



Hotelverband Deutschland (IHA) - Am Weidendamm 1A - 10117 Berlin

**Hotelverband Deutschland (IHA) e.V.**

Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

Tel. 030 / 59 00 99 69-0

Fax 030 / 59 00 99 69-9

office@hotellerie.de  
www.hotellerie.de

16. September 2021

## **Stellungnahme zum Entwurf der Kommission zur überarbeiteten Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und der überarbeiteten Vertikal-Leitlinien\***

### **I. Einleitung**

Der Hotelverband Deutschland (IHA) e.V. begrüßt die Möglichkeit, zum Entwurf der überarbeiteten Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und der überarbeiteten Vertikal-Leitlinien Stellung beziehen zu können.

Die vorliegende Stellungnahme setzt sich nicht umfassend mit den Entwürfen auseinander, sondern beschränkt sich auf den Themenkomplex „Meistbegünstigungsklauseln von Online-Vermittlungsportalen“, der für das Beherbergungsgewerbe überragende Bedeutung hat, und dessen künftige Regulierung letztlich darüber entscheiden wird, ob die sich fortschreitende Monopolisierung des europäischen Vermittlermarktes für Beherbergungsdienstleistungen durch die Online-Buchungsportale auf Kosten der eigentlichen Leistungserbringer noch aufhalten lässt.

---

\* Please find for courtesy reasons an unofficial English translation at the end.



Das deutsche Beherbergungsgewerbe ist davon überzeugt, dass die wettbewerbsrechtliche Kontrolle der marktbeherrschenden Online-Vermittlungsdienste eine der Prioritäten für die europäische Wettbewerbspolitik sein muss, um faire Marktbedingungen in Europa sicherzustellen. Fairer Wettbewerb sollte der Garant für die Lenkung und die Entwicklung des EU-Binnenmarktes sein und muss ein zentraler Bestandteil der digitalen Binnenmarktstrategie sein.

Der Hotelverband Deutschland (IHA) begrüßt daher ausdrücklich, dass nach dem Entwurf der überarbeiteten Vertikalen-Gruppenfreistellungsverordnung („GVO-Entwurf“) sog. weite Meistbegünstigungsklauseln von Online-Vermittlungsdienste nunmehr ausdrücklich aus dem sachlichen Anwendungsbereich der vertikalen Gruppenfreistellung ausgenommen sind und in die Liste der nicht freigestellten Beschränkungen aufgenommen werden sollen (Art. 5 Abs. 1 d. GVO-Entwurf).

Meistbegünstigungsklauseln („MFN-Klauseln“) sind für die marktbeherrschenden Online-Vermittlungsdienste, zum wichtigsten Instrument geworden, um sich gegen Wettbewerb abzusichern, und zwar sowohl gegen Wettbewerb durch andere Online-Vermittlungsdienste, als auch vor aufkommendem Wettbewerb durch neu in den Markt eintretende Online-Vermittlungsdienste, sowie auch vor Wettbewerb durch alternative Vertriebskanäle. Nationale Gesetzgeber, Gerichte und Wettbewerbsbehörden in den EU-Mitgliedstaaten haben daher keinen Zweifel daran gelassen, dass Meistbegünstigungsklauseln, so wie sie beispielsweise von sämtlichen Hotelbuchungsportalen in der EU verwendet werden, massive Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken und bewirken, die mit den kartellrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar sind.



Die Aufnahme der weiten Meistbegünstigungsklauseln in die Liste der nicht freigestellten Beschränkungen reicht allerdings nicht aus, um das Ungleichgewicht und die Wettbewerbsbeschränkungen zwischen hochgradig konzentrierten Online-Vermittlungsdiensten auf der einen und den stark fragmentierten Marktteilnehmern im Beherbergungsbereich auf der anderen Seite, die vom Zugang zu diesen Online-Vermittlungsdiensten abhängig sind, zu verringern.

Es ist vielmehr notwendig, dass auch die engen MFN-Klauseln, in Übereinstimmung mit den in mehreren Mitgliedstaaten festgelegten gesetzlichen Verboten (Frankreich, Italien, Österreich, Belgien) und höchstrichterlichen Entscheidungen (Deutschland), einer Gruppenfreistellung entzogen bleiben.

Es gibt keine tatsächliche oder rechtliche Rechtfertigung, enge MFN-Klauseln anders zu behandeln als weite MFN-Klauseln. Vielmehr sind die wettbewerblichen Wirkungen beider Klauseln nahezu identisch. Insbesondere bezwecken und bewirken auch die engen MFN-Klauseln eine Eliminierung des Preis- und Konditionenwettbewerbs zwischen konkurrierenden Online-Vermittlungsdiensten sowie den intra-brand Wettbewerb zwischen verschiedenen Vertriebswegen. Umgekehrt erfüllen enge MFN-Klauseln die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV in der Regel nicht.

In der Gesamtschau liegen die rechtlichen Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung enger MFN-Klauseln nicht vor. Es verbietet sich daher aus Rechtsgründen die engen MFN-Klauseln in den sachlichen Anwendungsbereich der Vertikal-GVO aufzunehmen.



Im Einzelnen:

## **II. Meistbegünstigungsklauseln von Online-Vermittlungsportalen sind *de lege lata* nicht gruppenfreigestellt**

Im Zeitpunkt des Erlasses der geltenden Vertikal-GVO 330/2010 vor mehr als elf Jahren spielten Online-Vermittlungsportale noch nicht die maßgebliche Rolle – weder im Beherbergungsgewerbe, noch in anderen Industriezweigen. Es zeichnete sich bestenfalls zur damaligen Zeit ab, dass diese Online-Vermittlungsportale an Marktbedeutung zunehmen würden, allerdings nicht, dass sie sich innerhalb nur weniger Jahre zu den zentralen Schaltstellen gesamter Wirtschaftsbranchen entwickeln würden.

Aus diesem Grund überrascht es auch nicht, dass das Marktphänomen der Online-Vermittlungsportale, und die mit diesen einhergehenden neuartigen Herausforderungen für das Wettbewerbsgeschehen, nicht eingehend in der Vertikal-GVO 330/2010 adressiert wurden, und mehr noch: dass die derzeitigen Regelungen der Vertikal-GVO 330/2010 schlicht nicht auf Online-Vermittlungsportale passen.

Aus diesem Grund wird in Rz. 2 des GVO-Entwurfs auch ausdrücklich festgestellt:

*„In Anbetracht der neuen Marktentwicklungen wie dem stark wachsenden elektronischen Handel und neuen oder an Bedeutung gewinnenden Arten vertikaler Vereinbarungen ist es angemessen, eine neue Gruppenfreistellungsverordnung zu erlassen.“*

Die Kommission hat insofern zu Recht erkannt, dass sich die neuartigen wettbewerblichen Herausforderungen, die das Aufkommen von Online-Vermittlungsplattformen mit sich gebracht haben, nicht ohne weiteres



mit den herkömmlichen rechtlichen Instrumenten der bisherigen Vertikal-GVO lösen lassen.

In Erwägungsgrund 10 des GVO-Entwurfs (vgl. auch Rz. 60 der Guidelines) heißt es insofern:

*„Die Online-Plattformwirtschaft spielt eine immer wichtigere Rolle im Vertrieb von Waren und Dienstleistungen. In der Online-Plattformwirtschaft tätige Unternehmen ermöglichen neue Geschäftsmodelle, deren Zuordnung zu einer Gruppe anhand der herkömmlich mit vertikalen Beziehungen zwischen Anbietern und Händlern im stationären Handel verbundenen Konzepte nicht immer einfach ist.“*

Und in der Tat sind die Regelungen in der derzeit geltenden Vertikal-GVO auf das klassische, analoge, *brick-and-mortar* Geschäft zugeschnitten, und lassen sich auf Online-Vermittlungsplattformen schlicht nicht übertragen. Dies zeigt sich u.a. daran, dass die Kommission offenbar selbst Schwierigkeiten mit der Zuordnung von Online-Vermittlungsplattformen als „Anbieter“ oder „Abnehmer“ im Sinne der geltenden Vertikal-GVO hat, und sich der GVO-Entwurf aus diesem Grund damit zu helfen versucht, dass er die Online-Vermittlungsportale ausdrücklich als „Anbieter“ qualifiziert. Aber auch die MFN-Klauseln sind bislang weder ausdrücklich in der geltenden Vertikal-GVO geregelt, noch lassen sich die MFN-Klauseln zwanglos unter eine der geltenden Regelungen in der Vertikal-GVO subsumieren, ohne semantische Akrobatik zu betreiben und die gesetzlichen Regelungen über ihren Wortlaut und Regelungszweck hinaus zu instrumentalisieren. Nicht zuletzt aufgrund des Ausnahmecharakters der Gruppenfreistellungsverordnung verbietet sich indes deren extensive Auslegung derart, dass sie auch alle – nicht ausdrücklich erfassten – Marktphänomene erfassen sollen,



die irgendwelche Bezüge oder Parallelen zu in der GVO geregelten Verhaltensweisen aufweisen.

Sofern und soweit der GVO-Entwurf die Wettbewerbsbeschränkungen, die mit der Verwendung von MFN-Klauseln durch Online-Vermittlungsportale bezweckt und bewirkt werden, nunmehr erfassen soll, liegt mithin eine regulatorische Veränderung bzw. Erweiterung des Geltungsbereichs der derzeitigen Vertikal-GVO vor. Wenn es in Rz. 239 der Guidelines heißt:

*„All other types of parity obligation are covered by the block exemption of the VBER.“*

so kann aus diesem Grund hierin nur ein Verweis auf die konstituierende Regelungswirkung der neuen GVO gesehen werden, und keineswegs eine Klarstellung dergestalt, dass die von Online-Vermittlungsportalen verwendeten MFN-Klauseln auch bereits in der Vergangenheit nach der bisherigen Vertikal-GVO freigestellt gewesen wären.

**Eine ausdrückliche Klarstellung zu diesem Punkt wäre aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert und wichtig. Es wird deshalb vorgeschlagen, folgenden Halbsatz am Ende des Erwägungsgrunds 2 zu ergänzen:**

*„[erlassen], um neuartige, bislang nicht von der VO 330/2010 erfasste, vertikale Beschränkungen in den Regelungsbereich der novellierten Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung aufzunehmen.“*



### **III. Rechtliche Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung enger MFN-Klauseln liegen nicht vor**

Dem Europäischen Gesetzgeber steht es nicht frei, im Rahmen von sekundärrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen das Wettbewerbsgeschehen frei zu regeln. Vielmehr kommen Gruppenfreistellungen nur innerhalb des engen rechtlichen Rahmens des Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. der VO 19/65 in Betracht.

Konkret bedeutet dies, dass die Freistellung einer Gruppe von Vereinbarungen/Beschränkungen nur dann mit Primärrecht vereinbar ist, wenn aufgrund hinreichender wettbewerbsökonomischer und empirischer Betrachtungen feststeht, dass für diese Gruppe von Vereinbarungen/Beschränkungen stets die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Dies ist für enge MFN-Klauseln fernliegend.

Gruppenfreistellungsverordnungen sind Ausnahmeregelungen und bedeuten stets einen Eingriff in die Regelungssystematik des europäischen Kartellrechts, das in Art. 101 Abs. 1 AEUV von einem grundsätzlichen Verbot mit Ausnahmehorbehalt ausgeht. Durch Gruppenfreistellungsverordnungen wird dieses Regelungskonzept ins Gegenteil verkehrt. Bereits aus diesem Grund sind die normativen Anforderungen an Gruppenfreistellungsverordnungen sowie deren Regelungsbereich restriktiv zu handhaben.

Ferner ist auch der Individualrechtsschutz zu berücksichtigen, den Art. 101 AEUV nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH entfaltet. Dieser Individualrechtsschutz und daraus abgeleitete subjektive Rechte der betroffenen Marktteilnehmer (wie z.B. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche) werden durch eine Gruppenfreistellung faktisch entwertet. Eine Gruppenfreistellung führt nicht nur zu einer vollständigen



Beweislastumkehr (entgegen der primärrechtlichen Regelungen in Art. 101 AEUV), sondern sie beschränkt die Rechtsposition der betroffenen Marktteilnehmer darauf, bei den zuständigen Wettbewerbsbehörden auf eine (Ermessens-)Entscheidung dahingehend hinzuwirken, dass der Vorteil der Gruppenfreistellung entzogen bzw. diese für unanwendbar erklärt wird. Diese massive Beschränkung der primärrechtlich verankerten Rechtspositionen der betroffenen Marktteilnehmer erfordert zwingend eine besonders restriktive Handhabung von Gruppenfreistellungen. Aus diesem Grund regelt die VO 19/65 auch ausdrücklich,

*„Die Erklärung der Nichtanwendbarkeit des Artikels 85 Absatz (1) des Vertrages kann sich nach Artikel 85 Absatz (3) auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen beziehen, **die den in diesen Bestimmungen genannten Voraussetzungen entsprechen.**“*

Eine Gruppenfreistellung setzt damit zwingend voraus, dass die Gruppe der freigestellten Verhaltensweisen scharf konturiert ist, und abstrakt und *ex ante* – das heißt ohne eingehende Analyse des jeweiligen konkreten tatsächlichen und wettbewerblichen Kontextes im Einzelfall – eine abschließende Beurteilung dahingehend möglich ist, dass die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV stets und zweifelsfrei vorliegen.

Dieses zwingende Kriterium wird im GVO-Entwurf in seinem Erwägungsgrund 5 aufgeweicht, wo es heißt:

*„Die durch diese Verordnung bewirkte Gruppenfreistellung sollte nur vertikalen Vereinbarungen zugutekommen, bei denen mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV erfüllen.“*





Für eine „hinreichende Sicherheit“, lässt der rechtliche Rahmen jedoch nach dem Gesagten keinen Raum. Erforderlich ist vielmehr „Gewissheit“. Ermessens- bzw. Beurteilungsspielräume dahingehend, wann eine Sicherheit (bzw. Wahrscheinlichkeit) „hinreichend“ ist, sind beim Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen nicht eröffnet. Und insbesondere ist es nicht ausreichend, wenn bestimmte Verhaltensweisen „in der Regel“ – also mit regelmäßigen Ausnahmen – die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt, so wie dies in Erwägungsgrund 2 des GVO-Entwurfs anklingt. Die freigestellten Verhaltensweisen müssen vielmehr in ihrer konkreten Typizität ausnahmslos die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen.

Richtigerweise wird daher in Erwägungsgrund 13 des GVO-Entwurfs betont:

*„Die vorliegende Verordnung sollte keine vertikalen Vereinbarungen freistellen, die Beschränkungen enthalten, die wahrscheinlich den Wettbewerb beschränken und den Verbrauchern schaden oder die für die Herbeiführung der effizienzsteigernden Auswirkungen nicht unerlässlich sind; insbesondere vertikale Vereinbarungen, die bestimmte Arten schwerwiegender Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, wie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen für den Weiterverkauf, bestimmte Arten des Gebietschutzes oder die Verhinderung der wirksamen Nutzung des Internets für den Online-Verkauf oder der wirksamen Nutzung bestimmter Online-Werbekanäle, sollten daher ungeachtet des Marktanteils der beteiligten Unternehmen von der durch die vorliegende Verordnung gewährten Gruppenfreistellung ausgeschlossen werden.“*



Eine „wahrscheinliche“ Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV ist damit schlicht nicht ausreichend für eine Gruppenfreistellung. Vielmehr steht eine „wahrscheinliche“ Wettbewerbsbeschränkung, die Verbrauchern schadet und nicht unerlässlich ist, einer Gruppenfreistellung zwingend entgegen. Dies gilt – ausweislich der o.g. Ausführungen in Erwägungsgrund 13 des GVO-Entwurfs – insbesondere für Beschränkungen der Online-Werbe und Vertriebskanäle (so wie von den engen MFN-Klauseln bezweckt und bewirkt) und zwar ungeachtet des Marktanteils der beteiligten Unternehmen.

Dass die Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung der engen MFN-Klauseln gegeben wären, ist jedoch in dem GVO-Entwurf (und auch im Entwurf der Leitlinien) gerade nicht dargelegt und auch nicht ersichtlich. Vielmehr fehlt es vollständig an Ausführungen dazu, ob und weshalb enge MFN-Klauseln ausnahmslos die vier kumulativen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. In Rz. 353 des Entwurfs der Leitlinien heißt es lediglich:

*„In general, retail parity obligations relating to direct sales channels are more likely to fulfil the conditions of Article 101(3).“*

Es wird also gerade nicht im Einzelnen ausgeführt bzw. dargelegt, dass eine „hinreichende“ Wahrscheinlichkeit dahingehend bestünde, dass enge MFN-Klauseln (stets) die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen würden. Vielmehr wird allein auf eine relative Wahrscheinlichkeit im Verhältnis zu den weiten MFN-Klauseln abgestellt. Dies ist jedoch nicht ausreichend.

Umgekehrt ergibt sich ganz unmittelbar aus den Ausführungen im Entwurf der Leitlinien, dass die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen enger MFN-Klauseln von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab-



hängen und sich damit gerade nicht abstrakt und abschließend im Lichte des Art. 101 Abs. 3 AEUV beurteilen lassen. So heißt es in Rz. 352 des Entwurfs der Leitlinie:

*„Relevant factors include whether the investments by the supplier of online intermediation services provide objective benefits, that is, whether they add value for consumers; whether the risk of free-riding is real and substantial, and whether the particular type and scope of parity obligation is indispensable for the objective benefits to be achieved.“*

Zudem wird in den Leitlinien zutreffend darauf hingewiesen, dass die engen MFN-Klauseln in zahlreichen Konstellationen auch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben können, die mit Art. 101 AEUV nicht vereinbar, und insbesondere nicht gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellbar sind.

Die Voraussetzungen für eine pauschale Gruppenfreistellung der engen MFN-Klauseln liegen damit ganz offensichtlich nicht vor.

Es kann insofern auch nicht überbetont werden, dass eine rechtmäßige Gruppenfreistellung verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV branchenunabhängig vorliegen. Dass enge MFN-Klauseln – jedenfalls soweit sie von Hotelbuchungsportalen verwendet werden – jedoch gerade nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, zeigt sich nicht nur an den zahlreichen nationalen gesetzlichen Verboten der engen MFN-Klauseln, sondern insbesondere auch an der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Rechtssache *Booking.com*. (Beschluss vom 18.5.2021, Az. KVR 54/20). In seinem Beschluss hat der Bundesgerichtshof im Einzelnen dargelegt, dass die engen MFN-Klauseln – jedenfalls im Bereich der



Hotellerie – als solche keine Effizienzgewinne bewirken, keineswegs zum Vorteil der Verbraucher gereichen, und insbesondere auch nicht erforderlich sind. Diese Feststellungen in einer rechtskräftigen, höchst-richterlichen Entscheidung können nicht ignoriert werden.

Insbesondere hat sich der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 18.5.2021 mit dem landläufigen Argument auseinandergesetzt, dass enge MFN-Klauseln zur Vermeidung eines behaupteten Trittbrettfahrer-problems notwendig sein könnten. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, da sich offenbar auch die Kommission von dahingehenden Erwägungen leiten lässt, wenn es in Rz. 352 des Entwurfs der Leitlinien heißt:

*„Relevant factors include whether the investments by the supplier of online intermediation services provide objective benefits, that is, whether they add value for consumers; whether the risk of free-riding is real and substantial, and whether the particular type and scope of parity obligation is indispensable for the objective benefits to be achieved. The likely level of free-riding must be sufficient to significantly impact the incentives to invest in the online intermediation service.“*

In Rz. 44 des Entwurfs der Leitlinien heißt es in diesem Zusammenhang:

*„In addition, providers of online intermediation services typically make significant market-specific investments, for example, in software, advertising and after-sales services, indicating that these undertakings bear significant financial or commercial risks associated with the contracts negotiated on behalf of the sellers using their online intermediation services.“*



Die hier zum Ausdruck kommende Annahme, Online-Vermittlungsdienste würden Investitionen zugunsten einzelner, von ihnen vermittelter Unternehmen tätigen, von denen diese sodann individuell und konkret profitieren, und dass ein paralleler Direktvertrieb damit als „Trittbrettfahren“ zu qualifizieren sei, ist schlicht falsch und kann schon gar nicht pauschal unterstellt werden. Online-Vermittlungsplattformen zeichnen sich vielmehr dadurch aus, dass eine individuelle Betreuung, geschweige denn Interessensvertretung, einzelner vermittelter Unternehmen gerade nicht erfolgt. Dies gilt insbesondere für die Hotelbuchungsportale, bei denen „*after sales services*“ schon ohnehin nicht relevant sind, und bei denen auch das „*advertising*“ sich allein auf den eigenen Geschäftsbetrieb der Plattform bezieht und gerade nicht auf die vermittelten Angebote. Denn: dem Online-Vermittlungsdienst ist es vollkommen egal, welches Angebot vermittelt wird. Das Interesse des Online-Vermittlungsdienstes beschränkt sich darauf DASS ein Angebot über seine Plattform vermittelt wird. Umgekehrt unterlaufen die Hotelbuchungsportale über systematisches *Brand-Bidding* gezielt die eigenen Werbemaßnahmen der zu vermittelnden Hotels. Es kann also keine Rede davon sein, dass die Online-Vermittlungsdienste „*advertising*“ oder andere Investitionen im Individualinteresse der vermittelten Unternehmen vornehmen würden. Im Gegenteil bereits aus diesem Grund kann von einem „Trittbrettfahren“ überhaupt keine Rede sein.

Im Übrigen ist zwischenzeitlich auch empirisch erwiesen, dass ein Trittbrettfahren tatsächlich nicht in nennenswertem Umfang geschieht, wie z.B. die Überwachung im Hotelbuchungssektor durch die EU-Wettbewerbsbehörden bereits im Jahr 2016 gezeigt hat.<sup>1</sup> Auch im Rahmen des Kartellverwaltungsverfahrens gegen *Booking.com* hat das

---

<sup>1</sup> Vgl. [https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf), RN 39, Seite 19.



Bundeskartellamt zwischen 2017 und 2019 eine umfangreiche Markterhebung durchgeführt, die zu dem Ergebnis kam, dass in 99% der Fälle die Nutzer einer Buchungsplattform letztlich auch über die Buchungsplattform buchen. Ein Trittbrettfahren gibt es faktisch nicht.

Schließlich kann das so genannte Trittbrettfahrerproblem auch aus normativen Gründen keine Gruppenfreistellung der engen MFN-Klauseln rechtfertigen. Vielmehr gehört das Phänomen, dass Nachfrager sich bei einem Marktteilnehmer (ggf. kostenfrei) informieren bzw. beraten lassen, um sodann die Ware bzw. Dienstleistung bei einem günstigeren Anbieter zu beziehen, zum allgemeinen Wettbewerbsgeschehen. Es bleibt schlicht dem wettbewerblichen Spiel überlassen, dass die jeweiligen Marktteilnehmer wettbewerbskonforme Mechanismen entwickeln, um ihre jeweiligen Interessen und Investitionen hinreichen zu schützen und mit den Bedürfnissen der Nachfrager in einen angemessenen Ausgleich bringen. So ist es insbesondere auch nicht möglich, dass Hersteller Preisspreizungen dahingehend betreiben, dass der Online-Vertrieb nur zu höheren Preisen erfolgt, um auf diesem Weg die Investitionen des stationären Handels vor einem entsprechenden Trittbrettfahren zu schützen. Mit diesem etablierten Grundsatz des europäischen Wettbewerbsrechts wäre unvereinbar, für Online-Vermittlungsportale einen regulatorischen Schutz im Wege einer Gruppenfreistellung enger MFN-Klauseln zu implementieren.

Beziehungsweise müsste dann auch konsequenterweise den stationären Einzelhändlern zugestanden werden, entsprechende MFN-Klauseln mit ihren Lieferanten zu vereinbaren, nach denen diese die Vertragswaren nur zu höheren Preisen über Online-Händler vertreiben dürfen. Dies steht jedoch nach dem GVO-Entwurf (zu Recht) nicht zur Disposition und wäre auch mit Art. 101 AEUV schlicht unvereinbar.



Ferner hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 18.5.2021 nach eingehender Prüfung festgestellt, dass die engen MFN-Klauseln jedenfalls unter keinen Umständen als erforderlich betrachtet werden können, um behauptete Effizienzgewinne i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV zu erzielen. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof aufgezeigt und anhand robuster empirischer Belege bewiesen, dass die engen MFN-Klauseln gerade nicht „erforderlich“ im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV sind, sondern Online-Vermittlungsdienste (jedenfalls Hotelbuchungsportale) ohne weiteres sich auch ohne die engen MFN-Klauseln sehr erfolgreich im Markt behaupten können.

Schließlich führen die engen MFN-Klauseln auch zu einem vollständigen Erliegen des Wettbewerbs i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV, so dass auch aus diesem Grund eine Freistellung – und insbesondere eine Gruppenfreistellung – ausscheiden muss. Auch insofern hat der Bundesgerichtshof im Einzelnen aufgezeigt, dass sich weite und enge MFN-Klauseln in ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung schlicht nicht unterscheiden. Gleichermaßen heißt es auch in Rz. 347 des Entwurfs der Leitlinien:

*„In addition, under certain conditions, retail parity obligations relating to direct sales channels may indirectly produce restrictive effects equivalent to those produced by across-platform retail parity obligations.“*

Dass eine trennscharfe Abgrenzung zwischen engen und weiten MFN-Klauseln schlicht nicht angezeigt bzw. möglich ist, ergibt sich auch unmittelbar aus Rz. 238 des Entwurfs der Leitlinien, wo es mit Blick auf die weiten MFN-Klauseln heißt:

*„The [wide] parity obligation may be express or it may be applied by other direct or indirect means, including the use of differential*





*pricing or other incentives or measures whose application depends on the conditions under which the buyer of the online intermediation services offers goods or services to end users using competing suppliers of online intermediation services.“*

Da enge MFN-Klauseln im Ergebnis jedenfalls mittelbar eine „*accross platform parity*“ bezwecken und bewirken, sind sie damit technisch betrachtet „weite MFN-Klauseln“ im Sinne des GVO-Entwurfs.

Und tatsächlich: auch die engen MFN-Klauseln führen zwangsläufig zum Ausschluss jeglichen horizontalen Preis- und Konditionenwettbewerbs zwischen den Online-Vermittlungsdiensten, mit der Konsequenz höherer Transaktionskosten sowohl für die Anbieter der entsprechenden Waren/Dienstleistungen, als auch für die Verbraucher. Spiegelbildlich stehen hierzu massive Unternehmensprofite der Online-Vermittlungsdienste. Es ist damit offensichtlich, dass die engen MFN-Klauseln nicht der Sicherung wohlfahrtssteigernder Investitionen der Online-Vermittlungsdienste dienen, sondern schlicht der Abschöpfung massiver finanzieller Pfründe auf Kosten der eigentlichen Leistungserbringer.

Enge MFN-Klauseln verhindern, dass Hotels und andere Unterkunftsanbieter einen niedrigeren Preis für ein Hotelzimmer auf den eigenen, provisionsfreien und somit kostengünstigen Kanälen anbieten. Dies führt zu einer Situation, in der die Verbraucher nicht vom Preiswettbewerb profitieren.

Die engen MFN-Klauseln beschränken auch den Anreiz für die Hotelunternehmen, ihre Zimmerpreise auf den verschiedenen Hotelportalen zu differenzieren. Zwar erlauben die engen Bestpreisklauseln – rein formal – eine solche Preisdifferenzierung, verbieten aber nach wie vor, dass





der Zimmerpreis auf den hoteleigenen Online-Vertriebskanälen niedriger sein darf, als beispielsweise auf den Portalen von Expedia. Im Ergebnis darf ein Hotel somit eine Zimmerpreissenkung auf einem Hotelportal nur dann etwa auf der eigenen Website nachvollziehen, wenn dieser Preis auch auf den Portalen von Expedia gesenkt wurde.

Möchte ein Hotelunternehmen den Zimmerpreis hingegen gezielt nur auf einem anderen Hotelportal als denjenigen von Expedia senken, so wäre es nach den von Expedia verwendeten engen MFN-Klauseln gezwungen, über die eigenen Online-Vertriebskanäle den höheren, bei Expedia eingestellten Preis zu verlangen. Damit wird die Attraktivität des hoteleigenen Online-Vertriebs erheblich geschmälert und die Preissetzungsfreiheit der Hotelunternehmen spürbar eingeschränkt.

MFN-Klauseln – gleich ob weite oder enge – hindern das Hotel daran, seine eigentlichen Preissetzungsspielräume und –strategien zu nutzen. Dem Hotel wird faktisch ein vertriebskanalübergreifender einheitlicher **Endkundenmindestpreis vorgegeben**. Die Möglichkeit, flexibel auf unterschiedliche Nachfrageimpulse auf verschiedenen Vertriebskanälen zu reagieren, wird dem Hotelier genommen. Die von den Buchungsportalen zur Anwendung gebrachten MFN-Klauseln bringen somit den intra-brand-Wettbewerb – jedenfalls für den immer bedeutenderen Online-Vertrieb – zum Erliegen.

Dadurch, dass der intra-brand Wettbewerb zwischen den diversen Vertriebskanälen durch MFN-Klauseln faktisch ausgeschaltet wird, geht die Tendenz hin zur „Einheitsrate“. Diese ist als solches nicht nur Symptom fehlenden Wettbewerbs, sondern erleichtert natürlich auch ein preisliches Parallelverhalten der Hotelbuchungsportale.



Nach vorstehenden Erwägungen kann nicht – und zwar weder „in der Regel“, noch „mit hinreichender Sicherheit“ – davon ausgegangen werden, dass enge MFN-Klauseln die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Das Gegenteil ist der Fall.

**Nach dem Gesagten verbietet sich eine Gruppenfreistellung der engen MFN-Klauseln aus zwingenden Rechtsgründen. Enge MFN-Klauseln sind vielmehr demselben regulatorischen Schicksal zu unterwerfen wie weite MFN-Klauseln, d.h. aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Vertikal-GVO auszuklammern und für unzulässig zu erklären.**

Insofern scheint es fraglich, ob ein Klauselverbot gemäß Art. 5 Vertikal-GVO ausreichend ist, oder ob MFN-Klauseln nicht vielmehr in die Gruppe der Kernbeschränkungen in Art. 4 Vertikal-GVO aufgenommen werden sollten. Für Letzteres spricht nicht nur, dass MFN-Klauseln ganz unmittelbar die zentralen Wettbewerbsparameter beschränken, sondern auch die Parallelität zur Preisbindung der zweiten Hand (Art. 4 a) Vertikal-GVO). So hat insbesondere auch der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 18.5.2021 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass (enge) MFN-Klausel und die Preisbindung der 2. Hand in ihren wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen identisch sind.

Der Vorschlag ist daher, folgenden Absatz in Art. 4 f) Vertikal-GVO aufzunehmen:

*„f) unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die einen Abnehmer von Online-Vermittlungsdiensten veranlassen, Waren oder Dienstleistungen Endverbrauchern nicht auf anderen Vertriebskanälen zu günstigeren Bedingungen anzubieten, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen.“*



#### IV. Online-Vermittlungsdienste sind Online-Vermittlungsdienste

Der GVO-Entwurf sieht vor (Art. 1 Ziff. 1 d) GVO-Entwurf), dass Online-Vermittlungsdienste für die Zwecke der GVO als „Anbieter“ zu betrachten sind.

Dieser Regelungsvorschlag ist von dem Wunsch getragen, die Systematik der bisherigen GVO weitgehend unverändert zu lassen. Das neue Marktphänomen der Online-Vermittlungsdienste soll gleichsam in das Korsett der bisherigen Vertikal-GVO gezwängt werden.

Bei allem Verständnis für das Bestreben, einheitliche Regelungen für vertikale Vertragsbeziehungen zu schaffen und damit dezidierte Sonderregelungen für Online-Vermittlungsdienste zu vermeiden, darf dies nicht derart geschehen, dass die Realität verzerrt und der zivilrechtliche Rahmen überdehnt wird.

Online-Vermittlungsdienste sind keine Anbieter i.S.d. europäischen Kartellrechts derart, dass sie auf einem vorgelagerten Markt tätig wären. Online-Vermittlungsdienste sind vielmehr – wie der Name schon sagt – Vermittler, und in eben dieser Vermittlungstätigkeit liegt und erschöpft sich ihre marktrelevante Aktivität. Online-Vermittlungsdienste sind damit nicht auf einem vorgelagerten (Input-)Markt tätig, sondern schlicht Vertriebsmittler auf dem nachgelagerten Markt. So heißt es in Rz. 10 der Entwurf-GVO auch ausdrücklich,

*„Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten ermöglichen es Unternehmen, anderen Unternehmen oder Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anzubieten, indem sie die Einleitung direkter Transaktionen zwischen solchen Unternehmen oder zwischen solchen Unternehmen und Verbrauchern **vermitteln.**“*



Diese Realität kann und darf nicht durch eine „Umetikettierung“ ins Gegenteil verkehrt werden, nur damit sich die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen der Online-Vermittlungsdienste in das bestehende bzw. zu schaffende Regelwerk einpassen lassen.

Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass eine Qualifizierung der Online-Vermittlungsdienste als „Anbieter“ im Sinne der Vertikal-GVO jedenfalls dazu führen würde, dass enge (und natürlich auch weite) MFN-Klauseln unmittelbar über Art. 4 a) Vertikal-GVO als Kernbeschränkung verboten wären, so dass es eines weiteren Klauselverbots in Art. 5 Abs. 1 d) Vertikal-GVO nicht bedürfte.

#### **V. Abgrenzung zu „Hybrid-Vermittlern“ willkürlich**

Nach dem GVO-Entwurf (Art. 2 Abs. 7) soll die Gruppenfreistellung nicht für so-genannte „Hybrid-Vermittler“ gelten.

Erwägungsgrund 12 des GVO-Entwurfs führt insofern als Begründung an, dass Einzelhandelstätigkeiten von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten, die eine solche Hybridstellung haben, in der Regel den Markenwettbewerb beeinträchtigen und daher nicht unerhebliche Bedenken bezüglich des horizontalen Wettbewerbs aufwerfen können.

Die – zutreffende – Erwägung ist mithin, dass eine Gruppenfreistellung dann ausscheiden muss, wenn zu befürchten steht, dass durch diese der horizontale Wettbewerb zwischen den auf der Plattform gehandelten Waren oder Dienstleistungen beeinträchtigt wird.



Zu Unrecht geht der GVO-Entwurf jedoch davon aus, dass dies nur in Fällen von Hybrid-Vermittlern zu befürchten steht. Tatsächlich steht und fällt die Gefahr horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen jedoch nicht mit der gleichzeitigen Herstellereigenschaft des Online-Vermittlungsdienstes, sondern vielmehr allein damit, ob und inwieweit der Online-Vermittlungsdienst ein Eigeninteresse daran hat, diesen horizontalen Wettbewerb zwischen den auf der Plattform gehandelten Produkte zu beschränken. Selbstverständlich ist dieses Eigeninteresse in den Fällen gegeben, in denen der Online-Vermittlungsdienst selbst die fraglichen Waren bzw. Dienstleistungen herstellt bzw. anbietet; denn in diesem Fall würde der Online-Vermittlungsdienst unmittelbar von der preissteigernden Wirkung des beschränkten Wettbewerbs im Horizontalverhältnis profitieren. Dies ist allerdings mitnichten die einzige Konstellation, in der ein Online-Vermittlungsdienst ein unmittelbares Eigeninteresse an beschränktem Horizontalwettbewerb auf der Plattform hat.

Ganz im Gegenteil: immer dann, wenn der Online-Vermittlungsdienst seine Vermittlungsprovisionen auf Grundlage einer prozentualen Beteiligung auf Grundlage des Werts des vermittelten Geschäfts berechnet, hat er ebenfalls ein unmittelbares Eigeninteresse daran, dass der Transaktionswert möglichst hoch liegt, was gerade über eine Beschränkung des Horizontalwettbewerbs erreicht werden kann.

Aus diesem Grund müssen die wettbewerblichen Vorbehalte gegen eine Gruppenfreistellung der engen MFN-Klauseln gleichermaßen gelten.

Vor diesem Hintergrund wird – hilfsweise für den Fall, dass enge MFN-Klauseln grundsätzlich vom sachlichen Anwendungsbereich der Vertikal-GVO erfasst sein sollen – vorgeschlagen, Art. 2 Abs. 7 GVO wie folgt zu fassen:



*„Die Freistellung nach Absatz 1 gilt nicht, wenn ein Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten, Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb mit Unternehmen verkauft, für die er Online-Vermittlungsdienste anbietet, oder wenn sich die Höhe seines Provisionsanspruchs unmittelbar oder mittelbar durch den Wert der vermittelten Waren oder Dienstleistungen bestimmt.“*

## **VI. Praktische Konsequenzen des GVO-Vorschlags**

Wenn der GVO-Vorschlag betreffend die Freistellung enger MFN-Klauseln unverändert übernommen würde, so würde dies erhebliche und unmittelbare Auswirkungen auf die derzeitige wettbewerbsrechtliche Beurteilung und Regulierung enger MFN-Klauseln in den EU Mitgliedstaaten haben.

Bekanntermaßen haben eine Reihe von EU Mitgliedstaaten (Frankreich, Österreich, Belgien und Italien) die engen MFN-Klauseln *qua* gesetzlicher Verbote untersagt. In anderen EU Mitgliedstaaten (z.B. Deutschland) haben die Gerichte die engen MFN-Klauseln als kartellrechtswidrig untersagt.

Wenn nun die engen MFN-Klauseln im Rahmen der neuen Vertikal-GVO gruppenfreigestellt würde, so würde diesen mitgliedstaatlichen Handhabungen der engen MFN-Klauseln der Boden entzogen. Vielmehr wären sämtliche EU-Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 gehalten, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, innerhalb dessen enge MFN-Klauseln grundsätzlich als freigestellt zu betrachten und damit erlaubt wären.



Umgekehrt würde die Aufnahme enger Bestpreisklauseln in die Liste der nicht freigestellten Beschränkungen zu einer einheitlichen Handhabung und Gesetzesgrundlage innerhalb Europas führen. Dies würde zudem den rechtlichen Rahmen für künftige Entscheidungspraxis und Rechtsprechung dahingehend schaffen, ob und unter welchen Umständen enge MFN-Klauseln die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV tatsächlich erfüllen. Eine pauschale Gruppenfreistellung würde eine dahingehende Rechtsfortbildung indes blockieren.

## VII. Ergebnis

Es ist richtig und wichtig, dass auch im Rahmen der neuen Vertikal-GVO die weiten Bestpreisklauseln nicht gruppenfreigestellt sind. Ein ausdrücklicher Hinweis in den Erwägungsgründen der Vertikal-GVO, dass es sich hierbei nicht um eine regulatorische Neuerung, sondern um eine Klarstellung handelt, und dass weite MFN-Klauseln zu keinem Zeitpunkt von der Vertikal-GVO erfasst waren, wäre aus Gründen der Rechtsklarheit wünschenswert.

Die Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung enger MFN-Klauseln liegen nicht vor. Vielmehr sind die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen enger und weiter MFN-Klauseln weitgehend identisch. Jedenfalls kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass enge MFN-Klauseln ausnahmslos – ja nicht einmal regelmäßig – die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Umgekehrt bezwecken und bewirken enge MFN-Klauseln stets eine massive Beschränkung des intra-brand Wettbewerbs sowie des Plattformwettbewerbs. In der Gesamtschau ist eine Gruppenfreistellung der engen MFN-Klauseln damit



aus Rechtsgründen unzulässig. Die Verwender enger MFN-Klauseln sind auf eine etwaige Individualfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV zu verweisen.

In jedem Fall ist der Vorschlag abzulehnen, Online-Vermittlungsportale als „Anbieter“ i.S.d. Vertikal-GVO zu qualifizieren. Diese Qualifizierung geht an den tatsächlichen und normativen Realitäten vorbei.

Online-Vermittlungsportale sind Vermittler und es sind ggf. spezifische Regelungen zu finden, die unangemessene Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Vermittlerverträgen verhindern, wobei den Besonderheiten von (marktmächtigen) Online-Vermittlungsplattformen besonders Rechnung zu tragen ist.

Online-Vermittlungsdienste sind jedenfalls dann wie „Hybrid-Vermittlungsplattformen“ zu behandeln, wenn sie ein unmittelbares finanzielles Interesse am Wert der vermittelten Ware bzw. Dienstleistung haben.

Für etwaige Rückfragen und weitergehende Erläuterungen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Markus Luthé  
Hauptgeschäftsführer  
Hotelverband Deutschland (IHA)





Hotelverband Deutschland (IHA) - Am Weidendamm 1A - 10117 Berlin

**Hotelverband Deutschland (IHA) e.V.**

Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

Tel. 030 / 59 00 99 69-0

Fax 030 / 59 00 99 69-9

office@hotellerie.de

www.hotellerie.de

**English translation for courtesy reasons**

## **Statement on the Commission's Draft Revised Vertical Block Exemption Regulation and the Revised Vertical Guidelines**

### **I. Introduction**

The German Hotel Association (IHA) e.V. welcomes the opportunity to comment on the draft of the revised Vertical Block Exemption Regulation and the revised Vertical Guidelines.

This statement does not deal comprehensively with the drafts, but is limited to the issue of "Most-Favoured Nation Clauses ("MFNs") of online intermediary platforms", which is of paramount importance for the whole accommodation industry and whose future regulation will ultimately determine whether the progressive monopolisation of the European intermediary market for accommodation services by online booking portals at the expense of the actual service providers can still be stopped.



The German accommodation industry is convinced that the control of the market-dominating online intermediation service providers must be one of the top priorities for European competition policy in order to ensure fair market conditions in Europe. Fair competition should be the guarantor for the governance and development of the EU single market and must be a central part of the digital single market strategy.

The German Hotel Association (IHA) therefore expressly welcomes the fact that, according to the draft of the revised Vertical Block Exemption Regulation ("draft VBER"), so-called wide Most Favoured Nation clauses of online intermediary service providers are now expressly excluded from the scope of the vertical block exemption and are included in the list of non-exempted restrictions (Art. 5 (1) d, draft VBER).

Most Favoured Nation ("MFN") clauses, also referred as parity clauses, have become the most important tool for dominant online intermediation service providers to shield themselves from competition, both from other existing online intermediation service providers and from emerging competition from new online intermediation services entering the market, as well as from competition from alternative distribution channels. National legislators, courts and competition authorities in the EU Member States have therefore left no doubt that MFN clauses, such as those used by all online hotel booking portals in the EU, have as their object and effect massive restrictions of competition that are incompatible with antitrust requirements.



However, the inclusion of wide MFN clauses in the list of non-exempted restrictions is not sufficient to reduce the imbalance and the restrictions of competition between highly concentrated online intermediation service providers on the one hand and the highly fragmented market players in the accommodation sector on the other hand, which depend on access to these online intermediation services.

Rather, it is necessary that even the narrow MFN clauses remain outside the scope of a block exemption, in line with the legal prohibitions (France, Italy, Austria, Belgium) and high court decisions (Germany) established in several Member States.

There is no factual or legal justification for treating narrow MFN clauses differently from wide MFN clauses. On the contrary, the competitive effects of both clauses are almost identical. In particular, narrow MFN clauses also have the purpose and effect of eliminating competition on prices and conditions between competing online intermediation services as well as intra-brand competition between different distribution channels. Conversely, narrow MFN clauses generally do not fulfil the factual requirements of Article 101 (3) TFEU.

Overall, the legal requirements for a block exemption of narrow MFN clauses do not exist. Therefore, for legal reasons, narrow MFN clauses cannot be included in the material scope of application of the Vertical Block Exemption Regulation.

In detail:



## II. Most Favoured Nation clauses of online intermediation service providers are de lege lata not block exempted

At the time of the adoption of the current Vertical Block Exemption Regulation 330/2010 more than eleven years ago, online intermediation service providers did not yet play a decisive role - neither in the accommodation sector nor in other industries. At best, it was foreseeable at this time that these online portals would increase in market importance, but not that they would evolve into the central switching points of entire economic sectors within just a few years.

For this reason, it is not surprising that the market phenomenon of online intermediation service providers and the new challenges for competition associated with them were not addressed in detail in the Vertical Block Exemption Regulation 330/2010, and even more: that the current regulations of the Vertical Block Exemption Regulation 330/2010 simply do not fit to online intermediation service providers.

For this reason, recital 2 of the draft VBER also explicitly states:

*“Taking into account the experience acquired since its adoption, including experience with new market developments, such as the growth of e-commerce, as well as new or more prevalent types of vertical agreements, it is appropriate to adopt a new block exemption regulation.”*



In this respect, the Commission has rightly acknowledged that the new competition challenges which the growth of online intermediation platforms cannot be easily solved with the traditional legal instruments of the previous vertical Block Exemption Regulation. Recital 10 of the draft VBER (cf. also para. 60 of the guidelines) states in this respect:

*“The online platform economy plays an increasingly important role in the distribution of goods and services. The undertakings active in the online platform economy enable new ways of doing business, some of which are not easy to categorise using the concepts traditionally associated with vertical relationships between suppliers and distributors in the brick and mortar environment.”*

And indeed, the regulations in the currently applicable Vertical Block Exemption Regulation are tailored to the classic, analogue, brick-and-mortar business, and simply cannot be transferred to online intermediation platforms. This is shown, among other things, by the fact that the Commission itself obviously has difficulties with the classification of online intermediation platforms as "suppliers" or "buyers" in the sense of the current Vertical Block Exemption Regulation, and for this reason the draft VBER tries to help itself by explicitly qualifying online intermediation portals as "suppliers". However, the MFN clauses are also not explicitly regulated in the current vertical Block Exemption Regulation, nor can the MFN clauses be easily subsumed under one of the current regulations in the vertical Block Exemption Regulation without engaging in semantic acrobatics and instrumentalising the statutory regulations beyond their wording and regulatory purpose. Not least due to the exceptional character of the Block Exemption Regulation, its extensive interpretation is not justified in such a way that it should also cover all market phenomena that show any references or parallels to practices regulated in the



Block Exemption Regulation.

If and to the extent that the draft Block Exemption Regulation is now intended to cover the restrictions of competition which are intended by the use of MFN clauses by online intermediary portals, there is therefore a regulatory change or extension of the scope of the current Vertical Block Exemption Regulation. When paragraph 239 of the Guidelines states:

*"All other types of parity obligation are covered by the block exemption of the VBER."*

this can therefore only be seen as a reference to the constituent regulatory effect of the new Block Exemption Regulation, and in no way as a clarification to the effect that the MFN clauses used by online intermediary portals were already exempted in the past under the previous Block Exemption Regulation.

**An explicit clarification on this point would be desirable and important for reasons of legal certainty. It is therefore proposed to add the following half sentence at the end of recital 2:**

*"[..it is appropriate to adopt a new block exemption regulation] in order to include new types of vertical restraints not yet covered by Regulation 330/2010 in the scope of the revised Vertical Block Exemption Regulation".*



### **III. Legal requirements for a block exemption of narrow MFN clauses do not exist**

The European legislator is not entitled to freely regulate competition within the framework of a secondary block exemption regulation. Rather, block exemptions can only be considered within the narrow legal framework of Article 101 (3) TFEU or Regulation 19/65.

In concrete terms, this means that the exemption of a group of agreements/restrictions is only compatible with primary law if it is established on the basis of sufficient competition economic view and empirical considerations that the conditions of Article 101 (3) TFEU are always fulfilled for this group of agreements/restrictions. This is not the case for narrow MFN clauses.

Block exemption regulations are exceptional regulations and always mean an intervention in the regulatory system of European antitrust law, which in Article 101 (1) TFEU assumes a fundamental prohibition with a reservation of exceptions. Block exemption regulations reverse this regulatory concept. For this reason alone, the normative requirements for block exemption regulations and their scope of regulation are to be handled very restrictively.

Furthermore, the protection of individual rights that Article 101 TFEU provides according to the relevant case law of the European Court of Justice (ECJ) must be taken into account. This protection of individual



rights and the subjective rights of the affected market participants derived from it (such as claims for injunctive relief and removal) are de facto devalued by a block exemption. A block exemption not only leads to a complete reversal of the burden of proof (contrary to the primary law provisions in Art. 101 TFEU), but rather restricts the legal position of the market participants concerned to seeking a (discretionary) decision from the competent competition authorities to withdraw the benefit of the block exemption or to declare it inapplicable. This massive restriction of the legal positions of the market participants concerned, which are anchored in primary law, necessarily requires a particularly restrictive handling of block exemptions.

For this reason, Regulation 19/65 also explicitly states:

*"The declaration of inapplicability of Article 85(1) of the Treaty may, according to Article 85(3), apply to categories of agreements, decisions and concerted practices **which satisfy the conditions laid down in those provisions**".*

A block exemption thus requires that the group of exempted practices is sharply contoured and that a conclusive assessment is possible in an abstract and ex ante form - i.e. without a detailed analysis of the respective concrete factual and competitive context in the individual case - to the effect that the exemption conditions of Article 101 (3) TFEU are **always and unequivocally** met.

This mandatory criterion is softened in the draft VBER in its recital 5, which states:





*“The benefit of the block exemption established by this Regulation should be limited to vertical agreements for which it can be assumed with sufficient certainty that they satisfy the conditions of Article 101(3) of the Treaty.”*

However, according to what has been said, the legal framework leaves no room for "sufficient certainty". What is required is "certainty". When issuing block exemption regulations, there is no scope for discretion or assessment as to when a certainty (or probability) is "sufficient". And in particular, it is not enough if certain practices "as a general rule" - i.e. with regular exceptions - fulfil the conditions of Article 101(3) TFEU, as is implied in recital 2 of the draft VBER.

Rather, the exempted practices must, in their concrete typicality, fulfil the conditions of Article 101(3) TFEU without exception.

Recital 13 of the draft VBER therefore correctly emphasises:

*“This Regulation should not exempt vertical agreements containing restrictions which are likely to restrict competition and harm consumers or which are not indispensable to the attainment of the efficiency-enhancing effects. In particular, vertical agreements containing certain types of severe restrictions of competition such as minimum and fixed resale prices, certain types of territorial protection, or the prevention of the effective use of the Internet for the purposes of selling online or of the effective use of certain online advertising channels, should be excluded as a whole from the benefit of the block exemption established by this Regulation irrespective of the market share of the undertakings concerned.”*



A "probable" fulfilment of the exemption requirements of Article 101 (3) TFEU is thus simply not sufficient for a block exemption. Rather, a "probable" restriction of competition that harms consumers and is not indispensable necessarily precludes a block exemption. This applies in particular to restrictions on online advertising and distribution channels (as intended and effected by the narrow MFN clauses), irrespective of the market share of the undertakings concerned, as indicated in recital 13 of the draft Block Exemption Regulation.

However, the conditions for a block exemption of the narrow MFN clauses are not set out in the draft VBER (and also in the draft guidelines) and are not apparent. Rather, there is a complete lack of explanations as to whether and why narrow MFN clauses fulfil the four cumulative conditions of Article 101 (3) TFEU without exception. Paragraph 353 of the draft guidelines merely states:

*"In general, retail parity obligations relating to direct sales channels are more likely to fulfil the conditions of Article 101(3)."*

It is therefore not explained in detail that there is a "sufficient" probability that narrow MFN clauses would (always) fulfil the conditions of Article 101(3) TFEU. Instead, only a relative probability in relation to the wide MFN clauses is taken into account. However, this is not sufficient!

Conversely, it follows directly from the statements in the draft guidelines that the restrictive effects on competition of narrow MFN clauses depend on the circumstances of each individual case and thus cannot be assessed in an abstract and conclusive manner in the light of Article 101 (3) TFEU. This is stated in paragraph 352 of the draft guideline:



*"Relevant factors include whether the investments by the supplier of online intermediation services provide objective benefits, that is, whether they add value for consumers; whether the risk of free-riding is real and substantial, and whether the particular type and scope of parity obligation is indispensable for the objective benefits to be achieved".*

In addition, the guidelines correctly point out that the narrow MFN clauses can also have restrictive effects on competition in numerous constellations, which are not compatible with Article 101 TFEU, and in particular cannot be exempted under Article 101(3) TFEU.

### **The conditions for a blanked block exemption of narrow MFN clauses are thus clearly not met.**

In this respect, it cannot be overemphasised that a lawful block exemption requires that the factual **requirements** of Art. 101 (3) TFEU are met irrespective of the sector. However, the fact that narrow MFN clauses - at least insofar as they are used by hotel booking portals - precisely do not fulfil the requirements of Article 101(3) TFEU is not only shown by the numerous national legal prohibitions of narrow MFN clauses, but also in particular by the recent case law of the Federal Court of Justice in Germany in the Booking.com case. (Decision of 18<sup>th</sup> May 2021, Case No. KVR 54/20). In its decision, the Federal Court of Justice explained in detail that the narrow MFN clauses - at least in the area of the hotel industry - as such do not bring about any efficiency gains, are in no way to the advantage of consumers, and in particular are not necessary. These findings in a legally binding, supreme court decision cannot be ignored.



In particular, the Federal Court of Justice in its decision of 18<sup>th</sup> May 2021 dealt with the common argument that narrow MFN clauses might be necessary to avoid an alleged free-rider problem. This is particularly important as the Commission also seems to be guided by such considerations when it states in paragraph 352 of the draft guidelines:

*"Relevant factors include whether the investments by the supplier of online intermediation services provide objective benefits, that is, whether they add value for consumers; whether the risk of free-riding is real and substantial, and whether the particular type and scope of parity obligation is indispensable for the objective benefits to be achieved. The likely level of free-riding must be sufficient to significantly impact the incentives to invest in the online intermediation service."*

Paragraph 44 of the draft guidelines states in this context:

*"In addition, providers of online intermediation services typically make significant market-specific investments, for example, in software, advertising and after-sales services, indicating that these undertakings bear significant financial or commercial risks associated with the contracts negotiated on behalf of the sellers using their online intermediation services."*

The assumption expressed here that online intermediary services make investments for the benefit of individual companies intermediated by them, from which they then profit individually and concretely, and that parallel direct sales are thus to be qualified as "free-riding", is simply wrong and can certainly not be assumed across the board. On the contrary, online mediation platforms are characterised by the fact that individual support, let alone representation of interests, of individual mediati-



ed companies does not take place. This applies in particular to hotel booking portals, where "after sales services" are not relevant anyway, and where "advertising" refers solely to the platform's own business operations and not to the mediated offers. Because: the online intermediation service provider does not care at all which offer is mediated. The interest of the online intermediation service provider is limited only to the fact that an offer is mediated via its platform

Conversely, the online hotel booking portals deliberately undermine the own advertising measures of the hotels they are supposed to mediate via systematic brand bidding. So it is not the case that online intermediary service providers are "advertising" or making other investments in the individual interests of the intermediary companies. On the contrary, for this reason alone there can be no speaking of "free-riding" at all.

Incidentally, it has also been empirically proven in the meantime that free-riding does not actually occur to any significant extent, as e.g. the monitoring in the hotel booking sector by the EU competition authorities already showed in 2016.<sup>2</sup> Also in the context of the antitrust proceedings against Booking.com, the Bundeskartellamt conducted an extensive market survey between 2017 and 2019, which came to the conclusion that in 99% of the cases, the users of a booking platform ultimately also book via the booking platform. So Free-riding does not actually exist.

---

<sup>2</sup> Cf. [https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf), RN 39, page 19.



Finally, the so-called free-rider problem cannot justify a block exemption of the narrow MFN clauses for normative reasons either. Rather, the phenomenon that customers seek information or advice (possibly free of charge) from a market participant in order to then purchase the goods or services from a cheaper supplier is part of general competition. It is simply up to the competitive game that the respective market participants develop competitive mechanisms to adequately protect their respective interests and investments and balance them with the needs of the customers. In particular, it is not possible for manufacturers to spread prices so that online sales are only made at higher prices in order to protect the investments of the store-based trade from free-riding. It would be incompatible with this established principle of European competition law to implement regulatory protection for online intermediation portals by way of a block exemption of narrow MFN clauses.

Consequently, store-based retailers would then also have to be allowed to agree on corresponding MFN clauses with their suppliers, according to which they may only sell the contract goods at higher prices via online retailers. However, according to the draft VBER, this is (rightly) not up for discussion and would also be simply incompatible with Art. 101 TFEU.

Furthermore, in its decision of 18.5.2021, the German Federal Court of Justice found, after a thorough examination, that the narrow MFN clauses can in any event not be considered necessary to achieve claimed efficiencies within the meaning of Article 101(3) TFEU under any circumstances. Rather, the Federal Court of Justice has shown and proven on the basis of robust empirical evidence that the narrow MFN clauses



are precisely not "necessary" within the meaning of Art. 101(3) TFEU, but that online intermediary service provider (at least hotel booking portals) can very successfully operate in the market without the narrow MFN clauses.

Finally, the narrow MFN clauses also lead to a complete cessation of competition within the meaning of Article 101(3) TFEU, so that an exemption - and in particular a block exemption - must also be ruled out for this reason. In this respect, too, the German Federal Court of Justice has shown in detail that wide and narrow MFN clauses simply do not differ in their restrictive effect on competition.

Similarly, para 347 of the draft guidelines also states:

*"In addition, under certain conditions, retail parity obligations relating to direct sales channels may indirectly produce restrictive effects equivalent to those produced by across-platform retail parity obligations."*

The fact that a clear distinction between narrow and wide MFN clauses is simply not appropriate or possible also follows directly from paragraph 238 of the draft guidelines, where it is stated with regard to the wide MFN clauses:

*"The [wide] parity obligation may be express or it may be applied by other direct or indirect means, including the use of differential pricing or other incentives or measures whose application depends on the conditions under which the buyer of the online intermediation services offers goods or services to end users using competing suppliers of online intermediation services."*



As narrow MFN clauses result in any case indirectly in an "across platform parity", they are technically considered "wide MFN clauses" in the sense of the draft VBER.

And indeed: even the narrow MFN clauses inevitably lead to the exclusion of any horizontal competition on prices and conditions between online intermediation service providers, with the consequence of higher transaction costs both for the providers of the corresponding goods/services and for consumers. This is paralleled by the massive profits of the online intermediation service providers. It is thus obvious that the narrow MFN clauses do not serve to secure welfare-enhancing investments of the online intermediation service providers, but simply to skim off massive financial sums at the expense of the companies that use the intermediation platforms.

Narrow MFN clauses prevent hotels and other accommodation providers from offering a lower price for a hotel room on their own, pro-vision-free and thus low-cost channels. This leads to a situation where consumers do not benefit from price competition.

The narrow MFN clauses also limit the incentive for hotels to differentiate their room prices on the various online hotel booking portals. Although the narrow best price clauses - in purely formal terms - allow such price differentiation, they still prohibit that the room rate on the hotel's own online distribution channels may be lower than, for example, on Expedia's portals. As a result, a hotel may only reproduce a room price reduction on its own website if this price has also been reduced on Expedia's portals.





If, on the other hand, a hotel specifically wants to lower the room rate only on an online hotel booking portal other than Expedia's, it would be forced under the narrow MFN clauses used by Expedia to charge the higher price posted on Expedia via its own online distribution channels. This considerably reduces the attractiveness of the hotel's own online distribution and noticeably restricts the pricing freedom of the hotels.

MFN clauses - whether wide or narrow - prevent the hotel from using its actual pricing leeway and strategies. The hotel is in effect given a **uniform minimum retail price across all distribution channels**. The hotelier is deprived of the possibility to react flexibly to different demand impulses on different distribution channels. The MFN clauses applied by the booking portals thus bring intra-brand competition to a standstill - at least for the increasingly important online distribution.

As intra-brand competition between the various distribution channels is effectively eliminated by MFN clauses, the tendency is towards a "uniform rate". As such, this is not only a symptom of a lack of competition, but naturally also facilitates parallel pricing behaviour by the hotel booking portals.

According to the above considerations, it cannot be assumed - neither "as a rule" nor "with sufficient certainty" - that narrow MFN clauses fulfil the conditions of Article 101(3) TFEU. The opposite is the case.



**According to the considerations above, a block exemption of narrow MFN clauses must be prohibited for compelling legal reasons. Rather, narrow MFN clauses are to be subjected to the same regulatory fate as wide MFN clauses, i.e. to be excluded from the material scope of application of the Vertical Block Exemption Regulation and to be declared inadmissible.**

In this respect, it seems questionable whether a prohibition of clauses according to Art. 5 of the Vertical Block Exemption Regulation is sufficient or whether MFN clauses should rather be included in the group of hardcore restrictions in Art. 4 of the Vertical Block Exemption Regulation.

In favour of the latter is not only the fact that MFN clauses directly restrict the central competition parameters, but also the parallelism to resale price maintenance (Art. 4a, Vertical Block Exemption Regulation). In its decision of 18.5.2021, the German Federal Court of Justice explicitly pointed out that (narrow) MFN clauses and resale price maintenance are identical in their restrictive effects on competition.

The proposal is therefore to include the following paragraph in Art. 4 f) Vertical Block Exemption Regulation:

**"(f) direct or indirect obligations causing a buyer of online intermediary services not to offer, sell or resell goods or services to final consumers through other distribution channels on more favourable terms".**



#### **IV. Online intermediary services are online intermediary services**

The draft VBER provides (Art. 1 No. 1 d) draft VBER) that online intermediary services are to be regarded as "providers" for the purposes of the VBER.

This proposed regulation is based on the desire to leave the systematics of the previous VBER largely unchanged. The new market phenomenon of online intermediary services is to be forced, as it were, into the corset of the previous VBER.

Despite all understanding for the endeavour to create uniform regulations for vertical contractual relationships and thus to avoid dedicated special regulations for online intermediary services, this must not be done in such a way that reality is distorted and the civil law framework is overstretched.

Online intermediary services are not providers within the meaning of European antitrust law in such a way that they would be active on an upstream market. Rather, online intermediary services are - as the name suggests - intermediaries, and it is this intermediary activity that their market-relevant activity is based on. Online intermediary services are therefore not active on an upstream (input) market, but are simply sales intermediaries on the downstream market. This is also explicitly stated in recital 10 of the draft VBER,



*"Online intermediary service providers enable undertakings to offer goods or services to other undertakings or consumers by facilitating the initiation of direct transactions between such undertakings or between such undertakings and consumers."*

This reality cannot and must not be "relabelled" to the contrary just so that the restrictive practices of online intermediary services can fit into the existing or to be created regulatory framework.

It should also be pointed out that qualifying online intermediary services as "providers" within the meaning of the Vertical Block Exemption Regulation would in any case result in narrow (and of course also broad) MFN clauses being directly prohibited as a hardcore restriction via Article 4(a) of the Vertical Block Exemption Regulation, so that there would be no need for a further clause prohibition in Article 5(1)(d) of the Vertical Block Exemption Regulation.

## **V. Delimitation to "hybrid intermediaries" arbitrary**

According to the draft VBER (Art. 2(7)), the block exemption should not apply to so-called "hybrid intermediaries".

Recital 12 of the draft VBER cites as a justification that retail activities of online intermediation service providers having such a hybrid position usually affect inter-brand competition and may therefore raise non-negligible horizontal competition concerns.



The - correct - consideration is thus that a block exemption must be ruled out if it is to be feared that horizontal competition between the goods or services traded on the platform will be affected by it.

However, the draft VBER wrongly assumes that this is only to be feared in cases of hybrid intermediaries.

In fact, however, the risk of horizontal restraints of competition does not stand or fall with the simultaneous producer status of the online intermediation service provider, but rather solely with whether and to what extent the online intermediation service provider has a self-interest in restricting this horizontal competition between the products traded on the platform. Of course, this self-interest is given in cases where the online intermediary service itself produces or offers the goods or services in question; because in this case the online intermediary service would directly benefit from the price-increasing effect of the restricted competition in the horizontal relationship. However, this is by no means the only constellation in which an online intermediary service has a direct self-interest in restricted horizontal competition on the platform.

On the contrary: whenever the online intermediation service provider calculates its intermediation commissions on the basis of a percentage participation based on the value of the mediated transaction, it also has a direct self-interest in ensuring that the transaction value is as high as possible, which can be achieved precisely by limiting horizontal competition.



For this reason, the competition concerns against a block exemption of narrow MFN clauses must apply equally.

Against this background, it is proposed - in the event that narrow MFN clauses are in principle to be covered by the material scope of application of the Vertical Block Exemption Regulation - that Art. 2(7) of the Block Exemption Regulation be worded as follows:

*"The exemption provided for in paragraph 1 shall not apply where an online intermediation service provider, sells goods or services in competition with undertakings for which it provides online intermediation services or where the amount of its commission entitlement is directly or indirectly determined by the value of the goods or services intermediated."*



## VI. Practical consequences of the VBER proposal

If the VBER proposal concerning the exemption of narrow MFN clauses were to be adopted unchanged, this would have a significant and direct impact on the current competition law assessment and regulation of narrow MFN narrow in the EU Member States.

As is well known, a number of EU Member States (France, Austria, Belgium and Italy) have prohibited MFN narrow clauses by law. In other EU Member States (e.g. Germany), the courts have prohibited narrow MFN clauses as being contrary to antitrust law.

If the narrow MFN clauses were to be block exempted under the new Vertical Block Exemption Regulation, these Member State practices of narrow MFN clauses would be eliminated. Instead, all EU member states would be required under Art. 3 (2) of Regulation 1/2003 to create a legal framework within which narrow MFN clauses would in principle be considered exempt and thus permitted.

Conversely, the inclusion of narrow MFN clauses in the list of non-exempted restrictions would lead to a uniform handling and legal basis within Europe. This would also create the legal framework for future decision-making practice and jurisprudence as to whether and under which circumstances narrow MFN clauses actually fulfil the exemption requirements of Article 101 (3) TFEU. A blanket block exemption would, however, block the further development of the law in this respect.



## VII. Result

It is correct and important that **wide MFN clauses** are not block exempted under the new Vertical Block Exemption Regulation. An explicit reference in the recitals of the Vertical Block Exemption Regulation that this is not a regulatory innovation, but a clarification, and that wide MFN clauses were never covered by the Vertical Block Exemption Regulation, would be desirable for reasons of legal clarity.

The conditions for a block exemption of **narrow MFN clauses** do not exist. Rather, the restrictive effects of narrow and wide MFN clauses are largely identical. In any case, it cannot be assumed that narrow MFN clauses without exception - not even on a regular basis - fulfil the exemption requirements of Article 101 (3) TFEU. Conversely, narrow MFN clauses always have the purpose and effect of massively restricting intra-brand competition and platform competition. Overall, a block exemption of narrow MFN clauses is therefore inadmissible for legal reasons. The users of narrow MFN clauses must be referred to a possible individual exemption pursuant to Article 101 (3) TFEU.

In any case, the proposal to **qualify online intermediary portals as "providers"** within the meaning of the Vertical Block Exemption Regulation must be rejected. This qualification misses the actual and normative realities. Online intermediation portals are intermediaries and, if necessary, specific rules must be found to prevent unreasonable restrictions of competition within the framework of intermediary agreements, whereby the special features of (market-powerful) online intermediation platforms must be particularly taken into account.





Online intermediation services are in any case to be treated as "**hybrid intermediation platforms**" if they have a direct financial interest in the value of the intermediated good or service.

Please do not hesitate to contact us if you have any questions or require further clarification.

Kind regards,

A handwritten signature in blue ink that reads 'M. Luthe'. The signature is written in a cursive, flowing style.

Markus Luthe  
CEO  
German Hotel Association (IHA)