Kammeradvokaten
v/adv. Jacob Pinborg
Vester Farimagsgade 23
1606 København V

J. nr. 14-3901

UDSKRIFT

af

RETSBOGEN FOR VESTRE LANDSRET

12. afdeling

Vestre Landsret holdt den 27. november 2006 kl. 9.00 møde på tingstedet i Viborg.

Som dommer fungerede landsdommer Marie S. Mikkelsen.

Som retssekretær fungerede Simone Merrild Ankersen.

Der foretoges:

V.L. B-2807-04

Bestseller A/S
mod
Konkurrencerådet.

Sagens bilag var til stede.

Landsdommerne Marie S. Mikkelsen, Lis Frost og Chris Olesen (kst.) har behandlet sagen.

Landsretten afsagde

D O M

(se dombogen).

Sagen sluttet.

Marie S. Mikkelsen

/Simone Merrild Ankersen

Uden betaling

Udskriftens rigtighed bekræftes

Vestre Landsret,

Viborg, den 27. november 2006

Annette Madsbøll

retssekretær

Kammeradvokaten
v/adv. Jacob Pinborg
Vester Farimagsgade 23
1606 København V

J. nr. 14-3901

UDSKRIFT

af

DOMBOGEN FOR VESTRE LANDSRET

D O M

afsagt den 27. november 2006 af Vestre Landsrets 12. afdeling (dommerne Marie S. Mikkelsen, Lis Frost og Chris Olesen (kst.)) i 1. instanssag
V.L. B-2807-04

Bestseller A/S
(advokat Morten Kofmann, København)
mod
Konkurrencerådet
(Kammeradvokaten ved advokat Jacob Pinborg, København).

Påstande

Under denne sag, der er anlagt den 17. december 2004, har sagsøgeren, Bestseller A/S, påstået ophævelse af Konkurrenceankenævnets påbud af 27. oktober 2004 om, at Bestseller skal ændre det fælles it-system, så de selvstændige konceptbutikker ophører med at indberette deres dækningsbidrag og deres salgspriser ved indberetning af samlet omsætning fordelt på de enkelte varenumre.

Bestseller har subsidiært påstået ophævelse af Konkurrenceankenævnets påbud og hjemvisning af sagen til sagsøgte, Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Konkurrenceankenævnet traf ved kendelse af 27. oktober 2004 følgende afgørelse:

"...

1. Den påklagede afgørelse

Ved foreløbigt klageskrift af 22. september 2003 og endeligt klageskrift af 8. december 2003 har Bestseller A/S påklaget en afgørelse truffet af Konkurrencerådet den 27.august 2003. Ved denne afgørelse meddelte rådet, at Bestseller A/S' aftale med en række selvstændige konceptbutikker - for så vidt angik bl.a. konceptbutikkernes indberetning af deres salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare til Bestseller gennem et fælles IT-system - udgør en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1. Da betingelserne for at meddele individuel fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8, stk. 1, ikke var opfyldt, påbød rådet Bestseller, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. § 16, stk. 1, at ændre det fælles IT-system, så de selvstændige konceptbutikker for fremtiden ikke indberetter deres salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare til Bestseller.

1.2. Konkurrencerådets afgørelse af 27. august 2003 angik desuden Bestsellers aftalevilkår, hvorefter konceptbutikkerne forpligtede sig til at følge vejledende priser og bestemmelser om Bestsellers fastsættelse af priser ved salg af varer mellem de enkelte konceptbutikker. Bestseller har imidlertid meddelt Konkurrencerådet, at selskabet vil efterkomme disse to påbud vedrørende prisfastsættelsen, hvorfor nærværende sag alene vedrører påbudet om ændring af IT-systemet, for så vidt angår de selvstændige konceptbutikkers indberetning af salgspriser og dækningsbidrag.

1.3. Om baggrunden for sagen er der i Konkurrencerådets afgørelse af 27. august 2003 bl.a. anført følgende:

*"**Indledning***

13. Bestseller Wholesale A/S' (Bestseller) har ved skrivelse af 9. maj 2001 anmeldt selskabets aftaler for følgende mærker; Vero Moda, ONLY, JACK & JONES og EXIT. Aftalerne gælder for de selvstændige konceptbutikker, der udelukkende sælger Vero Moda-, ONLY-, JACK & JONES- eller EXIT-varer, og dermed ikke sælger konkurrerende produkter.

14. Bestseller har anmodet om en erklæring om ikke-indgreb, jf. konkurrencelovens § 9, subsidiært en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, såfremt en erklæring om ikke-indgreb ikke kan meddeles.

15. Notatet har været i høring, jf. konkurrencelovens § 15 a. Bestsellers høringssvar af 4. august 2003 er indarbejdet i notatet.

Virksomhederne

16. Bestseller Wholesale A/S er en del af Bestseller-koncernen og er et 100% ejet datterselskab af Bestseller Holding A/S (Holdingselskabet af 25/3 1983 A/S). Bestseller-koncernen havde en omsætning på hhv. 2,87 mia. kr. i 1999/00 og 3,43 mia. kr. i 2000/01. Koncernen beskæftiger sig med køb og salg af tøj og dertil knyttede produkter.

17. Bestseller Wholesale A/S beskæftiger sig med køb, salg, markedsføring, konceptudvikling og udvikling af koncernens produkter.

Aftalerne

18. De anmeldte aftaler indeholder generelle bestemmelser for samarbejdet mellem Bestseller og konceptbutikkerne for de enkelte mærker.

19. Aftalerne er indgået mellem Bestseller og selvstændige konceptbutikker, og der er derfor ikke tale om koncerninterne aftaler, hvorfor aftalerne ikke af den grund falder udenfor konkurrencelovens område.

20. Der findes i Danmark 160 Bestseller konceptbutikker, der alene sælger Vero Moda-, ONLY-, JACK &

JONES- eller EXIT-varer. Bestseller ejer selv 52 af disse konceptbutikker. De anmeldte aftaler er således indgået med 108 selvstændige konceptbutikker.

21. Vero Moda-, ONLY-, JACK & JONES- og EXIT-tøj sælges også til selvstændige forhandlere inden for andre tøjkæder, fx Tøjeksperten, Mr.-kæden osv., der er i alt 416 af disse selvstændige forhandlere i Danmark.

...

The Bestseller Wheel

29. Konkurrencestyrelsen har modtaget et eksemplar af the Bestseller Wheel, der udleveres til samtlige konceptbutikker - både de selvstændige og dem, som ejes af Bestseller. I henhold til aftalerne er konceptbutikkerne forpligtet til at gøre sig bekendt med the Bestseller Wheel og anvende det i driften af butikken. The Bestseller Wheel indeholder retningslinier for driften af butikkerne.

30. I the Bestseller Wheel er det fastsat, at de "vejledende priser fra Bestseller skal følges, så en vare ikke koster noget forskelligt i forskellige butikker". Det følger hermed, at Bestseller fastsætter bindende videresalgspriser overfor forhandlerne.

31. Endvidere er det i the Bestseller Wheel fastsat, at prisen "er indkøbspris + moms + porto" for varer købt fra en anden butik, der forhandler produkter af samme varemærke.

32. Bestseller har meddelt, at bestemmelsen om bindende videresalgspriser vil blive ændret, således at salgspriserne er vejledende. Endvidere ophæves bestemmelserne om Bestsellers fastsættelse af priser ved salg af varer mellem de enkelte konceptbutikker.

Fælles IT-system

33. Bestseller har oplyst, at Bestseller sammen med konceptbutikkerne har et fælles IT-system. Systemet er udviklet af Bestseller. Konceptbutikkerne indberetter deres pris ved hvert salg til det fælles IT-system på hver enkelt vare under hver

varegruppe, fx hver type denim bukser i den samlede gruppe af denim bukser.

34. Samtlige konceptbutikker i hele verden, dvs. både selvstændige og Bestseller ejede, er tilknyttet systemet. Systemet dækker i alt 160 butikker i Danmark, hvoraf 52 som nævnt er ejet af Bestseller, og de resterende 108 er selvstændige konceptbutikker.

35. Systemet fungerer således, at når Bestseller sælger en vare til en konceptbutik, indlægger Bestseller oplysninger om modelbetegnelse, stykantal og varens videresalgspris i systemet. Konceptbutikkernes købspris registreres også i systemet. Når varen sælges af konceptbutikken, registreres salget og salgsprisen i systemet. Det fælles IT-system registrerer således lager af- og tilgang, konceptbutikkernes købspriser samt detailsalgsprisen for hver enkelt vare.

36. Bestseller har adgang til alle data bl.a. om hver enkelt konceptbutiks salgspriser og dækningsbidrag for de enkelte varer. Samarbejdspartnerne har derimod kun adgang til deres egne data i IT-systemet, men ikke til de øvrige konceptbutikkers data.

37. Bestseller modtager hver dag via systemet data om konceptbutikkernes salg, salgspriser og dækningsbidrag fordelt på hvert enkelt vare samt det samlede dækningsbidrag.

38. Når der på én dag er solgt mere end et stk. af en vare kan den gennemsnitlige salgspris beregnes på baggrund af den samlede salgspris og antal solgte stk. Hvis der kun er solgt et stk. af den pågældende vare den dag, fremgår salgsprisen direkte af butikkens indberetning.

39. Bestseller udarbejder via IT-systemet ugeomsætningsrapporter for de enkelte konceptbutikker, hvoraf bl.a. den samlede omsætning og det samlede dækningsbidrag pr. dag samt pr. uge er gjort op sammen med de tilsvarende tal for samme uge det foregående år. Tilsvarende udarbejder Bestseller hver måned oversigter over, hvorledes de enkelte konceptbutikker klarer sig i forhold til de andre konceptbutikker. Dette bliver opgjort på månedsomsætning.

Det relevante marked

...

46. I denne sag er der imidlertid ikke grund til at undersøge dette nærmere, da Bestseller - som det vil fremgå nedenfor - selv med en snæver markedsdefinition (de ovennævnte tre produktmarkeder) ikke har markedsandele, der kommer i nærheden af 30%.

...

54. På markedet for tøj til damer fra 16 år og opefter havde Bestseller i 1999/00 en samlet årlig detailomsætning på 1 mia. kr. i Danmark. Bestsellers markedsandel udgør ca. 8% på dette marked, beregnet på baggrund af en samlet omsætning på dette marked på ca. 11,8 mia. kr.

55. På markedet for tøj til mænd fra 16 år og opefter havde Bestseller i 1999/00 en samlet årlig detailomsætning på 714 mio. kr. i Danmark, og Bestsellers markedsandel udgør ca. 9% på dette marked, beregnet på baggrund af en samlet omsætning på dette marked på ca. 8,2 mia. kr.

56. På markedet for børnetøj (0-16 år) havde Bestseller i 1999/00 en samlet årlig detailomsætning på 41,5 mio. kr. i Danmark, og Bestsellers markedsandel udgør ca. 4% på dette marked.

57. Uanset usikkerheden ved tallene er der ikke tvivl om, at Bestsellers andel på hvert af de tre detailmarkeder ligger under 30%.

...

59. For så vidt angår de selvstændige konceptbutikkers andel af Bestsellers samlede detailomsætning, har Bestseller oplyst, at de 108 selvstændige konceptbutikker har en årlig omsætning på 522 mio. kr. svarende til ca. 2% af den samlede omsætning af herretøj, dametøj og børnetøj i Danmark. Bestseller har ikke oplyst, hvordan denne omsætning er fordelt på de tre relevante markeder.

Konkurrencelovens § 6

60. Bestemmelser med konkurrenceretlige problemer

er enslydende i alle aftalerne. Styrelsen har på denne baggrund valgt at behandle aftalerne samlet.

Aftalernes §§ 2 og 6 - pligt til at købe alle varer fra Bestseller (mærkeeksklusivitet)

...

73. Da den største leverandørs markedsandel er under 30 %, og de fem største leverandørers markedsandel (CR5) er under 50 %, finder styrelsen, at bestemmelserne om mærkeeksklusivitet hverken individuelt eller kumulativt afskærmer markederne for Bestsellers konkurrenter. Styrelsen finder derfor, at bestemmelserne ikke er omfattet af forbuddet i § 6, stk. 1.

...

Konceptbutikkernes pligt til at følge Bestsellers vejledende priser

83. I the Bestseller Wheel er det fastsat, at de "vejledende priser fra Bestseller skal følges, så en vare ikke koster noget forskelligt i forskellige butikker". Bestseller har altså fastsat bindende videresalgspriser overfor konceptbutikkerne.

84. Bestseller har anført, at de aldrig har håndhævet bestemmelsen om bindende priser. Bestseller anfører, at konceptbutikkerne er nødt til at indrette deres priser efter de priser, som de 416 selvstændige forhandlere beregner sig for nøjagtig de samme mærkevarer. Bestseller har endvidere oplyst, at konceptbutikkerne yder rabat. Bestseller erkender dog samtidig, at det forhold, at bestemmelsen er indeholdt i aftalerne, kan have indflydelse på konkurrencen.

85. Styrelsen skal hertil anføre, at det følger direkte af konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1, at aftaler om fastsættelse af salgspriser udgør forbudte konkurrencebegrænsninger, jf. lovens § 6, stk. 1. Priskonkurrence er et væsentligt konkurrenceelement. I lovbemærkningerne er det præciseret, at § 6, stk. 2, nr. 1, også omfatter vertikale aftaler om fastsættelse af priser.

86. Styrelsen skal her påpege, at det er uden betydning, om Bestseller fører kontrol med, at de

bindende videresalgspriser overholdes. I Novalliance/Systemform udtalte kommissionen: "at selv om Systemform for eksempel ikke udøvede kontrol af den fælles prisfastsættelse... kan tilstedeværelsen af klausulerne i kontrakter have presset Systemforms distributører til at opstille deres prispolitik i overensstemmelse med de ønsker, man kunne formode Systemform havde."

87. Uanset om de bindende priser bliver kontrolleret eller ej, er de i sig selv ulovlige, jf. Kommissionens beslutning. Det faktum, at konceptbutikkerne derfor har mulighed for at give rabat, ændrer ikke herved. I øvrigt fremgår det om rabat, at prisnedsættelser alene vedrører varer, "der ikke sælger". For disse varer gælder det, at der kan ydes rabat, så man undgår at "en mindre god vare" "tager pladsen for de gode varer".

88. Aftalerne udelukker priskonkurrence mellem Bestsellers forhandlere, og det er styrelsens vurdering, at bestemmelsernes objektive formål er at begrænse konkurrencen i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1.

Konceptbutikkernes indberetning af salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare til Bestseller via det fælles IT-system

89. Konceptbutikkerne indberetter via det fælles IT-system deres salgspriser og dækningsbidrag for hver enkelt vare til Bestseller. Bestseller modtager dagligt disse oplysninger fra hver enkelt konceptbutik.

90. Bestseller har i forbindelse med sagen redegjort nærmere for baggrunden for det fælles IT-system, jf. bilag 6 og 7. Bestseller anfører, at IT-systemet har en række effektivitetsfremmende effekter. Bestseller har oplyst, at systemet sikrer en effektiv lagerstyring, idet konceptbutikker via systemet altid har overblik over deres lagre. Systemet sikrer endvidere, at Bestseller effektivt kan styre indkøb og levering af varer, da Bestseller på baggrund af konceptbutikkernes indberetninger hurtigt kan reagere med afgivelse af tillægsordrer.

91. Systemet hjælper Bestseller til at yde konceptbutikkerne bistand i forbindelse med driften

af butikkerne. Bestseller har således oplyst, at konceptbutikkerne ofte drives af unge mennesker, der ikke altid har erfaring med at drive forretning. Bestseller udarbejder som nævnt forskellige rapporter til de enkelte butikker på baggrund af oplysninger i IT-systemet, fx ugentlige oversigter over dækningsbidrag, salg mv. Rapporterne udgør, ifølge Bestseller, vigtige redskaber for konceptbutikkerne, som herigennem hele tiden har et overblik over økonomien i butikken. Rapporterne giver endvidere konceptbutikkerne mulighed for at sammenligne sig med hinanden og eventuelt få foretaget nødvendige tiltag for at forbedre butikkens drift.

92. Bestseller har særligt vedrørende indberetningerne af konceptbutikkernes salgspriser oplyst, at det er nødvendigt, at priserne er indarbejdet i systemet, "netop for at kunne konstatere udviklingen i dækningsbidraget og konsekvenserne for dækningsbidrag ved prisnedsættelser".

93. Bestseller har fremhævet, at formålet med det fælles IT-system ikke på nogen måde er at kontrollere, om videresalgspriserne overholdes, og at Bestseller ikke foretager nogen form for kontrol af konceptbutikkernes salgspriser. Når henses til, at Bestseller er villig til at fjerne bestemmelserne om bindende videresalgspriser, skønner Bestseller, at kontrolmuligheden under alle omstændigheder ikke kan anvendes til formål, der strider mod gældende konkurrenceret.

94. Herudover er det anført, at Bestseller ikke altid er interesseret i, at varerne sælges til den vejledende udsalgspris. Tværtimod - har Bestseller oplyst - har virksomheden en interesse i, af hensyn til varernes korte levetid, at priserne på varerne nedsættes, inden butikken får en ny kollektion. Derfor holder Bestseller øje med, hvis en butik viser dårlige resultater ved en analyse af indberetningerne, om det fx skyldes, at butikken er for dårlig til at sørge for at afhænde varelagerne, inden varerne bliver uomsættelige.

95. Bestseller har endvidere anført, at det kun er en lille del af Bestsellers omsætning, der vedrører salg fra konceptbutikker, som alene forhandler Vero Moda, ONLY, Jack & JONES eller EXIT. IT-systemet anvendes som nævnt kun af konceptbutikker-

ne, hvor 30% er ejet af Bestseller. En betydelig del af Bestsellers omsætning af disse mærkevarer sælges til selvstændige forhandlere indenfor andre tøjkæder, fx Tøjeksperten, Mr.-kæden osv. Der er i alt 416 af disse selvstændige forhandlere i Danmark, og de er ikke koblet på det fælles IT-system.

96. Bestseller vurderer på den baggrund, at konceptbutikkerne er nødt til at indrette deres priser efter de priser, som disse selvstændige forhandlere beregner sig for nøjagtigt de samme mærkevarer. Bestseller gør derfor gældende, at det fælles IT-system ikke har nogen konkurrencebegrænsende effekt.

97. Endelig har Bestseller oplyst, at systemet er bygget op i en Access-database. Det er en væsentlig forudsætning for, at Bestsellers IT-afdeling kan yde support til butikkerne, og Bestseller nævner, at det derfor ikke er muligt at ændre systemet, så det alene er den selvstændige konceptbutik, der kan se sine egne salgspriser og dækningsbidrag, uden at Bestseller har samme adgang.

98. Styrelsen anfægter ikke, at det fælles IT-system overordnet set har en række fordele bl.a. mht. lagerstyring og support af konceptbutikker. Imidlertid finder styrelsen det meget problematisk, at konceptbutikkerne indberetter deres salgspriser og dækningsbidrag for hver enkelt vare til Bestseller via IT-systemet.

99. Styrelsen finder, at indberetningerne skal ses i sammenhæng med, at Bestsellers konceptbutikker har været pålagt at følge de vejledende priser. Ved en fortsat indberetning af konceptbutikkernes salgspriser og dækningsbidrag til Bestseller gøres ophævelsen af de bindende videresalgspriser langt mindre virkningsfuld.

100. På baggrund af Bestsellers hidtidige prispolitik kender de selvstændige konceptbutikker Bestsellers holdning til, hvilken pris varerne bør sælges til. Samtidig ved de selvstændige konceptbutikker, at Bestseller via IT-systemet har mulighed for meget detaljeret at kontrollere butikkernes salgspriser.

101. Samlet set vurderer styrelsen, at indberet-

ningerne af salgspriser og dækningsbidrag til Bestseller vil have en normerende effekt på konceptbutikkernes fastsættelse af deres salgspriser, således at priserne fastsættes i overensstemmelse med Bestsellers ønske om ens priser i alle butikker. Styrelsen vurderer på denne baggrund, at Bestsellers tilsagn om at ophæve de bindende priser ikke effektivt bringer de bindende priser til ophør, hvis ikke også indberetningerne af salgspriser og dækningsbidrag til Bestseller bringes til ophør.

102. Styrelsens vurdering understøttes af EU-praksis, idet Kommissionen har grebet ind over for et mindre detaljeret og vidtrækkende prisindberetningssystem. Kommissionen fandt i denne sag, at aftalebestemmelser, hvor forhandlerne opfordres til at underrette leverandøren om priser og rabatter, og hvor de tidligere aftaler indeholdt bestemmelser om fælles fastsættelse af priser, var konkurrencebegrænsende uden hensyntagen til, om leverandøren håndhævede disse bestemmelser eller ej. Det er således også i nærværende sag uden betydning, om Bestseller udnytter de muligheder, de har for at kontrollere konceptbutikkernes salgspriser.

103. Ud fra en objektiv betragtning finder styrelsen det meget nærliggende, at det egentlige formål med prisindberetningerne netop er at normere konceptbutikkernes fastsættelse af deres videresalgspriser og dermed undgå prisnedsættelser i forhold til de vejledende udsalgspriser. Ved prisindberetningerne sættes der fokus på konsekvenserne af prisnedsættelser. Bestseller har således oplyst, at formålet med at konceptbutikkerne skal indberette deres salgspriser netop er at kunne konstatere udviklingen i dækningsbidraget, og derved vise hvilke konsekvenser prisnedsættelser har.

104. Styrelsen vurderer endvidere, at prisindberetningerne beskytter Bestsellers egne konceptbutikker mod priskonkurrence fra de selvstændigt ejede konceptbutikker.

105. Bestsellers konceptbutikker forhandler kun ét tøjmærke. I modsætning til de selvstændige forhandlere, som Bestseller leverer de samme varemærker til, har konceptbutikkerne (både de selvstændige og Bestsellers egne) et langt større sorti-

ment af de pågældende mærker. Bestsellers varemærker udgør alene en del af de selvstændige forhandleres sortiment, idet disse forhandlere også sælger andre tøjmærker.

106. Bestseller ejer godt 30% af konceptbutikkerne og er dermed konkurrent til de selvstændige konceptbutikker. De selvstændige konceptbutikkers prisindberetninger giver Bestseller et overblik over konkurrenternes priser, og fjerner den usikkerhed, der ellers ville være forbundet med en fri prisdannelse.

107. Det bemærkes, at de selvstændige konceptbutikkers omsætning alene udgør 2% af den samlede omsætning af herretøj, dametøj og børnetøj i Danmark. Styrelsen finder dog, at prisindberetningerne har en mærkbar effekt, når henses til, at indberetningerne af salgspriser og dækningsbidrag hindrer en effektiv ophævelse af de bindende priser. Endvidere lægger styrelsen vægt på, at der også er tale om en horisontal konkurrencebegrænsning.

108. Styrelsen kan ikke vurdere, om det er umuligt at ændre IT-systemet, så konceptbutikkernes salgspriser og dækningsbidrag ikke indberettes til Bestseller. Styrelsen finder dog, at dette ikke ændrer den konkurrenceretlige vurdering af konceptbutikkernes indberetning af deres salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare. Det afgørende er, at der er tale om en konkurrencebegrænsning, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1. At et IT-system ikke kan ændres, kan ikke føre til, at Konkurrencerådet dermed hindres i at gribe ind overfor konkurrencebegrænsende elementer i det pågældende IT-system.

109. Da konceptbutikkernes indberetning af salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare hindrer en effektiv ophævelse af de bindende priser og beskytter Bestsellers egne konceptbutikker mod konkurrence fra de selvstændige konceptbutikker, vurderer styrelsen derfor, at disse indberetninger til Bestseller udgør konkurrencebegrænsninger, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Bestsellers fastsættelse af priser for varer solgt fra en konceptbutik til en anden konceptbutik.

...

Konklusion

113. Det er styrelsens vurdering, at aftalernes ... bestemmelser om ... konceptbutikkernes indberetning af salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare til Bestseller gennem det fælles IT-system udgør konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Gruppefritagelsen for vertikale aftaler

...

118. Styrelsen vurderer som nævnt ovenfor, at de selvstændige konceptbutikkers indberetninger af priser og dækningsbidrag på hver enkelt vare til Bestseller via det fælles IT-system hindrer en effektiv ophævelse af de bindende priser og dermed opretholder disse.

Konklusion

119. Styrelsen vurderer på baggrund af ovenstående, at de bindende priser, de faste priser for varer solgt fra en konceptbutik til en anden konceptbutik og indberetningerne af priser og dækningsbidrag på de enkelte varer til Bestseller via det fælles IT-system udgør konkurrencebegrænsninger, der hver for sig indebærer, at hele den vertikale aftale falder uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde, jf. gruppefritagelsens artikel 4. Aftalerne er derfor ikke omfattet af gruppefritagelsen for vertikale aftaler.

...

2. Supplerende sagsfremstilling

I et brev af 2. januar 2003 fra Bestseller ved advokat Kjeld Skov hedder det bl.a.:

"Der henvises til Konkurrencestyrelsens indstilling af 1. november 2002 til Konkurrencerådet vedrørende Bestsellers anmodning om en erklæring om ikke-indgreb, jf. konkurrencelovens § 9, subsidiært en fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1. Såfremt en erklæring om ikke-indgreb ikke kan meddeles, skal der knyttes følgende kommenta-

rer til Konkurrencestyrelsens indstilling:

Konkurrencestyrelsen har indstillet, at ingen af Bestsellers anmodninger kan imødekommes, begrundet i følgende forhold:

***Ad 1** - Aftalernes bestemmelse om forhandlerens pligt til at følge vejledende priser.*

***Ad 2** - Aftalernes bestemmelse om at følge Bestsellers bestemmelse om fastsættelse af priser ved intern handel.*

***Ad 3** - Bestsellers mulighed for at få indsigt i forhandlernes salgspriser gennem det fælles IT-system.*

For så vidt angår punkterne 1 og 2, nemlig Bestsellers muligheder for at fastsætte bindende videresalgspriser og Bestsellers muligheder for at fastsætte priserne ved interne handler, er Bestseller enig i Konkurrencestyrelsens vurdering af, at disse bestemmelser strider imod konkurrencelovens § 6, stk. 1. Bestseller er således indstillet på, at tilrette alle interne aftaler, således at disse bestemmelser indrettes i overensstemmelse med konkurrencelovgivningen. Det bemærkes i denne forbindelse, at Bestseller, til trods for at bestemmelserne fremgår af Bestseller Wheel, aldrig har håndhævet bestemmelserne, men Bestseller erkender, at det forhold, at bestemmelserne formelt er indeholdt i Bestseller-aftalerne kan have indflydelse på konkurrencen.

Med disse modificeringer af aftalen, fastholdes anmodningen om principielt ikke-indgreb, jf. konkurrencelovens § 9, og subsidiært om fritagelse efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, uagtet at Bestseller via det fælles IT-system har mulighed for at få indsigt i forhandlernes videresalgspriser.

Baggrunden for det fælles IT-system:

Det er overordnet Bestsellers opfattelse, at gennem imødekommelsen skitseret ovenfor, fjernes også de betænkeligheder, der kunne være knyttet til Bestsellers muligheder for indsigt i forhandlernes prissætning.

Såfremt konkurrencemyndigheden mod forventning ikke deler dette synspunkt, skal der nedenfor argumenteres nærmere for baggrunden for det fælles IT-system.

Baggrunden for det fælles IT-system, er det forhold, at Bestseller herved kan bruge oplysningerne som et styringsredskab, dels for Bestseller selv og dels stille en række serviceydelser til rådighed for franchisebutikkerne, som disse kan have gavn af. Det fælles IT-system fungerer på den måde, at franchisetageren er tilknyttet systemet. Når Bestseller sælger en vare til en franchisetager, indlægges oplysninger om modelbetegnelse, stykantal og varens videresalgspris i IT-systemet. Når varen sælges af franchisetageren, registreres dette på IT-systemet. Bestseller får således hver dag fra over 1000 butikker indberettede data om salg, dækningsbidrag, salgets opdeling på modeller mv. …

Indberetningerne anvendes til dels for Bestseller at styre vareindkøb, idet Bestseller ved de mange indrapporteringer hurtigt kan agere med afgivelse af tillægsordrer, og dels til for den enkelte butik at styre lageret. Herudover kan dækningsbidraget på de enkelte varegrupper og det samlede dækningsbidrag for den enkelte butik konstateres. Butikkerne får hver uge en oversigt over dækningsbidrag, salg mv. Netop for at kunne konstatere udviklingen i dækningsbidraget og konsekvensen i dækningsbidrag ved prisnedsættelser, er det nødvendigt, at salgspriserne er indarbejdet. …

Herudover anvender Bestseller informationerne, som et redskab til at oplyse de enkelte forretninger om, hvilke varer der sælger bedst på givne tidspunkter. … Disse oplysninger kan de enkelte forretninger bruge, f.eks. hvis de ikke ligger inde med varer af de modeller, som sælger bedst, idet de så kan foretage indkøb af disse. Butikkerne forsynes med disse oplysninger hver uge.

Det understreges, at formålet med det fælles IT-system ikke på nogen måde er at kontrollere videresalgspriserne, men det er korrekt, at Bestseller, som en afledet effekt kunne foretage udregning af videresalgspriserne, men dette er ingenlunde selve formålet med systemet og der foretages ikke fra Bestsellers side nogen form for kontrol

af videresalgspriserne på de enkelte modeller og henset til det forhold, at Bestseller under alle omstændigheder er indstillet på at fjerne bestemmelserne om bindende videresalgspriser, skønnes kontrolmuligheden således under alle omstændigheder ikke at kunne anvendes til formål, der strider mod gældende konkurrenceret.

Det skal for øvrigt bemærkes, at det kun er franchisetagerne, der er tilknyttet det fælles IT-system. En meget betydelig del af Bestsellers omsætning på nøjagtig de samme mærkevarer, afhændes imidlertid til selvstændige forhandlere indenfor andre tøjkæder, f.eks. Tøjeksperten, Mister-kæden osv. og disse forhandlere er ikke koblet op på dette IT-system og indberetter ikke salgspriser mv. Det har den betydning, at franchisetagerne selvfølgelig er nødt til at indrette deres priser efter de priser, som disse selvstændige forhandlere beregner sig for nøjagtig de samme mærkevarer og derfor gøres det også gældende, at det fælles IT-system ikke har nogen som helst konkurrencebegrænsende effekt. Konkurrencestyrelsen har i sin indstilling henvist til, at IT-systemet sammenholdt med de bindende videresalgspriser medfører en overtrædelse af konkurrencelovens regler. Hertil skal bemærkes, at Bestseller, som anført indledningsvis, er indstillet på at acceptere, at der ikke skal foreligge bindende videresalgspriser, hvorfor den væsentligste begrundelse for ikke at tillade det fælles IT-system er bortfaldet."

I Konkurrencestyrelsens notat af 13. marts 2003 vedrørende Bestsellers forhandleraftaler for selvstændige konceptbutikker til Konkurrencerådets møde den 26. marts 2003 hedder det bl.a.:

Resumé

...

5. Bestseller har oplyst styrelsen om, at man vil ophæve pligten til at følge de vejledende priser og bestemmelserne om Bestsellers fastsættelse af priser ved salg af varer mellem de enkelte konceptbutikker.

6. Det er herefter styrelsens opfattelse, at det ikke kan påvises, at de selvstændige konceptbutikkers indberetning af salgspriser og dækningsbidrag

på hver enkelt vare til Bestseller gennem det fælles IT-system har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Indstilling

7. Det indstilles, at Konkurrencerådet meddeler Bestseller Wholesale A/S en ikke-indgrebserklæring i medfør af konkurrencelovens § 9 for de anmeldte aftaler, når Bestseller Wholesale A/S har bekendtgjort ophævelsen af de bindende priser og bestemmelserne om Bestsellers fastsættelse priser ved salg af varer mellem de enkelte konceptbutikker til hele Bestsellers forhandlernet og indsendt dokumentation herfor til styrelsen.

...

De konkurrenceretlige problemer

...

71. Konceptbutikkernes salg og salgspriser registreres i det fælles IT-system, og systemet beregner dækningsbidrag på hver enkelt model under hver varegruppe fx cardigan eller denim bukser.

72. Bestseller har i forbindelsen med § 15a høringen redegjort nærmere for baggrunden for det fælles IT-system ... Bestseller anvender oplysningerne fra det fælles IT-system som et styringsredskab, dels for Bestseller selv, dels ved at stille en række serviceydelser til rådighed for konceptbutikkerne.

73. Samtlige konceptbutikker i hele verden, dvs. både selvstændige og Bestseller ejede, er tilknyttet systemet. Systemet dækker i alt 160 butikker i Danmark, hvoraf 52 som nævnt er ejet af Bestseller. Bestseller har oplyst, at de 108 selvstændige konceptbutikker har en årlig omsætning på 522 mio. kr., svarende til 2% af den samlede omsætning af herretøj, dametøj og børnetøj i Danmark. Bestseller har ikke oplyst, hvordan denne omsætning er fordelt på de tre relevante markeder.

74. Når Bestseller sælger en vare til en konceptbutik, indlægges oplysninger om modelbetegnelse, stykantal og varens videresalgspris af Bestseller.

Konceptbutikkernes købspris er også registreret i systemet. Når varen sælges af konceptbutikken, registreres salget og salgsprisen i systemet.

75. Bestseller modtager hver dag via systemet data om konceptbutikkernes salg, salgspriser og dækningsbidrag fordelt på hvert enkelt model samt det samlede dækningsbidrag … Bestseller har oplyst, at det netop for at kunne konstatere udviklingen i dækningsbidraget og konsekvenserne for dækningsbidraget ved prisnedsættelser er nødvendigt, at salgspriserne er indarbejdet i systemet.

76. I de tilfælde, hvor der på én dag er solgt mere end 1 stk. af en model kan den gennemsnitlige salgspris beregnes på baggrund af den samlede salgspris og antal solgte stk. Hvis der kun er solgt 1 stk. af den pågældende model den dag, fremgår salgsprisen direkte af butikkens indberetning.

77. Indberetningerne anvender Bestseller til at styre vareindkøb, idet Bestseller på baggrund af indberetningerne hurtigt kan reagere med afgivelse af tillægsordrer, og de enkelte konceptbutikker kan styre deres lagre.

78. På baggrund af indberetningerne udarbejder Bestseller ugeomsætningsrapporter for de enkelte konceptbutikker, hvoraf bl.a. den samlede omsætning og det samlede dækningsbidrag pr. dag samt pr. uge er gjort op sammen med de tilsvarende tal for samme uge i foregående år.

79. Tilsvarende udarbejder Bestseller hver måned oversigter over, hvorledes de enkelte konceptbutikker klarer sig i forhold til de andre konceptbutikker. Dette bliver opgjort på månedsomsætning. Dette giver konceptbutikkerne mulighed for at sammenligne sig med hinanden og eventuelt få foretaget nødvendige tiltag for at forbedre forretningen.

80. Bestsellers har oplyst, at konceptbutikkerne ofte drives af unge mennesker, der ikke altid har erfaring med at drive forretning. Bestseller finder derfor, at rapporterne er et vigtigt redskab for konceptbutikkerne, som herigennem hele tiden har et overblik over økonomien i butikken.

81. Bestseller har fremhævet, at formålet med det fælles IT-system ikke på nogen måde er at kontrollere, om videresalgspriserne overholdes, og at Bestseller ikke foretager nogen form for kontrol af konceptbutikkernes salgspriser. Når henses til at Bestseller er villig til at fjerne bestemmelserne om bindende videresalgspriser, skønner Bestseller, at kontrolmuligheden under alle omstændigheder ikke kan anvendes til formål, der strider mod gældende konkurrenceret.

82. Bestseller har også anført, at det kun er en lille del af Bestsellers omsætning, der vedrører salg fra konceptbutikker, som alene forhandler Vero Moda, ONLY, Jack & JONES eller EXIT. IT-systemet anvendes som nævnt kun af konceptbutikkerne, hvoraf 30% er ejet af Bestseller. En betydelig del af Bestsellers omsætning af disse mærkevarer sælges til selvstændige forhandlere indenfor andre tøjkæder, fx Tøjeksperten, Mr.-kæden osv. Der er i alt 416 af disse selvstændige forhandlere i Danmark, og de er ikke koblet på det fælles IT-system. [Note: Bestseller har ikke oplyst størrelsen af den samlede detailomsætning, der sælges fra disse 416 forhandlere.]

83. Bestseller vurderer på den baggrund, at konceptbutikkerne er nødt til at indrette deres priser efter de priser, som disse selvstændige forhandlere beregner sig for nøjagtigt de samme mærkevarer. Bestseller gør derfor gældende, at det fælles IT-system ikke har nogen konkurrencebegrænsende effekt.

84. Endelig har Bestseller oplyst, at systemet er bygget op i en Access database. Det er en væsentlig forudsætning for, at Bestsellers IT-afdeling kan yde support til butikkerne, og det er derfor ikke muligt at ændre systemet, så det alene er den selvstændige konceptbutik, der kan se sine egne salgspriser og dækningsbidrag uden, at Bestseller har samme adgang.

85. Styrelsen finder, at konceptbutikkernes indberetning af salgspriser og dækningsbidrag på hver enkelt vare til Bestseller gennem det fælles IT-system skal ses i sammenhæng med, at konceptbutikkerne via aftalerne har været pålagt at følge de vejledende priser, jf. ovenfor.

86. Styrelsen er enig med Bestseller i, at det fælles IT-system har en række fordele bl.a. mht. lagerstyring og support af konceptbutikker. Men samtidig finder styrelsen det problematisk, at IT-systemet giver Bestseller adgang til meget detaljerede oplysninger om de selvstændige konceptbutikkers salgspriser.

87. I Kommissionens beslutning af 3. december 1996 "Novalliance/Systemform" udtalte Kommissionen: "Ifølge aftalen med Novapost skal Novapost efter opfordring underrette Systemform om sine priser og rabatter. Alle de gamle aftaler indeholdt bestemmelser om fælles fastsættelse af priser. Lige meget hvor lidt Systemform forsøgte at gennemtvinge klausulerne, kan de have haft en effekt på dets distributørers handlemåde. Selv om Systemform for eksempel ikke udøvede kontrol af den fælles prisfastsættelse og aldrig anmodede om prisoplysninger, kan tilstedeværelsen af klausulerne i kontrakter have presset Systemforms distributører til at opstille deres prispolitik i overensstemmelse med de ønsker, man kunne formode Systemform havde." [Note: Se EFT 1997 L47/11, pkt. 61.]

88. I denne sag fandt Kommissionen, at aftalebestemmelser, hvor forhandlerne opfordres til at underrette leverandøren om priser og rabatter, og hvor de tidligere aftaler indeholdt bestemmelser om fælles fastsættelse af priser, havde en konkurrencebegrænsende effekt og ikke kunne gives en fritagelse efter artikel 85, stk. 3 (nu art. 81, stk. 3), selvom leverandøren ikke håndhævede disse bestemmelser. Kommissionen udtalte følgende: "Kontrollen med forhandlerens priser har ingen sammenhæng overhovedet med de mulige fordele ved en eneforhandlingsaftale, så spørgsmålet om, hvorvidt disse begrænsninger på nogen måde er nødvendige, er ikke aktuelt." [Note: Se EFT 1997 L47/11, pkt. 75]

89. I nærværende sag har Bestsellers konceptbutikker også været pålagt at følge de vejledende priser i henhold til aftalerne. De selvstændige konceptbutikker kender således Bestsellers holdning til priserne for salg af varer, idet det af The Bestseller Wheel indtil i dag har fremgået, at de "vejledende priser fra Bestseller skal følges, så en vare ikke koster noget forskelligt i forskellige butikker". Bestsellers adgang til de selvstæn-

dige konceptbutikkers salgspriser kan derfor have en normerende effekt på de selvstændige konceptbutikkers fastsættelse af deres priser.

90. Styrelsen skønner imidlertid, at den normerende effekt er begrænset, når henses til, at Bestseller i forbindelse med denne afgørelse skal bekendtgøre ophævelsen af de bindende priser til hele Bestsellers forhandlernet.

91. Da Bestsellers vejledende priser indtil nu har været bindende for de selvstændige konceptbutikker, vil en undersøgelse ikke kunne sige noget om, hvilken betydning IT-systemet med indberetning af salgspriser har haft for prisdannelse i disse butikker.

92. Styrelsen finder på denne baggrund ikke, at det kan påvises, at de indberetninger, der foretages i systemet, isoleret set har mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger på konkurrencen, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1. [Note: Der henvises i øvrigt til pkt. 61 i Kommissionens beslutning af 3. december 1996, EFT 1997 L47/11.]

93. For fuldstændighedens skyld har styrelsen også vurderet, hvorvidt indberetningerne kan siges at udgøre en horisontal begrænsning af konkurrencen, idet Bestseller selv ejer en del af konceptbutikkerne. Bestseller kan via indberetningerne få informationer fra de selvstændige konceptbutikker til brug for prissætning af varer, der sælges fra egne butikker. Styrelsen har også valgt at vurdere dette aspekt af prisindberetningerne.

94. Der foreligger en omfattende EU-retlig praksis vedrørende spørgsmålet om, hvornår horisontale informationsudvekslingssystemer er i strid art. 81 i EF-traktaten. I denne praksis er der lagt vægt på, at det er vigtigt at sondre mellem konkurrenceneutrale informationssystemer og systemer, hvor den gensidige udveksling af oplysninger må betragtes som konkurrencebegrænsende adfærd.

95. Afgørende for denne sondring er først og fremmest arten af de udvekslede oplysninger. Det er ifølge Kommissionen relevant, om der udveksles individuelle oplysninger, der i almindelighed er forretningshemmeligheder, og som ikke er nødvendige for at udarbejde fx periodiske statistikker,

idet udvekslingen af sådanne oplysninger indikerer, at der foreligger konkurrencebegrænsende adfærd.

96. Endvidere har der i disse sager været tale om oligopolistiske markeder, hvor udvekslingen af oplysninger vil øge gennemsigtigheden på det samlede marked og dermed fjerne en del af den usikkerhed, der er forbundet med fri konkurrence. Fx vil udvekslingen af priser mellem en stor del af konkurrenterne gøre det muligt for den enkelte virksomhed at tilpasse sine priser til konkurrenternes og dermed fjerne priskonkurrencen på markedet.

97. Udvekslingen af priser sker i denne sag mellem Bestseller og de selvstændige konceptbutikker - i alt 160 butikker i Danmark. Bestsellers markedsandele udgør som nævnt mellem 4% og 9% på de relevante markeder. Heraf udgør konceptbutikkernes markedsandele kun en del af Bestsellers samlede markedsandele på de relevante markeder. Konceptbutikkernes markedsandele ligger dermed under 9% på de relevante markeder. Der er som nævnt ovenfor ikke tale om koncentrerede markeder … og der er derfor heller ikke tale om oligopolistiske markeder. Styrelsen vurderer på denne baggrund, at prisindberetningerne ikke øger gennemsigtigheden vedrørende virksomhedernes prissætning på de relevante markeder, idet aktørerne, der har over 90% af de relevante markeder, ikke deltager i udvekslingen af oplysninger.

98. Samlet set vurderer styrelsen derfor, at de selvstændige konceptbutikkers indberetning til Bestseller hverken udgør en vertikal eller horisontal konkurrencebegrænsning, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Konklusion

99. Det er styrelsens vurdering, at aftalerne efter ophævelsen af pligten til at følge de vejledende priser og bestemmelserne om Bestsellers fastsættelse priser ved salg af varer mellem de enkelte konceptbutikker ikke indeholder bestemmelser, der udgør konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1."

Der er fremlagt et eksempel på inddatering fra en butik tilsluttet Bestsellers fælles IT-system og

et eksempel på den ugentlige omsætningsrapport, som IT systemet hver uge genererer til hver enkelt tilsluttet butik.

...

6. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Det er efter forarbejderne til konkurrenceloven, jf. Folketingstidende 1996-97, tillæg A, s. 3661, og Folketingstidende 1999-2000, tillæg A, s. 6810 og 6811, meningen med konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 2, at forbudet mod vertikal prisbinding, som tidligere fandtes i 1955-monopollovens § 10 og 1989-konkurrencelovens § 14, skal videreføres, og således meningen, at dette specielle forbud skal anses for omfattet af forbudet i § 6, stk. 1, uanset virksomhedsstørrelse og markedsstyrke.

Ankenævnet kan tiltræde, at der er en sådan forbindelse mellem Bestsellers hidtidige ordning med bindende videresalgspriser og den fortsatte, løbende indberetning af økonomiske oplysninger fra de selvstændige detailhandlere, som muliggør at Bestseller kan følge den enkelte virksomheds faktiske salgspriser og dækningsbidrag, at indberetningsordningen må anses for at indeholde en sådan pristilkendegivelse, som er omfattet af forbudet mod vertikal prisbinding. Med denne begrundelse tiltræder ankenævnet, at indberetningsordningen - uanset dens markedsmæssige betydning eller mangel herpå - er omfattet af lovens forbud mod vertikal prisbinding.

Der er ikke oplyst omstændigheder, som giver grundlag for at tilsidesætte det af Konkurrencerådet vedrørende fritagelse efter § 8 udøvede skøn.

Ankenævnet tiltræder herefter, at det påbydes Bestseller at ændre det fælles IT-system, så de selvstændige konceptbutikker ophører med at indberette deres dækningsbidrag og deres salgspriser ved indberetning af samlet omsætning fordelt på de enkelte varenumre. Ankenævnet stadfæster derfor den påklagede afgørelse.

..."

Bestseller har under domsforhandlingen tilkendegivet, at det - såfremt landsretten anser indberetningssystemet for de selvstændige konceptbutikker for omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 7, mod bindende videresalgspriser og ikke blot en accessorisk konkurrencebegrænsning - ikke gøres gældende, at betingelserne for fritagelse efter samme lovs § 8 er opfyldt.

Ved kendelse af 8. august 2006 traf Vestre Landsret afgørelse om ikke at imødekomme en begæring fra Bestseller om at tillægge nærværende søgsmål opsættende virkning.

Efter anmodning fra Bestseller bekræftede NCR Danmark A/S ved brev af 1. december 2003, at det butikssoftware, der kaldes NCR BOS, som er blevet leveret af NCR til Bestseller siden 1997, er et standard software, der markedsføres og sælges i forskellige lande. Softwaret bliver anvendt som et økonomisk redskab til at overvåge kundernes forretning, og blandt softwarets funktionaliteter er lagerstyring og tidstro opfølgning på tal i kundernes butikker.

Af en uunderskrevet samarbejdsaftale, der er udarbejdet af Bestseller vedrørende Jack & Jones-butikkerne, fremgår bl.a.:

> "...
>
> Denne samarbejdsaftale er lavet for at fremtidssikre samarbejdet i JACK & JONES-kæden. Aftalen afspejler de rettigheder og forpligtelser parterne har overfor hinanden. Bestseller vil arbejde og fokusere på, at der skabes nærhed til samarbejdspartnere, og for at hver butik tjener penge. Når dette lykkes, har Bestseller succes.

Samtidig afspejler aftalen de forventninger Bestseller har til en samarbejdspartner og dermed det ansvar enhver indehaver af en JACK & JONES-butik påtager sig som medlem af JACK & JONES-kæden.

...

IT/butikssystem

Et vigtigt værktøj til effektivt samarbejde mellem butikkerne og Bestseller er fælles IT-system hvor vores salgs- og vareinformation er tilgængelig for alle. Et fælles IT-system er en forudsætning for, at vi sammen kan gå fremtiden mere sikkert i møde.

Bestseller har etableret en konkurrence dygtigt og slagkraftigt butikssystem. Det er Bestsellers ansvar at videreudvikle butikssystemet, så vi kan tilgodese de krav samarbejdet måtte stille. Samtidig er det Bestsellers ansvar at sikre løsninger, der er økonomisk optimale for begge parter.

Informationsdeling:

Bestseller vil med butikssystemet dagligt få adgang til butikkens salgs- og lagertal. Disse tal overføres automatisk til et fælles datawarehouse, fra hvilken det er muligt at trække alle tilgængelige informationer fra det fælles datawarehouse, f.eks. hvilke bukser, der solgte bedst i sidste uge?

...

Parternes rettigheder og forpligtelser:

...

1.1. … Aftalen kan fra begge parters side opsiges til enhver tid med 4 måneders varsel til en måneds udgang.

…

3.1 Samarbejdspartneren køber og sælger Bestsellers varer for egen regning og risiko, og skal derfor betragtes som selvstændig forretningsdrivende…

…

9.1 Bestseller har etableret et fælles IT-system, der gør salgs- og vareinformation tilgængelig for alle. Det er Bestsellers ansvar at videreudvikle butikssystemet, så det kan tilgodese de krav samarbejdet måtte stille.

9.2 Samarbejdspartneren er forpligtet til at købe, installere og bruge det butikssystem Bestseller har udviklet …

…

9.4 Butikssystemet sikrer, at Bestseller dagligt får adgang til butikkens salgs- og lagertal, idet disse automatisk overføres til et fælles datawarehouse.

9.5 Samarbejdspartneren vil kunne trække alle tilgængelige informationer fra det fælles datawarehouse.

…

10.1 Alle butikker skal hver måned, (senest den 3. i måneden) indrapportere følgende oplysninger til Bestseller

- Omsætning i år og sidste år.
- Antal kunder.
- Antal besøgende (hvis kundetæller er installeret).
- Bedst og dårligst solgte vare og farve.

10.2 Hver mandag og senest den 5. i hver måned udsender Bestseller en oversigt for hvert land over alle butikkers henholdsvis uge- og månedsresultat.

...

12.1 Samarbejdspartneren er forpligtet til at anvende "The Bestseller Wheel" (BSW) for hvorledes en butikschef skal drive en JACK & JONES-butik. Bestseller sørger for at opdatere BSW, således at den hele tiden afspejler den bedste måde at drive en JACK & JONES-butik på.

..."

Bestseller har under domsforhandlingen oplyst, at indholdet af de samarbejdsaftaler, der er indgået med de øvrige selvstændige konceptbutikker, i alt væsentligt er identiske med samarbejdsaftalen med indehaverne af Jack & Jones-butikkerne.

En revideret udgave af "The Bestseller Wheel", hvori bestemmelserne om bindende videresalgspriser ifølge Bestseller er fjernet, indeholder bl.a. følgende bestemmelser om prisfastsættelse:

"...

- Når en vare ikke sælger, er det vigtigt at arbejde med den. Placér varen et andet sted i butikken, sæt den sammen med andre farver, sæt den på en mannequin eller lad personalet gå med varen. Sker der ingenting, så sæt evt. prisen ned - lad være med at vente for længe - det første tab er det billigste.

...

Hvorfor arbejde med indkøbsplanlægning og for-

håndsordre?

Arbejdet med indkøbsplanlægning og forhåndsordre skal sikre, at du kan sælge mindst 90% af varerne til fuld pris.

...

Prisændringer

Hvorfor arbejde med prisændringer?

Hvornår skal du ændre prisen?

Prisændringer handler om at maksimere bruttoavancen på de varer, du har i butikken. Vær meget opmærksom på hvordan prisændringer påvirker din bruttoavance. Ændrer du dine priser med 10% ændres din bruttoavance med 4%. Det er derfor, det er så vigtigt at have de rigtige varer i butikken, så du kan holde en høj lageromsætningshastighed. Med andre ord:

Jo mere du sælger, jo mere tjener du på det, du sælger!

Aktiviteter

Punkt	The Bestseller Way	Værktøj
Prisfastsættelse	Ved modtagelsen er varen forsynet med en **vejledende** udsalgspris fra Bestseller A/S. Køber du varer af en anden Bestseller butik, er varen ligeledes forsynet med en **vejledende** udsalgspris.	
Sæt fokus på dit varelager	Tænk på, at tøjet ligesom mælken i supermarkedet burde have en sidste salgsdato. Når en vare nærmer sig sidste salgsdato, skal du reagere. • Vær altid opmærksom på, om der er varer,	

	der ikke sælger • Gennemgå lageret en gang om ugen • Brug butikssystemet, hvis I har det installeret (se afsnit 5.4) • Tæl lageret én gang om måneden Der er naturligvis forskel på en trendvare og en mere basicvare, hvad angår omsætningshastighed: Trendvaren skal have en meget stor omsætningshastighed – den skal sælges, mens den pakkes ud.	
Reagér	Før ændrer prisen, kan du i en periode forsøge at: • Bruge varen som gadevare • Placere den mere synlige steder: På mannequiner, borde eller stativer • Lade personalet gå med varen i butikken • Lave interne konkurrencer Husk blot på, at en mindre god vare ikke skal tage pladsen op for de varer, der virkelig kan skabe salg.	
Prisændring	Husk, at det første tab altid er det billigste, så vent ikke for længe. Sæt varen ned og kom af med den, så den ikke tager pladsen for de gode varer.	

..."

Forud for domsforhandlingen underskrev samtlige indehavere af en selvstændig konceptbutik en sålydende erklæring:

"

FORHANDLERERKLÆRING

- til brug i den for Vestre Landsret verserende sag mellem Bestseller A/S og Konkurrencerådet om brug af IT-systemet "Data Warehouse"

I forbindelse med den ved Vestre Landsret verserende sag mellem Bestseller og Konkurrencerådet om anvendelse af IT-systemet "Data Warehouse" ("IT-systemet") i vores butikker har Bestseller forespurgt, om vi vil afgive erklæring dels om vores anvendelse af IT-systemet, dels om hvorvidt bestseller på nogen måde - direkte eller indirekte - anvender bindende videresalgspriser over for os.

I den anledning skal vi erklære:

At vi i den daglige drift er meget afhængige af de funktionaliteter, der findes i IT-systemet, herunder til brug for disponering af indkøb (sortiment og antal), fastsættelse af udsalgspriser (og løbende justeringer deraf), tilrettelæggelse af udsalg, m.v.;

At vi ville miste en række af de vigtigste af disse funktionaliteter, hvis det ikke var muligt for Bestseller at generere oplysninger om opnået salgspris og bruttoavance, og at dette ville skade vores konkurrencedygtighed med tab af omsætning (indtægt), forringelse af bruttoavance samt tab af markedsandele og goodwill som direkte og indirekte konsekvenser;

At vi selv fastsætter videresalgspriserne på alle vores varer, uanset at vi ofte vælger at følge den vejledende udsalgspris - i hvert fald i starten;

At vi i øvrigt fastsætter videresalgsprisen uden nogen form for hensynstagen til, at Bestseller har mulighed for at kontrollere de faktiske videre-

salgspriser, bruttoavancen, m.v., og at vi således ikke er enige med Konkurrencerådet i, at denne kontrolmulighed har nogen som helst normerende effekt på vores fastsættelse af videresalgspriser; og

At Bestseller ikke reagerer over for nedsættelse af udsalgsprisen i forhold til de vejledende videresalgspriser, og at sådanne nedsættelser forekommer jævnligt og helt standardmæssigt.

Skønt denne erklæring er afgivet på Bestsellers initiativ, har vi ønsket at bidrage hermed i håb om, at dette kan medvirke til, at Bestseller og vi kan fortsætte en uændret brug af IT-systemet. Såfremt Konkurrencerådet skulle ønske en forklaring fra vores side om disse forhold i retten eller såfremt Konkurrencestyrelsen i øvrigt skulle begære oplysninger fra os i henhold til konkurrenceloven, står vi til disposition.
..."

Forklaringer

Poul Bækgaard Laursen, Finn Poulsen, Rine Iversen og Bjarne Jeppesen har den 8. juni 2006 afgivet forklaring under den mundtlige forhandling af Bestsellers begæring om opsættende virkning. Poul Bækgaard Laursen, Rine Iversen og Bjarne Jespersen har afgivet supplerende forklaring ved domsforhandlingen. Endvidere har Per Christiansen afgivet forklaring.

Poul Bækgaard Laursens forklaring i retsmødet den 8. juni er i landsrettens kendelse af 8. august 2006 gengivet således:

"Poul Bækgaard Laursen har forklaret, at han er direktør i Bestseller. Bestseller er en engrosvirksomhed, der køber, udvikler og sælger tøj til børn, kvinder og mænd i alle aldre og størrelser i 35 lande. Tøjet sælges dels gennem konceptbutikker, som kun sælger Bestsellers varer, dels gennem andre forhandlere. Der er ca. 1.500 konceptbutikker i Europa. 55 % af konceptbutikkerne ejes af Bestseller selv og resten af selvstændige købmænd, der er franchisetagere. Der er ca. 10.000 butikker

i Europa, som køber tøj hos Bestseller. I Danmark er der 160 konceptbutikker, hvoraf de 52 er ejet af Bestseller. Derudover er der 450 andre aftagere i Danmark. Virksomhedens omsætning er i dag på knap 9 mia. kr.

En "style" er et bestemt design af en beklædningsdel og svarer i alt væsentligt til ét varenummer. Bestseller arbejder med 40.000 - 50.000 styles om året. En kollektion er sammensat af forskellige styles. De fremstiller 8 kollektioner om året. Derudover har de styles, som ikke indgår i en kollektion, såkaldte ekspresvarer. Ekspresvarerne skal efter indkøb hurtigt på hylderne i butikkerne. Halvdelen af varerne sælges i kollektioner. Det tager ca. en måned at lave en kollektion. De sælger så vidt muligt ikke varer til butikkerne til lager, men ved køb og salg af ekspresvarer tager Bestseller en risiko, som kan give et ufrivilligt varelager.

Det var en fejl, at der i en tidligere udgave af "The Bestseller Wheel" stod, at vejledende priser skulle følges. Bestemmelsen har aldrig været håndhævet. Det er ikke i Bestsellers interesse at presse butikkerne til at fastholde de vejledende udsalgspriser. Varerne ville komme til at ligge for længe i butikkerne, og til sidst ville varerne være værdiløse. Det er vigtigt, at der er et godt "flow" i butikkerne. Bestseller forsyner de indkøbte varer med en vejledende udsalgspris. Den vejledende udsalgspris er Bestsellers forslag til varens pris. Prisen er fastsat således, at butikkerne vil opnå en bruttoavance på ca. 57-58 %, hvis alt tøj blev solgt til den vejledende udsalgspris. Den vejledende udsalgspris er ment som en vejledning til butikkerne. Butikkerne bestemmer selv, om de vil sætte prisen ned, hvis en vare ikke sælges hurtigt nok. Personalet i butikkerne gennemgår i Bestsellers uddannelsesafdeling et omfattende uddannelsesprogram, herunder i salg. En veldreven butik har en bruttoavance på ca. 50 %. Tøjbranchen er et meget konkurrencepræget marked. Det er vigtigt, at der er et godt samspil mellem Bestsellers sælgere og butikkerne. Det er en væsentlig grund til, at det går godt for Bestseller og deres samarbejdspartnere. It-systemet danner grundlaget for dette samspil. Hvis butikkerne ikke dagligt havde adgang til it-systemets opdaterede oplysninger, ville det give dem et dårligt ud-

gangspunkt for at skabe den nødvendige bruttoavance.

Bestseller anvender et datawarehouse- system fra NCR. Det er muligt at ændre systemet i overensstemmelse med Konkurrencerådets afgørelse. Producenten har dog sagt, at der vil være tale om et omfattende indgreb. Han ved ikke, hvad det vil koste, men det vil måske koste 1-2 mio. kr. Det er formentlig ret enkelt og uden væsentlige omkostninger at afbryde den enkelte butiks forbindelse til it-systemet. De 52 konceptbutikker i Danmark, som Bestseller selv ejer, har deres eget it-system, men oplysningerne samkøres med oplysningerne fra de konceptbutikker, som ikke ejes af Bestseller, og oplysningerne ender i den samme database. En ændring af it-systemet i overensstemmelse med Konkurrencerådets afgørelse vil skabe betydelige problemer for butikkerne, da det vil vanskeliggøre den nødvendige, daglige dialog mellem butikkerne og Bestsellers sælgere. De selvstændige butikker vil blive efterladt i en håbløs situation som følge af manglende rådgivning.

It-systemet fungerer på den måde, at der automatisk udstedes en faktura, når Bestseller sælger varer til en butik. Butikken kan herefter i it-systemet se, hvilke varer der er tilgået butikken. Varerne kan ikke sælges, før der er udstedt en elektronisk faktura fra Bestseller. Når den enkelte vare sælges i butikken, fragår varen automatisk butikkens varelager via registreringen af stregkoden. Om natten overføres alle data fra butikkerne til den fælles database hos Bestseller, og næste dag kan Bestsellers sælgere se, hvilke varer der er blevet solgt i de enkelte butikker. Oplysningerne danner så grundlag for drøftelserne om, hvilke nye indkøb butikkerne skal foretage.

Bestseller sendte for nogle år siden sine aftaler til godkendelse i Konkurrencestyrelsen. Efterfølgende har virksomheden løbende sendt de oplysninger, de er blevet bedt om. Bestseller har altid været indstillet på dialog og samarbejde. Konkurrencestyrelsen var indstillet på at godkende it-systemet og "The Bestseller Wheel", da Bestseller oplyste, at det var en fejl, at der i en tidligere udgave af "The Bestseller Wheel" havde stået, at de vejledende priser skulle følges. Konkurrencerådet havde imidlertid en anden opfattelse. Konkur-

> rencestyrelsen genoptog herefter dialogen med Bestseller, men Konkurrencestyrelsen har trods meget omfattende data aldrig fundet eksempler på, at butikkerne er blevet pålagt bindende videresalgspriser. Konkurrencestyrelsen har ønsket, at Bestseller underskrev et dokument, hvor selskabet bekræftede, at de overholdt konkurrencelovgivningen. Det vil Bestseller ikke, idet selskabet anser det som en selvfølge, at de overholder lovgivningen. Selskabet anser det endvidere for urimeligt, at det som den eneste virksomhed skal underskrive en sådan erklæring."

Poul Bækgaard Laursen har supplerende forklaret, at det er meningsløst at pålægge de 108 selvstændige butikker at overholde vejledende udsalgspriser, når der er 10.000 butikker, der ikke skal overholde priserne. Det er meningsløst at bruge resurser på at overvåge forretningernes prisfastsættelse.

"The Bestseller Wheel" er udarbejdet af et konsulentfirma i samarbejdet med Bestsellers retailafdeling. Bestsellers ledelse har ikke læst manualen, idet de ikke har mulighed for at kontrollere alt. Han vil tro, at manualen er blevet til midt i 1990'erne. Den er ændret løbende.

Det ville være ødelæggende for virksomheden, hvis Bestseller brugte oplysningerne fra it-systemet til at konkurrere med franchisebutikkerne, som så utvivlsomt ville opsige samarbejdet.

IT-systemet, der er købt hos NCR-Danmark A/S, er et standardsystem, som bliver brugt over hele verden. NCR har oplyst, at Coop, Neye og Statoil bruger systemet, og at Sportsmaster bruger et tilsvarende system. Både Statoil, Sportsmaster og Neye er franchisekæder. Systemet er stort set introduceret i alle Bestsellers butikker, herunder hos franchise-kæderne.

I stedet for det dokument, som Konkurrencestyrelsen i forbindelse med forligsdrøftelserne ville have, at Bestseller skulle skrive under på, sendte Bestseller et brev med næsten samme indhold til styrelsen, men det ville styrelsen ikke acceptere. Styrelsen krævede ikke materielle ændringer af it-systemet. Det er hans opfattelse, at styrelsen i relation til et forlig har problemer i forhold til Konkurrenceankenævnets kendelse.

Finn Poulsens forklaring i retsmødet den 8. juni er i landsrettens kendelse af 8. august 2006 gengivet således:

> "Finn Poulsen har forklaret, at han var administrerende direktør i Bestseller A/S 1985 - 2001. Han er nu administrerende direktør i Bestseller Retail Europe, som ejes 50 % af Bestseller A/S og 50 % af hans eget holdingselskab. Han er en af Bestseller A/S' bedste kunder.
>
> It-systemet, som Bestseller A/S anvender, er kommet for at blive. Han ville ikke kunne drive sin virksomhed uden it-systemet. Det er et afgørende arbejdsredskab, som giver ham grundlag for at træffe de rigtige beslutninger om, hvilke varer der sælger bedst, og hvor han skal foretage fremtidige investeringer. De fleste forhandlere har flere konceptbutikker, og målet på sigt er, at den enkelte forhandler skal have ca. 10 butikker. Dette giver ikke i sig selv et tilstrækkeligt grundlag for at vurdere markedet. Hver morgen gennemgår han it-systemets oplysninger om salgstallene fra de 9 lande, hvori han har butikker. Han kan sammenligne omsætningen, indtjeningen og bruttoavancen i butikkerne i de forskellige lande og på tværs af landene. It-systemet laver Top-20 lister over de mest solgte varer. Listerne angiver bl.a. bruttoavancen på den enkelte vare. Listerne er et af hans bedste arbejdsredskaber, som er nødvendig for at fastlægge hans overordnede strategi. Dette ville være umuligt uden it-systemet, som er afgørende for en fortsat positiv udvikling. Top-20 listerne kan ikke bruges, hvis bruttoavancen for

hver vare ikke er oplyst, idet butikkerne så vil blive nødt til at foretage indkøb i blinde. Det er målet at købe de varer, som sælger hurtigt, og it-systemet er et godt redskab til at undgå, at varerne ligger for længe i butikkerne. Bestseller A/S har ingen indflydelse på, om tøjet sælges med en negativ bruttoavance. Butikscheferne og distriktslederne bestemmer selv prisen på varerne ud fra de lokale forhold og under hensyntagen til, hvad der sælger. Det vigtigste er, at varerne har et hurtigt "flow" i butikkerne. Det er fuldstændig umuligt at drive butikkerne uden at have oplysninger om bruttoavance og priser. Hvis it-systemet skulle ændres i overensstemmelse med Konkurrencerådets afgørelse, ville det gå ud over franchisetagerne og butiksindehaverne, der ville miste konkurrenceevne. Der er tilsvarende vidensdeling i andre butikskæder, som de konkurrerer med."

Rine Iversens forklaring i retsmødet den 8. juni er i landsrettens kendelse af 8. august 2006 gengivet således:

"Rine Iversen har forklaret, at hun sammen med sin søster ejer 9 konceptbutikker i Københavnsområdet. De købte de to første butikker i 1999. Hun satte sig ikke ind i "The Bestseller Wheel", da hun startede. Hun husker ikke, om hun har læst oplysningerne om prisfastsættelse. De fik kun rådgivning i banken, da de købte de to første butikker.

De har daglig kontakt med Bestseller på forskellige måder. Meget af kommunikationen går automatisk via it-systemet. De har som oftest kun telefonisk kontakt, hvis der er problemer. It-systemet er et godt analyseredskab, som har stor betydning for styringen af butikkerne. De bruger det til at optimere driften og omsætningen. Det er afgørende at have en god omsætningshastighed og bruttoavance. Ved hjælp af it-systemet kan man hurtigt se, hvis der er indkøbt varer, som ikke sælger hurtigt nok. Varerne kan herefter sættes på udsalg. Omsætningshastigheden er efterhånden vigtigere end en god bruttoavance. Det vil være et stort problem, hvis salget i de forskellige butikker ikke kan sammenlignes, da det giver grundlag for at vurdere deres prispolitik og herunder tage stilling til behovet for prisnedsættelser. Deres prissætning sker ud fra den trykte, vejledende udsalgspris. Varen kan

> så mærkes ned, hvis den ikke sælger. Det kan godt forekomme, at der er forskel på prisen på en bestemt vare i deres forskellige butikker. Bestseller har ikke haft bemærkninger til deres prisnedsættelser. Det har ingen indflydelse på deres prissætning af varerne, at Bestseller får oplysninger om, hvilken pris varerne er solgt til."

Rine Iversen har supplerende forklaret, at hendes butikschefer kan tage stilling til, om prisen på en vare, der ikke sælger så godt, skal sættes ned. Hun kan også selv via it-systemet se, hvis en vare ikke sælger godt, og så kan hun bede butikkerne om at mærke varen ned - enten med et fast beløb eller en procentdel.

Det er rigtigt, at hun har underskrevet en forhandlererklæring af 7. juli 2006, hvis indhold hun kan stå inde for.

Bestseller kan via it-systemet se butikkernes bruttoavance. Hun mener ikke, at Bestseller bruger it-systemet til at styre forretningerne. Tværtimod er it-systemet et godt værktøj for forretningerne. F.eks. kan de, hvis ikke der opnås en tilstrækkelig stor avance på en vare, benytte de oplysninger, der samles i it-systemet, til at forhandle om et nedslag i den pris, de betaler Bestseller for varen. Et andet eksempel er de Top 10- og Top 20-lister over de mest solgte varer, der trækkes ud af it-systemet, som hun anvender til at bestille varer ud fra, hvis det viser sig, at hendes forretninger ikke har de bedst sælgende "styles". Det er en fordel, at hun kan trække på samtlige konceptbutikkers erfaringer frem for kun egne erfaringer.

Det er ikke besværligt at mærke en vare ned, hvis hun ikke ønsker at anvende den vejledende udsalgspris.

Bjarne Jeppesens forklaring i retsmødet den 8. juni er i

landsrettens kendelse af 8. august 2006 gengivet således:

> "Bjarne Jeppesen har forklaret, at han er direktør i et selskab, som ejer 9 konceptbutikker i Jylland og på Fyn. Han købte den første butik i 1996. Han har dagligt kontakt med Bestseller vedrørende salg og indkøb, uddannelse eller dekoration af butikkerne m.m. Via it-systemet har han dagligt adgang til bl.a. at se salgstal, bruttoavance og lagerbeholdning, herunder hvor længe varerne har ligget på lager. Han tilrettelægger salget efter oplysningerne fra it-systemet, der giver meget vigtige faktuelle oplysninger om salget på tværs af butikkerne. Oplysningerne er nødvendige for den daglige butiksdrift i detailbranchen. Hans reaktionstid ville blive væsentligt længere, hvis it-systemet ikke eksisterede. Oplysningerne i it-systemet gør det muligt at reagere hurtigt på de skiftende trends. It-systemet er ligeså vigtigt som godt købmandskab og fingerspidsfornemmelse. Han styrer sine butikker efter Top 20-listerne. Bestseller selv har også ved hjælp af it-systemet mulighed for at reagere hurtigere, så udviklingen ikke løber fra dem. Bestseller kan godt reagere over for butikkerne, hvis butikkerne ikke selv er på forkant med udviklingen, f.eks. hvis man ikke har rekvireret en "style", som sælger godt andre steder. Han har aldrig været udsat for, at Bestseller er kommet med bemærkninger om, at han havde sat en vare for hurtigt ned. Han har mulighed for at nedsætte prisen på varerne fra første dag, hvis han mener, det er nødvendigt for at konkurrere på markedet. Han mener ikke, at Bestseller ønsker ens priser i hele landet. Bestseller presser ikke butikkerne på nogen måde. Hvis der køres fælles kampagner, er der vel en forventning om, at priserne fastsættes i overensstemmelse med de udsendte kataloger, men det er ikke altid, han følger dem, hvis han ikke finder det fordelagtigt.
>
> Han fik "The Bestseller Wheel" udleveret, da han overtog den første butik. Han kan ikke huske, om han bemærkede oplysningerne om prisfastsættelse. Han ville kunne huske, hvis han nogensinde havde følt, at priserne var blevet dikteret fra Bestsellers side."

Bjarne Jeppesen har supplerende forklaret, at han på bag-

grund af salgslisterne fra egne butikker og Bestsellers Top-20 lister afgør, hvad der skal ligge på de bedste salgspladser i forretningerne. Tilsvarende, hvis en "style" på Top-20 ikke er i hans sortiment, skal hans ansatte sørge for, at "stylen" bliver købt ind.

Når de får varerne hjem, beslutter de, hvad varerne skal koste ud fra en lokal konkurrencemæssig vurdering. Der kan godt være forskellige varer fra butik til butik i hans lokalområde. Det er ikke sådan, at de bevidstløs anvender den vejledende udsalgspris. Eksempelvis kan de straks sætte prisen på en vare ned, hvis de ikke tror, at den vil sælge. De orienterer ikke Bestseller, når de ændrer priserne i forhold til den formærkede vejledende udsalgspris. Det er ikke besværligt at ændre den formærkede pris. Det kan gøres i forbindelse med, at varen lægges ind i it-systemet eller ved skiltning eller overskrivning.

Han har underskrevet en forhandlererklæring af 19. juli 2006, hvis indhold han kan stå inde for.

Per Christiansen har forklaret, at han er indehaver af 5 konceptbutikker i Nordjylland. Han åbnede den første butik i 1996. Han har ansat butikschefer, mens han selv har det overordnede ansvar.

I det daglige har de mest kontakt med Bestseller via sælgeren og distriktschefen. Der er også en indirekte kontakt via it-systemet, som de benytter sig meget af. De har kontakt særligt omkring indkøb og markedsføring. Han bruger it-systemet til at optimere sine butikker. Han trækker Top 20-lister for at se, hvilke varer, der sælger godt. Hvis de ikke har de bedst sælgende varer, kan de bestille dem på bag-

grund af oplysningerne fra Top 20-listerne. Listerne er overordentlig vigtige for ham. Det er vigtigt, at han kan drage nytte af erfaringerne fra de andre konceptbutikker i landet.

Når han køber varerne, er der en vejledende pris, men hvis en vare ved modtagelsen viser sig at have en mindre god farve, kan de sætte prisen ned med det samme. Det kræver ikke dialog med Bestseller. Han træffer beslutningen i samråd med sine butikschefer. Når priserne mærkes ned, kan det gøres på forskellig måde, f.eks. med et nyt skilt henover det fortrykte. Det er ikke besværligt. Det ligger ikke i baghovedet, at Bestseller kan se, at prisen er blevet mærket ned.

Han har underskrevet forhandlererklæring af 27. juli 2006, hvis indhold han kan stå inde for.

Procedure

Bestseller har til støtte for den principale påstand gjort gældende, at Bestseller ikke pålægger ejerne af de selvstændige konceptbutikker at anvende bindende videresalgspriser, hverken direkte eller indirekte.

Bestseller har hertil nærmere anført, at de tidligere bestemmelser om bindende videresalgspriser i manualen "The Bestseller Wheel" var medtaget ved en fejl, og bestemmelserne udgik allerede, inden Konkurrencerådet traf sin afgørelse, da Bestsellers ledelse blev gjort opmærksom på dem af Konkurrencestyrelsen. Bestseller har da heller ikke på noget tidspunkt håndhævet bestemmelserne, som ikke er i Bestsellers interesse på et marked, hvor der er stor konkurrence, og hvor en høj omsætningshastighed er afgørende. Det er i

det lys, den gældende manuals bestemmelser om prisnedsættelser skal ses. Det er derfor en stor misforståelse, når Konkurrenceankenævnet lægger til grund, at priserne fastsættes i overensstemmelse med Bestsellers ønske om ens priser i alle butikker. Bestseller har derimod ved fremlæggelse af materiale for konkurrencemyndighederne, forhandlererklæringer og vidneforklaringerne så godt som positivt godtgjort, at Bestseller ikke pålægger konceptbutikkerne bindende videresalgspriser.

Bestseller har endvidere gjort gældende, at Konkurrencerådet har bevisbyrden for, at den anvendte indberetningsordning skal sidestilles med en ulovlig pristilkendegivelse, og at denne bevisbyrde ikke er løftet. Det følger således af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelsen af traktatens artikel 81 og 82, præamblens afsnit 5 og artikel 2, at det påhviler myndigheden at godtgøre eksistensen af en konkurrencebegrænsning, hvis den vil gøre en overtrædelse af konkurrencereglerne gældende eller nægte gruppefritagelse. Den konkurrencebegrænsning, som Konkurrenceankenævnet har baseret sin afgørelse på, er ikke den fejlagtige sætning i manualen, men den løbende indberetning af de selvstændige konceptbutikkers dækningsbidrag og deres salgspriser ved indberetning af samlet omsætning fordelt på de enkelte varenumre. Det er derfor konkurrencemyndighederne, der skal godtgøre, at anvendelsen af it-systemet indebærer en sådan pristilkendegivelse fra Bestsellers side, at det i sig selv udgør bindende videresalgspriser. Konkurrencemyndighederne har end ikke undersøgt, om det er tilfældet.

Bestseller har hertil nærmere anført, at it-systemet er et standardsystem, der anvendes af en række andre konceptkæder. Systemet har en række fordele, herunder at de modtagne op-

lysninger muliggør salgsfremmende rådgivning så som udarbejdelse af salgslister. Det har ikke forbindelse med bestemmelsen i manualen, og Konkurrenceankenævnets afgørelse hviler på den forkerte præmis, at der skulle bestå en forbindelse mellem den påståede tidligere ordning med bindende videresalgspriser og indberetningerne via it-systemet.

Konkurrenceankenævnets afgørelse har ikke støtte i Kommissionens beslutning af 4. december 1996 i sag 97/123 (Novalliance/Systemform GmbH), idet situationerne ikke er sammenlignelige. Tværtimod viser Kommissionens beslutninger af 17. december 1986 i sag 87/12 (Yves Rocher), 14. november 1988 i sag 88/604 (ServiceMaster) og 2. december 1988 i sag 89/94 (Charles Jourdan), at det forhold, at konkurrencemyndighederne har gjort indgreb over for franchisegiveres prisbestemmelser ikke medfører, at franchisegiver ikke kan have ret til at modtage månedlige opgørelser over salg og mængder, gennemgå regnskaber og foretage besigtigelse af franchisetagernes forretningssteder, når blot adgangen ikke misbruges. Det er således ukontroversielt og almindeligt, at der sker korrektioner af vilkår og bestemmelser ved anmeldelse til konkurrencemyndighederne, og dette skal ikke føre til en skærpet vurdering. Det er således et spørgsmål, hvor længe Bestseller skal bøde for den fejlagtige sætning i manualen.

Bestseller har endelig gjort gældende, at Konkurrenceankenævnet ved sin afgørelse har fastslået, at it-systemets indberetning af de selvstændige konceptbutikkers dækningsbidrag og deres salgspriser ved indberetning af samlet omsætning fordelt på de enkelte varenumre er omfattet af konkurrencelovens forbud mod vertikalprisbinding. Ankenævnet har derimod ikke anført, at indberetningen medfører horisontale

konkurrencebegrænsninger. Allerede af den grund kan Konkurrencerådet ikke få medhold i dette synspunkt. Der findes heller ingen analyse af eller begrundelse for, at der skulle være horisontale konkurrencebegrænsninger.

Til støtte for den subsidiære påstand har Bestseller gjort gældende, at Bestseller - hvis landsretten følger Bestsellers synspunkt om, at it-systemets indberetningsordning ikke indebærer en overtrædelse af forbudet i konkurrenceloven mod bindende videresalgspriser - opfylder kravene for at opnå en gruppefritagelse, jf. bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler om samordnet praksis. It-systemet tjener lovlige formål, og indberetningen af dækningsbidrag og samlet omsætning fordelt på de enkelte varenumre indeholder højst en accessorisk konkurrencebegrænsning, og ordningen er dermed ikke til hinder for en gruppefritagelse. For det tilfælde, at landsretten ikke tager Bestsellers principale påstand til følge, skal sagen derfor hjemvises til Konkurrencestyrelsen med henblik på meddelelse af gruppefritagelse.

Konkurrencerådet har til støtte for sin frifindelsespåstand gjort gældende, at it-systemets løbende indberetning af de selvstændige konceptbutikkers dækningsbidrag og deres salgspriser ved indberetning af samlet omsætning fordelt på de enkelte varenumre i lyset af Bestsellers tidligere bestemmelser om bindende videresalgspriser skal sidestilles med bindende videresalgspriser. Der er tale om en juridisk vurdering og ikke en bevismæssig vurdering.

Konkurrencerådet har hertil overordnet anført, at forbudet i konkurrencelovens § 6 mod bindende videresalgspriser ikke blot omfatter aftaler, der har konkurrencebegrænsning til

følge, men også aftaler, der har konkurrencebegrænsning til formål. Efter bestemmelsens ordlyd behøver konkurrencemyndighederne således ikke påvise, at en overtrædelse faktisk har haft konkurrencebegrænsende virkninger. Det samme fremgår af forarbejderne til § 6 i lovforslag nr. L 172 fremsat den 20. februar 1997.

Hvis der foreligger en overtrædelse af forbudet mod bindende videresalgspriser, opfylder Bestseller ikke betingelserne for at opnå gruppefritagelse, jf. bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler om samordnet praksis, jf. artikel 4, litra a i Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999.

Konkurrencerådet har nærmere anført, at der ganske vist ikke længere findes bestemmelser om bindende videresalgspriser i manualen, og at Bestseller efter rådets afgørelse har orienteret de selvstændige konceptbutikker herom, men manualen har i en længere årrække indeholdt bestemmelser om bindende videresalgspriser, og indehaverne af konceptbutikkerne har skrevet under på at ville overholde bestemmelserne. Selvom de bindende videresalgspriser blev ophævet, har indehaverne af konceptbutikkerne kendt Bestsellers ønske om ens priser i alle butikker, og i den sammenhæng må det antages, at Bestsellers mulighed for at følge den enkelte franchisetagers faktiske salgspriser vil have en normerende effekt på prisdannelsen. Efter bevisførelsen, herunder Rine Iversen, Bjarne Jeppesens og Per Christiansens forklaringer, må det da også lægges til grund, at indehaverne af konceptbutikkerne som udgangspunkt følger de vejledende priser, når varerne umiddelbart efter modtagelsen sættes til salg. På denne baggrund må det konstateres, at der er en sådan forbindelse

mellem Bestsellers hidtidige ordning med bindende videresalgspriser og den fortsatte løbende indberetning af økonomiske oplysninger fra de selvstændige konceptbutikker, som muliggør, at Bestseller kan følge den enkelte franchisetagers faktiske salgspriser og dækningsbidrag, at indberetningsordningen må anses for at være omfattet af konkurrencelovens forbud mod bindende videresalgspriser. Der foreligger således en "hard core" overtrædelse af konkurrenceloven.

Det er herefter uden betydning, om Bestseller har håndhævet de bindende videresalgspriser, og konkurrencemyndighederne skal ikke godtgøre, at overtrædelsen af konkurrenceloven faktisk har haft normerende effekt.

Konkurrencerådet har endvidere gjort gældende, at det - hvis landsretten måtte tillægge det betydning, om overtrædelsen har haft en normerende effekt - må påhvile Bestseller at godtgøre, at dette ikke er tilfældet, fordi der er tale om en "hard core" overtrædelse af konkurrenceloven. Denne bevisbyrde har Bestseller ikke løftet. De indberettede oplysninger er af følsom karakter og udveksles normalt ikke mellem konkurrenter. Det har derfor formodningen for sig, at udvekslingen sker med henblik på at begrænse konkurrencen. Det har videre formodningen mod sig, at Bestsellers ledelse var uvidende om manualens bestemmelser om bindende videresalgspriser i betragtning af, at bestemmelsen herom var to steder i manualen, og idet manualen er et centralt styreredskab. Den nuværende manuals afsnit om prisændringer understreger, at udgangspunktet er, at konceptbutikkerne skal følge den vejledende salgspris, og at der først skal reageres, når varen nærmer sig sidste salgsdato. For så vidt angår forhandlererklæringerne, må det konstateres, at disse er afgivet efter Konkurrenceankenævnets afgørelse.

Ved en ændring som påbudt mister it-systemet ikke sin anvendelighed som rådgivningsværktøj, idet det efter ændringerne fortsat er muligt at udarbejde salgslister, der sammenholdt med varernes lagertid viser baggrunden for salget. Det forhold, at it-systemet er et standardsystem, kan ikke tillægges særlig betydning, idet det er afgørende, at der har eksisteret en ordning med bindende videresalgspriser.

Konkurrenceankenævnet henviser ikke til Kommissionens beslutning af 4. december 1996 i sag 97/123 (Novalliance/Systemform GmbH), men nævnets afgørelse er i overensstemmelse med Kommissionens beslutning i denne sag og Kommissionens beslutninger af 17. december 1986 i sag 87/12 (Yves Rocher), 14. november 1988 i sag 88/604 (ServiceMaster) og 2. december 1988 i sag 89/94 (Charles Jourdan). Særligt for så vidt angår de tre sidstnævnte beslutninger var der ikke tale om, at franchisegiverne modtog ligeså følsomme oplysninger, som Bestseller modtager, og der var ikke tale om en daglig indberetning.

Konkurrencerådet er enigt i, at sagen skal hjemvises til Konkurrencestyrelsen, hvis landsretten følger Bestsellers synspunkt om, at it-systemets indberetningsordning ikke indebærer en overtrædelse af forbudet i konkurrenceloven mod bindende videresalgspriser, idet Konkurrenceankenævnet ikke har truffet afgørelse om, hvorvidt Bestseller opfylder betingelserne for at opnå en gruppefritagelse, ligesom konkurrencemyndighederne vil skulle meddele særlige vilkår, herunder tidsrum for fritagelsen, ved en eventuel afgørelse om fritagelse i medfør af konkurrencelovens § 8.

Landsrettens begrundelse og resultat

Efter det oplyste indeholdt manualen "The Bestseller Wheel" oprindeligt bestemmelser om, at de "vejledende priser fra Bestseller skal følges så en vare ikke koster noget forskelligt i forskellige butikker", og at prisen for varer købt fra en anden butik, der forhandler produkter af samme varemærke, "er indkøbspris + moms + porto". Ud fra Poul Erik Bækgaard Laursens forklaring lægger landsretten til grund, at manualen blev udarbejdet i midten af 1990'erne.

Det er ubestridt, at bestemmelserne var lovstridige bestemmelser om bindende videresalgspriser, at de fortsat fandtes i manualen, da Bestseller den 9. maj 2001 anmeldte sine aftaler med de selvstændige konceptbutikker til Konkurrencestyrelsen, og at Bestsellers advokat i januar 2003 tilkendegav, at bestemmelserne ville blive ændret. Bestemmelserne blev således først revideret efter at have eksisteret i en årrække, og Bestseller har på den baggrund ikke godtgjort, at de var indsat i manualen ved en fejl og uden ledelsens vidende.

Det fremgår af §§ 9-10 i en uunderskrevet samarbejdsaftale mellem Bestseller og Jack & Jones, som ifølge Bestseller i alt væsentligt er identisk med samtlige de aftaler, der er indgået med indehavere af selvstændige konceptbutikker, at indehaverne var og er forpligtede til at købe, installere og bruge Bestsellers fælles it-system, som gør salgs- og vareinformation tilgængelig for alle, og som sikrer Bestseller daglig adgang til butikkernes salgs- og lagertal. Det fremgår videre af § 12, at butiksindehaverne var og er forpligtede til at anvende manualen ved drift af deres butikker.

Det er oplyst, at det anvendte it-system med fælles data-

warehouse er leveret af NCR Danmark A/S. Denne virksomhed har i brev af 1. december 2003 bekræftet, at virksomheden har leveret butikssoftware til Bestseller siden 1997. Det er videre oplyst, at Bestseller i kraft af det anvendte it-system har modtaget løbende oplysninger fra de selvstændige konceptbutikker om deres dækningsbidrag og deres salgspriser i form af omsætning fordelt på de enkelte varenumre.

Landsretten lægger herefter til grund, at Bestseller i kraft af de nævnte indberetninger i en årrække har kunnet følge den enkelte virksomheds faktiske salgspriser og dækningsbidrag, og at it-systemet således har kunnet fungere som en kontrol af, om bestemmelserne om bindende videresalgspriser blev overholdt.

Efter bevisførelsen, herunder vidnerne Rine Iversen, Bjarne Jeppesen og Per Christiansens forklaringer sammenholdt med de nugældende bestemmelser om prisændringer i "The Bestseller Wheel", der efter sin ordlyd forudsætter, at videresalgspriserne følges, lægger landsretten endvidere til grund, at de af Bestseller angivne videresalgspriser som alt overvejende hovedregel også i dag følges, når varerne udbydes til salg, og at prisnedsættelse kun sker som følge af udvikling i moden eller svigtende salg.

Landsretten finder på denne baggrund, at der fortsat er en sådan forbindelse mellem de ophævede bestemmelser i "The Bestseller Wheel" om bindende videresalgspriser for de selvstændige konceptbutikker og de fortsat gældende bestemmelser i samarbejdsaftalerne om konceptbutikkernes forpligtelser til at indberette oplysninger om dækningsbidrag og salgspriser i form af omsætning fordelt på de enkelte varenumre, at indberetningsordningen er omfattet af aftaleforbudet i kon-

kurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 7, mod bindende videresalgspriser. Konkurrencerådets påbud som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet er som følge heraf udstedt med rette.

Konkurrencerådet frifindes derfor.

Bestseller A/S skal betale sagsomkostninger til Konkurrencerådet med i alt 102.353,75 kr. Beløbet dækker 100.000 kr. til Konkurrencerådets udgifter til advokatbistand og 2.353,75 kr. til godtgørelse af konkurrencerådets udgifter til materialesamling. Landsretten har lagt vægt på sagens udfald, karakter og værdi, der i forbindelse med sagens anlæg er anslået til 1.500.000 kr. Landsretten har endvidere lagt vægt på, at der har været mundtlig forhandling af Bestsellers begæring om at tillægge søgsmålet opsættende virkning.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Konkurrencerådet, frifindes.

Sagsøgeren, Bestseller A/S, skal betale sagens omkostninger til sagsøgte med 102.353,75 kr.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Marie S. Mikkelsen Lis Frost Chris Olesen
(kst.)

---

cfr.

Uden betaling

Udskriftens rigtighed bekræftes

Vestre Landsret,

Viborg, den 27. november 2006

Annette Madsbøll

retssekretær