



Datum van inontvangstneming : 06/06/2023

ORIGINEEL

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

| | |
|---|-------------------------------|
| Ingeschreven in het register van het | |
| Hof van Justitie onder nr. <u>1255359</u> | |
| Luxemburg | 26. 04. 2023 |
| De Griffier, voor deze | |
| Fax/E-mail: | [REDACTED] |
| Neergelegd op: | <u>24/4/23</u> Administrateur |

zaaknummer / rolnummer: C/13/697614 / HA ZA 21-186

Vonnis van 22 februari 2023

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **BOOKING.COM B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
2. de vennootschap naar buitenlands recht **BOOKING.COM (DEUTSCHLAND) GMBH**,
gevestigd te Berlijn, Duitsland,
eiseressen in conventie,
verweersters in reconventie,
advocaat [REDACTED] Amsterdam,

tegen

1. de vennootschap naar buitenlands recht **25HOURS HOTEL COMPANY BERLIN GMBH**,
gevestigd te Berlijn, Duitsland,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat [REDACTED] Rotterdam,

en nog 62 andere hotels (zie bijlage 1).

Partijen worden hierna Booking.com (afzonderlijk Booking.com BV en Booking.com Duitsland) en de hotels genoemd.

1. De procedure

- 1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:
 - het tussenvonnis van 26 oktober 2022 (hierna: het tussenvonnis);
 - de akte uitlating vragen Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) van 23 november 2022 van Booking.com;
 - de akte uitlating prejudiciële vragen van 23 november 2022 van de hotels;
 - de rolbeslissing van 28 december 2022 en daarin genoemde overige stukken.

- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Booking.com BV is opgericht in 1996 en exploiteert sindsdien het online boekingsplatform Booking.com (hierna: het platform). Booking.com BV wordt bij haar activiteiten ondersteund door onder meer Booking.com Duitsland. Ten tijde van het betreden van de Duitse markt door Booking.com in 2006 was het niet gebruikelijk via het internet te boeken, maar werden de meeste kamers direct bij de accommodatie geboekt.

2.2. Booking.com koopt noch verkoopt kamers en zij bepaalt ook niet welke kamers op het platform worden aangeboden en voor welke prijs. Dat bepaalt de accommodatie zelf. Booking.com brengt op het platform accommodaties en reizigers samen. Daarop worden meer dan 1,2 miljoen accommodaties over de hele wereld aangeboden en kunnen reizigers hotelkamers en andere reisaccommodaties zoeken, vergelijken en boeken. Daarnaast verleent Booking.com op het platform aanvullende diensten, waaronder een klantenservice en een review-systeem. Booking.com presenteert op het platform van de accommodaties afkomstige foto's en informatie in meer dan 40 talen. De diensten van Booking.com zijn gratis voor de reizigers. Er zijn (indirecte) netwerkeffecten in die zin dat het platform van Booking.com interessanter wordt voor accommodaties naarmate het platform door meer reizigers wordt gebruikt en andersom.

2.3. De accommodaties (waaronder de hotels) betalen een provisie aan Booking.com als de reiziger een accommodatie boekt en niet annuleert. De accommodaties kunnen naast het platform gebruik maken van alternatieve on- en offline verkoopkanalen voor hun kamers. Dat maakt *multi-homing* mogelijk. Voorbeelden zijn het direct contact met de accommodatie door middel van telefoon of e-mail, boeken bij een reisbureau en via de eigen website van de accommodatie.

2.4. Op de Duitse markt zijn naast Booking.com als online hotelplatformdiensten onder meer [REDACTED] (hierna: HRS) en Expedia Inc. (hierna: Expedia) actief. HRS was al enkele jaren actief op de Duitse markt op het moment dat Booking.com deze in 2006 betrad. Deze online hotelplatformdiensten worden hierna ook OTA's, Online Travel Agents, genoemd.

2.5. Booking.com heeft tot 1 juli 2015 in de (algemene voorwaarden van de) met de hotels gesloten overeenkomsten een zogenoemde brede pariteitsclausule opgenomen. Ingevolge deze brede pariteitsclausule was het de hotels niet toegestaan op hun eigen verkoopkanalen of op door derden geëxploiteerde verkoopkanalen kamers voor een lagere prijs aan te bieden dan op de website van Booking.com. In de versie van de algemene voorwaarden van 5 februari 2008 luidde de brede pariteitsclausule als volgt:

"Das Hotel garantiert Booking.com, dass der auf den Webseiten angegebene Preis der beste verfügbare Preis für eine Übernachtung in der jeweiligen Zimmerkategorie zu diesem Zeitpunkt ist. Das Hotel garantiert hiermit, dass bei Buchung direkt im Hotel oder über ein anderes Medium für die gebuchte Zimmerkategorie kein günstigerer Preis verfügbar ist."

In de loop der tijd heeft Booking.com de formulering van de brede pariteitsclausule enkele keren aangepast, maar de kern van de bepaling is hetzelfde gebleven. Tot 2015 hanteerden alle OTA's op de Duitse markt brede pariteitsclausules.

2.6. In 2010 heeft het Bundeskartellamt (hierna: het BKA), de Duitse mededingingsautoriteit, een inbreukprocedure tegen HRS ingeleid wegens het gebruik van

een brede pariteitsclausule (met een vergelijkbare tekst als de door Booking.com gehanteerde brede pariteitsclausule). Bij besluit van 20 december 2013 heeft het BKA geoordeeld, samengevat, dat de door HRS gehanteerde brede pariteitsclausule in strijd was met zowel het Europese als het Duitse kartelverbod en een stakingsbevel van het gebruik daarvan uitgevaardigd. Bij besluit van 9 januari 2015 heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf (hierna: het OLG Düsseldorf) het door HRS tegen dit besluit ingestelde beroep verworpen. Tegen het besluit van het OLG Düsseldorf is geen rechtsmiddel ingesteld.

2.7. In 2013 is het BKA een onderzoek gestart naar de door Booking.com gehanteerde brede pariteitsclausule. Op 1 juli 2015 heeft Booking.com in overleg met de Franse, Italiaanse en Zweedse mededingingsautoriteiten de brede pariteitsclausule vervangen door een smalle pariteitsclausule. De brede en smalle pariteitsclausule worden hierna gezamenlijk 'de pariteitsclausules' genoemd. Ingevolge de smalle pariteitsclausule was het de hotels (alleen) niet toegestaan op hun eigen verkoopkanalen kamers aan te bieden voor een lagere prijs dan aangeboden op het portaal van Booking.com. Booking.com heeft de hotels hiervan per e-mail van 25 juni 2015 op de hoogte gesteld. De smalle pariteitsclausule is tot 1 februari 2016 opgenomen geweest in de (algemene voorwaarden van de) met de hotels gesloten overeenkomsten en luidde, voor zover hier relevant, als volgt:

"2.2 Parität und Mindestkontigent

2.2.1 Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Bedingungsparität.

"Raten und Bedingungsparität" bezeichnet den gleichen oder einen besseren Preis für dieselbe Unterkunft, die gleiche Zimmerkategorie, das gleiche Datum, die gleiche Bettkategorie, die gleiche Anzahl an Gästen, die gleichen oder besseren Annehmlichkeiten und Zusatzleistungen (...), die gleichen oder besseren Beschränkungen und Bestimmungen, darunter Buchungsänderungen und Stornierungsbedingungen, wie sie von der Unterkunft angeboten wird.

Raten- und Bedingungsparität gilt nicht für Preise und Bedingungen:

- die auf anderen online-Reservierungsportalen angeboten werden;*
- die auf Offline-Vertriebswegen angeboten werden, vorausgesetzt, dass diese Zimmerpreise weder online veröffentlicht noch vermarktet werden, und/oder*
- die nicht veröffentlicht sind, vorausgesetzt, dass diese Zimmerpreise nicht online vermarktet werden."*

Tot 2016 hanteerden alle OTA's op de Duitse markt smalle pariteitsclausules.

2.8. Het BKA heeft vervolgens het reeds gestarte onderzoek naar de brede pariteitsclausule van Booking.com voortgezet en in dat onderzoek ook de smalle pariteitsclausule betrokken. Bij besluit van 22 december 2015 heeft het BKA geoordeeld dat de smalle pariteitsclausule in strijd is met het Europese en Duitse mededingingsrecht en een stakingsbevel uitgevaardigd voor het gebruik van die clausule door Booking.com. Tevens is daarbij het onderzoek naar de brede pariteitsclausule beëindigd.

2.9. In door Booking.com tegen dit besluit ingesteld hoger beroep heeft het OLG Düsseldorf bij besluit van 17 maart 2017 het BKA verzocht verder onderzoek te doen naar de betekenis en de gevolgen van de smalle pariteitsclausule. Het BKA heeft de resultaten van het nadere onderzoek neergelegd in een evaluatiememorandum van 21 januari 2019. Het OLG Düsseldorf heeft vervolgens bij besluit van 4 juni 2019 onder meer geoordeeld dat de smalle pariteitsclausule de mededinging weliswaar beperkt, maar vanuit een abstracte en normatieve benadering noodzakelijk was om een billijke vergoeding aan de door Booking.com verleende diensten toe te kennen. Het zou niet loyaal zijn van accommodaties om zichzelf op het hotelboekingsportaal van Booking.com te plaatsen, maar vervolgens

gasten ertoe aan te zetten rechtstreeks te boeken door op hun eigen website goedkopere tarieven aan te bieden. De smalle pariteitsclausule is dan ook volgens het OLG Düsseldorf niet in strijd met het kartelverbod als bedoeld in artikel 1 van het Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (GWB) en artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Vervolgens heeft het OLG Düsseldorf het stakingsbevel van het BKA vernietigd.

2.10. In cassatie heeft het Bundesgerichtshof (BGH) bij besluit van 18 mei 2021 onder meer geoordeeld dat de smalle pariteitsclausule de mededinging tussen de OTA's merkbaar beperkt op de markt voor hotelportaal diensten en tussen hotels op de markt voor hotelkamers. Verder is daarbij geoordeeld dat de smalle pariteitsclausule niet als een nevenrestrictie kwalificeert en niet was vrijgesteld op grond van de Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (Pb 2010 L 102/1) (hierna: de Groepsvrijstelling) of de wettelijke vrijstelling van het Europese of Duitse kartelverbod.

2.11. Het Hotelverband Deutschland (hierna: het IHA) was als belanghebbende actief betrokken in de hiervoor genoemde procedures tegen HRS en Booking.com. In het voorjaar van 2020 heeft het IHA op verzoek van een groot aantal leden, waaronder niet de onderhavige hotels, een collectieve actie (het zogenoemde 'daBeisein-initiatief') gestart met als doel te bewerkstelligen dat de betreffende leden schadeloos worden gesteld voor de schade die zij stellen te hebben geleden als gevolg van zowel gebruik van de brede en smalle pariteitsclausule als misbruik van haar machtspositie door Booking.com. In totaal hebben 2.687 accommodaties zich bij dit initiatief aangesloten. Booking.com heeft bij dagvaarding van 31 maart 2021 een procedure aanhangig gemaakt bij het Landgericht Berlin tegen de bij het 'daBeisein-initiatief' aangesloten accommodaties.

2.12. Op verzoek van de hotels heeft Compass Lexecon (hierna: Compass) op 11 mei 2021 een deskundigenrapport uitgebracht getiteld "Qualitative assessment of damages from price parity clauses to hotels". In het rapport wordt beschreven dat zowel de brede als de smalle pariteitsclausule de mededinging beperkt omdat (i) hierdoor provisieconcurrentie tussen de OTA's wordt uitgeschakeld, (ii) toetreding van nieuwe OTA's wordt verhinderd en (iii) concurrentie tussen de hotelboekingsfaciliteit van de OTA's en de eigen (online) boekingsfaciliteiten van de hotels wordt uitgeschakeld. Als gevolg daarvan hebben de hotels volgens Compass schade geleden.

2.13. Op verzoek van Booking.com heeft Oxera gereageerd op het rapport van Compass. In het rapport van Oxera van 14 april 2022 staat, voor zover hier relevant, het volgende:

"(...)

3.12 As such, a market definition exercise is inherently binary in nature in that firms are either 'in' or 'out' of a defined market, and this may not inform all of the competitive constraints on a particular firm, or the analysis of competitive effects of a specific practice. Therefore, it is particularly relevant to focus on the assessment of the competitive constraints on a firm directly and not overly focus on attempting to define the boundaries of the relevant market.

3.13 In addition, in cases involving digital platforms the benefits of drawing precise boundaries of relevant markets may be lowered further, for instance because the competitive dynamics in these markets can change more quickly than in traditional sectors. The presence of network effects and the

interdependencies between the constraints on two sides of a platform can also reduce the benefit of drawing boundaries (and calculating market shares for firms inside the boundary).

3.14 This is also recognized by recent studies, such as by an expert group report commissioned by the European Commission: In the digital world, market boundaries might not be as clear as in the “old economy”. They may change very quickly. Furthermore, in the case of multisided platforms, the interdependence of the “sides” becomes a crucial part of the analysis whereas the traditional role of market definition has been to isolate problems. Therefore (...) in digital markets, we should put less emphasis on analysis of market definition, and more emphasis of harm and identification of anti-competitive strategies. (...).”

3. Het geschil (hoofdprocedure)

3.1. Voor zover in dit vonnis relevant vordert Booking.com een verklaring voor recht dat zij door het hanteren van de pariteitsclausules niet onrechtmatig heeft gehandeld (conventie) en vorderen de hotels een verklaring voor recht dat Booking.com inbreuk heeft gemaakt op het Europese mededingingsrecht (artikel 101 lid 1 VWEU) en daarom onrechtmatig heeft gehandeld (reconventie).

4. De onderhavige geschilpunten

nevenrestrictie

4.1. In geschil is of de pariteitsclausules in het kader van artikel 101 lid 1 VWEU als een nevenrestrictie moeten worden aangemerkt.

4.2. Booking.com stelt, samengevat, dat de brede en smalle pariteitsclausule een nevenrestrictie zijn omdat de overeenkomst tussen Booking.com en de hotels positieve – althans neutrale – gevolgen heeft voor de mededinging en de pariteitsclausules inherent zijn aan en noodzakelijk voor de dienstverlening van Booking.com. De pariteitsclausules voorkomen dat de hotels op oneerlijke wijze gebruik maken van de diensten van Booking.com zonder hiervoor te betalen (*free riding*). Zonder pariteitsclausules zouden reizigers en accommodaties kunnen profiteren van de investeringen van Booking.com in de zoek- en vergelijkfuncties van het platform, terwijl Booking.com haar investeringen niet kan terugverdienen.

4.3. De hotels betwisten dat de brede en smalle pariteitsclausule een nevenrestrictie zijn. De smalle pariteitsclausule is niet onmisbaar omdat de afschaffing hiervan in 2016 geen merkbare nadelige gevolgen heeft gehad voor de activiteiten van Booking.com. Bovendien heeft Booking.com niet aangetoond dat er geen minder ingrijpende manieren zijn om het *free riding* probleem op te lossen en toont het door het BKA in opdracht van het OLG Düsseldorf uitgevoerde onderzoek aan dat het risico op *free riding* (zeer) gering is.

marktafbakening

4.4. Als geen sprake is van een nevenrestrictie, is vervolgens de vraag of de pariteitsclausules een merkbare inbreuk op artikel 101 lid 1 VWEU maken. Bij de beantwoording van die vraag is in het kader van de toepassing van de Groepsvrijstelling van

belang hoe de markt die voor het geschil van belang is (de relevante markt) moet worden gedefinieerd.

4.5. Booking.com stelt, samengevat, dat de markt voor de boeking en distributie van reisaccommodaties de relevante markt is. In dat verband is essentieel dat Booking.com een tweezijdig platform is. Voor zowel de hotels als voor de reizigers zijn de verschillende distributiekanaalen (online en offline) substitueerbaar en vormen deze om die reden één markt, aldus Booking.com.

4.6. De hotels voeren, samengevat, aan dat moet worden uitgegaan van een afzonderlijke (Duitse) markt voor OTA's, omdat alleen de hotelboekingsportalen de combinatie van zoeken, vergelijken en boeken bieden. De onlinedistributie van hotelkamers is niet substitueerbaar met de offlinedistributie, aldus de hotels.

5. Relevante Europese regelgeving/publicaties (verkort weergegeven)

5.1. De volgende Europese regelgeving en publicaties zijn voor de beoordeling van belang:

5.1.1. Artikel 101 leden 1 en 3 VWEU.

5.1.2. De Groepsvrijstelling (zie onder 2.10).

5.1.3. Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 betreffende betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector en tot wijziging van de Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Pb. 2022, L 265/1), hierna: de Verordening DMA.

5.1.4. De Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht van 9 december 1997 (Pb 1997, C 372/5), hierna: de Bekendmaking, met name pagina's 5-13.

5.1.5. Commission Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption, 8 September 2020 (SWD (2020) 172 final), hierna: het werkdocument.

Relevante rechtspraak HvJ (verkort weergegeven)

5.2. De volgende rechtspraak van het HvJ is voor de beoordeling van belang:

5.2.1. Het arrest van het HvJ van 15 december 1994, ECLI:EU:C:1994:413, zaak C-250/92, met name rechtsoverweging 34.

5.2.2. De (in 6.3 genoemde) beslissing van de Europese Commissie van 30 mei 2011, zaaknummer COMP/M 6163, C(2011) 3913, met name randnummer 25.

5.3. Het arrest van het GvEA EG van 24 mei 2012, ECLI:EU:T:2012:260, zaak T-111/08, met name rechtsoverwegingen 77 en 89.

5.3.1. Het arrest van het HvJ 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2201, zaak C-382/12P, met name rechtsoverwegingen 92, 93 en 94.

Relevante Duitse besluiten (verkort weergegeven, genoemd in hoofdstuk 2 van dit vonnis)

5.4. De volgende besluiten van het Duitse BKA en de Duitse rechter zijn voor de beoordeling van belang:

5.4.1. Het besluit van het BKA van 20 december 2013, B9-66/10.

5.4.2. Het besluit van het OLG Düsseldorf van 9 januari 2015, VI-Kart 1/14 (V).

5.4.3. Het besluit van het BKA van 22 december 2015, B9-121/13.

5.4.4. Het besluit van het OLG Düsseldorf 4 juni 2019, VI-Kart 2/16 (V), met name randnummer 46.

5.4.5. Het besluit van het BGH van 18 mei 2021, ECLI:DE:BGH:2021:180521 BKVR 54.20.0, met name randnummers 7, 10, 23, 50 en 54.

6. De beoordeling

nevenrestrictie

6.1. Vaststaat dat het HvJ zich tot op heden niet heeft uitgelaten over de vraag of een pariteitsclausule als een nevenrestrictie is uitgesloten van het toepassingsgebied van het kartelverbod van artikel 101 lid I VWEU. De rechtbank constateert dat niet alleen de hotels en Booking.com ieder een andere mening zijn toegeedaan, maar dat ook tussen andere in Europa bij deze materie betrokken personen de meningen zijn verdeeld. Het BKA heeft in de Booking.com-zaak geoordeeld dat de smalle pariteitsclausule in strijd is met het (Europese en Duitse) mededingingsrecht en die clausule niet als een nevenrestrictie beoordeeld. Het OLG Düsseldorf heeft de smalle pariteitsclausule daarentegen wel aangemerkt als een nevenrestrictie en deze noodzakelijk geacht om *free riding* tegen te gaan. Het BGH heeft in cassatie weliswaar geoordeeld dat het door het BKA in opdracht van het OLG Düsseldorf uitgevoerde onderzoek op zijn minst wijst op een zeker meeliftgedrag van hotelklanten bij Booking.com, maar de smalle pariteitsclausule niet als een nevenrestrictie gekwalificeerd, omdat Booking.com sinds 2016 ook zonder die clausule haar marktpositie heeft behouden. De vraag rijst wel of dit laatste betekent dat Booking.com zich niet tegen de risico's van *free riding* zou mogen indekken, welke risico's volgens Booking.com ook thans nog volop aanwezig zijn. Daarnaast lijkt uit de door Booking.com aangehaalde uitspraken van het HvJ van 15 december 1994 en 24 mei 2012 te volgen dat niet hoeft te worden aangetoond dat bij gebreke van een contractuele beperking de levensvatbaarheid van de onderneming op het spel komt te staan, maar dat voldoende is dat die "in het gedrang komt". Verder is van belang dat zowel de brede als de smalle pariteitsclausule inmiddels bij wet is verboden in België, Frankrijk, Italië en Oostenrijk, en dat in de thans bij het Landgericht Berlin aanhangige procedure dezelfde problematiek aan de orde is als in de onderhavige procedure. Het is niet wenselijk als tegenstrijdige uitspraken zouden worden gedaan.

marktafbakening

6.2. De rechtbank plaatst verschillende kanttekeningen bij de wijze waarop partijen de relevante markt afbakenen. Uit de Bekendmaking volgt dat de substitueerbaarheid aan de vraag- en aanbodzijde en de potentiële concurrentie voor een bepaald product in kaart moeten worden gebracht. Daarbij is voor de bepaling van de relevante markt substitutie aan met name de vraagzijde relevant. De specifieke productfunctionaliteiten van de OTA's – door de hotels aangeduid als 'zoeken, vergelijken en boeken' – geven weliswaar richting bij het bepalen van de relevante markt, maar deze volstaan niet bij het vaststellen van de substitueerbaarheid van de diensten. Dat volgt direct uit de Bekendmaking. Het rapport van Oxera bevat bovendien aanwijzingen dat de markt ruimer moet worden afgebakend dan door de hotels bepleit. Zo verwijst Oxera naar onderzoek waaruit blijkt dat reizigers voor het zoeken, vergelijken en boeken regelmatig meerdere websites bezoeken ('*multi-homing*'). Uit onderzoek dat onderzoeksinstituut Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) in 2014 onder Duitse consumenten heeft uitgevoerd, bleek dat 62% van de respondenten twee tot vier websites gebruikte om te zoeken. Van de personen die via OTA's zochten, gebruikte 46% daarnaast metazoekmachines. Verder blijkt uit onderzoek van Oxera dat in 2015 60% van de boekingen offline heeft plaatsgevonden.

6.3. Ook is relevant dat de hotels enerzijds de stelling innemen dat het directe boekingskanaal via de eigen website van de hotels tot een andere markt behoort en anderzijds dat de pariteitsclausule de 'horizontale mededinging' tussen de online distributie door Booking.com en de rechtstreekse distributie door de hotels zelf uitschakelt. Dat laatste impliceert dat de hotels via hun eigen website concurrentiedruk ondervinden van Booking.com en dat duidt er juist op dat de markt breder moet worden gedefinieerd dan alleen die van de OTA's. Een andere aanwijzing dat de relevante markt breder is dan die van de OTA's, is te vinden in de beslissing van de Europese Commissie van 30 mei 2011 dat de onlinedistributie van vliegtickets via de OTA's en eigen websites van vliegtuigmaatschappijen tot dezelfde markt behoren.

6.4. De recente ontwikkelingen in het Europese mededingingsrecht kunnen bovendien van belang zijn voor de afbakening van de relevante markt in dit geval. De Bekendmaking zal door de Europese Commissie worden herzien. In dat kader heeft een evaluatie plaatsgevonden en is een werkdocument gepubliceerd met de bevindingen daarvan. Daaruit blijkt dat de Bekendmaking niet (volledig) voldoet in het huidige (digitale) tijdperk, mede gelet op de digitale ontwikkelingen sinds de publicatie van de Bekendmaking in 1997. Marktafbakening kan complex zijn en er is een breed gedragen behoefte aan richting vanuit de Europese Commissie hoe de afbakening dient plaats te vinden. In de samenvatting van het werkdocument staat onder meer vermeld:

"Many respondents indicated that multi-sided platforms are now a prevalent business model in the digital sphere, yet they remain complex to analyse, with no clear consensus in the economic literature or competition authorities' case practice about how market definition should be carried out in such circumstances. Stakeholders would therefore welcome guidance from the Commission in this area, in particular on the question of whether multiple relevant markets (one for each side of the platform) or a single market (encompassing all sides of the platform) should be defined, on how the indirect network effects between different sides of a platform should be assessed as well as on whether (and how) the SSNIP test can be applied to multi-sided platforms. (...)

Several respondents noted the relevance of network effects, economies of scale and scope, lock-in effects or single-homing practices in delineating relevant markets and – going beyond market

definition – in the assessment of market power, and suggested these features of digital markets should be discussed in the Notice. It was also mentioned in the same context that market shares do not represent the most appropriate indicator of market power in digital markets, but to the extent they are relevant, guidance on metrics suitable for zero-priced products would be appreciated. Some stakeholders suggested giving less emphasis to market definition in digital markets, where market definition can be particularly complex, instead focusing more attention on the theories of harm.”

6.5. In de inhoud van dit werkdocument kan steun worden gevonden voor de opvatting van Oxera dat de nadruk minder zou moeten liggen op de afbakening van de relevante markt en meer op het in kaart brengen van de concurrentiedruk die vanuit diverse zijden wordt ondervonden. Ook blijkt hieruit dat de aandacht die Booking.com vraagt voor haar positie als tweezijdig platform, welke positie volgens haar een andere benadering vraagt, breder wordt gedeeld. Verder is van belang de Verordening DMA, een langverwachte verordening die ziet op de regulering van digitale platforms, omdat de bestaande mogelijkheden om het marktgedrag van de grootste technologiebedrijven te reguleren niet langer voldoende werden geacht. Daarbij gaat het met name om grote online platforms, de zogenaamde ‘core platform services’, als zoekmachines (Google), sociale netwerken (Facebook) en videodiensten, die door hun omvang een bijzonder belangrijke rol spelen voor andere bedrijven omdat zij de toegang beheren tussen deze bedrijven en hun klanten (poortwachters). De belangrijkste wijzigingen betreffen uitbreiding van de toezichtregeling en de mogelijkheid voor de Europese Unie om preventief in te grijpen.

7. Prejudiciële vragen

7.1. De rechtbank constateert dat de meningen niet alleen tussen partijen maar ook tussen andere in Europa bij deze materie betrokken personen zijn verdeeld over de vraag of een pariteitsclausule als een nevenrestrictie is uitgesloten van het toepassingsgebied van het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU. Verder constateert de rechtbank dat in het licht van de ontwikkelingen op het gebied van het Europese mededingingsrecht onduidelijkheid bestaat over de wijze van marktafbakening in het kader van artikel 101 lid 1 VWEU. Met het oog op de doelstelling van het VWEU om eenvormige toepassing van het VWEU te waarborgen acht de rechtbank bij deze stand van zaken het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ noodzakelijk voor het wijzen van haar vonnis.

7.2. De rechtbank heeft in het tussenvonnissen haar voornemen kenbaar gemaakt om op de voet van artikel 267 VWEU vragen voor te leggen aan het HvJ ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing en partijen in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over dit voornemen en over de inhoud van de door de rechtbank geformuleerde vragen. Partijen hebben vervolgens op 23 november 2022 een akte genomen.

7.3. Partijen kunnen zich blijkens hun aktes vinden in het voornemen van de rechtbank om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ. Booking.com stelt in haar akte voor om de door de rechtbank voorgestelde vraag 2 te herformuleren. De hotels gaan in hun akte niet in op de inhoud van de door de rechtbank geformuleerde vragen. In de opmerkingen van Booking.com ziet de rechtbank aanleiding de door haar geformuleerde vraag 2 aan te passen op de door Booking.com voorgestelde wijze.

7.4. Op grond van het voorgaande komt de rechtbank tot de hiernavolgende vragen die zij zal stellen aan het HvJ bij wijze van prejudiciële beslissing.

8. De beslissing

De rechtbank

in conventie en in reconventie

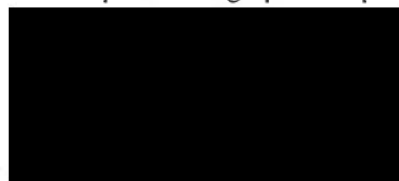
8.1. stelt het Hof van Justitie van de Europese Unie ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing de volgende vragen:

1. *Zijn de brede en smalle pariteitsclausule in het kader van artikel 101 lid 1 VWEU aan te merken als een nevenrestrictie?*
2. *Hoe moet bij de toepassing van Verordening (EU) 330/2010 de relevante markt worden afgebakend wanneer transacties worden bemiddeld door een online travel agency platform (OTA) waar accommodaties kamers kunnen aanbieden en in contact kunnen komen met reizigers die via het platform een kamer kunnen boeken?*

8.2. houdt iedere verdere beslissing aan;

8.3. verwijst de zaak naar de parkeerrol van **4 oktober 2023**.


openbaar uitgesproken op 22 februari 2023.


Bij afwezigheid van de voorzitter is dit vonnis ondertekend door de oudste rechter.