

Reservas *on-line* de hoteles y cláusulas *MFN*: ¿pueden las plataformas exigir el mejor trato?

Grupo de Competencia de Gómez-Acebo & Pombo

Las cláusulas *most favoured nation (MFN)* son actualmente objeto de atención por parte de las autoridades de competencia de la Unión Europea en relación con el mundo de las reservas hoteleras *on-line*. Algunas plataformas *on-line* de reservas de hotel han sido o están siendo investigadas por el Bundeskartellamt, las autoridades de competencia de Francia, Austria, Hungría, Reino Unido, Suiza, Suecia, Irlanda, Australia y Estados Unidos con motivo de la inclusión de este tipo de cláusulas en sus contratos con los hoteles. El desarrollo al que estamos asistiendo en Europa indica que, en muchos casos, este tipo de cláusulas pueden ser consideradas restrictivas de la competencia.

1. ¿Qué es una cláusula *MFN*?

Las cláusulas *MFN* aparecen en los acuerdos verticales entre proveedores y distribuidores y en general consisten en cláusulas por las que el proveedor se compromete a otorgar al distribuidor un precio que no será menos favorable que los otorgados a sus otros clientes. En el mercado de las plataformas *on-line* de reservas de hoteles, una cláusula *MFN* obliga a los hoteles a conceder siempre a la plataforma con la que firman la cláusula el mejor precio de todas las ofertas de reserva *on-line*, la más alta disponibilidad de las habitaciones (máxima capacidad) y las condiciones más favorables disponibles con respecto a la reserva y a la política de cancelación.

2. ¿Son legales o ilegales?

En cuanto cláusulas contenidas en acuerdos de carácter vertical (acuerdos entre

operadores que se encuentran en distintos niveles de la cadena de comercialización), en el ámbito de la Unión Europea es fundamental atender al Reglamento 330/2010 de exención por categorías. Conforme a este reglamento, los acuerdos verticales están exentos de la prohibición de los acuerdos anticompetitivos cuando la cuota de las partes del acuerdo sea inferior al 30 % y no contengan, además, restricciones que dicho reglamento considere especialmente graves. Si no se cumplen tales condiciones, entonces el acuerdo no está exento y se debe analizar si existen eficiencias y si éstas compensan los efectos anticompetitivos.

En el mercado de las plataformas de reservas de hoteles *on-line*, las cláusulas *MFN* pueden restringir la competencia de diversas formas:

- Aumentan las barreras de entrada al mercado a nuevos competidores en tanto en cuanto impiden a nuevas plataformas ofrecer habitaciones de hotel a precios más bajos. Esta manifestación podría resultar anticompetitiva, pues dificulta el ingreso de nuevos competidores.
- Alinean los precios entre competidores como efecto acumulativo de varios acuerdos con cláusulas *MFN*. Facilita la colusión al homogeneizar precios y condiciones comerciales de las distintas plataformas de hoteles *on-line*.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

- Restringen la competencia entre los portales de reservas de hoteles *on-line* en tanto en cuanto impiden la oferta de menores precios de hoteles en otras plataformas.
- Desincentivan la reducción de precios por parte de los hoteles, pues un descuento ofrecido a un tercero también debe ser ofrecido a los clientes beneficiados de la cláusula *MFN*.
- Refuerzan posiciones en el mercado. Según la cuota de mercado de la plataforma, puede resultar un abuso de posición de dominio. Por eso, al evaluar los posibles efectos anticompetitivos, es necesario tener en cuenta el poder de mercado de la plataforma en cuestión.

No obstante, las cláusulas *MFN* pueden ofrecer potenciales efectos positivos. De entrada, estas cláusulas parecen ser favorables a la competencia en la medida en que el cliente final puede tener garantizado el precio más bajo posible.

Los acuerdos *MFN* pueden ofrecer también a los compradores una cierta protección contra los aumentos de precios y permiten a los compradores reducir los costes de las negociaciones y los costes de investigación de mercado para averiguar si están consiguiendo el mejor precio disponible.

Al celebrar acuerdos verticales que contengan cláusulas *MFN*, las partes deben tener precaución al evaluarlas desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Será preciso verificar si pueden estar exentas conforme al Reglamento de exención de categorías o si, en caso contrario, si las ganancias de eficiencia que se persiguen superan suficientemente cualquier efecto anticompetitivo potencial de la cláusula *MFN*. Los contratos que contengan cláusulas *MFN*, por tanto, requieren un análisis caso por caso en una fase inicial por parte de las empresas para evitar ser sancionadas por las autoridades de competencia.

Corresponde a las partes demostrar que las cláusulas *MFN* despliegan efectos favorables tales que superan los efectos restrictivos.

3. Casos recientes sobre cláusulas *MFN* en Europa

3.1. CASO HRS¹. Cláusulas *MFN* en Alemania: prohibición- no es posible la exención.

El 20 de diciembre del 2013, el Bundeskartellamt prohibió el uso de cláusulas *MFN* a HRS (Hotel Reservation Service) y ordenó la eliminación de la cláusula en sus contratos como remedio a la restricción de la competencia entre los portales de reserva de hoteles *on-line*. En el marco del procedimiento sancionador, HRS presentó diversos compromisos que fueron, sin embargo, rechazados por la autoridad al considerarlos insuficientes, y finalmente determinó la prohibición de dichas cláusulas. Conforme al Bundeskartellamt, las cláusulas *MFN* constituyen acuerdos verticales anticompetitivos contrarios al artículo 1 de la ley alemana de competencia (GWB) y al artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)² en el mercado de la reserva de habitaciones de hotel vía plataformas *on-line* que abarcaba toda Alemania en este caso.

El Bundeskartellamt consideró que, como la cuota de mercado de HRS en Alemania era superior al 30 % desde el año 2009, los acuerdos entre HRS y los hoteles no se beneficiaban de la exención prevista en el Reglamento de exención de categorías y debía analizarse si las eficiencias compensaban los efectos restrictivos de las cláusulas *MFN*. Esta evaluación llevó a la conclusión de que éstas vulneraban el artículo 101.1 TFUE.

En efecto, según la autoridad de competencia alemana, este tipo de cláusulas

¹ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

² «The implementation of the MFN clauses agreed between HRS and its hotel partners infringes section 1 GWB and Art. 101 (1) TFEU and sections 19 and 20 GWB.»

restringen la competencia entre los portales en línea existentes, ya que son disuadidos de ofrecer precios más bajos o de competir mediante estrategias de *marketing* e impiden la entrada en el mercado de las nuevas plataformas de reserva *on-line*. Además, restringen la capacidad de los hoteles de fijar sus precios de forma independiente o de innovar con ofertas atractivas e innovadoras, como por ejemplo las ofertas de último minuto. En el caso de que la cuota de mercado de HRS hubiera estado por debajo del 30 %, el acuerdo tampoco habría estado exento, pues la cláusula *MFN* es una restricción especialmente grave por su objeto y por los efectos anticompetitivos que despliega que excluyen la aplicación del Reglamento de exención de categorías.

Tras la decisión contra HRS del Bundeskartellamt, se abrieron diligencias contra otras plataformas de reservas *on-line* tales como Booking.com y Expedia. En el caso Booking, Alemania también rechazó los compromisos contraídos por la empresa por considerarlos insuficientes para que la cláusula no surtiera efectos colusorios.

3.2. CASO BOOKING. Cláusulas *MFN* en Francia³, Suecia⁴ e Italia⁵: aceptación de compromisos.

La Comisión Europea alentó a las autoridades de competencia nacionales de los Estados miembros a que investigaran

sobre la utilización de estas cláusulas por parte de las plataformas *on-line* de reservas de hoteles, liderando ella dicha investigación. La Comisión ha coordinado estas tres investigaciones nacionales sobre Booking.com pero no ha abierto una propia.

En el marco de estas investigaciones, Booking presentó una serie de compromisos que fueron, principalmente, los siguientes:

- a) Supresión de las cláusulas *MFN* en relación con la paridad de precios, condiciones de la reserva y disponibilidad.
- b) Compromiso de no implantar medidas equivalentes.
- c) Elaboración de un informe a las autoridades de competencia como muy tarde el 1/07/2016 sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Así, finalmente Booking.com se ha comprometido a no aplicar las cláusulas no sólo en estos tres países, sino en todo el Espacio Económico Europeo, a partir del 1 de julio del 2015 con una validez de cinco años. La asunción de compromisos por parte de Booking de no aplicar estas cláusulas permitirá la apertura del mercado dando la oportunidad a los hoteles de ofrecer precios más bajos y distintas

³ Francia:

Décision n.º 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.
<http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/15d06.pdf>

⁴ Suecia:

Decision of the Swedish Competition Authority, n.º 596/2013, 15 April 2015.
http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/news/13_596_bookingdotcom-commitment.pdf
http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/news/13_596_bookingdotcom_eng.pdf

⁵ Italia:

Decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 21 April 2015.
http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4809-i779chiusura.html

políticas de reserva a otras plataformas de reserva *on-line*.

En vista de lo anterior, es recomendable el análisis de la inclusión de este tipo de cláusulas desde el punto de vista del Derecho de la competencia para verificar su validez o, en su caso, adaptarlas para

evitar el riesgo jurídico derivado del posicionamiento que están adoptando las autoridades de competencia. Es necesario recordar que la contravención del Derecho de la competencia no sólo conlleva la nulidad e inexigibilidad de la cláusula en cuestión, sino que puede suponer la imposición de una multa significativa.