

Leveringsnægtelse fra B&O overfor Merlin

J.nr. 2:801-1/hhk

Rådsmødet den 25. november 1998

1. Resumé

Konkurrencerådet har modtaget en klage fra Merlin A/S over en leveringsnægtelse fra Bang & Olufsen A/S.

Merlins klage vedrører B&O's nægtelse af at optage 8 udvalgte Merlin forretninger samt Electronic World som forhandlere af B&O produkter.

2. Afgørelse

B&O meddeles

- at selskabet misbruger sin dominerende stilling på det danske forhandlermarked for eksklusive audio/videoprodukter efter konkurrencelovens § 11, stk.1 , jf. § 11, stk. 2, nr. 1, 2 og 3.

B&O påbydes i medfør af konkurrenceloven § 11, stk. 3, jf. § 16 stk. 1, nr. 1, a

- ophøre med at gøre det til et krav, at en ansøger om forhandling af selskabets produkter skal opfylde kravene i B&O's forhandlevilkår for alle sine forretninger uanset om der skal forhandles B&O-produkter fra disse forretninger.

B&O påbydes i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 3, jf § 16, stk. 1, nr. 3, a

- sælge til de 9 forretninger, der er omfattet af Merlins henvendelse af 22. december 1997 på selskabets sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg.

Det lægges til grund, at Merlin har opstillet en model for indretning af de nævnte forretninger til B&O's produkter og har erklæret sig indforstået med at opfylde kravene i B&O's forhandlerkontrakt. B&O indtager en dominerende stilling på markedet for eksklusive audio/videoprodukter.

3. Sagsfremstilling

3.1 Indledning

Konkurrencerådet modtog i januar 1998 en klage fra Merlin A/S over leveringsnægtelse fra Bang & Olufsen A/S for levering af audio/videoprodukter.

Konkurrencerådet har i 1990 efter en klage fra Merlin afgjort, at der skulle indledes forhandlinger med B&O i medfør af den dagældende konkurrencelovs § 11 om præcisering af selskabets forhandleroverenskomst, som rådet fandt subjektiv, uklar og kvalitativ. Da forhandlingerne var resultatløse blev B&O meddelt leveringspåbud til Merlin.

Afgørelsen blev påklaget til Konkurrenceankenævnet, der fandt B&O som følge af sin produktdifferentiering befandt sig på en særlig del af audio/videomarkedet og som følge heraf er berettiget til at stille krav til forhandlerne. Nævnet fandt at Merlins forretning i Lyngby ikke opfyldte B&O's omsætningskrav, og at forretningen i Odense ikke opfyldte B&O's servicekrav. På dette grundlag var leveringsnægtelsen til disse to forretninger berettiget.

3.2 Parterne

Merlin A/S er en landsdækkende kapitalkæde med detailforhandling af audio/videoudstyr, foto og computere samt tilbehør hertil. Kæden har 44 butikker, hvoraf de 8 indgår i nærværende klagesag. Merlin ejes 100% af FDB. Kæden omsatte i regnskabsåret 1997 for 1014 mio kr. incl. moms.

Under Merlin er endvidere Electronic World, der er et "stormagasin" for audio/videoprodukter, foto og computere samt tilbehør.

Bang & Olufsen A/S er bl.a. producent af audio/videoudstyr og telefoner. Produkterne er kendetegnet ved deres kvalitet og design samt priser i den øvre del af markedet. Bang & Olufsen Holding A/S, der er moderselskabet, omsatte i regnskabsåret 1996/97 for ca. 3 mia. kr.

3.3 Markedet

3.3.1 Produktmarkedet

Markedet for audio/videoprodukter er kendetegnet ved en mangfoldighed af forskellige produkter og mærkevarer. Inden for hovedområderne audio og video er det muligt at sondre mellem forskellige apparater som fx radio, cd-afspiller, fjernsyn etc. Disse kategorier kan yderligere inddeles efter egenskaber.

Rådet har tidligere afgrænset markedet for audio/video produkter i sin helhed. I forbindelse med den tidligere Merlin-sag afgrænsede ankenævnet på baggrund af B&O's produktdifferentiering et særligt marked for luksus audio/videoprodukter. Dette blev ikke afgrænset nærmere af ankenævnet.

B&O's produkter fremstår som fornemme repræsentanter for dansk design og kvalitet og er i bevidstheden hos mange danske forbrugere noget helt unikt. Bortset fra højttalere er selskabets produkter de eneste danskproducerede.

Allerede det forhold, at B&O gør gældende at selskabet håndhæver et selektivt distributionssystem medfører, at selskabets produkter må have sådanne egenskaber og karakteristika, at de adskiller sig fra hovedparten af de øvrige producenter.

Det relevante marked er high-end audio/video-produkter, der er kendetegnet ved design, kvalitet og funktionalitet. Produkterne sælges som livsstilsprodukter med fokus på kvalitet, image og raffinement. Prisen er ikke en konkurrenceparameter som på det øvrige audio/videomarked. B&O

finder selv at "luksus" ikke er betegnende for selskabets produkter, men at produkterne derimod er kendetegnet ved sin "excellente" karakter.

3.3.3 B&O's stilling på det relevante marked

Audio/videoleverandørforeningen har i sin årsopgørelse fra februar 1998 oplyst at den samlede omsætning fra leverandør til detail er ca. 3 mia. kr. Heri indgår også produkter som fx transportabelt audio/video udstyr (transistorradioer, ghettoblaster etc.) som B&O ikke producerer.

Målt efter omsætning på det totale marked har B&O en markedsandel på X. Sammenholdt med en markedsandel opgjort i antal enheder på xx indicerer dette, at B&O er klart dyrere end andre producenter. Der skal tages højde for forskelle i produktsammensætningen.

Analyseinstituttet GFK har foretaget målinger hos Fona, Fredgaard, Merlin, Expert og 2Tal. Resultaterne viser B&O's markedsandel for lydsystemer er xx og xx for TV på det totale marked.

Det relevante marked er imidlertid ikke det totale marked men det mindre marked for luksus audio/videoprodukter.

I forbindelse med den tidligere ankesag udtalte Konkurrenceankenævnet, at "i betragtning af klagerens [B&O] produktdifferentiering må markedsandelen imidlertid vurderes i forhold til det derved skabte særlige delmarked, og det er ubestridt, at klageren inden for dette delmarked har en sådan dominans, at bestemmelsen i konkurrencelovens kapitel 4 kan bringes i anvendelse".

3.4 B&O's forhandlevilkår

B&O distributionsaftalen indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

(4.1) "Forhandleren skal drive en specialiseret forretning, d.v.s. at mere end 50\% af omsætningen skal hidrøre fra audio/video forbrugerprodukter tilsammen med tilbehør og reservedele; eller han skal drive en specialiseret afdeling, som er specielt indrettet til salg af disse produkter, og som er sammenlignelig med en specialiseret forretning for audio/video forbrugerprodukter; en specialiseret afdeling skal være visuelt og fysisk adskilt fra andre afdelinger, hvilket indebærer, at de tilstødende afdelingers produktsortiment og fremtræden ikke må være af en sådan karakter, at de nedsætter den specialiserede afdelings repræsentative karakter."

Aftalens punkt 4 stiller krav om, at "den specialiserede forretning eller afdeling skal have butiksvinduer eller udstillingsarealer og generelt fremtræde på en måde som er repræsentativ, og som tilsvare varemærket Bang & Olufsen's position. Videre skal forretningen eller afdelingen være egnet til udstilling, demonstration, markedsføring og salg af Bang & Olufsen's produkter, som er karakteriseret ved deres høje kvalitet og omdømme."

Videre skal forretningen/afdelingen (4.2)

- "være bemanded med et passende antal kvalificerede salgsmedarbejdere, som besidder den fornødne tekniske viden", der står til rådighed i hele arbejdstiden og som udelukkende står til rådighed for vejledning af kunder for demonstration og salg af audio/video forbrugerprodukter.

- frembyde mulighed for demonstration af B&O's integrerede audio og video systemer på en teknisk fuldstændig og forsvarlig måde uden forstyrrelser, og
- være åben for publikum i almindelighed i den normale butikstid.

Foruden ovennævnte forpligter forhandleren sig til (5)

- at yde grundig produktvejledning og demonstration i særdeleshed med hensyn til mulighederne for at tilslutte forbrugerens egne produkter til nye Bang & Olufsen produkter. Forhandleren skal også tilbyde oplysning om og demonstration af et integreret Bang & Olufsen audio/video system (Beolink system) og på anmodning udarbejde tilbud på installering.
- Punktlig levering af B&O's produkter inden for forhandlerens sædvanlige handelsområde på normale arbejdsdage
- Kontrol af antenneinstallation og tilslutning af de leverede produkter til antennesystem og om muligt andre produkter
- Tuning og forprogrammering af det leverede system såvel som andre forhåndenværende kompatible produkter
- Kontrol af det installerede udstyr er funktionsdygtigt
- Demonstration af udstyret

Det gælder for ydelserne, at de skal være inkluderet i ethvert tilbud til en forbruger. Heri ligger også et forbud mod at markedsføre eller sælge Bang & Olufsen produkter efter "tag selv princippet" eller med selvbetjeningspriser.

Forhandleren skal honorere garantiforpligtelser og påtage sig at reparere Bang & Olufsen produkter uanset om produkterne er købt hos forhandleren selv.

Endelig gælder regler for, at forhandleren skal have et værksted til rådighed, hvor reparationen kan udføres på normale arbejdsdage og som er nødvendigt udstyret såvel teknisk som personalemæssigt. Reparationerne må kun udføres med originale reservedele eller reservedele med tilsvarende kvalitet.

EU-kommissionen har i forbindelse med B&O's anmeldelse af distributionsaftalen meddelt B&O, at under hensyn til selskabets begrænsede markedsandel på det totale europæiske marked for audio/videoprodukter var der ikke tale om en "påvirkning af handelen mellem medlemsstater".

3.5 Klagen

Merlins klage vedrører B&O's nægtelse af at optage 8 udvalgte Merlin forretninger samt Electronic World som forhandlere af B&O produkter. Merlin bemærker, at B&O standardforhandlerkontraktens betingelser vil blive opfyldt – og Bang & Olufsens begrundelse for at nægte levering ikke kan betragtes som værende objektiv, saglig og rimelig. Merlin finder derfor, at Konkurrencerådet skal give B&O påbud om at optage levering af selskabets produkter til selskabets forretninger i Merlin-kæden og Electronic World. Merlin har oplyst, at der er tale om en opstartsfase hvor der alene søges om forhandling for udvalgte forhandlere. Efterfølgende skal samtlige butikker have status som forhandlere.

Sammenfattende finder Merlin, at selskabets forretninger opfylder kravene i B&O EU-forhandleroverenskomst.

3.6 Bang & Olufsens bemærkninger

B&O gør gældende, at klagen må afvises, da Merlin ikke opfylder den grundlæggende betingelse om forhandling i samtlige butikker. B&O kræver, at der ved forhandleraftale med en kapital-kæde af detailforretninger indgås en aftale, der omfatter samtlige kædens udsalgssteder. Det er en betingelse fra B&O's side af den grund, at kædens butikker er kendetegnet ved og identificeres med kapitalkædens navn og gennem den fælles markedsføring fremstår som en enhed båret af samme forretningskoncept. B&O anfører, at der er den afgørende forskel mellem frivillige- og kapitalkæder, at alle udsalgssteder skal være omfattet af aftalen med kapitalkæden, hvor B&O i modsætning til de frivillige kæder kun har én kontraktspart, nemlig ejeren af samtlige forretninger.

B&O bemærker videre, at "dette, at man gerne vil forhandle B&O's produkter i enkelte udvalgte butikker skaber ikke tilstrækkelig erhvervsmæssig interesse for Merlin-kæden som sådan, og B&O har således heller ikke ud fra denne synsvinkel nogen leveringspligt over for Merlin".

B&O anfører, at selskabet håndhæver et selektivt distributionssystem og dermed er underlagt en forpligtelse til at administrere sine forhandlerantagelsesbetingelser objektivt, sagligt og ensartet. Gennem det omhyggelige valg af forhandlere baseret på selskabets håndhævelse af de selektive forhandlervilkår beskytter B&O sig samtidig mod den goodwillforringelse og den svækkelse af B&O's navn og markedsposition, som vil opstå, hvis høj kvalitetsprodukterne markedsføres på en måde og i en sammenhæng, som publikum ikke kan forbinde med den særlige B&O-standard.

B&O anfører endvidere, "Det er ikke således, at enhver forretning, forretningskæde eller stormagasin/varehus vil kunne opnå status som B&O-forhandler gennem oprettelse af en særlig B&O-afdeling på et forretningssted, som i øvrigt har et helt andet præg end B&O-afdelingen. Shop-in-shop-konceptet kan kun godkendes af B&O, hvis omgivelserne har samme kvalitetspræg som den specielt oprettede butiksafdeling. Dette fremgår af sidste del af pkt. 4.1 i B&O's distributionsaftale, hvor det om en specialiseret afdeling hedder, at "de tilstødende afdelingers produktsortiment og fremtræden må ikke være af en sådan karakter, at de nedsætter den specialiserede afdelings repræsentative karakter".

4. Vurdering

Det er ubestridt, at den foreliggende sag vedrører erhvervsvirksomhed, som omfattet af konkurrencelovens § 2.

B&O har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådet må afvise at behandle Merlins klage med henvisning til Merlins manglende erhvervsmæssige interesse i at få leveret B&O's produkter da kun 8+1 af kædens butikker i første omgang søger optagelse som B&O forhandler.

Styrelsen skal bemærke, at det forhold at Merlin ikke forhandler B&O's produkter afskærer selskabet fra en væsentlig del af det totale audio/videomarked. B&O's produkter ligger naturligt inden for Merlins produktsortiment og selskabet har utvivlsomt en erhvervsmæssig interesse i at få leveret B&O's produkter. Merlin vil således kunne forbedre sine konkurrencemuligheder ved at forhandle B&O. B&O har endvidere i sine forhandlerbetingelser selv lagt vægt på tilknytningen til det generelle audio/videomarked (4.1). Omkostningerne og risikoen ved at etablere shop-i-shop medfører, at Merlin vælger at gå forsigtigt frem med etablering i 8 Merlin butikker i første omgang

samt en enkelt Electronic World. Det kan ikke ændre ved den erhvervmæssige betydning af leverancer af B&O.

B&O's påstand om manglende erhvervmæssig interesse må derfor afvises.

B&O indtager en dominerende stilling på det relevante marked. Det må derfor undersøges om der foreligger et misbrug i form retsstridig leveringsnægtelse, jf. § 11, stk. 1, jf. stk. 2.

4.1 Konkurrencelovens § 11 - Misbrug

Til B&O's betragtninger omkring, at aftalen om forhandling i kapitalkæder kun indgås for samtlige kædens butikker, skal styrelsen bemærke, at dette ikke fremgår af forhandlerkontrakten. Derimod er fremhævet, at forhandleraftalen alene gælder for den underskrivende forhandler og alene på den i kontrakten nævnte beliggenhed, jf. kontraktens pkt. 1.2 og 4.3. Ved sagen i 1990, hvor den nuværende kontrakt også var gældende, accepterede B&O leverancer til enkeltbutikker i Merlin-kæden. B&O håndhæver kun reglen om krav om optagelse af samtlige medlemmer i en kæde i forhold til kapitalkæder. 2tal, der er en frivillig audio/video-kæde, omfatter således både B&O forhandlere og ikke B&O forhandlere. Det må endvidere antages, at der blandt B&O's forhandlere i frivillige kæder er indehavere, der ejer flere audio/video-butikker og der foreligger intet om, at det skulle være et krav, at alle indehaverens butikker skal opfylde B&O's forhandlervilkår. B&O's begrundelse for kravet om at alle kapitalkædens forretninger skal omfattes (med det samme) er at disse identificeres med kapitalkædens navn og fremstår som en enhed baseret på samme forretningskoncept. I disse henseender behøver kapitalkæden imidlertid ikke adskille sig fra frivillige kæder.

B&O's krav pålægger en forhandler med flere forretninger/kæder, der markedsføres samlet og som ønsker B&O i en butik, at opfylde B&O's krav til forhandling i dem alle (uanset om de ønsker at forhandle audio/video) – eksempelvis et varehus eller stormagasin. Dette ville ikke være i proportion med de hensyn, der er fremført til B&O's image og indebære et misbrug efter § 11, stk. 2, nr. 1. Det vil endvidere være omfattet af § 11, stk. 2, nr. 3 da kravet stiller indehavere af kapitalkæder ulige i forhold til bl.a. stormagasiner.

I forbindelse med Merlins klage over B&O må det lægges til grund, at B&O ikke har anfægtet at det udviklede shop-in-shop-koncept opfylder kravene i B&O's forhandlervilkår. B&O har anfægtet at der overhovedet foreligger shop-in-shop i forhandlervilkårenes forstand, idet en kapitalkæde med specialprodukter ikke skal kunne komme uden om B&O's krav til samtlige kædens udsalgssteder ved at oprette afdelinger i enkelte forretninger, som betegnes shop-in-shop.

Generelt gælder, at en dominerende leverandør har en særlig forpligtelse til at administrere sine forhandlervilkår sagligt, objektivt og konsekvent. Særligt når vilkårene, der håndhæves indgår i et selektivt distributionssystem, der kan være vanskeligt at gennemskue for ansøgerne, stiller det krav til leverandørens evne og pligt til at vejlede – herunder inden for rimelig tid.

EU har taget stilling til flere selektive distributionssystemer og foreneligheden med EUs konkurrenceregler. Retten har i forbindelse med vurderingen af YSL Parfums vurderet de krav en producent af eksklusive mærkevarer kan stille til forhandleren.

Udgangspunktet for fritagelse fra EU's konkurrenceregler for selektive distributionssystemer er således, at systemer er åbne for alle, der opfylder de nødvendige saglige og objektive kvalitative krav. Imidlertid følger det videre, at der påhviler producenten en forpligtelse til at vejlede og instruere såvel eksisterende kunder og på begæring også potentielle kunder. Det må således kræves, at håndhæver af selektive distributionssystemer kan anvise konkret, hvilke forhold der diskvalificerer den pågældende som forhandler således at kravene kan opfyldes hurtigt efter der er søgt om optagelse. Heri ligger samtidig et hensyn til at fx overordnede forhold, som kædens "kvalitets- og image-problem" som B&O henviser til, må konkretiseres.

B&O har bl.a. henvist til, at Merlin ikke først og fremmest fremstår som en kæde af radio- og tv-forretninger, men primært er en butikskæde med fotoudstyr.

Styrelsen skal bemærke, at det forhold at Merlin sælger andet end audio/video udstyr ikke i sig selv diskvalificerer Merlin som forhandler af B&O og tilsvarende kan det heller ikke udelukke Merlin, at nogle af kædens butikker – indtil videre – ikke vil føre B&O produkter. Det indgår bl.a. som en præmis i Kommissionens afgørelse vedrørende YSL Parfums, at et selektivt distributionssystem ikke må tjene til at udelukke bestemte kategorier eller grupper af detailhandlende fra at føre bestemte varegrupper.

Det hedder i afgørelsen, at "Retten skal imidlertid bemærke, at et varehus efter Kommissionens opfattelse ikke kan være udelukket fra [forhandler-] nettet, blot fordi det sælger andre produkter." Senere hedder det, "at salget af andre varer, der typisk findes i et varehus ikke i sig selv kan skade de pågældende produkters "image af luksus", forudsat at den afdeling, der er afsat til salg af luksuskosmetik, indrettes på en sådan måde, at produkterne præsenteres under vilkår, der fremhæver deres værdi".

Retten bemærker endvidere, "at salget af andre varer, der typisk findes i et varehus, ikke i sig selv kan skade de pågældende produkters "image af luksus", forudsat at den afdeling, der er afsat til salg af luksuskosmetik, indrettes på en sådan måde, at produkterne præsenteres under vilkår, der fremhæver deres værdi. En sådan indretning kan nødvendiggøre, at visse produkter, f.eks. levnedsmidler eller rengøringsartikler, ikke sælges "i nærheden af" luksuskosmetik, eller at salget af luksuskosmetik er adskilt på passende måde fra salget af andre produkter af ringere kvalitet".

Endelig har B&O afvist Merlin som forhandler på grund af, at forretningernes andel af omsætningen af audio/video produkter ikke er over 50%. Merlin har oplyst at xx forretninger allerede opfylder dette krav, og at ingen af ansøgerforretningerne har en omsætningsandel på under xx% for audio/videoprodukter. B&O kan således ikke med denne begrundelse nægte levering til alle 8 Merlin forretninger. Dertil kommer, at der må tages hensyn til at salg af B&O i Merlins forretninger må antages at forøge omsætningen. Endelig har Merlin tilbudt at tilpasse forretningerne, hvis der konkret er anledning til det.

Styrelsen skal bemærke, at Retten bl.a. i YSL Parfums har taget stilling til en lignende bestemmelse. Retten bemærker, at "under disse omstændigheder finder Retten, at rubrik 8 i evalueringsrapporten må betragtes som urimeligt byrdefuld, for så vidt som den blotte omstændighed, at et forretnings parfumerivirksomhed udgør mindre end 60% af dens aktiviteter, ikke i sig selv har nogen forbindelse med det berettigede krav om bevarelse af de pågældende produkters image af luksus". Retten fandt endvidere, "at denne rubrik er diskriminerende, for så vidt som den fører til, at en ansøgning fra et specialiseret parfumeri fremmes til skade for en ansøgning

fra en forretning, der sælger mange forskellige produkter, og som har en specialiseret afdeling, der er indrettet således, at de kvalitative betingelser, der kan stilles ved salg af luksuskosmetik, kan opfyldes".

B&O finder at bemærkningerne relaterer sig til den "særlige varehusproblemstilling" og at selskabets krav på ufravigelige 50\% i de generelle forhandlervilkår er rimeligt og passende. En kapitalkæde kan således ikke stille krav om "stormagasinstatus" ved at forlange, at hver enkelt forretning skal vurderes isoleret.

Styrelsen skal bemærke, at uanset om der er tale om et stormagasin eller anden type forretning kan samhandel ikke gøres afhængig af omsætningen inden for forskellige varegrupper. Derimod vil der kunne opsættes relevante kvalitative krav, der hindrer fx salg af audio-/videoprodukter i fx en legetøjsbutik el.lign.

Der er således grundlag for at træffe afgørelse om B&O misbruger sin dominerende stilling ved at nægte optagelse af Merlins forretninger, jf. kl. § 11, stk. 2, nr. 1, 2 og 3.

Det forhold, at Konkurrenceankenævnet i 1991 accepterede, at B&O kunne nægte leverancer til 2 af Merlins forretninger kan ikke forhindre at forretningerne senere søger om optagelse på ny efter de opstillede regler. Merlin har også udbygget sit forhandlernet betydeligt siden 1991 og de nye forretninger vil ligeledes skulle bedømmes konkret.

4.2 Påbud

Rådet må tage stilling til, om der på baggrund af B&O's misbrug af dominerende stilling er grundlag for at udstede påbud om at bringe overtrædelsen af konkurrencelovens § 11, stk. 1, til ophør, jf. kl § 11, stk. 3 og § 16.

Bang & Olufsen A/S har den 22. december 1998 indbragt afgørelsen af Konkurrenceankenævnet.