelar tjänsten innebär, de nätverkseffekter som finns på marknaden samt den omständigheten att nästan alla hotell är anslutna till Booking och Expedia. Även om avtalsvillkoren inte fanns skulle således hotellen riskera att förlora försäljning till andra hotell i samma och andra kanaler om de enbart höjde priserna i en kanal, t.ex. hos Booking, vilket begränsar deras förmåga att höja priset i samma kanal.

Vidare gör jag bedömningen att utredningen, i synnerhet Copenhagen Economics

Utlåtande 1: Konkurrens om hotellkunder online och RBB Economics ovan nämnda

rapport, ger stöd för att hotellen genom att sätta lägre priser på sina egna hemsidor i förhållande till Booking kan få Booking att sänka sina provisioner. Dessa lägre provisioner skulle innebära lägre marginalkostnader för hotellen och således beaktas av hotellen i form av lägre priser för hotellövernattningar.

Sammanfattningsvis delar jag mot denna bakgrund Patent- och marknadsdomstolens slutsats att de snäva paritetsvillkoren innebär ett i vart fall potentiellt konkurrensbegränsande resultat på marknaden för hotellövernattningar genom att de hindrar hotellen från att sätta lägre priser på sina hemsidor än på Bookings hemsida och att de fördelar detta innebär inte förs över till konsumenten. Jag anser även av de skäl som Patent- och marknadsdomstolen anfört, samt den omständigheten att Expedia tillämpar liknande villkor i förhållande till en stor del av hotellen på marknaden, att konkurrensbegränsningen är märkbar.

Övriga frågor

Med ovanstående utgångspunkter delar jag Patent- och marknadsdomstolens bedömningar i fråga om de snäva paritetsvillkoren utgör en accessorisk begränsning, att en sammanvägning av de eventuella fördelar och nackdelar som villkoren medför – i synnerhet snålskjutsproblematiken – endast kan göras först inom ramen för undantagsprövningen enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF, samt att förutsättningar för undantag saknas, särskilt eftersom Booking inte har visat att den aktuella begränsningen är nödvändig för att åstadkomma de eventuella effektivitetsvinster. Förutsättningar för att meddela ett åläggande är därmed uppfyllda.

När det gäller åläggandets utformning ska åläggandet svara mot den överträdelse som har konstaterats i det enskilda fallet. Ett åläggande kan bl.a. omfatta att upphöra med överträdelsen och att vidta viss rättelse. Möjligheterna att besluta om ett åläggande som omfattar även väsentligen samma förfaranden som det förbjudna är begränsade. (Se prop. 1992/93:56, s. 90 f. och Carlsson m.fl., Konkurrenslagen, 2:a upplagan, publicerad i Zeteo, 2018-05-29, kommentaren till 3 kap. 1 §.)

Av dessa skäl anser jag att åläggandet endast bör omfatta de åtgärder som anges i punkterna 2. a) och 2. c) i Patent- och marknadsdomstolens domslut. Yrkat vitesbelopp är väl avvägt. Åläggandet bör utformas så att det ska fullgöras senast inom tre månader från denna dom.

Överröstad i frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för hotellövernattningar är jag i övrigt ense med majoriteten.



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Patent- och marknadsdomstolen

DOM
2018-07-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
PMT 13013-16

PARTER

Kärande

Visita, 802000-1841
Sveavägen 25
111 34 Stockholm

Ombud: Advokaten E.E.
Advokat Eric Ericsson AB
Box 108
134 22 Gustavsberg

Ombud: Advokaten L.S.
Skarp Stockholm Advokatbyrå AB
Box 5216
102 45 Stockholm

Svarande

1. Booking.com B.V.
Herengracht 597
NL-1017 CE Amsterdam
Nederländerna

2. Bookingdotcom Sverige AB, 556733-1706
Magnus Ladulåsgatan 65
118 27 Stockholm

Ombud för 1 och 2: Advokaterna M.E. och C.M. Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsdomstolen avslår Booking.com B.V.:s och Bookingdotcom Sverige AB:s yrkande om avvisning.

Dok.Id 1869192

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 8307 104 20 Stockholm	Rådhuset, Scheelegatan 7	08- 561 654 70 E-post: stockholm.s.ratt@dom.se www.stockholmstingsratt.se	08- 561 650 05	måndag – fredag 08:00–16:00

2. Patent- och marknadsdomstolen ålägger Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB att, vid vite om 30 000 000 kr respektive 5 000 000 kr, senast tre månader från dagen för denna dom,
- a) upphöra med tillämpningen av klausuler i avtal med hotell i Sverige som innebär en skyldighet för hotell att erbjuda Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB priser och villkor för hotellrum som är lika bra eller bättre än de som hotellen erbjuder via sin egen onlinedistributionskanal (s.k. pris- och villkorsparitet),
 - b) upphöra med att erbjuda hotell lägre provisionssatser eller andra incitament som är villkorade av att hotellen iakttar sådan pris- eller villkorsparitet som anges under punkt a ovan, vilket bl.a. innebär att Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB inte får
 - avlista eller hota att avlista något hotell på grund av att de vägrar att ingå förpliktelse om, eller som inte iakttar, sådan pris- eller villkorsparitet som anges under punkt a ovan,
 - öka provisionen (eller kräva andra avgifter) för vägran att ingå förpliktelse om, eller iaktta, sådan pris- eller villkorsparitet som anges under punkt a ovan eller
 - använda en rankingsberäkning som tar direkt hänsyn till om ett hotell vägrar att ingå, eller inte iakttar, sådan pris- eller villkorsparitet som anges under punkt a ovan,
 - c) upplysa sina avtalsparter om att klausuler om sådan pris- eller villkorsparitet som anges under punkt a inte längre tillämpas.
3. Patent- och marknadsdomstolen förpliktar Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB att, solidariskt, ersätta Visita för dess rättegångskostnad med 5 967 039 kr, varav 2 585 830 kr avser arvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för denna dom till dess betalning sker.
-

INNEHÅLL

BAKGRUND	5
YRKANDEN M.M.	8
GRUNDER	9
Visita	9
Booking.....	18
UTREDNINGEN	23
DOMSKÄL	24
Talerätt	24
Bookings tjänst och parternas avtalsrelation m.m.	25
Förbudet mot konkurrensbegränsade avtal.....	28
2 kap. 1 § konkurrenslagen	28
Artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet.....	28
Samhandelseffekt	28
Bevisbörda och beviskrav	29
Avtal.....	30
Relevanta marknader	31
Accessorisk begränsning.....	33
Rättsliga utgångspunkter	33
Bedömning i frågan om accessorisk begränsning	35
Konkurrensbegränsning genom syfte	37
Rättsliga utgångspunkter	37
Bedömning av om paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom syfte	38
Konkurrensbegränsning genom resultat	40
Rättsliga utgångspunkter	40
Bedömning av om paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom resultat	42
Påståenden om förstärkande effekter m.m.	51
Märkbarhetsbedömningen	51
Undantag	52
Inledning	52
Effektivitetsvinster m.m.	53
Konsumentnytta	56
Nödvändighetskriteriet	57
Kriteriet om konkurrensbegränsningens omfattning	57
Sammanfattning	58
Åläggandets utformning m.m.	58

STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Patent- och marknadsdomstolen

DOM
2018-07-20

PMT 13013-16

Rättegångskostnader.....59

BAKGRUND

Visita är en bransch- och arbetsgivarorganisation för den svenska besöksnäringen. Visita har drygt 4 600 medlemsföretag med över 6 500 verksamheter. Bland Visitas medlemmar finns hotell, restauranger, caféer, nöjesrestauranger, cateringföretag, konferensanläggningar, spa, campingföretag, vandrarhem, skidanläggningar, nöjes- och djurparker, turistbyråer samt turist- och eventföretag. Av de cirka 2 000 hotell som finns i Sverige är drygt 70 procent medlemmar i Visita. Av omsättningen på hotellmarknaden i Sverige står Visitas medlemmar för drygt 90 procent.

Booking.com B.V. (Booking BV) är ett nederländskt företag som tillhandahåller onlineplattformen www.booking.com på vilken konsumenterna kan söka, jämföra och boka lediga hotellrum. Företaget bedriver verksamhet i ett stort antal länder. Webbplatsen www.booking.com finns tillgänglig på fler än 40 språk och erbjuder onlinebokning av cirka 1 600 000 boenden i över 200 länder. I flera länder där Booking BV bedriver verksamhet finns lokalkontor som bistår företaget med support. I Sverige bedrivs sådan stödverksamhet av Bookingdotcom Sverige AB (Booking AB). Booking AB har bl.a. till uppgift att marknadsföra och informera om Booking BV:s verksamhet gentemot hotell på den nordiska marknaden. I det följande benämns Booking BV och Booking AB gemensamt för Booking.

2013 inledde Konkurrensverket en utredning (dnr 596/2013) som i första hand avsåg frågan om villkoren om prisparitet i Bookings avtal med hotell i Sverige utgjorde en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:679) och artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Vid den tidpunkten tillämpade Booking villkor som bl.a. innebar att hotellen inte fick erbjuda andra aktörer som erbjuder liknande tjänster som Booking bättre villkor än de erbjöd Booking. Såväl Konkurrensverket som parterna i målet har kallat dessa villkor för horisontella paritetsvillkor. I utländska ärenden och mål har bl.a. begreppet vida paritetsvillkor använts för denna typ av villkor. Konkurrensverkets preliminära bedömning var att dessa villkor utgjorde en konkurrensbegränsning i strid med

2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF. Booking lämnade vissa åtaganden som Konkurrensverket beslutade att godta den 15 april 2015. Åtagandena förenades med vite uppgående till 5 000 000 kr för Booking AB och 30 000 000 kr för Booking BV.

I Bookings avtal finns även bestämmelser som innebär att de priser och andra villkor som hotellen erbjuder via Booking måste vara samma eller bättre än de priser och andra villkor som hotellen erbjuder i sin egen onlinekanal som tillgängliggörs för allmänheten. Konkurrensverket och parterna har kallat dessa för vertikala paritetsvillkor. I utländska ärenden och mål har bl.a. begreppet snäva paritetsvillkor använts. Konkurrensverket fann inte skäl att ingripa mot dessa villkor, vilket föranlett Visita att, med stöd av bestämmelsen i 3 kap. 2 § konkurrenslagen, väcka talan mot Booking.

Frågan i detta mål är om de snäva paritetsvillkor som finns i det standardavtal som Booking ingår med de hotell som anlitar Bookings tjänster (Bookings standardavtal med hotellen) strider mot förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF.

Villkoren finns i punkterna 2.2.1 och 5.1 (iii) i Bookings standardavtal med hotellen (v180417) och har följande lydelse.

2.2.1 *Boendet skall ge Booking.com Paritet avseende Pris och Villkor. "Pris- och villkorsparitet" innebär samma eller bättre pris för samma boende, samma rumstyp, samma datum, samma sängtyp, samma antal gäster, samma eller bättre bekvämligheter och tillägg (t.ex. gratis frukost, wifi, tidig incheckning /sen utcheckning), samma eller bättre restriktioner och villkor som exempelvis bokningsändringar och avbokningsvillkor i enlighet med dem som görs tillgängliga av Boendet.*

Pris- och villkorspariteten gäller inte när priser och villkor:

- *erbjuds av annan OTA [enligt definitionen i avtalet avser OTA de online-bokningstjänster som inte kontrolleras, direkt eller indirekt, av boendet eller kedjan (oavsett om de är integrerade eller ej) som boendet tillhör];*
- *erbjuds på en Offline-kanal [enligt definitionen i avtalet avser Offline-kanal en kanal som ej innefattar användning av internet, såsom bokningar som görs personligen i receptionen på ett Boende, genom att ringa boendet eller via resebyråer som inte är online], förutsatt att dessa rumspriser ej har Publicerats online [enligt definitionen i avtalet avses med Publicerat online att något gjorts tillgängligt för allmänheten online på ett eller annat sätt, inklusive appar] eller Marknadsförts online [enligt definitionen i avtalet avses med Marknadsförts online marknadsföring till allmänheten online på ett eller annat sätt, inklusive appar, men exklusive e-postmeddelanden, SMS och andra personliga meddelanden som inte riktas till allmänheten]; och eller*
- *är Opublicerade [enligt definitionen avses med Opublicerat material som inte är publicerat online], förutsatt att dessa rumspriser inte Marknadsförs online.*

5.1 *Boendet förbinder sig till och garanterar Booking.com att så länge Avtalet är giltigt:*

...

(iii) de rumspriser som publiceras på Plattformarna [webbplatser och appar m.m. som tillhör Booking] överensstämmer med, eller är bättre än, bästa tillgängliga pris för en likvärdig vistelse som Marknadsförs online, Publicerats online eller på annat sätt görs tillgänglig online av Boendet [hotellet] på dess webbplats, och att ett bättre pris inte kan erhållas av en Gäst som bokar direkt med Boendet på dess webbplats/app.

YRKANDEN M.M.

Visita har yrkat att Booking BV och Booking AB ska åläggas vid vite om 30 000 000 kr respektive 5 000 000 kr att, senast tre månader efter i första hand Patent- och marknadsdomstolens dom och i andra hand lagakraftvunnen dom,

- upphöra med tillämpningen av klausuler i avtal med hotell i Sverige som innebär en skyldighet för hotell att erbjuda Booking priser och villkor för hotellrum som är lika bra eller bättre än de som hotellen erbjuder via sin egen onlinedistributionskanal (s.k. pris- och villkorsparitet),
- avstå från andra åtgärder som skulle innebära ett genomdrivande av sådan pris- och villkorsparitet och
- upplysa sina avtalsparter om att de nämnda klausulerna inte längre tillämpas.

För det fall domstolen skulle finna att det yrkade åläggandet såvitt gäller andra strecksatsen – att ”avstå från andra åtgärder som skulle innebära ett genomdrivande av sådan pris- och villkorsparitet (som avses i första strecksatsen) – inte är tillräckligt preciserat, har Visita i andra hand yrkat att domstolen ålägger Booking att inte erbjuda hotell lägre provisionssatser eller andra incitament som är villkorade av att hotellen iakttar vertikal pris- eller villkorsparitet, inklusive men inte begränsat till:

- Booking ska inte avlista eller hota att avlista något hotell som vägrar att ingå förpliktelse om, eller som inte iakttar, vertikal pris- eller villkorsparitet.
- Booking ska inte öka provisionen (eller kräva andra avgifter) för vägran att ingå förpliktelse om, eller iaktta, vertikal pris- eller villkorsparitet.
- Bookings rankningsberäkning ska inte ta direkt hänsyn till om ett hotell vägrar att ingå, eller inte iakttar, vertikal pris- eller villkorsparitet.

Booking har yrkat att Visitas under huvudförhandlingen justerade yrkande om att domen i första hand ska gälla senast tre månader efter Patent- och marknadsdomstolens dom ska avvisas. I övrigt har Booking bestritt Visitas yrkanden.

Visita har bestritt avvisningsyrkandet.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER

Visita

Bookings avtalsvillkor om vertikal pris- och villkorsparitet har till syfte och resultat att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen dels på marknaden för onlineboknings-tjänster för hotell i Sverige, dels på marknaden för hotellövernattningar i Sverige. Paritetsvillkoren strider därför mot förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF. Förutsättningarna för undantag är inte uppfyllda.

Utöver villkoren i punkterna 2.2.1 och 5.1 (iii) i Bookings standardavtal med hotellen åberopas Bookings avtalsvillkor om viss tillgång till alla rum och rumstyper, bästa pris-garanti och rankning.

Villkoren om viss tillgång till alla rum och rumstyper finns i punkt 2.2.4 i Bookings standardavtal med hotellen (v180417).

2.2.4 I enlighet med innebörden av detta Avtal och alltid i enlighet med Paragraf 2.2.1 godkänner Boendet att ge, för varje kalenderdatum, (i mål av tillgång) viss tillgänglighet till alla rum och rumstyper och uppmuntras att ge Booking.com rimlig tillgång till alla rum och rumstyper (inklusive olika tillämpliga regler och restriktioner) och priser som är tillgängliga under gällande Avtals löptid (under perioder med låg och hög efterfrågan (inklusive under mässor, kongresser och särskilda evenemang)).

Om ett rum är slutsålt för vissa datum hos Booking visas följande meddelande på Bookings webbplats ”Du missade det! Dina datum är populära – vi har inga rum kvar här! Se andra alternativ nedanför”. Bookings information ger konsumenterna intrycket

att hotellets rum generellt sett är slutsålda, vilket inte alls behöver vara fallet eftersom det kan finnas rum tillgängliga i andra bokningskanaler.

Villkoret om viss rumstillgång och Bookings sätt att presentera ett hotell med slutsålda rum är omständigheter som förstärker de vertikala paritetsvillkorens konkurrensbegränsande effekter.

Villkoren om bästa pris-garanti eller ”Vi matchar priset”, som den numer presenteras som, finns i en definition under punkten 1 och punkten 2.5.6 Bookings standardavtal med hotellen (v180417) liksom i en definition i Bookings åtaganden.

1 (def) "Vi Matchar Priset" avser den garanti som lämnas av Booking.com (under detta eller annat liknande namn) och innebär att Booking.com erbjuder bästa möjliga pris för ett rum och att inget lägre pris kan hittas på nätet för ett motsvarande rum med samma ankomst- och avresedatum och med samma bokningsvillkor.

2.5.6 I händelse av ett giltigt anspråk framfört av en Gäst i enlighet med Vi Matchar Priset, skall Booking.com i den mån det är berättigat till Pris- och Villkorsparitet, omgående underrätta Boendet om dylikt anspråk och förse Boendet med relevant information om detta. I den mån Booking.com är berättigat till Pris- och Villkorsparitet skall Boendet omedelbart justera - i lämplig omfattning - priset (de priser) som visas på Booking.coms Plattform, så att det lägre priset gäller för kommande bokning(ar). Dessutom skall Boendet genast justera priset i sitt system för den bokning som genomförts av Gästen ifråga. När Gästen checkar ut skall Boendet erbjuda rummet till ett lägre pris och antingen (i) likvidera skillnaden mellan det bokade priset och det lägre priset genom att debitera Gästen för det lägre priset, eller (ii) ersätta Gästen (kontant) för skillnaden mellan de två priserna.

Åtag. BÄSTA PRIS-GARANTI

All hänvisning till, eller användning av Bästa pris-garantin i kontraktet (inklusive (ersättnings-) skyldigheter (om det är tillämbart)) i vårt avtal med Boendet gäller endast om och i den utsträckning som vi har rätt till Pris- och villkorsparitet.

Bästa pris-garantin som finns såväl i Bookings standardavtal med hotellen som i Bookings avtal med konsumenter utgör omständigheter som förstärker de vertikala paritetsvillkorens konkurrensbegränsande effekter.

Villkoren om rankning finns i punkterna 4.1.1. och 4.1.2 6 i Bookings standardavtal med hotellen (v180417).

4.1.1 *Ordningsföljden för hur Boendet visas på Plattformarna ("Rankningen"), bestäms automatiskt och unilateralt av Booking.com. Rankningen baseras på och påverkas av flera olika faktorer, inklusive men inte uteslutande av provisionsprocenten som (skall) betalas av Boendet, den minimumtillgänglighet som Boendet fastställt, antalet bokningar relaterade till antalet besök på den relevanta boendesidan på Plattformen ("Konverteringen"), den volym som realiseras av Boendet, andelen avbokningar, gästrecensionspoängen, kundtjänsthistoriken, antal och typ av klagomål från Gäster samt Boendets betalningshistorik (till Booking.com).*

4.1.2 *Boendet har möjlighet att påverka sin egen rankning genom att ändra provisionsprocenten och tillgängligheten för vissa perioder, och genom att kontinuerligt förbättra andra faktorer. Boendet skall inte kräva något av Booking.com avseende Rankningen av Boendet; Rankningssystemet är automatiserat. Det automatiska Rankningssystemet (vilket definieras nedan) använder betalning i tid som en rankningsfaktor, vilket innebär att underlåtenhet att betala Provisionen i tid leder till en lägre rankning.*

Hotell som betalar en hög generell provisionsprocent till Booking belönas med bättre rankning. Vidare har hotell, fram till nyligen genom något som Booking har kallat för ”Visibility booster”, kunnat betala mer än den kontraktsevenliga provisionen för att erhålla bättre rankning. Härutöver kan hotell, genom Bookings program för rekommenderade partners, betala en högre provision för att, förutsatt att vissa lågt ställda grundkrav är uppfyllda, presenteras på Bookings webbplats med en ”tummen upp”-symbol och få en särskilt förmånlig rankingsposition.

Villkoren för rankning och det sätt på vilket Booking presenterar rankningen för konsumenter under rubriken ”Våra toppval” är omständigheter som förstärker de vertikala paritetsvillkorens konkurrensbegränsande effekter.

På Bookings webbplats förekommer det att Booking använder ett överkryssat pris. En konsument som klickar på en informationsruta kan läsa följande:

”Rabatten baseras på boendets för närvarande tredje högsta pris för rum med samma bokningsvillkor, och inom 20 dagar runt incheckningsdatumet (10 dagar före och 10 dagar efter detta datum, men om färre än 10 dagar återstår till incheckning förflyttas resterande till efter incheckningsdatumet för att få totalt 20 dagar) [...]”.

Hotellen har i dessa fall inte gett någon rabatt och den prisjämförelse som Booking gör är inte saklig och objektiv.

Relevanta marknader

Två relevanta marknader påverkas av Bookings vertikala paritetsvillkor. Den första är marknaden för onlinebokningstjänster för hotell i Sverige. Denna marknad innefattar bokningstjänster som tillhandahålls av onlineresebyråer som t.ex. Booking, men inte hotellens egna onlinebokningskanaler (eftersom dessa produceras av hotellen själva och därför inte omsätts på någon marknad). På denna marknad uppkommer den primära konkurrensbegränsningen av Bookings vertikala paritetsvillkor. Den andra pro-

duktmarknaden som påverkas är marknaden för hotellövernattningar i Sverige. På denna marknad konkurrerar hotellen med varandra om försäljningen av hotellövernattningar via ett antal olika distributionskanaler, bl.a. onlinere resebyråerna. Till följd av marknadsförhållandena påverkas även konkurrensen på denna marknad av Bookings vertikala paritetsvillkor. Den geografiska marknad som berörs är Sverige, dvs. sådana bokningstjänster respektive övernattningar som avser hotell i Sverige.

Marknaden för onlinebokningstjänster för hotell i Sverige

På marknaden för onlinebokningstjänster för hotell i Sverige konkurrerar onlinere resebyråer med varandra om att erbjuda hotellen bokningstjänster där övernattningar säljs för hotellens räkning. Paritetsvillkoren leder till att onlinere resebyråerna saknar incitament att konkurrera sinsemellan. Det gäller såväl konkurrens genom att erbjuda hotellen lägre provision än andra onlinere resebyråer, som konkurrens genom att utveckla nya tjänster eller försäljningsstrategier.

Om en onlinere resebyrå skulle försöka konkurrera med lägre provisionsnivåer, dvs. i utbyte mot lägre provision förmå hotellen att sätta lägre priser till slutkund i den försäljningskanalen, skulle hotellet ha ett starkt incitament att sänka priset på sin egen hemsida i motsvarande mån. Det skulle, till följd av den vertikala paritetsbestämmelsen, medföra att även Booking fick rätt att ta del av de lägre rumspriserna, men utan att behöva sänka sin egen provision.

De vertikala paritetsbestämmelserna hämmar således konkurrensen mellan onlinere resebyråerna, vilket leder till oförändrat höga provisionsnivåer och bristande innovation i form av nya alternativ på marknaden. Detta är negativt för hotellen och i förlängningen för slutkunderna, dvs. hotellgästerna. Paritetsvillkoren utgör vidare ett etableringshinder genom att det blir svårare för nya onlinere resebyråer att ta sig in på marknaden genom att erbjuda lägre provision i utbyte mot lägre rumspriser, vilket medför att hotellens valmöjligheter begränsas vid inköp av onlinebokningstjänster.

Den konkurrensbegränsande effekten av Bookings vertikala paritetsvillkor förstärks av bestämmelserna om tillgänglighet i Bookings standardavtal med hotellen, dvs. att hotellen åläggs att för varje kalenderdag ge Booking ”viss” tillgång till alla rum och rumstyper. Vidare utövar Bookings rankingssystem en påtryckning på hotellen att upprätthålla pris- och tillgångsparitet även i de fall som detta inte är ett formellt krav i ett avtal. Slutligen förstärks den konkurrensbegränsande effekten av de vertikala paritetsbestämmelserna av Bookings bästa pris-garanti.

Innan Booking gjorde sitt åtagande 2015 innehöll Bookings – och för den delen även Bookings konkurrent Expedias – avtal med hotell horisontella paritetsvillkor och villkor om tillgångsparitet. Konkurrensverket har bedömt dessa villkor som konkurrensbegränsande. De tidigare gällande paritetsvillkoren har påverkat konkurrensförhållandena och bidragit till att forma dagens marknad med relativt få aktiva onlineresebyråer samt hotell med generellt sett en relativt svag egen onlinenärvaro. Förhållandet att marknaden för onlinebokningstjänster för hotell i Sverige under lång tid varit föremål för omfattande paritetsvillkor och att detta beror på bl.a. Booking och Expedia åberopas som en omständighet som förstärker de nu aktuella vertikala paritetsvillkorens konkurrensbegränsande effekt.

Marknaden för hotellövernattningar i Sverige

På marknaden för hotellövernattningar i Sverige konkurrerar hotellen med varandra om försäljningen av hotellövernattningar via ett antal olika distributionskanaler, bl.a. via onlineresebyråerna. De vertikala paritetsvillkoren berövar hotellen möjligheten att differentiera rumspriserna efter skillnaderna i bokningskostnader för de olika bokningskanalerna. Därmed kan hotellen inte föra vidare till sina kunder de fördelar som uppkommer av en mer kostnadseffektiv bokning på de egna hemsidorna.

Bookings vertikala paritetsvillkor innebär en begränsning i hotellens kommersiella handlingsfrihet som skiljer sig markant från hur situationen hade varit i det relevanta alternativa scenariot. Utan de vertikala paritetsvillkoren hade hotellen kunnat differen-

tierta rumspriserna fritt mellan de olika distributionskanalerna med utgångspunkt i skillnaderna i distributionskostnader. Detta hade varit mest ekonomiskt rationellt för hotellen och det hade även varit mest gynnsamt för slutkunderna.

Sammanfattningsvis får de vertikala paritetsvillkoren indirekt konkurrensbegränsande effekter även på marknaden för hotellövernattningar. De höga provisionerna och den dubbelmarginalisering som dessa leder till påverkar i förlängningen priserna på hotellövernattningarna, till skada för slutkunderna.

Märkbar effekt och samhandelseffekt

Till följd av Bookings marknadsandel om cirka 60 procent på marknaden för onlinebokningstjänster för hotell i Sverige är konkurrensbegränsningen märkbar. De konkurrensbegränsande effekternas märkbarhet förstärks av att även Bookings primära konkurrent i Sverige, Expedia, tillämpar motsvarande villkor. Expedia har en marknadsandel om cirka 30 procent. Totalt omfattas därmed cirka 90 procent av marknaden för onlinebokningstjänster av vertikala paritetsvillkor.

Även på den totala marknaden för hotellövernattningar i Sverige får Bookings vertikala paritetsvillkor en märkbart konkurrensbegränsande effekt till följd av att över 90 procent av de svenska hotellen använder sig av onlineresebyråers bokningstjänster, såsom Bookings.

Alla onlineresebyråer är verksamma i flera EU/EES-länder. Hotellgästerna som bokar rum på svenska hotell kommer delvis från andra EU/EES-länder. Därmed påverkas även handeln mellan Sverige och andra EU/EES-länder.

Konkurrensbegränsande syfte

Bookings vertikala paritetsvillkor begränsar helt hotellens möjligheter att priskonkurrera med Booking, som befinner sig nedströms i distributionskedjan. Därigenom finns

det ett inneboende tryck uppåt på priserna på hotellövernattningarna. Därför måste de vertikala paritetsvillkoren som utgångspunkt anses vara konkurrensbegränsande till sitt objektiva syfte.

Vidare förhindras tillkomsten av ny konkurrens av vertikala paritetsvillkor genom att det blir svårare för konkurrenter till Booking att använda pris som konkurrensmedel för att komma in på marknaden. Detta beror på att incitamenten för hotell att erbjuda lägre priser hos en ny onlineresebyrå minskar ju större betydelse som en befintlig onlineresebyrå, i detta fall Booking, har för hotellen som försäljningskanal. Detta får prishöjande effekter på hotellövernattningarna eftersom hotellen måste kompensera sig för den provision som Booking begär.

Vertikala paritetsvillkor i avtalsrelationer mellan ett hotell och flera olika onlineresebyråer skapar även tillsammans negativa nätverkseffekter. Såväl Booking som dess huvudkonkurrent Expedia tillämpar likartade vertikala paritetsvillkor. Detta skapar en minskad konkurrens i distributionsledet. Därmed försvagas konkurrensen om onlineresebyråernas provisioner vilket i sin tur påverkar priset på hotellövernattningarna i prishöjande riktning.

Undantag

Förutsättningar för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF föreligger inte. Gruppundantaget för vertikala avtal är inte tillämpligt till följd av att Bookings marknadsandel överstiger 30 procent. Inte heller förutsättningarna för ett individuellt undantag är uppfyllda. Visita förnekar i och för sig inte att Bookings bokningstjänst är till nytta för såväl hotell som hotellgäster, men det bestrids dels att det är de vertikala paritetsvillkoren som skapar denna nytta, dels att vertikala paritetsvillkor skulle vara en nödvändig förutsättning för Bookings möjlighet att erbjuda sin bokningstjänst.

Konsumenterna kan inte anses i tillräcklig utsträckning få del av fördelarna med Bookings bokningstjänst eftersom konkurrensen på marknaden för onlinebokningstjänster för hotell är svag vilket driver upp provisionskostnaderna, vilket i sin tur påverkar det pris på hotellövernattningarna som konsumenterna får betala i prishöjande riktning.

Visita bestrider att vertikala paritetsbestämmelser motverkar s.k. snålskjutsproblem. Det bestrids att det föreligger något sådant problem. Det finns andra sätt för online-resebyråerna att finansiera sin verksamhet, varför affärsmodellen inte står och faller med de vertikala paritetsbestämmelserna. Booking har dessutom, genom sin dominerande ställning, en skyddad marknadsposition och drabbas därför inte av eventuella snålskjutsproblem.

Konkurrensen begränsas för en väsentlig del av marknaden för onlinebokningstjänster för hotell till följd av Bookings marknadsandel om cirka 60 procent. Denna effekt förstärks dessutom av spridningen till övriga onlineresebyråers, framför allt Expedias, tillämpning av i princip likalydande paritetsvillkor. Tillsammans svarar dessa båda företag för cirka 90 procent av marknaden. Det är uteslutet att undantagsvillkoren är uppfyllda vid dessa nivåer.

Yrkandet om att domen får verkställas trots att den inte har vunnit laga kraft

I första hand görs gällande att bestämmelsen i 3 kap. 1 § andra stycket konkurrenslagen är tillämplig även i en situation då talan om åläggande förs enligt 3 kap. 2 § konkurrenslagen. Enligt 3 kap. 1 § andra stycket konkurrenslagen gäller ett åläggande som Konkurrensverket meddelar ett företag omedelbart, om något annat inte bestäms. I andra hand åberopas bestämmelserna i 17 kap. 14 § rättegångsbalken som stöd för att domen får verkställas utan hinder av att den har vunnit laga kraft.

Yrkandet kan prövas utan olägenhet även om det har framställts först under huvudförhandlingen. Det saknas därmed grund för avvisning.

Booking

Bookings nuvarande vertikala paritetsvillkor strider inte mot förbuden mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF. Villkoren har inte till syfte och får inte heller till effekt att konkurrensen märkbart begränsas på någon marknad. Förutsättningarna för undantag är under alla förhållanden uppfyllda.

Det bestrids att avtalsvillkor om viss tillgång till alla rum och rumstyper, bästa prisgaranti och rankning skulle utgöra omständigheter som skulle förstärka de vertikala paritetsvillkorens konkurrensbegränsande effekt. Nämnade bestämmelser saknar betydelse för prövningen.

Effektivitetsvinster

Onlineresebyråer medför omfattande effektivitetsvinster för såväl hotell som konsumenter vilka kommer att gå förlorade om vertikala paritetsvillkor förbjuds. Den mest centrala fördelen är den ökade pristransparensen. Pristransparensen ökar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar. Utan vertikala paritetsvillkor skulle konsumenterna inte kunna lita på att priserna hos Booking var minst lika bra som på hotellens egna webbplatser vilket skulle leda till att hotellen kan höja priserna.

Snålskjutsproblematiken

Booking har en provisionsbaserad ersättningsmodell som innebär att hotellen utger ersättning till Booking endast i de fall då en bokning faktiskt görs på Bookings webbplats. Booking kan inte ha modellen utan skydd mot att hotellen illojalt åker snålskjuts på Bookings investeringar och tar kunder från Booking genom att erbjuda konsumenterna lägre priser på deras egen webbplats än de priser hotellen tillämpar via Bookings tjänst. Ett sådant beteende skulle över tid undergräva Bookings möjligheter att erbjuda sina tjänster med samma kvalitet som Booking kan erbjuda utan den snålskjuts som förhindras genom vertikala paritetsvillkor.

Nödvändig begränsning

De vertikala paritetsvillkor som kvarstår efter åtagandet till Konkurrensverket är begränsat till vad som är nödvändigt för att säkerställa att hotellen inte kan åka snålskjuts på Bookings investeringar.

Genom Bookings frivilliga åtagande till Konkurrensverket begränsades inte bara de horisontella paritetsvillkoren utan även de vertikala paritetsvillkoren i viss mån. Bl.a. har Booking åtagit sig att inte hindra hotellen från att sätta ett lägre pris offline och för gäster anslutna till hotellens lojalitetsprogram. Hotellen har därmed redan fått möjligheter att sätta lägre priser än på Bookings webbplats i de fall där snålskjutsproblematiken inte är lika uppenbar.

Relevant marknad

Booking vitsordar avgränsningen av de relevanta marknaderna. Enligt Booking bör den första marknaden benämnas marknaden för tillhandahållande av onlineresebyrå-tjänster avseende hotell i Sverige. Den andra marknaden kan benämnas som Visita har gjort, dvs. marknaden för hotellövernattningar i Sverige. Booking är verksamt på den förstnämnda och hotellen på den andra.

Konkurrensbegränsande syfte

Bookings vertikala paritetsvillkor har inget konkurrensbegränsande syfte. Villkoren är vertikala och kan inte anses utgöra särskilt allvarliga begränsningar för vilka en bedömning av effekterna skulle vara onödig. Avtalsvillkorens objektiva syfte är inte att begränsa konkurrensen utan att säkerställa att hotellen inte kan åka snålskjuts på Bookings investeringar.

Konkurrensbegränsande effekt

Eventuella konkurrensbegränsande effekter av avtalsvillkoren måste bedömas i sitt sammanhang dvs. mot bakgrund av de effektivitetsvinster som avtalen ger upphov till, den snålskjutsproblematik som villkoren avser att lösa och det faktum att villkoren inte går utöver vad som är nödvändigt för att förhindra snålskjuts och upprätthålla pris-transparens.

Marknaden för tillhandahållande av onlineresebyråttjänster avseende hotell i Sverige

De återstående vertikala paritetsvillkoren har inte någon negativ effekt på konkurrensen mellan onlineresebyråer.

De vertikala paritetsvillkoren hindrar inte hotell att prisdifferentiera mellan onlineresebyråer. För en stor majoritet av hotell har sådana villkor heller ingen betydelse för deras beslut om differentiering mellan onlineresebyråer. Hotell som inte omfattas av vertikala paritetsvillkor prisdifferentierar inte i större utsträckning än hotell som omfattas av sådana villkor. Hotell har dessutom möjlighet att flytta rumstillgång till de försäljningskanaler där det är mest troligt att de kommer generera flest bokningar till lägst kostnad. Ett förbud mot de kvarvarande paritetsvillkoren skulle inte leda till ökad konkurrens mellan onlineresebyråer.

Marknaden för hotellövernattningar i Sverige

Booking och hotellen står i en vertikal relation till varandra och är inte verksamma på samma relevanta marknad. Villkoren kan därför inte ha någon negativ effekt på konkurrensen mellan Booking och hotellen.

Pristransparensen och tillförlitligheten i prisjämförelser för konsumenter skulle gå förlorad om vertikala paritetsvillkor förbjöds. Pristransparensen ökar konkurrensen

mellan hotell. En minskad pristransparens riskerar att leda till högre priser på hotell-övernattningar.

Även om ett förbud mot vertikala paritetsvillkor skulle leda till lägre priser på hotellets egna webbplatser än på Bookings webbplats, betyder det inte att prisnivån för hotellgästerna generellt skulle bli lägre. Skillnaden i pris mellan hotellens egna webbplatser och Bookings webbplats skulle lika gärna kunna uppstå genom att priset höjdes på Bookings webbplats.

Om inte hotellen har för avsikt att åka snålskjuts på Bookings tjänster skulle hotellens kostnad för att locka kunderna till de egna webbplatserna och få dem att boka övernattning där sannolikt vara lika hög som den provision som hotellen betalar till Booking.

Hotellen har incitament att hålla ett lägre pris på sin egen webbplats alldeles oavsett om onlineresebyråernas provisionsnivåer befinner sig på en konkurrenskraftig nivå. Det är dessa incitament som ger upphov till problemen med snålskjuts där hotellen har möjlighet att utan kostnad dra nytta av de investeringar som onlineresebyråer gör.

Märkbar effekt

Booking anser i första hand att hänsyn till snålskjutsproblematiken och avtalens effektivitetsvinster ska tas vid bedömningen av om avtalsvillkoren överhuvudtaget har någon negativ effekt. I andra hand bör dessa hänsyn tas vid en bedömning av märkbarheten och medföra att effekten i vart fall inte är kvalitativt märkbar då villkoren är nödvändiga för avtalet i sig och en eventuell negativ effekt är mycket begränsad.

Det vitsordas att Booking har en hög marknadsandel på marknaden för onlineresebyrå-tjänster avseende hotell i Sverige. Booking är inte verksamt på marknaden för hotell-övernattningar i Sverige.

Samhandelseffekt

Det vitsordas att Booking är verksamt i flera EU/EES-länder samt att hotellgästerna som bokar rum på svenska hotell delvis kommer från andra EU/EES-länder. Booking vitsordar således att Bookings standardavtal med hotellen i Sverige har samhandelseffekt och att artikel 101.1 FEUF är parallellt tillämplig. För att säkerställa en enhetlig rättstillämpning av artikel 101.1 FEUF bör därför hänsyn tas även till andra konkurrensmyndigheters och domstolars tillämpning av artikel 101.1 FEUF på vertikala paritetsvillkor. I de fåtal medlemsstater inom EU där vertikala paritetsvillkor delvis slutligt har förbjudits har detta skett genom särslagstiftning och inte genom tillämpning av artikel 101.1 FEUF eller motsvarande nationella bestämmelser.

Undantag

De omfattande effektivitetsvinster som Bookings standardavtal med hotellen medför för hotell och även direkt för konsumenter kommer att gå förlorade om vertikala paritetsvillkor förbjuds vilket under alla förhållanden medför att förutsättningarna för undantag i 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF är uppfyllda.

En stor del av effektivitetsvinsterna är direkt hänförliga till konsumenter och konsumenterna måste därför anses få del av dessa effektivitetsvinster

Enbart det faktum att Booking har en hög marknadsandel på marknaden för online-resebyråtjänster innebär inte att Booking kan sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga. Det faktum att en hög andel svenska hotell är anslutna till Booking innebär inte att Booking kan sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av hotellövernattningar. Den andel hotellnätter i Sverige som bokas genom Booking är betydligt lägre än 20 procent.

Hänsyn ska även tas bl.a. till avtalsbegränsningens betydelse för konkurrensen på marknaden. Med hänsyn till de mycket begränsade negativa effekter, om några, som

uppstår på marknaden för onlineresebyråttjänster eller marknaden för hotellövernattningar anser Booking att bolaget inte kan sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av vare sig onlineresebyråttjänster eller för hotellövernattningar.

Yrkandet om att domen får verkställas trots att den inte har vunnit laga kraft

Yrkandet, som har framställts under huvudförhandlingen, kan inte prövas utan olägenhet och ska i första hand avvisas enligt 13 kap. 3 § andra stycket rättegångsbalken. Booking har inte getts skäligt rådrum att ta ställning till yrkandet.

I andra hand ska yrkandet ogillas. Ett beslut om åläggande som träder i kraft senast tre månader från Patent- och marknadsdomstolens dom kommer att medföra problem för Booking. Om Konkurrensverket hade fattat ett motsvarande beslut enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen, hade verket bestämt att beslutet inte skulle gälla omedelbart. De aktuella avtalsvillkoren har varit i kraft under lång tid. Vid en eventuell tillämpning av bestämmelsen i 17 kap. 14 § rättegångsbalken ska en intresseavvägning göras. Visita har inte ställt någon säkerhet för den skada som Booking kan åsamkas om domen skulle ändras i högre instans.

UTREDNINGEN

Visita har åberopat vittnesförhör med N.H., som är marknads- och försäljningschef på Memory Hotel i Kista, J.L., som är chef för den grupp som på koncernnivå i hotellkedjan Scandic bl.a. arbetar med prissättning, och N.K. som har motsvarande arbetsuppgifter som J.L. i hotellkedjan Nordic Choice. Härutöver har Visita åberopat sakkunnigförhör med K.L. vid Copenhagen Economics.

Booking har åberopat sakkunnigförhör med B.I. vid RBB Economics, och D.R. från marknadsundersökningsföretaget Growth from Knowledge (Gfk).

Parterna har åberopat skriftlig bevisning bestående bl.a. av avtal, utlåtanden från ekonomiska experter, marknadsundersökningar och årsredovisningar.

Härutöver har Visita åberopat ett rättsutlåtande av professor L.H.

DOMSKÄL

Talerätt

Som angetts ovan fann Konkurrensverket inte skäl att ingripa mot de villkor som Konkurrensverket och parterna har kallat för vertikala paritetsvillkor och som Patent- och marknadsdomstolen i det följande kommer att benämna snäva paritetsvillkor. En fördel med sistnämnda begrepp är att det inte är kopplat till hur man ser på marknaden.

Vidare har begreppet snäva paritetsvillkor den fördelen att det än tydligare framgår att Patent- och marknadsdomstolen prövar villkor som är snävare än dem som tidigare har tillämpats.

De tidigare villkoren innebar att hotellen inte fick sätta lägre priser vare sig på sina egna webbplatser eller på andra onlineresebyråers webbplatser än på Bookings webbplats. Vid en preliminär bedömning fann Konkurrensverket att den del av villkoren som innebar ett förbud mot att sätta lägre priser på andra onlineresebyråers webbplatser jämfört med på Bookings webbplats stred mot förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Parterna och Konkurrensverket har kallat villkoren som innebar ett förbud mot att sätta lägre pris på andra onlineresebyråers webbplatser jämfört med på Bookings webbplats för horisontella paritetsvillkor, men Patent- och marknadsdomstolen väljer att kalla dem för vida paritetsvillkor.

Enligt 3 kap. 2 § konkurrenslagen får ett företag som berörs av Konkurrensverkets beslut att inte meddela ett åläggande enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen väcka talan om ett sådant åläggande. Av 1 kap. 5 § andra stycket konkurrenslagen följer att med företag avses också en sammanslutning av företag.

Omkring 70 procent av alla hotell i Sverige är medlemmar i Visita. Enligt Booking är nästan alla hotell anslutna till Booking, vilket stämmer väl överens med Visitas uppgifter om att 90 procent av hotellen är anslutna till Booking. Utifrån detta står det klart dels att Visita är att anse som ett företag i konkurrenslagens mening, dels att Visita berörs av Konkurrensverkets beslut. Visita har följaktligen rätt att föra talan om ett åläggande enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen, vilket inte heller har ifrågasatts av parterna.

Bookings tjänst och parternas avtalsrelation m.m.

Innan domstolen går in på bedömningen av om de avtalsvillkor som är aktuella i målet strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal finns det anledning att redogöra för vad som har framkommit om hur Bookings tjänst i stora drag fungerar och hur avtalsrelationen ser ut mellan Booking, hotellen och de konsumenter som bokar hotellrum. Eftersom den som bokar ett hotellrum i många fall även är den som sedan nyttjar det används även begreppet hotellgäst med avseende på konsumenten.

På Bookings webbplats kan konsumenter söka efter hotellrum, jämföra olika hotell med varandra och boka lediga hotellrum. De bilder på hotell, rum och omgivning samt de texter om hotellen m.m. som den som söker på Bookings webbplats möts av har lagts upp där direkt av de hotell som har ett avtal med Booking. Hotellen har behörighet att lägga upp information på Bookings webbplats vilket bl.a. innebär att det är hotellen som lägger in priserna på hotellrummen och att det enbart är hotellen som bestämmer det pris som hotellgästen får betala. Vidare kan den som söker på ett visst hotell på Bookings webbplats även ta del av gästrecensioner som har lagts upp av tidigare hotellgäster. Varken hotellen eller de som skriver gästrecensioner får betalt för den information som de lägger upp på Bookings webbplats.

På Bookings webbplats finns emellertid även information som har lagts upp av Booking eller som har skapats genom de algoritmer som Booking tillämpar. I de fall det finns överstrukna priser – och där det anges att ett visst pris är rabatterat – så har dessa överstrukna priser inte lagts upp av hotellen utan de har lagts upp av Booking

eller skapats av Bookings algoritmer. Detsamma gäller information om rankning av olika hotell och olika symboler som t.ex. ”tummen upp”. Sistnämnda symbol ges för s.k. rekommenderade partners, dvs. hotell som uppfyller vissa krav och har valt att betala en något högre provision.

Sammanfattningsvis har alltså huvuddelen av den information som de som söker efter hotellrum tar del av lagts upp av hotellen själva, men det finns också viss tillkommande information.

I punkten 2.2.4 i Bookings standardavtal med hotellen finns en bestämmelse om att hotellen för varje kalenderdatum, i mån av tillgång, ska ge Booking viss tillgänglighet till alla rum och rumstyper och att hotellen uppmuntras att ge Booking rimlig tillgång till alla rum och rumstyper. Av denna bestämmelse framgår att det är hotellen som, utöver viss minimitillgång, bestämmer hur många hotellrum som ska finnas tillgängliga på Bookings webbplats.

Av utredningen i målet har framkommit att hotell kan lägga ut samma rum i flera olika bokningskanaler samtidigt. Det här innebär att ett hotell som totalt har 60 rum kan välja att för ett visst datum lägga ut 60 lediga rum för bokning på sin egen webbplats samtidigt som hotellet lägger ut 60 lediga rum såväl på Bookings webbplats som på Expedias webbplats för samma datum. Om ett hotell har gjort så ser hotellet, ofta med hjälp av datorprogram – s.k. kanalhanterare för hotell eller Channel Manager på engelska – till att allt eftersom bokningar görs i någon kanal justera tillgängligheten även i de andra kanalerna. Det finns dock ingenting som hindrar hotellen från att dela upp tillgången och fördela den på annat sätt, under förutsättning att hotellen iakttar sin förpliktelse om viss minimitillgång enligt punkten 2.2.4 i avtalet. Enligt de vittnen från hotellbranschen som har hörts kräver en sådan uppdelning visst manuellt arbete vilket är en kostnadsfaktor för hotellen.

De hotell som finns representerade på Bookings webbplats har löpande avtal med Booking. I ett avtal mellan ett enskilt hotell och Booking finns bl.a. en bestämmelse

om den provisionsnivå i form av en procentsats som hotellet ska betala till Booking när en konsument bokar ett av hotellets rum på Bookings webbplats. I hotellens enskilda avtal finns en hänvisning till Bookings standardavtal med hotellen. Det händer att sistnämnda avtal, som har rubriken Allmänna leveransvillkor, ändras från tid till annan av Booking utan föregående förhandling med hotellen. Dessa villkor har ändrats under domstolens handläggning av målet och den senaste versionen är från den 17 april 2018.

När en konsument bokar ett hotellrum på Bookings webbplats uppstår två ytterligare avtalsförhållanden. Konsumenten sluter ett avtal direkt med hotellet som innehåller vissa förpliktelser å ömse sidor. Hotellet förpliktar sig att tillhandahålla ett hotellrum ett visst datum och konsumenten förpliktar sig att betala ett visst pris för utnyttjandet av den tjänsten. Detta avtal ingås automatiskt utan att konsumenten har haft någon föregående kontakt med hotellet. Konsumenten ingår också ett avtal med Booking. Avtalet reglerar andra frågor än de som omfattas av avtalet mellan konsumenten och hotellet. Av avtalet framgår bl.a. att konsumenten inte betalar någon bokningsavgift till Booking. Konsumentens avtal med hotellet och konsumentens avtal med Booking är inte löpande på viss tid, utan avser vissa specifika förpliktelser.

Booking fakturerar hotellen för provision avseende de bokningar som har gjorts på Bookings webbplats. Faktureringen sker i efterhand och omfattar då inte bokningar där konsumenten har haft rätt till avgiftsfri avbokning och utnyttjat denna rätt. Booking tar inte betalt direkt från konsumenter och bolaget tar heller inte betalt från hotell i de fall där bokning inte sker.

Förbudet mot konkurrensbegränsade avtal*2 kap. 1 § konkurrenslagen*

Enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen är avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt förbjudna.

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § konkurrenslagen fanns tidigare i 6 § i gamla konkurrenslagen (1993:20). Sistnämnda bestämmelse infördes med motsvarande förbud i gemenskapsrätten – som då fanns i artikel 85.1 i Romfördraget – som förebild (se prop. 1992/93:56 s. 18). EU-domstolen har i ett flertal avgöranden slagit fast att i de fall där nationell lag har anpassats efter en reglering som finns i unionsrätten föreligger ett unionsintresse i att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten, oberoende av de omständigheter under vilka de ska tillämpas, tolkas på ett enhetligt sätt (se bl.a. mål C-345/14 Maxima Latvija, EU:C:2015:784, p. 12 och där gjorda hänvisningar).

Artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet

Bestämmelser med motsvarande innehåll som 2 kap. 1 § konkurrenslagen finns i artikel 101 FEUF och i artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet).

Samhandelseffekt

För att bestämmelserna i FEUF och EES-avtalet ska vara tillämpliga krävs att konkurrensbegränsningen kan påverka handeln mellan medlemsstater respektive EES-stater. Enligt artikel 3.1 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (förordning 1/2003) ska bestämmelserna tillämpas om samhandelskriteriet är uppfyllt. Förordning 1/2003 har betydelse även för EES.

Booking och dess konkurrenter är verksamma inom EU och EES. Vidare kommer de konsumenter som bokar hotellövernattningar i Sverige delvis från sådana stater. I och med detta påverkas handeln mellan Sverige och dessa länder varför samhandelskriteriet är uppfyllt vilket innebär att bestämmelserna i artikel 101 FEUF och artikel 53 i EES-avtalet är tillämpliga.

För att inte tynga texten kommer domstolen i det följande att vid sin bedömning utgå från den svenska lagstiftningen även om det alltså är fler lagrum som tillämpas.

Bevisbörda och beviskrav

I huvudsak har EU:s medlemsstater inte gett unionen någon lagstiftningskompetens på det processuella området, vilket innebär att principen om nationell processuell autonomi gäller i de allra flesta fallen. Utgångspunkten är då att nationell domstol får tillämpa nationell processrätt vid prövningen av en talan som grundas på unionsrättsliga bestämmelser. (Jfr NJA 2013 s. 42, p. 4).

På konkurrensrättens område har EU:s medlemsstater dock gett unionen lagstiftningskompetens i frågan vem som har bevisbördan för en överträdelse av bl.a. förbudet om konkurrensbegränsande avtal enligt 101 FEUF. Enligt artikel 2 i förordning 1/2003 ska bevisbördan åvila den part som gör gällande att artikel 81.1 eller artikel 82 i fördraget (dvs. nuvarande artikel 101.1 och 102 FEUF) har överträtts. Av denna bestämmelse följer även att det företag som åberopar att undantagsbestämmelserna i artikel 81.3 i fördraget (dvs. nuvarande artikel 101.3 FEUF) är tillämpliga ska ha bevisbördan för att villkoren i den punkten är uppfyllda.

Vad som nu sagts om bevisbördan gäller även enligt nationell rätt.

Det här innebär att Visita har bevisbördan för påståendet om att de snäva paritetsvillkoren är konkurrensbegränsande. För det fall domstolen finner att så är fallet har

Booking bevisbördan för att villkoren omfattas av undantaget från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.

EU:s medlemsstater har inte gett unionen någon lagstiftningskompetens i frågan om vilket beviskrav som ska gälla. I enlighet med vad som anförts ovan får nationell rätt tillämpas. Enligt Patent- och marknadsdomstolen ska som utgångspunkt det beviskrav som normalt sett används i tvistemål tillämpas i denna typ av mål, dvs. visat eller styrkt.

Den nationella rätten har inte olika beviskrav vid prövningen enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen och vid prövningen enligt 101 FEUF. Eftersom det är samma beviskrav i båda situationerna strider beviskravet inte mot likhetsprincipen enligt unionsrätten. Det tillämpliga beviskravet medför inte heller att det i praktiken är omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten, varför det inte heller strider mot effektivitetsprincipen (se mål C-261/95 *Palmisani mot INPS*, EU:C:1997:351, p. 27). Då det alltså inte finns något som skulle tala för att det beviskrav som gäller enligt nationell rätt skulle strida mot nämnda principer finns det inte något hinder mot att tillämpa det i målet.

Avtal

Bookings avtal med hotellen utgör avtal mellan företag och får antas ge uttryck för parternas gemensamma vilja. Det förhållandet att den del av avtalen som har rubriken Allmänna leveransvillkor, och som Patent- och marknadsdomstolen kallar för Bookings standardavtal med hotellen, kan ändras ensidigt av Booking medför enligt domstolen inte någon annan bedömning. Avtalen tillämpas parterna emellan och såväl Booking som hotell fullgör olika förpliktelser som följer av avtalen.

Relevanta marknader

Parterna har samma syn när det gäller frågan om hur marknaderna ska avgränsas för den konkurrensrättsliga bedömningen. Enligt dem finns det en relevant marknad på vilken Booking och andra aktörer som erbjuder liknande tjänster som Booking är verksamma och en relevant marknad på vilken hotell som erbjuder övernattningar är verksamma. Konkurrensverket fann skäl att i sin preliminära bedömning avgränsa den första, men inte den andra marknaden.

När det gäller den förstnämnda marknaden stämmer parternas syn på avgränsningen – inklusive vilka som är verksamma på denna marknad – överens med Konkurrensverkets preliminära bedömning. Nämnda bedömning innebar att bara sådana tjänster som möjliggör bokning direkt på webbplatsen omfattas av marknadsdefinitionen (se Konkurrensverkets beslut, p. 15).

Konkurrensverket konstaterade att förutom hotellens egna försäljningskanaler, främst försäljning via telefon eller online på hotellets webbplats, sker försäljning av hotellrum via traditionella resebyråer och onlineresebyråer (se Konkurrensverkets beslut, p. 8).

Mot bakgrund av att Konkurrensverket har gjort en skillnad mellan traditionella resebyråer och onlineresebyråer samt att verket har valt att kalla denna marknad för marknaden för tillhandahållande av onlineresebyråtjänster avseende hotell belägna i Sverige (se Konkurrensverkets beslut, p. 15), kan man dra den slutsatsen att Konkurrensverket har gjort bedömningen att traditionella resebyråer inte är verksamma på denna marknad. Konkurrensverket har inte utvecklat skälen för sin bedömning i denna del.

När det gäller frågan om hotellen och onlineresebyråerna ska anses vara verksamma på samma marknad har Konkurrensverket, mot bakgrund av att onlineresebyråerna förmedlar hotellrum till konsumenter på uppdrag av hotellen och därutöver erbjuder konsumenterna en sök- och jämförelsefunktion som enskilda hotell inte har möjlighet att

erbjuda, gjort bedömningen att de inte är verksamma på samma marknad (se Konkurrensverkets beslut, p. 16).

I sitt beslut konstaterade Konkurrensverket att det i allmänhet inte var möjligt för en konsument att boka hotellrum direkt hos en aktör som tillhandahåller en metasöksida, utan konsumenten slussades då vidare därifrån till en onlineresebyrås, eller i sällsynta fall till det valda hotellets, webbplats (se Konkurrensverkets beslut p. 11). Med beaktande av detta synes Konkurrensverket ha gjort bedömningen att aktörer som tillhandahåller metasöksidor inte är verksamma på samma relevanta marknad som onlineresebyråer.

Såväl Visita som Booking har under processen vid domstolen angett att det numer finns vissa metasöksidor som har en bokningsfunktion. Enligt Booking ska t.ex. Trivago, som ingår i samma koncern som Expedia, ha en sådan funktion.

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att det är drygt tre år sedan Konkurrensverket gjorde sin preliminära bedömning och med hänsyn till rådande teknikutveckling kan det vara så att fler aktörer är verksamma på nu aktuell marknad. Enligt domstolen medför det dock inte något behov att göra en annan avgränsning av marknaden. Frågan om fler aktörer är verksamma på nu aktuell marknad har i stället betydelse för bedömningen av aktörernas marknadsställning.

Patent- och marknadsdomstolen delar parternas bedömning av hur de i målet relevanta marknaderna bör avgränsas. Detta gäller även avgränsningen i geografiskt hänseende som innebär att marknaderna endast omfattar bokningstjänster avseende hotellrum i Sverige respektive hotellövernattningar i Sverige.

När det gäller den första marknaden har parterna använt olika benämningar på marknaden. Visita har valt att kalla den för marknaden för onlinebokningstjänster för hotell i Sverige medan Booking har valt att, i likhet med Konkurrensverket, kalla den för marknaden för tillhandahållande av onlineresebyråtjänster avseende hotell i Sverige.

Patent- och marknadsdomstolen väljer att kalla denna marknad för marknaden för tillhandahållande av onlineresebyråttjänster avseende hotell i Sverige (marknaden för onlineresebyråttjänster).

Enligt domstolen kan den marknad som hotellen är verksamma på benämnas marknaden för hotellövernattningar i Sverige (marknaden för hotellövernattningar). Denna marknad är tillräckligt avgränsad för den prövning som ska göras i detta mål.

Accessorisk begränsning

Rättsliga utgångspunkter

Under årens lopp har en princip om accessoriska begränsningar utvecklats i praxis. Något förenklat ger en tillämpning av denna princip svar på frågan om vissa förhållanden kan beaktas inom ramen för prövningen av om ett avtal är konkurrensbegränsande enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller om de enbart kan beaktas vid prövningen av om ett undantag föreligger enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen.

EU-domstolen har förklarat att om en viss transaktion eller en viss verksamhet inte omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av dess neutrala karaktär eller positiva effekt på konkurrensen, omfattas en begränsning av det affärsrättsliga oberoendet för en eller flera av deltagarna i denna transaktion eller verksamhet inte heller av det principiella förbudet när begränsningen är objektivt nödvändig för genomförandet av transaktionen eller verksamheten och står i proportion till transaktionens eller verksamhetens syfte (se mål C-179/16 F. Hoffmann La-Roche m.fl., EU:C:2018:25, p. 69).

Vidare har EU-domstolen förklarat att när det inte är möjligt att skilja en sådan begränsning från huvudtransaktionen eller huvudverksamheten utan att äventyra transaktionens eller verksamhetens existens eller syften ska bedömningen av om begränsningen är förenlig med artikel 101.1 FEUF ske tillsammans med bedömningen av om den huvudtransaktion eller den huvudverksamhet som begränsningen hör

samman med är förenlig med artikel 101.1 FEUF, och att detta även gäller om det vid första påseendet kan förefalla som om en sådan begränsning, betraktad separat, omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF (se mål C-179/16 F. Hoffmann La-Roche, p. 70).

När det gäller att fastställa om en begränsning kan undgå förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av att den är accessorisk i förhållande till en icke konkurrensbegränsande huvudtransaktion har EU-domstolen påpekat att en undersökning ska göras av om det skulle vara omöjligt att genomföra transaktionen utan denna begränsning. Det faktum att transaktionen i fråga helt enkelt blir svårare att genomföra, eller till och med bara mindre lönsam, kan inte anses medföra att begränsningen uppfyller det krav på att vara objektivt nödvändig som gäller för att den ska kunna anses vara accessorisk. En sådan tolkning skulle nämligen innebära att detta begrepp utvidgades till att omfatta begränsningar som inte är strikt nödvändiga för genomförandet av huvudtransaktionen. Ett sådant resultat skulle skada den ändamålsenliga verkan av förbudet i artikel 101.1 FEUF. (Se mål C-179/16 F. Hoffmann La-Roche, p. 71).

Vidare har EU-domstolen framhållit att de villkor som uppställs i rättspraxis för att kvalificera en begränsning som accessorisk vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF inte ska blandas samman med kravet på nödvändighet enligt artikel 101.3 FEUF som uppställs för att en förbjuden begränsning ska kunna omfattas av undantag. Bestämmelserna i artikel 101.1 och 101.3 FEUF tjänar olika syften. Nödvändighetskriteriet i artikel 101.3 FEUF behandlar frågan om en sådan samordning mellan företag som kan få en märkbar negativ inverkan på konkurrensparametrar som exempelvis priser, varors och tjänsters kvantitet och kvalitet – och således omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF – trots detta inom ramen för artikel 101.3 FEUF kan betraktas som nödvändig för förbättringen av produktionen eller distributionen eller för främjandet av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande och samtidigt anses tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av förtjänsten. Kravet på att en begränsning ska vara objektivt nödvändig, dvs. en accessorisk begränsning, handlar däremot om en annan fråga, nämligen om en huvudtransaktion eller en huvudverksamhet som inte

omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF, och i förhållande till vilken begränsningen är underordnad, riskerar att inte genomföras eller inte kunna fortsätta utan denna begränsning av det affärsmässiga oberoendet. (Se mål C-382/12 P MasterCard m.fl. mot kommissionen, EU:C:2014:2201, p. 92–93.)

Enligt Patent- och marknadsdomstolen kan rättsläget sammanfattas på följande sätt. En begränsning som är objektivt nödvändig för att huvudverksamheten ska kunna utövas utgör inte någon konkurrensbegränsning enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen under förutsättning att huvudverksamheten i sig inte omfattas av det principiella förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och att begränsningen anses vara proportionerlig. I ett sådant fall beaktas det förhållandet att huvudverksamheten inte är konkurrensbegränsande vid prövningen enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen. En sådan prövning skiljer sig från den prövning som görs när en begränsning inte är objektivt nödvändig för att huvudverksamheten ska kunna utövas. I ett sådant fall ska bara begränsningen – men inte huvudverksamheten – beaktas vid prövningen enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Med andra ord saknar då det förhållandet att huvudverksamheten inte är konkurrensbegränsande betydelse för prövningen av om begränsningen strider mot förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Huvudverksamheten beaktas i det fallet först i den efterkommande prövningen av om det föreligger skäl för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen.

Bedömning i frågan om accessorisk begränsning

Booking har gjort gällande att om hotellen tillåts att sätta lägre pris på hotellrum på sina egna webbplatser än på Bookings webbplats finns det en risk för att konsumenter som söker och jämför hotell på Bookings webbplats sedan väljer att boka på det utvalda hotellets webbplats. Eftersom Bookings betalningsmodell innebär att bolaget endast får betalt om bokning genomförs på webbplatsen skulle bolaget, i en sådan situation, inte få betalt. Det förhållandet att hotellen skulle åka snålskjuts på Bookings investeringar skulle över tid undergräva bolagets möjligheter att erbjuda sina tjänster med samma kvalitet och på sikt hota verksamhetens existens. Enligt Booking utgör de snäva paritetsvillkoren därför en nödvändig begränsning.

Visita har bl.a. påpekat att avtalen inte innehöll några paritetsvillkor när Booking etablerade sig på den svenska marknaden. Uppgiften har bekräftats av N.K. och Booking har inte bemött påståendet.

Mot bakgrund av att det är Booking som har bevisbördan för påståendet om att de snäva paritetsvillkoren utgör en accessorisk begränsning (jfr mål C-382/12 P MasterCard, p. 3) föreligger det enligt Patent- och marknadsdomstolen inte något hinder mot att tillmäta uppgiften betydelse vid bedömningen. Domstolen har alltså att utgå från att de snäva paritetsvillkoren inte fanns med i det ursprungliga avtalet. Detta förhållande talar för att villkoren inte är objektivt nödvändiga för att Booking ska kunna tillhandahålla sin tjänst (jfr mål C-179/16 F. Hoffman La-Roche, p. 73).

Till detta kommer att Booking alltså är verksam i Frankrike, Italien och Österrike där det har införts lagstiftning som helt eller delvis förbjuder snäva paritetsvillkor och i Tyskland där den tyska konkurrensmyndigheten meddelat förbud för Booking att tillämpa sådana villkor. Utöver detta har det, genom vittnesförhör med N.K., framkommit att andelen bokningar via Booking har ökat med 30–40 procent hos Nordic Choice trots att hotellkedjan sedan 2012 i viss utsträckning har valt att sätta lägre priser på sin egen webbplats och alltså inte har tillämpat de snäva paritetsvillkoren. Som framgår av EU-domstolens avgörande i mål C-179/16 F. Hoffmann La-Roche anses en begränsning inte nödvändig ens om intäkterna minskar och det blir svårare att bedriva en verksamhet. Här finns det tvärtom uppgifter om att andelen bokningar har ökat hos hotell som inte har tillämpat de snäva paritetsvillkoren. Booking har inte lagt fram någon bevisning som motsäger dessa uppgifter.

Patent- och marknadsdomstolens slutsats av vad som anförts ovan är att de snäva paritetsvillkoren inte kan anses utgöra en accessorisk begränsning i konkurrensrättslig mening. Eftersom det således är möjligt att skilja de snäva paritetsvillkoren från Bookings verksamhet i övrigt utan att äventyra verksamhetens existens eller syften ska bedömningen av om de snäva paritetsvillkoren strider mot bestämmelsen i 2 kap. 1 § konkurrenslagen ske utan beaktande av Bookings huvudverksamhet. En bedöm-

ning av om Bookings verksamhet skulle kunna fungera mer effektivt med snäva paritetsvillkor får, vid en eventuell konkurrensbegränsning, i stället göras inom ramen för prövningen av om förutsättningarna för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen är uppfyllda (jfr mål T-111/08, MasterCard m.fl. mot kommissionen, EU:T:2012:260, p. 101 och mål C-382/12 P MasterCard, p.181).

Konkurrensbegränsning genom syfte

Rättsliga utgångspunkter

Kriterierna konkurrensbegränsande syfte eller resultat är alternativa (se t.ex. mål C-8/08 T-Mobile Netherlands m.fl., EU:C:2009:343, p. 28).

Vissa former av samordning mellan företag är så pass skadlig för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras (se mål C-172/14 ING Pensii, EU:C:2015:484, p. 31 med vidare hänvisning). Sådan samordning kan alltså redan till sin art anses vara skadlig för den normala konkurrensen (se mål C-67/13 P CB mot kommissionen, EU:C:2014:2204, p. 50). Begreppet att avtalet ”har till syfte” att begränsa konkurrensen ska tolkas restriktivt (se mål C-345/14 Maxima Latvija, p. 18).

Frågan om ett avtal mellan företag är tillräckligt skadligt för konkurrensen för att anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte ska prövas i förhållande till innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som eftersträvas med avtalet samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet ingår i. Vid bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna. (Se mål C-67/13 P Cartes Bancaires, p. 53).

Även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för att fastställa ett avtals konkurrensbegränsande syfte, föreligger inte något hinder mot att beakta denna (se mål

C-501/06 P GlaxoSmithKlein Services m.fl. mot kommissionen m.fl., EU:C:2009:610, p. 58).

Även vid den mer standardiserade bedömning som ska göras vid prövningen av om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte kan det krävas en ingående och individuell granskning av det omtvistade avtalet. Denna bedömning ska emellertid tydligt skiljas från granskningen av den faktiska eller potentiella verkan av de ifrågasatta företagens beteende. (Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-172/14 ING Pensii, EU:C:2015:272, p. 42).

Beträffande vissa typer av särskilt allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna, t.ex. uppdelning av marknader, kan bedömningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket förfarandet ingår begränsas till vad som visar sig vara absolut nödvändigt för att dra slutsatsen att det rör sig om en konkurrensbegränsning genom syfte. (Se mål C-373/14 P Toshiba Corporation mot kommissionen, EU:C:2016:26, p. 28–29).

För att ett avtal ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte räcker det att det är ägnat att inverka negativt på konkurrensen. Med andra ord är det tillräckligt att det är konkret ägnat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på den relevanta marknaden. Frågan om och i vilken mån ett avtal har en sådan verkan i verkligheten har endast betydelse för beräkning av eventuell konkurrensskadeavgift eller skadestånd. (Se mål C-32/11 Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, p. 38).

Bedömning av om paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom syfte

Visita har i huvudsak anfört följande. Bookings paritetsvillkor hindrar hotellen från att priskonkurrera med Booking, vilket medför ett inneboende tryck uppåt för priset på hotellövernattningar. Paritetsvillkoren hämmar vidare tillkomsten av ny konkurrens eftersom konkurrerande onlineresebyråer får det svårare att använda pris som konkurrensmedel för att träda in på marknaden för onlineresebyråtjänster. Bookings paritetsvillkor har därmed objektivt sett till syfte att begränsa konkurrensen.

Booking har häremot anført att de vertikala paritetsvillkoren inte har något konkurrensbegränsande syfte. Villkorens objektiva syfte är i stället att säkerställa att hotellen inte kan åka snålskjuts på Bookings investeringar.

Inledningsvis noterar Patent- och marknadsdomstolen att de paritetsvillkor som online-resebyråer tillämpar har varit föremål för bedömning vid ett stort antal konkurrensmyndigheter i Europa och även i andra delar av världen samt vid domstolar i bl.a. Tyskland. Frågor angående dess förenlighet med konkurrensrätten har även behandlats i den juridiska och ekonomiska litteraturen. Sammanfattningsvis kan konstateras att det råder olika uppfattningar i fråga om – och under vilka förutsättningar – olika slags paritetsvillkor typiskt sett är problematiska ur konkurrenssynpunkt.

Patent- och marknadsdomstolen anser inte att Bookings snäva paritetsvillkor vid ett första påseende kan anses hämma tillkomsten av ny konkurrens på marknaden för onlineresebyråtjänster, även om det inte kan uteslutas att villkoren skulle kunna få en sådan effekt. En bedömning i detta avseende får därför göras inom ramen för prövningen av villkorens eventuella effekter på konkurrensen (jfr mål C-67/13 P Cartes Bancaires, p. 80).

När det gäller frågan om de snäva paritetsvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen på grund av att de skulle hindra hotellen från att priskonkurrera med Booking gör domstolen följande bedömning. Bookings snäva paritetsvillkor innebär att hotell är förhindrade att sätta ett lägre pris på sin egen webbplats än på Bookings webbplats. I målet har framkommit att Booking och hotell i viss mån konkurrerar om konsumenters bokningstransaktion, dvs. att konsumenter ska boka sina rum på deras respektive webbplatser. Det är detta förhållande som utgör grunden för Bookings invändning om ett snålskjutsproblem.

Att Booking och hotellen konkurrerar om konsumenters bokningar av samma hotellrum vinner vidare visst stöd av det som N.K. har berättat om att Booking köper s.k. sökordsannonsering på olika hotellnamn. Detta innebär att om en konsument

söker på ett visst hotells namn i en sökmotor så kan den första träffen bli hotellets sida på Bookings webbplats i stället för hotellets egen webbplats. Det framgår också av expertutlåtandet CE1 att den som söker efter ett visst hotell på en metasöksida kan få träffar på såväl olika onlineresebyråers webbplatser för hotellet som hotellets egen webbplats.

Paritetsvillkoren begränsar alltså den ena avtalspartens möjlighet att sätta ett lägre pris i en viss försäljningskanal, trots att avtalsparterna till viss del kan anses konkurrera med varandra. Detta skulle kunna tala för att de snäva paritetsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte. Som anförts ovan ska dock en restriktiv tolkning göras. Enligt domstolen är det inte möjligt att, utifrån vad erfarenheten visar, konstatera att villkoren är så pass skadliga för konkurrensen att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras (jfr C-67/13 P Cartes Bancaires, p. 51). De snäva paritetsvillkoren kan således inte redan till sin art anses vara skadliga för konkurrensen och utgör därmed inte någon konkurrensbegränsning genom syfte.

Domstolen övergår därför till att pröva om Visita har visat att paritetsvillkoren har ett konkurrensbegränsande resultat.

Konkurrensbegränsning genom resultat

Rättsliga utgångspunkter

För att ett avtal ska anses ha ett konkurrensbegränsande resultat krävs att konkurrensen faktiskt har hindrats, begränsats eller snedvridits (se mål C-67/13 P Cartes Bancaires, p. 52). Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal är inte avsett att enbart skydda t.ex. konsumenters direkta intressen, utan det ska skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan (se mål C-286/13 P Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, EU:C:2015:184, p. 125).

Enbart det förhållandet att ett avtal mellan företag begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna är inte tillräckligt för att det ska omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete (se mål C-309/99 Wouters m.fl., EU:C:2002:98, p. 97). Avtalet måste alltså påverka konkurrensen i en sådan omfattning att negativa effekter på priser, produktion, innovation eller varors och tjänsters mångfald och kvalitet med en rimlig grad av sannolikhet kan förväntas på den relevanta marknaden (se kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget [2004/C 101/08]), p. 24 med vidare hänvisningar).

Det ska dock understrykas att bedömningen enligt EU-domstolens fasta praxis inte ska begränsas till endast de faktiska resultaten, utan den ska även omfatta ett hänsynstagande till ett avtals potentiella inverkan på konkurrensen (se mål C-345/14 Maxima Latvija, p. 30 med vidare hänvisningar och mål C-1/12 Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, EU:C:2013:127, p. 71 med vidare hänvisningar). Det kan dock, på motsvarande sätt som när det gäller mål om missbruk av en dominerande ställning, inte anses tillräckligt med en rent hypotetisk potentiell effekt (jfr mål C-23/14 Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 65).

Vid bedömningen av om ett avtal ska anses ha ett konkurrensbegränsande resultat ska hänsyn tas till det konkreta sammanhang i vilket det ingår och samtliga relevanta omständigheter, bl.a. det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt strukturen och de faktiska villkoren på den relevanta marknaden eller de relevanta marknaderna (se mål C-1/12 Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, p. 70). Prövningen ska göras mot bakgrund av den faktiska konkurrenssituation som skulle råda om det omtvistade avtalet inte fanns, det s.k. kontrafaktiska scenariot (mål C-382/12 P MasterCard, 161 med vidare hänvisningar).

En avvägning mellan ett avtals konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande konsekvenser ska endast göras inom ramen för undantagsbestämmelsen i artikel 101.3

FEUF eller 2 kap. 2 § konkurrenslagen (se mål T-112/99 M6 m.fl. mot kommissionen, EU:T:2001:215, p. 74–77).

Bedömning av om paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom resultat

Vad parterna har anfört

Visita har gjort gällande att de snäva paritetsvillkoren leder till att onlinereasebyråerna saknar incitament att konkurrera sinsemellan när det t.ex. gäller provisionsnivåer samt att villkoren leder till inträdeshinder för nya onlinereasebyråer. Enligt Visita uppkommer den primära konkurrensbegränsningen på den marknad som onlinereasebyråerna verkar på.

Härutöver har Visita gjort gällande att de snäva paritetsvillkoren medför att hotellen berövas möjligheten att sätta olika pris på hotellrum i olika bokningskanaler med beaktande av skillnaderna i bokningskostnader för de olika kanalerna. Därmed kan hotellen inte föra vidare de fördelar som en mer kostnadseffektiv bokning på den egna webbplatsen medför till sina hotellgäster. Konkurrensbegränsande effekter uppstår således också på marknaden för hotellövernattningar.

Booking har i huvudsak anfört följande. De snäva paritetsvillkoren begränsar varken konkurrensen mellan onlinereasebyråer eller mellan hotell. Booking och hotellen står i en vertikal relation till varandra och paritetsvillkoren kan därför inte ha någon negativ effekt på konkurrensen mellan dem. Det påstådda konkurrensproblemet är integrerat med det snålskjutsproblem som uppstår om hotellen lockar konsumenter från Bookings webbplats till den egna webbplatsen genom att erbjuda ett lägre pris där. Bookings tjänst medför fördelar för såväl hotell som konsumenter och främjar konkurrensen mellan hotellen genom bl.a. ökad pristransparens. Bookings provisionsbaserade betalningsmodell efterfrågas av både konsumenter och hotell. De vertikala paritetsvillkor som återstår efter bolagets åtagande till Konkurrensverket är begränsade till vad som är nödvändigt och proportionerligt för att hotellen inte ska kunna åka snålskjuts på Bookings investeringar.

I n l e d n i n g

Patent- och marknadsdomstolens bedömning ovan angående accessorisk begränsning innebär att det som Booking har anfört om snålskjuts och om fördelarna med bolagets tjänst inte kan beaktas vid bedömningen av om paritetsvillkoren har till resultat att begränsa konkurrensen. Sådana omständigheter ska i den mån det är möjligt i stället beaktas inom ramen för en eventuell prövning av om det finns förutsättningar för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen.

M a r k n a d s f ö r h å l l a n d e n m . m .

Av utredningen i målet, bl.a. vittnesförhören med företrädare för hotellbranschen, framgår att Bookings marknadsandel på marknaden för onlineresebyråtjänster avseende hotell i Sverige är hög och i vart fall kan antas uppgå till omkring hälften av marknaden. Expedia är den näst största aktören på marknaden och är omkring hälften så stor som Booking. Marknaden är i övrigt fragmenterad.

Det har framkommit i målet att vissa metasöksidor har infört möjlighet till bokning av hotell på deras webbplatser. Parterna har anfört att sådana metasöksidor skulle kunna anses ingå på marknaden för onlineresebyråtjänster. Enligt Visitas expertulåtande CE1 ser konsumenter metasöksidor och onlineresebyråer som utbytbara. Parterna har dock inte lagt fram någon mer preciserad utredning om hur metasöksidornas bokning fungerar och i vilken utsträckning konsumenter och hotell anser metasöksidor vara utbytbara mot onlineresebyråer. Mot denna bakgrund utgår domstolen från att metasöksidor inte ingår på den relevanta marknaden.

På marknaden för onlineresebyråtjänster råder alltså närmast en oligopolsituation. Detta behöver dock inte bero på något konkurrensproblem, utan kan t.ex. vara en naturlig följd av de starka nätverkseffekter som präglar marknaden, dvs. att ju fler hotell och konsumenter som använder en viss onlineresebyrå, desto mer attraktiv blir tjänsten för båda grupperna. Dessutom får i vart fall de metasöksidor som har infört möjlighet till bokning ses som potentiella konkurrenter till onlineresebyråerna. Det ska

dock noteras att vissa metasöksidor ingår i samma koncerner som Booking respektive Expedia.

Booking har alltså en mycket stark ställning på marknaden för onlineresebyråtjänster. Detta medför att eventuella konkurrensbegränsningar till följd av företagets ifrågasatta paritetsvillkor typiskt sett får större effekter än vad som annars hade varit fallet. Detta gäller särskilt eftersom den näst största onlineresebyrån Expedia tillämpar motsvarande snäva paritetsvillkor.

När det gäller marknaden för hotellövernattningar i Sverige så finns ett mycket stort antal aktörer och konkurrenstrycket är högt. Visita har uppskattat antalet hotell i Sverige till cirka 2 000. De två största kedjorna Scandic och Nordic Choice har tillsammans en marknadsandel, baserat på antal rum, om cirka 25 procent. Varken Scandic eller Nordic Choice tillämpar prisparitet mot Booking.

Drygt 80 procent av hotellen som har svarat på Visitas hotellenkät har avtal med både Booking och Expedia. Enligt Bookings hotellenkät 2016 har drygt 60 procent av de svenska respondenterna avtal med fler än en onlineresebyråtjänst.

Allmänt om provisionsnivåer

Av utredningen framgår att provisionsnivåerna bestäms i respektive hotells avtal med Booking och att provisionsnivåerna således kan variera för olika hotell. Utifrån Visitas utredningar, som i viss mån stöds av vittnesförhör med hotellföreträdarna, framgår att Booking tar ut omkring 15 procent i grundprovision. Det finns inga uppgifter i målet om att Booking, till följd av exempelvis införandet av paritetsvillkor eller ökade marknadsandelar, vid något tillfälle har höjt sin provisionsnivå i Sverige generellt sett. Tvärtom visar utredningen att Bookings grundprovisionsnivå under flera år har varit i det närmaste oförändrad. Av utredningen framgår vidare att den näst största aktören, Expedia, generellt sett har en något högre provisionsnivå än Booking. Enligt uppgift från hotellföreträdarna har vissa mindre onlineresebyråer en något lägre provisionsnivå än Booking och Expedia.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för
onlineresebyråtjänster

Visita har gjort gällande att om en onlineresebyrå skulle försöka konkurrera med pris – dvs. genom att i utbyte mot en lägre provisionsnivå förmå hotellen att sätta lägre priser till slutkund i den bokningskanalen – skulle hotellen ha ett starkt incitament att sänka priset på sina egna webbplatser i motsvarande mån. Om hotellen skulle sänka priset på den egna webbplatsen skulle det, till följd av de snäva paritetsvillkoren, medföra att även Booking fick rätt att ta del av de lägre rumspriserna, men utan att behöva sänka sin egen provisionsnivå.

Mot detta har Booking invänt att hotellen skulle kunna ha ett intresse av att spela ut olika onlineresebyråer mot varandra genom att ha ett lägre rumspris hos en onlineresebyrå i utbyte mot en lägre provisionsnivå och samtidigt bibehålla ett högre rumspris på den egna webbplatsen samt hos en annan onlineresebyrå.

Enligt Patent- och marknadsdomstolen finns anledning att först bedöma om hotell har ett incitament att sänka priset på sin egen webbplats om de sänker det hos någon onlineresebyrå.

Visita har i denna del åberopat en beräkning från Copenhagen Economics (utlåtande CE2, s. 20 ff.) som baserats på svar från 226 hotell som deltagit i Visitas hotellenkät. Utifrån svaren på enkäten har Copenhagen Economics kommit fram till att ett hotell behöva vinna cirka 8–10 gånger så många kunder till en ny onlineresebyrå än hotellet skulle förlora på den egna webbplatsen för att substitutionen skulle bli lönsam.

Booking har bl.a. invänt att Copenhagen Economics beräkning görs utifrån Visitas hotellenkät som inte kan anses vara representativ eftersom den har riktats till Visitas medlemmar. Härutöver har ifrågasatts att bokningar i hotellens egna bokningskanaler kan uppgå till 60 procent och att bokningskostnaden kan vara så låg som 4,3–6,3 procent. Enligt Booking utgår Copenhagen Economics beräkning vidare felaktigt från den genomsnittliga distributionskostnaden för bokningar på den egna webbplatsen, i

stället för marginalkostnaden för de kunder som eventuellt väljer att substituera. Booking har även pekat på att Visitas beräkningsmodell inte utgår från att någon onlinereserbyrå sänker provisionen utan från de provisionsnivåer som tillämpas av Booking och Expedia i dag, samt att det helt saknas utredning om i vilken utsträckning konsumenter skulle substituera från hotellens webbplatser till en onlinereserbyrå med ett lägre pris. Booking har dessutom framhållit att det enligt företagets hotellenkät 2016 framgår att av de hotell som inte prisdifferentierar mellan onlinereserbyråer har färre än tre procent angett som skäl att de inte vill sätta ett lägre pris hos en onlinereserbyrå än på den egna webbplatsen.

Mot bakgrund av att cirka 70 procent av alla hotell i Sverige är medlemmar i Visita och att dessa hotell står för cirka 90 av omsättningen på marknaden för hotellövernattningar får den enkät som ligger till grund för Copenhagen Economics beräkning anses ge en tillräckligt representativ bild av de förhållanden som ska provas.

När det gäller uppgiften om att 60 procent av alla bokningar sker i hotellens egna bokningskanaler finner domstolen den inte osannolik mot bakgrund av att Booking, som alltså är den största onlinereserbyrå på marknaden, enligt egen uppgift står för högst 20 procent av alla bokningar. Att hotellens bokningskostnader på egen webbplats skulle uppgå till cirka 4–6 procent vinner stöd av den muntliga bevisningen varför det som utgångspunkt saknas anledning att ifrågasätta den uppgiften.

Även om det skulle vara så att det underlag som Copenhagen Economics har räknat på är behäftat med vissa brister ger beräkningen, tillsammans med uppgifterna från hotellföreträdarna, tydligt stöd för slutsatsen att hotell som utgångspunkt inte skulle välja att sätta ett lägre pris på en onlinereserbyrås webbplats än på sin egen webbplats. För att nå denna slutsats är det inte nödvändigt att substitutionen skulle behöva uppgå till just 8–10 gånger fler nya kunder än förlorade kunder på den egna webbplatsen för att vara lönsam. Enligt domstolen skulle även en lägre grad av substitution ha varit tillräcklig.

Domstolens slutsats innebär inte att det aldrig skulle kunna vara rationellt för ett hotell att sätta ett lägre pris på sin egen webbplats än hos en onlineresebyrå. Enligt Bookings hotellenkät 2016 prisdifferentierar cirka 10 procent av hotellen ibland mellan onlineresebyråer. Som nämnts ovan har dessutom ytterst få av de respondenter i samma hotellenkät som inte prisdifferentierar mellan onlineresebyråer angett att paritetsvillkoren är orsaken till detta. Vittnena från hotellbranschen har inte heller uppehållit sig vid att Bookings paritetsvillkor hindrar priskonkurrens mellan onlineresebyråer. Dessa förhållanden vederlägger dock inte domstolens slutsats att hotell typiskt sett inte vill sätta ett högre pris på sin egen webbplats än hos en onlineresebyrå.

Enligt Bookings prisdifferentieringsanalys framgår vidare att hotell som inte är bundna av paritetsvillkor inte prisdifferentierar mellan onlineresebyråer i högre utsträckning än hotell som är bundna av sådana villkor. När det gäller hotell i Frankrike och Tyskland, där det genom lagstiftning respektive myndighets- och domstolsbeslut finns vissa förbud även mot snäva paritetsvillkor, framgår av analysen att dessa hotell varken prisdifferentierar mer än i andra länder eller prisdifferentierar mer efter det att samtliga paritetsvillkor förbjöds. Visita har pekat på vissa brister i hur analysen har utförts – bl.a. att analysen kan ha jämfört dels olika rumserbudanden, dels priser vid olika tidpunkter – vilka gör att tillförlitligheten av den i någon mån kan ifrågasättas. Domstolen noterar vidare att en tänkbar förklaring till att undersökningen inte visar på några effekter – utöver de av Visita påtalade svårigheterna med att mäta sådana effekter – kan vara att det endast har förflutit relativt kort tid från det att marknadsförhållandena ändrades.

Vad gäller Tyskland kan även noteras att det inte finns ett generellt förbud som gäller för alla aktörer utan de beslut om förbud för snäva paritetsvillkor som finns har meddelats i ärenden och mål mot vissa onlineresebyråer, bl.a. Booking. Det här innebär att de hotell som har svarat på enkäterna både kan vara bundna av paritetsvillkor, t.ex. från en annan onlineresebyrå än Booking, och inte bundna av paritetsvillkor. Parterna har inte heller lagt fram någon närmare utredning i fråga om hur marknadsförhållandena i de aktuella länderna ser ut jämfört med Sverige.

Under alla förhållanden är det inte nödvändigt för Visita att visa att Bookings paritetsvillkor har medfört något faktiskt konkurrensbegränsande resultat av Bookings paritetsvillkor.

Härtill kommer att onlineresebyråtjänster till stor del bygger på nätverkseffekter vilket gör att en tjänst blir attraktiv av att många utnyttjar den. För att det ska vara fallet krävs att många hotell är anslutna och att många konsumenter använder sig av tjänsten. Tröskeln för att ta sig in på marknader med nätverkseffekter är normalt högre än på en marknad utan sådana effekter.

Det förhållandet att marknaden för onlineresebyråtjänster är en oligopolmarknad skulle vidare kunna tyda på att det är svårt för nya aktörer att ta sig in på marknaden. Dessutom kan domstolen konstatera att förhållandena på marknaden framstår som i allt väsentligt oförändrade sedan Konkurrensverkets utredning 2013–2015. Härtill kommer N.H. och Nils Korsvolls uppgifter om att aktörer som har tagit fram vissa bokningstjänster inte har kunnat växa och att de har stått för en mycket liten andel av bokningar på deras hotell.

Sammanfattningsvis finner domstolen att utredningen visar att hotell som utgångspunkt inte vill sänka priset hos en onlineresebyrå om de inte samtidigt kan sänka priset på sin egen webbplats. Detta innebär att hotell som är bundna av Bookings paritetsvillkor som regel saknar incitament att prisdifferentiera mellan onlineresebyråer. Paritetsvillkoren medför därför att det blir svårare för andra aktörer att träda in eller växa på marknaden för onlineresebyråtjänster genom att konkurrera med pris. Pris är ett viktigt konkurrensmedel och varken det förhållandet att onlineresebyråer kan konkurrera med andra faktorer, exempelvis kvalitet, eller att hotell i någon utsträckning skulle kunna använda rumstillgång för att spela ut onlineresebyråer mot varandra är tillräckligt för att eliminera denna konkurrensbegränsning. Enligt domstolen medför Bookings paritetsvillkor därmed i vart fall ett potentiellt konkurrensbegränsande resultat på marknaden för onlineresebyråtjänster.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för
hotellövernattningar

Visita har gjort gällande att de snäva paritetsvillkoren indirekt begränsar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar genom att hotellen inte kan sätta lägre priser på den egna webbplatsen än på Bookings webbplats och därmed inte kan föra vidare till konsument de fördelar som uppkommer av en sådan mer kostnadseffektiv bokning.

Booking har invänt att hotellen lika gärna skulle kunna välja att öka sin vinst genom att enbart höja priserna på Bookings webbplats.

Booking har framhållit att det påstådda konkurrensproblemet är integrerat med det småskjutsproblem som uppstår om hotellen lockar konsumenter från Bookings webbplats till den egna webbplatsen genom att erbjuda ett lägre pris där. Som domstolen tidigare anfört kan dock denna invändning endast prövas inom ramen för undantagsbestämmelsen i 2 kap. 2 § konkurrenslagen.

Av Bookings hotellenkät 2014 framgår att drygt en tredjedel av tillfrågade svenska hotell, och närmare hälften av de som var anslutna till hotellkedjor, sannolikt skulle erbjuda lägre priser på sin egen webbplats än på Bookings webbplats om de inte var bundna av paritetsvillkor. Knappt hälften av hotellen, och knappt en tredjedel av kedje-hotellen, svarade att de inte skulle erbjuda lägre priser. Av Visitas hotellenkät och expertutlåtande CE2 framgår att i stort sett samtliga hotell i de hotellkedjor som uppgett att de inte är bundna av paritetsvillkor sätter lägre pris på den egna webbplatsen än på Bookings webbplats. Bland de hotell som uppgett att de är bundna av paritetsvillkor sätter cirka fyra femtedelar samma pris på den egna webbplatsen som på Bookings webbplats.

De uppgifter som har framkommit i vittnesförhören med hotellföreträdarna ger också stöd för att i vart fall många hotellkedjor och större hotell skulle sätta ett lägre pris på sin egen webbplats än på Bookings webbplats, om de inte var avtalsmässigt förhindrade att göra detta. Som tidigare anförts är det också detta förhållande som utgör

grunden för Bookings snålskjutsargument. Enligt domstolen ger utredningen i målet tydligt stöd för att utan Bookings paritetsvillkor skulle många hotell sätta ett lägre pris på sin egen webbplats än på Bookings webbplats.

Orsaken till att många hotell skulle sätta ett lägre pris på den egna webbplatsen är främst att Bookings provision uppgår till cirka 15 procent medan hotellens distributionskostnad för bokningar genom de egna webbplatserna uppgår till i genomsnitt cirka 4–6 procent. Om ett hotell kan öka antalet bokningar på den egna webbplatsen i förhållande till Bookings webbplats minskar alltså hotellets kostnader.

De vittnen från hotellbranschen som hörts i målet har i sina förhör också snarare fokuserat på att utan Bookings paritetsvillkor kunna minska hotellens kostnader än att bidra till lägre priser på marknaden generellt. Redan det förhållandet att många hotell skulle sätta lägre priser på sina egna webbplatser skulle dock leda till lägre priser på hotellrum i den bokningskanalen.

Mot bakgrund av det som framkommit i målet om den hårda konkurrens som råder mellan hotell och den höga pristransparensen på marknaden är det enligt Patent- och marknadsdomstolen vidare inte realistiskt att hotellen utan paritetsvillkoren enbart skulle höja sina priser hos en onlineresebyrå för att kunna tjäna mer i sin egen bokningskanal (inommarknads konkurrens). Om hotellen agerade på detta sätt skulle de, i stället för att öka sin vinst, riskera att tappa bokningar till andra hotell (mellanmarknads konkurrens) och vinsten skulle utebli helt. Det har också framkommit i vittnesförhör med hotellföreträdarna att de har ett incitament att erbjuda ett lågt pris hos onlineresebyråerna eftersom de vill hamna högt upp i deras träfflistor vid en sortering av hotell på lägsta pris.

Sammanfattningsvis finner Patent- och marknadsdomstolen att det förhållandet att hotellen till följd av paritetsvillkoren inte kan sätta lägre priser på sina egna webbplatser än på Bookings webbplats leder till försämrade priskonkurrens avseende

hotellrum jämfört med en situation utan dessa villkor. Det uppstår därmed ett i vart fall potentiellt konkurrensbegränsande resultat på marknaden för hotellövernattningar.

Påståenden om förstärkande effekter m.m.

När det gäller Bookings övriga villkor och affärsmetoder som Visita har påstått förstärker de konkurrensbegränsande effekterna i målet kan Bookings rankningssystem, där en påverkande faktor är vilken rumstillgänglighet hotellen erbjuder Booking, bidra till att hotellen får det svårare att spela ut onlineresebyråer mot varandra genom att erbjuda dem olika rumstillgänglighet i utbyte mot t.ex. lägre provision. Företrädarna från hotellbranschen har också berättat att Bookings icke-transparenta rankningssystem gör att hotellen får ett informationsunderläge mot Booking och därmed en svagare position generellt. Vidare kan en sådan bästa prisgaranti som Booking tillämpar försvåra för konkurrerande företag att träda in eller växa på en marknad. Det saknas dock helt utredning i målet om Bookings bästa prisgaranti faktiskt bidrar till någon konkurrensbegränsande effekt. Beträffande Bookings övriga villkor och affärsmetoder anser domstolen att Visitas synpunkter närmast är av marknadsföringsrättslig karaktär. Dessa saknar därför relevans för prövningen i målet.

Märkbarhetsbedömningen

Booking har gjort gällande att för det fall hänsyn till snålskjutsproblematiken och avtalens effektivitetsvinster inte beaktas vid prövningen av konkurrensbegränsande resultat ska sådan hänsyn i vart fall tas vid bedömningen av märkbarheten. Enligt Booking kan effekten av paritetsvillkoren inte anses vara kvalitativt märkbar då villkoren är nödvändiga för avtalet i sig och en eventuell negativ effekt är mycket begränsad.

Som Patent- och marknadsdomstolen har konstaterat ovan utgör paritetsvillkoren inte någon accessorisk begränsning. Villkorens eventuella fördelar kan således inte prövas

vid bedömningen av om konkurrensbegränsningen är märkbar vilket är en bedömning enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

De snäva paritetsvillkoren medför konkurrensbegränsningar på såväl marknaden för onlineresebyråttjänster, vilken Booking är verksamt på, som marknaden för hotellövernattningar, vilken hotellen är verksamma på. I förhållande till varandra handlar det om angränsande marknader.

Domstolen har tidigare konstaterat att Bookings marknadsandel på marknaden för onlineresebyråttjänster är hög och i vart fall kan antas uppgå till omkring 50 procent. Det har vidare framkommit att i stort sett samtliga hotell är anslutna till Booking. Mot bakgrund av dessa förhållanden är konkurrensbegränsningen märkbar på båda de relevanta marknaderna.

Undantag

Inledning

Mot bakgrund av Bookings höga marknadsandel kan det endast bli aktuellt att pröva om ett eventuellt undantag skulle kunna föreligga enligt bestämmelserna i 2 kap. 2 § konkurrenslagen. Enligt denna bestämmelse gäller ett förbud inte för ett avtal som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande (effektivitetsvinster) och samtidigt tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås (konsumentnytta) under förutsättning att avtalet bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå nämnda effektivitetsvinster och inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Inom ramen för den prövning som ska göras enligt undantagsbestämmelserna i 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF görs en avvägning mellan konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande konsekvenser. Som nämnts ovan har Booking bevisbördan för att en undantagssituation föreligger. EU-domstolen har uttryckt detta

som att den som åberopar undantagsbestämmelsen genom övertygande argument och bevisning måste styrka att villkoren för att beviljas undantag är uppfyllda (se mål C-68/12 Slovenská sporiteľňa, EU:C:2013:71, p. 32).

Effektivitetsvinster m.m.

Inledningsvis konstaterar domstolen att det som ska undersökas är om de snäva paritetsvillkoren medför några objektiva fördelar för att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Det som ska prövas är alltså inte fördelarna med Bookings tjänst som sådan eller bolagets verksamhet som helhet. (Se kommissionens beslut den 19 december 2007 i ärende COMP/34.579 MasterCard, COMP/36.518 EuroCommerce och COMP/38.580 Commercial Cards, p. 679, Tribunalens dom i mål T-111/08, MasterCard, p. 203–207, och EU-domstolens dom i mål C-382/12 P, MasterCard, p. 232). Med andra ord ska det finnas ett orsakssamband mellan konkurrensbegränsningen och de påstådda effektivitetsvinsterna (se även kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, p. 53–54).

Som nämnts ovan har Booking gjort gällande att bolaget inte kan ha kvar sin ersättningsmodell, som innebär att hotellen utger provision till Booking endast i de fall då en bokning faktiskt görs på Bookings webbplats, utan skydd mot att hotellen illojalt åker snålskjuts på Bookings investeringar och tar kunder från Booking genom att erbjuda konsumenterna lägre priser på deras egen webbplats än de priser som hotellen sätter för sina rum på Bookings webbplats. Utan paritetsvillkor skulle Booking därmed inte kunna erbjuda sina tjänster med bibehållen kvalitet vilket skulle medföra högre sökkostnader och sämre pristransparens för konsumenter samt mindre kostnadseffektiv marknadsföring för hotell.

När det gäller Bookings påstående om att paritetsvillkoren medför en effektivitetsvinst i form av hög pristransparens noterar domstolen att villkoren faktiskt hindrar hotellen från att marknadsföra vissa priser på t.ex. metasöksidor. Detta förhållande talar mot att

paritetsvillkoren medför någon beaktansvärd fördel i form av mer tillförlitliga prisjämförelser.

Av utredningen i målet framgår att en klar majoritet av de svenska hotellen anser att Bookings provisionsbaserade affärsmodell fungerar bra och föredrar den framför att betala för tjänsten genom t.ex. en listningsavgift eller ”per klick”. Den provisionsbaserade modellen kan dessutom bidra till att locka både fler hotell och fler konsumenter till plattformarna, vilket ökar nyttan för användarna på båda sidor. Vidare skulle endast en mycket liten andel av konsumenterna vara villiga att betala en avgift för att använda Bookings tjänster.

När det gäller frågan om snålskjuts har Booking åberopat två undersökningar enligt vilka det framgår att närmare hälften respektive närmare två tredjedelar av de tillfrågade konsumenterna som hade bokat hotellrum i Sverige genom Bookings webbplats uppgav att de sannolikt i stället skulle ha bokat hotellrum på hotellets webbplats om de vetat att priserna var 5 procent lägre där än på Bookings webbplats. Motsvarande andel om priset var 10 procent lägre på hotellets webbplats var knappt 60 procent respektive drygt 70 procent.

Enligt Patent- och marknadsdomstolen är det svårt att dra några säkra slutsatser av dessa undersökningar mot bakgrund av hur frågan har ställts. Som Visita har påpekat har de konsumenter som har svarat på frågan fått information om att priset är lägre på hotellens webbplatser. Utfallet skulle kunna bli annorlunda om frågan även avsett konsumentens benägenhet att aktivt söka efter ett billigare pris på flera olika webbplatser utan att veta om priserna skiljer sig åt. Enligt Bookings egen utredning är en konsument i genomsnitt endast villig att besöka tre ytterligare webbplatser för att jämföra priser. Vidare är frågan ställd med ett antagande om att konsumenten som bokar ett hotellrum i Sverige förstår det språk som används på hotellets webbplats. Eftersom undersökningarna har riktat sig till konsumenter i olika delar av Europa är det inte något som kan tas för givet. Samtidigt noterar domstolen att andelen konsu-

menter som väljer att boka på hotellens egna webbplatser skulle kunna komma att öka om det blev känt på marknaden att priserna ofta är lägre där.

Under alla förhållanden ger utfallet av Bookings marknadsundersökningar inte något svar på frågan om Booking över tid skulle ha möjlighet att erbjuda de tjänster som bolaget erbjuder idag med bibehållen kvalitet och med samma betalningsmodell. Booking, som har bevisbördan, har inte åberopat någon bevisning om hur stor en intäktsförlust skulle kunna bli och hur en sådan förlust förhåller sig till de kostnader som bolaget har för sök- och jämförelsetjänsten. Utan sådan bevisning är det inte möjligt för domstolen att bilda sig en uppfattning av om Bookings tjänst kan komma att bli sämre än idag och i så fall hur mycket sämre den kan förväntas bli.

Härutöver har Booking inte visat att det skulle föreligga några särskilda svårigheter för bolaget att konkurrera med hotellen om bokningar. Att Booking bara behöver ha en bokningsfunktion som kan användas för att boka rum på alla de boenden som är anslutna till tjänsten medför stora skalfördelar. Ett hotell, eller en hotellkedja, som erbjuder direktbokning har inte samma skalfördelar eftersom varje hotell, eller hotellkedja, måste ha en egen bokningsfunktion.

Det ska även beaktas att Booking erbjuder sin tjänst på cirka 40 språk. Om en person inte förstår det språk som finns på hotellets webbplats kommer denne ha svårt att boka ett rum där, vilket bekräftas av Bookings konsumentundersökning 2014. Eftersom en konsument i många fall behöver lämna kreditkortsuppgifter för att göra en bokning kan det vidare vara så att en onlineresebyrå kan konkurrera med hotellen om den trygghet som en konsument behöver känna för att lämna ifrån sig sådana uppgifter. Sist men inte minst kan det vara så att konsumenter föredrar att boka alla sina hotellvistelser, oavsett var de sker i världen, på en och samma webbplats i stället för att boka på olika webbplatser varje gång.

Mot bakgrund av att Booking särskilt har påpekat att det är de stora hotellen, eller hotellkedjorna, som i praktiken skulle åka snålskjuts finns det anledning att framhålla

att det saknar betydelse om det är stora eller små hotell som skulle åka snålskjuts. Syftet med konkurrensförbuden i såväl svensk rätt som i unionsrätten är endast att säkerställa att samma förutsättningar gäller för de företag som är verksamma på marknaden, inte att ändra på konkurrensen mellan dem (jfr kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, p. 47).

För att effektivitetsvinskriteriet ska vara uppfyllt måste effektivitetsvinsterna kompensera för försämringarna. I det här fallet skulle det innebära att de effektivitetsvinster som följer av de snäva paritetsvillkoren måste kompensera för att det blir svårare för andra aktörer att träda in eller växa på marknaden för onlineresebyråttjänster genom att konkurrera med pris samt att priskonkurrensen avseende hotellrum försämras. Enligt Patent- och marknadsdomstolen ger den utredning som Booking har presenterat inte tillräckligt stöd för att så är fallet.

För att undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen ska kunna beviljas måste samtliga villkor för undantag vara uppfyllda. Domstolen prövar trots detta, med hänvisning till instansordningens princip och att villkoren har visst samband med varandra, även övriga tre villkor.

Konsumentnytta

För att kriteriet om konsumentnytta ska vara uppfyllt krävs att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av de effektivitetsvinster som enligt Booking uppnås av de snäva paritetsvillkoren.

Som anges i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget måste konsumenterna kompenseras fullständigt genom bättre kvalitet eller andra fördelar om det är troligt att en konkurrensbegränsning leder till högre priser (se p. 86).

Domstolen har i sin bedömning ovan konstaterat att de snäva paritetsvillkoren medför potentiella konkurrensbegränsande effekter på bl.a. marknaden för hotellövernattningar

eftersom hotell inte kan erbjuda lägre priser på sina egna webbplatser än på Bookings webbplats.

Det saknas utredning i frågan om hur konsumenter skulle värdera Bookings påstådda fördelar i form av bl.a. högre kvalitet, lägre sökkostnader och högre pristransparens mot lägre pris på hotellrum. Under dessa förhållanden är det inte heller möjligt att konstatera att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av eventuella effektivitetsvinster.

Nödvändighetskriteriet

Booking har inte berört några alternativa metoder för att uppnå de påstådda effektivitetsvinsterna. Det hade vidare kunnat vara av intresse att få veta hur Booking har agerat i de länder där snäva paritetsvillkor har förbjudits i lag eller av myndigheter och domstolar.

Enligt Patent- och marknadsdomstolen kan Booking inte heller anses ha visat att de snäva paritetsvillkoren utgör begränsningar som är nödvändiga för att åstadkomma påstådda effektivitetsvinster.

Kriteriet om konkurrensbegränsningens omfattning

Som anförts ovan har Booking en ledande och mycket stark ställning på marknaden för onlineresebyråer avseende hotell i Sverige. Härtill kommer att även den näst största aktören Expedia tillämpar motsvarande snäva paritetsvillkor i sina avtal.

Det är mot denna bakgrund inte heller möjligt att slå fast att de snäva paritetsvillkoren inte skulle sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Booking har alltså inte visat att något av de fyra villkoren för undantag är uppfyllda.

Sammanfattning

Domstolen har funnit att Visita har talerätt i målet och att Bookings avtalsklausuler om paritetsvillkor utgör en del i sådana avtal som kan omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF. Domstolen har vidare bedömt att de i målet relevanta marknaderna kan avgränsas på det sätt som parterna är ense om, och att de bör benämnas marknaden för onlineresebyråttjänster avseende hotell i Sverige och marknaden för hotellövernattningar i Sverige.

När det gäller frågan om konkurrensbegränsande syfte har domstolen ansett att Bookings snäva paritetsvillkor, sedda i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang, inte kan anses vara så pass skadliga för konkurrensen att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras. Enligt domstolen medför dock de snäva paritetsvillkoren bl.a. försämrad priskonkurrens mellan onlineresebyråer och avseende hotellrum och därmed i vart fall ett potentiellt konkurrensbegränsande resultat jämfört med den situation som sannolikt skulle råda utan paritetsvillkor. Domstolen har funnit att det inte föreligger förutsättningar för undantag för Bookings paritetsvillkor enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF. Visitas yrkande om åläggande ska därför bifallas.

Åläggandets utformning m.m.

Att Visita först under huvudförhandlingen har framställt ett yrkande om att domen ska få verkställas utan att den har vunnit laga kraft har inte medfört en sådan olägenhet som innebär att det skulle föreligga hinder mot att yrkandet prövas i målet. Bookings yrkande om avvisning ska därför avslås.

Enligt huvudregeln i 3 kap. 1 § andra stycket konkurrenslagen gäller ett åläggande omedelbart om något annat inte har bestämts. Denna bestämmelse är tillämplig även när talan förs enligt 3 kap. 2 § konkurrenslagen.

Ett åläggande om att Booking senast tre månader efter Patent- och marknadsdomstolens dom ska vidta vissa åtgärder innebär i själva verket ett undantag från huvudregeln som säger att ett åläggande ska gälla omedelbart. Tidsfristen på tre månader framstår som väl avvägd och den är för övrigt jämförbar med den tid om knappt tre månader som Booking fick för att genomföra de åtaganden som Konkurrensverket beslutade om den 15 april 2015.

Vitesbeloppen om 30 000 000 kr för Booking BV och 5 000 000 kr för Booking AB är skäliga.

Enligt Patent- och marknadsdomstolen är förstahandsyrkandet, när det gäller åläggandet att avstå från andra åtgärder som skulle innebära ett genomdrivande av pris- och villkorsparitet, inte tillräckligt preciserat för att kunna ligga till grund för ett åläggande vid vite. De brister i tydlighet som finns i förstahandsyrkandet avhjälpas i andrahandsyrkandet som är det som ska bifallas med vissa språkliga justeringar samt med en justering av första strecksatsen för att undvika att åläggandet hindrar Booking från att avlista ett hotell av andra skäl än att genomdriva pris- och villkorsparitet.

Rättegångskostnader

Booking ska som förlorande part ersätta Visita för dess rättegångskostnad i den utsträckning den kan anses skäligen påkallad för tillvaratagande av partens rätt (18 kap. 1 och 8 §§ rättegångsbalken). Ersättningen ska utges solidariskt av Booking BV och Booking AB.

Visita har yrkat ersättning med 5 967 039 kr.

Booking har överlämnat till rätten att bedöma skäligheten.

Enligt Patent- och marknadsdomstolen får yrkandet anses vara skäligen påkallat för tillvaratagande av Visitas rätt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 401 PMD)

Överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha inkommit till Patent- och marknadsdomstolen senast den 10 augusti 2018. Prövningstillstånd krävs.

Daniel Severinsson

Ulrika Persson

I avgörandet har rådmännen Daniel Severinsson och Ulrika Persson samt de ekonomiska experterna Lennart Göranson (skiljaktig) och Jens Josephson deltagit.

Skiljaktig mening av ekonomiska experten Lennart Göranson.

Jag delar majoritetens uppfattning

- att Booking och vart och ett av de hotell som är anslutna till Bookings rumsbokningssystem är företag,
- att den standardiserade överenskommelse som reglerar mellanhavandena mellan Booking och vart och ett av hotellen är ett avtal,
- att avtalet i sig självt inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras och att avtalet därmed inte innebär någon syftesöverträdelse, samt
- att det därför är nödvändigt att bedöma om avtalet innebär en överträdelse av konkurrensreglerna som har ett konkurrensbegränsande resultat.

Till skillnad från majoriteten anser jag att Visita inte har visat att avtalet har haft till resultat att konkurrensen, faktiskt eller potentiellt, har hindrats, begränsats eller snedvridits på ett märkbart sätt. Jag utvecklar skälen för min uppfattning i det följande.

För en bedömning av eventuella konkurrensbegränsande effekter måste den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden avgränsas. I målet har två produktmarknader identifierats, nämligen dels marknaden för tillhandahållande av onlineresebyråttjänster avseende hotell i Sverige, dels marknaden för hotellövernattningar i Sverige. Booking och andra onlineresebyråer är verksamma på den första men inte den andra av dessa marknader. Varje hotell är verksamt på den andra men inte den första av dessa marknader. Avgränsningen av den geografiska marknaden innebär att marknaderna endast omfattar bokning av hotellrum i Sverige respektive hotellövernattningar i Sverige.

Den bestämmelse i avtalet som Visita hävdar begränsar konkurrensen benämns i domen snäva paritetsvillkor. Den innebär att ett hotell inte kan sätta ett lägre pris för ett visst hotellrum på sin hemsida än det pris som Booking annonserar för samma rum. Däremot kan hotellet erbjuda ett lägre pris dels hos företag som konkurrerar med Booking, dels genom marknadsföring vid sidan av hemsidan.

När det gäller konkurrensen mellan onlineresebyråer har Visita, med stöd av undersökningar av Copenhagen Economics, redogjort för så kallade kontrafaktiska scenarier som innebär att denna konkurrens inte har stärkts. Detta uppges bero på de bristande incitamenten för hotellen att prisdifferentiera mellan olika bokningsföretag. Visita har emellertid enbart hänvisat till teoretiska resonemang med begränsat empiriskt stöd. Det har inte visats varför onlineresebyråer skulle vara förhindrade att på eget initiativ konkurrera om uppdrag från hotellen med provisionsnivåerna eller andra villkor – Visitas resonemang knyts till att sådan konkurrens endast kan utlösas genom initiativ från hotellen. Det saknas vidare belägg för att avsaknaden av sänkta provisionsnivåer – som på oklar grund betecknas som höga – respektive nyetableringar skulle vara resultat av bestämmelsen om vertikal paritet. De empiriska resultat som finns av förbjuden vertikal paritet, från Frankrike, pekar i stället i motsatt riktning.

När det gäller konkurrensen mellan hotell hävdar Visita att dessa, genom de bristande incitamenten för hotellen att prisdifferentiera mellan olika bokningsföretag, berövas möjligheten att differentiera rumspriserna. Som stöd för att sådana scenarier har lett till konkreta effekter pekar Visita på att provisionsnivåerna fortsatt är höga och att inga nyetableringar har förekommit. Visita har dock inte redovisat något stöd för att hotell skulle hindras att genom rumspriset eller andra villkor konkurrera med andra hotell.

Booking har med stöd av en undersökning av RBB Economics pekat på att de berörda marknaderna i praktiken inte uppvisar sådana stelheter som enligt Visita skulle följa av bestämmelsen om vertikal prisparitet. Det förekommer sålunda att hotell sätter ett lägre rumspris i sin egen onlinekanal än på Booking och att hotell prisdifferentierar mellan olika onlineresebyråer. Undersökningen av utvecklingen i Frankrike, där vertikal prisdifferentiering har förbjudits i lag, visar att detta inte ledde till någon ökad prisdifferentiering.

Det är Visitas sak att bevisa att Bookings avtalsbestämmelse om vertikal paritet har till resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Visita har, enligt min mening, inte visat att Bookings snäva paritetsvillkor,

faktiskt eller potentiellt, begränsar konkurrensen på ett märkbart sätt. Därmed saknas skäl att ta ställning till frågan om paritetsvillkoret utgör en accessorisk begränsning och om avtalet uppfyller villkoren för undantag.

Jag anser därför att Visitas talan bör avslås.



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga Patent- och marknadsdomstolens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen. **Skrivelsen ska skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen.** Överklagandet prövas av Patent- och marknadsöverdomstolen.

Överklagandet ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen och det måste ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Patent- och marknadsöverdomstolen fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Patent- och marknadsöverdomstolen lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står Patent- och marknadsdomstolens avgörande fast. Det är

därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Patent- och marknadsöverdomstolen varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av Patent- och marknadsdomstolen samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende Patent- och marknadsdomstolens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i Patent- och marknadsöverdomstolen inte lagts fram tidigare, ska klaganden förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud.

Ytterligare upplysningar lämnas av Patent- och marknadsdomstolen. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.

Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.